

Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre normativa urbanística de ayuntamientos y planificación locales de juego

1. Introducción. 2. Antecedentes de las sentencias 3. Análisis de las Sentencias 4. Conclusiones

1. Introducción

En el presente artículo analizaremos tres recientes y entendemos muy importantes sentencias del Tribunal Supremo que determinarán las requisitorias que, en lo subsiguiente, deberán plantearse, en razón de materia y competencia, las correspondientes administraciones en los modelos de planificación urbanística y ordenación en la referencia concreta de locales de juego.

2. Antecedentes de las sentencias

- Acuerdo de fecha 24 de septiembre de 2020 por el que Ayuntamiento de Talavera de la Reina por el que se procedía a una Modificación Puntual del Plan de Ordenación Municipal (POM), para la ordenación detallada del uso de locales de juegos y apuestas dentro de su término municipal.

Con anterioridad a la toma de ese acuerdo, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Talavera de la Reina había presentado una proposición en el pleno del 13 de octubre de 2019, donde se aprobó de forma unánime la consecución del objetivo de reducir la proliferación de este tipo de negocios en Talavera y también la de marcar una distancia para evitar impactos negativos que pudieran tener, principalmente, en la gente joven¹.

Mediante el acuerdo de 24 de septiembre se modificó el artículo 86 del POM, relativo al uso terciario recreativo, que hasta ese momento comprendía en una única categoría todas las actividades vinculadas al ocio y esparcimiento en general (apartado 1), pasando a diferenciar varias categorías (1ª - espectáculos, 2º - recreativos y 3º - Juego y apuestas,

¹ Fte: Ayuntamiento de Talavera de la Reina. <https://talavera.es/noticias/la-junta-de-gobierno-local-aprueba-la-modificacion-puntual-del-pom-para-la-ordenacion-de-locales-de-juegos-y-apuestas-y-fijar-la-distancia-de-estos-centros-especialmente-sensibles/>

dividiendo esta última, a su vez, entre: Categoría 1ª - locales de titularidad estatal o uso concesional como las loterías del Estado, Once y similares, y Categoría 2ª - el resto de actividades de juego).

En el apartado 4 de este artículo se establecía así, exclusivamente respecto de los locales de juego y apuestas de la Categoría 2ª, que no se podrían instalar este tipo de establecimientos a menos de 300 metros de equipamientos educativos, culturales, deportivos y zonas verdes, ni a menos de 300 metros de otros locales de juego que ya estuviesen en funcionamiento.

También se señalaba que los establecimientos de este tipo que permaneciesen cerrados por un periodo ininterrumpido de seis meses caducarían y no podrían reanudar su actividad.

Además, en el apartado 7 de este artículo se incorporaba que los establecimientos actualmente en funcionamiento y que contasen con licencia de apertura y actividad y no cumpliesen con las nuevas condiciones establecidas en este artículo, se considerarían fuera de ordenación, permitiéndose el ejercicio de la actividad en las condiciones en las que fueron autorizados, así como los cambios de titularidad, pero no se autorizarían ampliaciones, obras de mejora ni de modernización.

A tenor del informe razonado de los técnicos del referido ayuntamiento, que se incluía en el expediente administrativo y al que hizo referencia la sentencia del TSJCM, el acuerdo se tomó en el ejercicio de una potestad discrecional al servicio de los intereses generales ante la creciente preocupación social, en relación al interés general invocado puesto de relieve en el expediente, que atendía tanto a la densidad contraproducente de la actividad como la necesidad de limitar la sobreexposición sobre los ciudadanos, apoyándose en una memoria informativa y justificativa² y la incorporación de un análisis de la incidencia

² Problemática existente con relación a la proliferación de locales de juegos de azar y apuestas en locales próximos a centros educativos y espacios donde los jóvenes desarrollan sus actividades diarias y la alta preocupación existente por la incidencia patológica que las prácticas de juego generan entre la población de edad juvenil, instando la promoción de medidas de índole urbanística al objeto de proteger a los jóvenes de posibles riesgos que los abusos de los juegos puedan ocasionarles, muy vinculados a su salud mental.

La memoria justificativa de la modificación puntual de abril de 2020 da cuenta de que el Plan en vigor en ese momento aprobado en 2010 no contemplaba normativa específica sobre los locales de juego y apuestas, ya que en aquellos años no se percibía como un problema social la presencia de esos locales en lugares próximos a áreas sensibles. El aumento de participación de los jóvenes en los juegos de azar y apuestas obliga a la adopción de medidas de prevención, ya que

poblacional del juego en la localidad de Talavera de la Reina³ y un análisis de la incidencia de la limitación de 300 metros respecto de las zonas educativas, culturales o deportivas de Talavera.

Este acuerdo se impugno por la Asociación de Establecimientos de Juego de Castilla La Mancha (AESCAM) y con posterioridad, agotada la vía administrativa, esta asociación acudió a los tribunales de justicia.

El recurso ante el TSJCM de este asociación partía de la vulneración del principio de igualdad (diferente trato de los operadores de juego público y privado), de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior, de los artículos 38 y 139 CE y de la Ley 20/2013, de 9 de noviembre, de garantía de la unidad de mercado, de ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, así como de la ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

Este recurso fue desestimado por sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha⁴ al considerar que la correspondiente modificación puntual del instrumento de planeamiento urbanístico del Ayuntamiento de Talavera de la Reina impugnada, “no regula, ordena o planifica el juego, limitándose en el marco de las competencias urbanísticas locales a establecer dentro de los usos pormenorizados y ordenación detallada del suelo, los lugares de posible implantación, (expresado en forma negativa), de locales de juego en la ciudad,

la edad media del juego ha descendido según los expertos de los 28 a los 18 años. En la citada memoria se aportan datos estadísticos del juego, en sus distintas modalidades, de conformidad con las fuentes oficiales. Analiza el ámbito de actuación de la modificación considerando el suelo urbano del municipio y los establecimientos de juego existentes en el municipio a la fecha de redacción de la modificación puntual junto al plano de ubicación de estos. En su apartado 3.1 se contienen los objetivos de la modificación que consiste en generar áreas libres del tipo de actividad del juego alrededor de las zonas más vulnerables con relación a los jóvenes como son los equipamientos escolares, culturales, sociales, asistenciales, las áreas deportivas y las zonas verdes de la ciudad.

Limitar la densidad de los salones de juegos y apuestas estableciendo una distancia mínima entre ellos consigue el objetivo de atenuar la agrupación de locales en determinadas calles o barrios que generen una densidad contraproducente para la propia actividad y por otro, se limita la sobreexposición sobre los ciudadanos. Da cuenta de las distancias mínima entre locales en la diferente normativa autonómica y la distancia a equipamientos sensibles, indicando que precisamente la normativa de Castilla-La Mancha entonces vigente no contemplaba régimen de distancias.

³ En dicha localidad hay 13 locales de juego autorizados, sobre una población de 83.000 habitantes, lo cual da una ratio de 6.385 habitantes por cada local, que equivale a un 50 % más que la media de la comunidad de Castilla La Mancha, que es de 9.681 habitantes por local. A lo anterior, se debe sumar el poder adquisitivo limitado de la ciudad, que alcanza la media de 18.434 euros de renta anual por habitante, frente a los 25.616 de Albacete o los 23.131 de Ciudad Real.

⁴ Sentencia de fecha 29 de abril de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que desestimó el recurso contencioso - administrativo n.º 801/2020 interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Talavera de la Reina, de fecha 24 de septiembre de 2020, por el que se aprobó la Modificación Puntual del Plan de Ordenación Municipal, para la ordenación detallada del uso de locales de juegos y apuestas dentro del término municipal de Talavera de la Reina.

sin arrogarse competencia alguna correspondiente a la JCCM”, considerando, de este modo, que la modificación impugnada no vulneraba norma alguna emanada del Parlamento Autonómico. En este sentido se hace expresa alusión a la disposición adicional cuarta de la Ley de Castilla La Mancha 5/2021, sobre régimen administrativo y fiscal del juego, que contempla expresa habilitación para que los entes locales puedan introducir limitaciones en la concentración de locales de juego con amparo en sus instrumentos de planeamiento⁵.

Frente a esta sentencia se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo al considerar la representación letrada de AESCAM:

- que la normativa autonómica⁶ de aplicación cuando se aprobó el actor recurrido, agotaba la posibilidad normativa de imponer limitaciones a la actividad del juego como distancias a centros escolares, sin perjuicio de que en su disposición adicional cuarta se otorgasen ciertas facultades a las Ayuntamientos. Ello al considera que los Ayuntamiento no tienen capacidad para apartarse de los preceptos planificadores autonómicos con base en el principio de autonomía local que además se infringía por indebida aplicación del artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.
- la infracción del Derecho Europeo sobre libertad de establecimiento y de prestación de servicios y su hipotética limitación en España a través de las potestades municipales (artículos 48 y 56 del TFUE).
- la infracción del artículo 38.1 de la CE y su proyección en el artículo 5 de la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de Mercado.

⁵ «Disposición adicional cuarta. Limitación a la concentración de locales de juego. 1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20.1, en los municipios de hasta 15.000 habitantes, conforme a los datos del último padrón municipal aprobado, en los que exista más de un local de juego autorizado en cualquiera de sus categorías, o en los restantes municipios en los que haya tres o más, los Ayuntamientos podrán declarar zona saturada de locales de juego un área de su término municipal, en lo que se refiere al otorgamiento de sus títulos habilitantes, entendiéndose por área, a los efectos de esta ley, cada uno de los barrios, distritos o cualquier otra agrupación de vías públicas fijada por el municipio. 2. Para ejercer la facultad prevista en el número anterior, la densidad media de locales en el área del municipio que se pretenda declarar como zona saturada, debe superar la densidad media que exista en el conjunto del mismo, utilizando siempre como referencia los 100.000 habitantes. Si el resultado de la operación tuviera decimales, se tomará como referencia el primero de ellos: si este es inferior a 5 se redondeará al número entero más próximo hacia abajo, y si es igual o superior, al número entero hacia arriba. 3. Los Ayuntamientos, una vez aprobados definitivamente los instrumentos urbanísticos en el ejercicio de las competencias previstas en esta disposición, deberán comunicarlo al órgano competente en materia de juego de la comunidad autónoma.»

⁶ Ley 2/2013, de 25 de abril, del Juego y las Apuestas de Castilla-La Mancha

El Tribunal Supremo admitió a trámite este recurso pues la cuestión planteada en el mismo presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente este en determinar si resultaba ajustado a Derecho que el ejercicio de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos y en ese efecto señalo las normas que serían objeto de interpretación: artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; artículo 38 de la Constitución; artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; artículos 5 y 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y artículo 2.2. h) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

- Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Burgos, de fecha 19 de febrero de 2021, por el que se aprobó la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana, para establecer una categoría específica de uso terciario recreativo que contribuya a contravenir los riesgos en la salud del juego patológico⁷.

El Consistorio aprobó de forma definitiva en febrero de 2021 la modificación de diferentes artículos del PGOU y la tabla de compatibilidades de uso en normas zonales para crear una categoría específica de uso terciario recreativo para prevenir los riesgos de salud que implican el juego patológico.

El cambio afectaba a las futuras licencias de casinos de juego, salas de bingo, salas de juego y casas de apuesta que integrarían la categoría 4 de establecimientos de juego regulado vinculadas al juego patológico, que en lo subsiguiente no podrían ubicarse en zonas residenciales. Esta modificación no afectaba a las 23 salas activas en los barrios de la ciudad de Burgos que por entonces existían, salvo en que la publicidad de los mismos sólo podría ya realizarse en los propios locales de juego.

⁷ Publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León n.º 62 del martes, 30 de marzo de 2021.

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

- Crear una nueva categoría de Uso Productivo de Terciario recreativo (PR) específica para los establecimientos de juego regulado, de forma que estén separados de otras actividades de naturaleza diferente y que no son susceptibles de causar juego patológico. Con ello se suprimían los establecimientos de juego de la Categoría-1 del artículo 52.1 de la normativa del PGOU y se establecía una nueva Categoría-4, específica para dichos establecimientos de juego regulado, con la denominación “Establecimientos en los que se pueda practicar juegos y apuestas relacionados con la enfermedad del juego patológico, tal como consta definida en el Catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud. OMS CEI-10 y CEI-11” en la que se engloban los casinos de juego, las salas de bingo, los salones de juego, las casas de apuestas, etc.
- Establecer como uso prohibido, sin perjuicio de aquellos ya existentes y legalmente autorizados, los establecimientos de juego regulado en las normas zonales cuyo uso predominante es el residencial, manteniendo su compatibilidad solo en las normas zonales cuyo uso predominante no sea el residencial, es decir zonas industriales, de grandes establecimientos comerciales y áreas destinadas al ejercicio de actividad económica en entorno urbano, con la condición, en los casos de compatibilidad referidos, de que el acceso desde la vía pública debe ser independiente de cualquier otro uso, con independencia de si es predominante o compatible. Este aspecto de la modificación afecta a la Tabla general de usos en normas zonales del artículo 363 y al artículo 53 de la normativa del PGOU.
- Limitar en las normas zonales cuyo uso predominante es el residencial, la publicidad de locales de juego regulado a la fachada del propio local en el que desarrolla la actividad, prohibiéndola en todos los elementos de la vía pública mediante la inclusión de una nueva categoría-4 del artículo 52.1 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.

Tras la publicación de este acuerdo la Asociación Empresarial del Juego Autorizado de Castilla y León presentó recurso contra el mismo, recurso sobre el que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dictó sentencia el 17 de enero de 2023 rechazando la causa de inadmisibilidad esgrimida por el Ayuntamiento de Burgos.

Contra la referida sentencia la representación procesal del Ayuntamiento de Burgos presentó recurso de casación ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

La posterior sentencia de la sección 1ª de la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJ) anuló la modificación del Plan General de Ordenación Urbana, PGOU, que relegaba las casas de apuestas a tres de las diez zonas urbanísticas en las que se divide la ciudad (solo se permitían locales de juego en zonas de actividad industrial y comercial) al entender que las restricciones impuestas no están debidamente justificadas desde la perspectiva de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Más tarde el Ayuntamiento recurrió en casación ante el Tribunal Supremo y la Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó que la cuestión planteada en el recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistente en determinar el alcance del ejercicio de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de los establecimientos de juego en los instrumentos de ordenación urbanística municipal en atención a la competencia en materia de juegos y apuestas de las Comunidades Autónomas y, en particular, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

El Tribunal Supremo en este término identificó las normas que, en principio, serían objeto de interpretación, los artículos 48 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; artículo 38 de la Constitución; artículo 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; y el art. 70.27º de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

- Acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 30 de abril de 2021, que aprobó definitivamente el Plan Especial Urbanístico para la regulación de los juegos de azar (PEUJA) en la ciudad de Barcelona.

El objetivo del PEUJA era regular la intensidad de los usos del suelo y las condiciones urbanísticas para la implantación de los establecimientos de concurrencia pública destinados a salones de juego, bingos y casinos de juego en la ciudad de Barcelona, con el fin de establecer una regulación coherente en todo el municipio y ajustada a las directrices vigentes en materia de salud, planteando como objetivo principal minimizar el acceso de los colectivos vulnerables a los establecimientos destinados al juego de azar, a fin de reducir los riesgos de adicción y daños asociados, una vez constatada la existencia de un desequilibrio territorial en la implantación de las actividades del juego de azar y distribución de los establecimientos de juego en la ciudad de Barcelona en comparación con lo que sucede en el resto de la Comunidad Autónoma, siendo esta la causa singular que determinaba la necesidad de regular de manera particularizada la implantación de este tipo de establecimientos en el término municipal⁸.

La representación procesal de la Patronal del Joc Privat de Catalunya presentó recurso contencioso-administrativo nº 240/2021 contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Segunda), resolvió en sentencia, de 21 de marzo de 2023, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo y declarando la nulidad de los artículos 15 y 16 y la disposición transitoria primera y segunda de la citada disposición general.

El TSJC concluye que si bien la competencia de urbanismo es una materia de interés intrínsecamente municipal, no deja de estar afectada por otras disposiciones legales sectoriales y si bien es cierto que los Ayuntamientos son titulares de la potestad reglamentaria y disponen de las ordenanzas como instrumento propio de actuación municipal para el desarrollo de sus competencias⁹, sin embargo, esta potestad, ha de ser ejercida dentro del ámbito estricto de sus competencias y dentro del límite que representas

⁸ El Ayuntamiento manifestó que Barcelona representa el 0.32 % del territorio autonómico y concentraba más del 25 % de las actividades destinadas a juego de azar en el conjunto de Cataluña por lo que la ratio de locales de juego por habitante sería muy superior a lo que sucede en el resto de la autonomía, añadiendo además que la acumulación de este tipo de locales se producía en determinadas zonas de la ciudad.

⁹ Artículo 4.1, a) LRBRL.

las leyes del Estado y las CC.AA¹⁰. En síntesis, un Ayuntamiento, vía ordenanza, no puede regular materias, que han quedado ya reguladas por la administración autonómica¹¹, donde además no se limita a reproducir dicha norma, sino que la contraviene de modo que viene a incluir más restricciones a los establecimientos de este tipo».

Contra la anterior sentencia se presentó recurso de casación por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona identificando como infringidos los artículos 137 y 140 de la Constitución y el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local.

Con posterioridad el Tribunal Supremo dictó auto el 25 de enero de 2024 acordando admitir el recurso de casación contra la referida sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y declaró que la cuestión suscitada presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si los municipios tienen competencia, y en su caso a través de qué título o títulos competenciales, para regular la apertura y funcionamiento de establecimientos de juego en el término municipal y los límites, en su caso, de dicha competencia, identificando como normas que, en principio, serían objeto de interpretación, los Artículos 137 y 140 de la Constitución y los artículos 4 y 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Recientemente se acaban de publicar las correspondientes sentencias del Tribunal Supremo¹² que en este artículo analizaremos.

3. Análisis de las sentencias

El conflicto entre la limitación a la implantación de actividades económicas desde instrumentos de planeamiento urbanístico como manifestación de la potestad de planificación y el principio de libre mercado y empresa se ha puesto de manifiesto en

¹⁰ STS de 26 de julio de 2006

¹¹ En este caso concreto la ley 15/1984 y por los decretos 549/1983 y Decreto 37/2010, que consisten en las condiciones de emplazamiento de los establecimientos de juegos de azar

¹² TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso -Administrativo Sección Quinta Sentencia núm. 1068/2024. R. CASACION núm.: 8754/2022. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.
TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso -Administrativo Sección Quinta Sentencia núm. 1243/2024. R. CASACION núm.: 1809/2023. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

numerosas ocasiones con motivo de la regulación urbanística de la implantación de antenas de telefonía móvil, de salones de juego¹³ o, viviendas de uso turístico¹⁴ entre otros. En ese efecto hay suficientes requisitorias y/o obligaciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido incorporando y que de manera determinativa señala en las sentencias que en el presente artículo analizamos.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo sobre el PGOU de Talavera de la Reina se establecen las siguientes requisitorias:

Cualquier determinación establecida por la Administración a través del planeamiento urbanístico que pueda limitar la libertad de empresa debe estar fundamentada en el principio de vinculación negativa. Esto significa que las entidades locales no necesitan una habilitación legal específica en cada ámbito sectorial, siempre que no se excluya expresamente esta competencia y no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable¹⁵.

La potestad municipal para dictar normas urbanísticas y determinar su contenido debe seguir el criterio de la vinculación negativa, lo que legitima esta competencia según lo dispuesto en el artículo 25.2.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en materia de urbanismo. Así, la modificación del articulado de las

¹³ En esta materia, la jurisprudencia del TS sostiene que está justificada la necesidad del establecimiento de distancias mínimas entre establecimientos de juego con base, tanto en el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de garantía de unidad de mercado en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como con la Jurisprudencia del TJUE que admite con normalidad que la actividad del juego pueda ser objeto de limitaciones o restricciones por los estados miembros atendiendo los intereses en juego vinculados al orden público, a la salud pública y a la protección de los menores y otros colectivos especialmente sensibles, pese se debe justificar de manera concreta, no vale una afección a principios generales, debe existir motivación suficiente para el momento temporal y el lugar concreto de adscripción..

¹⁴ En esta materia, la última jurisprudencia del TS sostiene que la protección del derecho a una vivienda digna en un entorno adecuado el motivo de interés general que justifica la limitación acordada en el instrumento de planeamiento mediante la calificación de estas viviendas de alojamiento turístico como uso de equipamiento y no residencial. Dicha limitación se produce por la inviabilidad de implantar viviendas de uso turístico en edificios de uso residencial, así como también por la limitación en cuanto al número de habitaciones en las viviendas particulares para alquiler turístico. La motivación de intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento debe estar amparada en razones imperiosas de interés general, no cabiendo amparar dicha limitación en razones estrictamente económicas, 8por ejemplo, evitar que las viviendas vacacionales compitan con el resto de los establecimientos alojativos turísticos hoteleros o extrahoteleros, evitando que se ubiquen en las mismas zonas).

¹⁵ Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988, que reconoce no sólo la autonomía local (artículo 3.1), sino también el principio de subsidiariedad (artículo 4.2), en virtud del cual las " entidades locales tienen, dentro el ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad

normas urbanísticas se sitúa dentro del ámbito de competencia municipal reconocida, siempre y cuando no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable.

En ese efecto y en lo que atañe a una de los escenarios concretos estudiado en las sentencias aquí analizadas el Tribunal Supremo manifiesta que la Ley 2/2013, de 25 de abril, del Juego y las Apuestas de Castilla-La Mancha, vigente en el momento de aprobación de la modificación puntual recurrida, no contemplaba un régimen de distancias entre locales de juego, a diferencia de la regulación contemplada en la Ley 5/2021, de 23 de julio en vigor. Por ese motivo, las determinaciones de la modificación no vulneraban régimen alguno de distancias legalmente establecido al momento de su aprobación, sin que resultase de aplicación para enjuiciar la legalidad de la modificación el posterior régimen de distancias contemplado en la Ley 5/2021, todo ello sin perjuicio de la posible utilización por parte del Ayuntamiento de ejercer la facultad prevista en la disposición adicional cuarta de la citada Ley de contemplar en su instrumento de planeamiento urbanístico zonas saturadas de locales de juego a determinadas áreas de su término municipal.

El Tribunal Supremo establece en esta sentencia, argumentando en su jurisprudencia sobre la materia, que la regulación urbanística que impone limitaciones a la implantación de ciertos usos desde los instrumentos de planeamiento urbanístico debe estar debidamente fundamentada, teniendo en cuenta que estamos en presencia del ejercicio de una potestad de carácter discrecional como caracteriza a la potestad de planeamiento¹⁶.

No obstante ello, determina que esa posibilidad, debe estar debidamente fundada y no debe implicar una restricción absoluta para los usos permitidos en la zona por lo que dice que lo adecuado es establecer distancias mínimas para proteger intereses generales imperiosos que necesariamente, en ese caso, deben concurrir.

¹⁶ STS 1375/2020, de 21 de octubre (recurso de casación n.º 6895/2018)

Así, la potestad de planeamiento es una potestad discrecional de la Administración, que como indica el Tribunal Supremo debe observarse dentro de los principios del art. 103 de la Constitución ; de tal suerte que el éxito de una impugnación de la potestad de planeamiento, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones. En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991 destaca el carácter ampliamente discrecional del planeamiento, independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados.

Solo la existencia de una justificación adecuada y suficiente de las razones de interés general que sustenten la regulación limitativa de la implantación de usos, alejada de meros motivos económicos, legitima al planificador municipal para regular usos en una zona urbana¹⁷.

Ello por cuanto la potestad de planificación incide sobre la libertad de establecimiento, no resultando suficiente centrar el debate en si las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento vulneran dicha libertad, ya que esas limitaciones son consustanciales al planeamiento.

No obstante el Alto Tribunal también deja muy claro, apoyándose en sentencia¹⁸ que ya comentamos¹⁹ y que recogía el criterio de otra precedente de la Audiencia Nacional, que también analizamos en otro artículo para esta revista²⁰, en el tema que aquí de manera concreta interesa, que la fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general²¹, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada²².

¹⁷ Sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, analiza el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, con base en la doctrina establecida en la STJUE de 22 de septiembre de 2020 y sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, en nuestra sentencia n.º 75/2021, de 26 de enero (recurso de casación n.º 8090/2019).

¹⁸ Sentencia 1.408/2019, de 22 de octubre (recurso de casación n.º 4238/2018), sobre las limitaciones a la implantación de salones de juego en suelo urbano, con motivo del recurso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana

¹⁹ De nuevo el debate de las distancias, contingentación y renovación de las licencias de los locales de juego. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento. N.º. 66, 2020.

²⁰ El debate entre planificación o libre mercado en los locales de juego a la luz de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, N.º. 60, 2018.

²¹ 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.

²² La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre

Se considera suficientemente motivada la razón de interés general que ampara el ejercicio del "ius variandi" por el planificador municipal, consistente en la adecuada protección que se debe dispensar a la población juvenil de los riesgos inherentes a la actividad del juego y la adopción de medidas preventivas en orden a proteger el derecho a su salud. Y ese conjunto de medidas, advierte el Tribunal, encuentran su amparo igualmente en el principio de precaución y cautela. Por otra parte, la medida adoptada consistente en distancia a 300 metros entre locales y a equipamientos educativos, culturales, deportivos y zonas verdes se considera que respeta el principio de proporcionalidad, ya que tal y como se constata de los diversos modelos posibles ensayados obrantes en la memoria de la modificación puntual por la que se ha adoptado aquél no prohíbe de modo taxativo la implantación de locales de juego y apuestas, lo que no sería admisible, y a la vez posibilita alcanzar el objetivo principal de la modificación que es alejar a la población en edad juvenil de iniciarse en el juego y apuestas en sus distintas modalidades con el innegable componente de adicción que en muchas ocasiones genera.

El Supremo hace hincapié especial en que en su reciente jurisprudencia ha resaltado la presencia, y exigencia, de un urbanismo cambiante, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias, realidades y necesidades sociales, urbanísticas y medioambientales, y que, a tal fin, utiliza sus instrumentos de planificación urbanística para conseguir y alcanzar la inevitable transformación de las ciudades donde las Administraciones públicas que cuentan con competencia en el ámbito material del urbanismo, especialmente Ayuntamientos y Comunidades Autónomas están legitimadas y obligadas para alcanzar tal fin. Es en este marco urbanístico en el que el Alto Tribunal dice en la sentencia debe proyectar el dilema jurídico que aquí se plantea y el que exige un pronunciamiento jurisdiccional en el doble objetivo de buscar un punto de equilibrio entre la actual configuración de las ciudades, en el marco de exigencia social y jurídica antes expuesta, y, por otra parte, las exigencias de la libertad de mercado y liberalización de servicios.

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Supremo sobre el PGOU de Burgos se establecen, además de las señaladas anteriormente otra requisitoria muy importante que

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

no es otra que la prohibición en su totalidad de un uso comercial en zonas predominantemente residenciales de viviendas, es una medida desproporcionada, si carece de una motivación necesaria y suficiente.

Finalmente, en la sentencia del Tribunal Supremo sobre el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, que aprobó el Plan Especial Urbanístico para la regulación de los juegos de azar en esa ciudad se sintetizan las anteriores requisitorias estableciéndose que la existencia de una justificación adecuada y suficiente de las razones de interés general que sustenten la regulación limitativa de la implantación de usos, alejada de meros motivos económicos, legitima al planificador municipal para regular usos en una zona urbana. Esto puede incluir la imposición de un régimen de distancias mínimas para nuevas implantaciones o la ampliación de las existentes. Ello por cuanto el instrumento de planeamiento urbanístico de carácter general, PGOU, POM o cualquiera que sea su denominación, se comporta como un plan de detalle en el suelo urbano fijando la calificación urbanística aplicable respecto del régimen de usos, intensidad y aprovechamiento.

4. Conclusiones

En conclusión, el Tribunal Supremo determina que el planeamiento urbanístico puede incluir determinaciones específicas sobre el uso del suelo urbano. 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 y no imponer una restricción absoluta a un uso o una actividad económica concreta.

En ese efecto, 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.

En ese término se pueden separar las siguientes conclusiones:

Con carácter general

- La potestad de planificación lógicamente incide sobre la libertad de establecimiento, por lo que, no cabe aludir a este principio solo en su carácter esencial o general pues es claro que, para analizar las situaciones referidas a este, no resulta suficiente centrar el debate en si las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento vulneran dicha libertad, ya que esas limitaciones son consustanciales al planeamiento.
- Cualquier determinación establecida por la Administración a través del planeamiento urbanístico que pueda limitar la libertad de empresa debe estar fundamentada en el principio de vinculación negativa. Esto significa que las entidades locales no necesitan una habilitación legal específica en cada ámbito sectorial, siempre que no se excluya expresamente esta competencia y no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable. En ese efecto la potestad municipal para dictar normas urbanísticas y determinar su contenido debe seguir el criterio de la vinculación negativa, lo que legitima esta competencia según lo dispuesto en el artículo 25.2.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en materia de urbanismo. Así, la modificación del articulado de las normas urbanísticas se sitúa dentro del ámbito de competencia municipal reconocida, siempre y cuando no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable.
- La regulación urbanística que impone limitaciones a la implantación de ciertos usos desde los instrumentos de planeamiento urbanístico debe estar debidamente fundamentada, teniendo en cuenta que estamos en presencia del ejercicio de una potestad de carácter discrecional como caracteriza a la potestad de planeamiento y no debe implicar una restricción absoluta para los usos permitidos en la zona por lo que dice que lo adecuado es establecer distancias mínimas para proteger intereses generales imperiosos que necesariamente, en ese caso, deben concurrir.

- Solo la existencia de una justificación adecuada y suficiente de las razones de interés general que sustenten la regulación limitativa de la implantación de usos, alejada de meros motivos económicos, legitima al planificador municipal para regular usos en una zona urbana.

Respecto a locales de juego

- El establecimiento de distancias mínimas entre los locales constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general²³, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada²⁴.
- Se considera suficientemente motivada la razón de interés general que ampara el ejercicio del "ius variandi" por el planificador municipal, consistente en la adecuada protección que se debe dispensar a la población juvenil de los riesgos inherentes a la actividad del juego y la adopción de medidas preventivas en orden a proteger el derecho a su salud. Y ese conjunto de medidas, encuentran su amparo igualmente en el principio de precaución y cautela.
- El planeamiento urbanístico realizado por Ayuntamientos que incluya la limitación de locales de juego podrá existir siempre que no se excluya expresamente esta competencia por otra normativa de rango superior y en ese efecto pues no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable en la materia.

23 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.

24 La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y fuera también del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); pero sí resultan en cambio de aplicación a las actividades del juego los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Respecto a los casos concretos:

Acuerdo modificación PGOU del Ayuntamiento de Talavera de la Reina:

- La Ley 2/2013, de 25 de abril, del Juego y las Apuestas de Castilla-La Mancha, vigente en el momento de aprobación de la modificación puntual recurrida, no contemplaba un régimen de distancias entre locales de juego, a diferencia de la regulación contemplada en la Ley 5/2021, de 23 de julio en vigor. Por ese motivo, las determinaciones de la modificación no vulneran régimen alguno de distancias legalmente establecido al momento de su aprobación, sin que resulta de aplicación para enjuiciar la legalidad de la modificación el posterior régimen de distancias contemplado en la Ley 5/2021, todo ello sin perjuicio de la posible utilización por parte del Ayuntamiento de ejercer la facultad prevista en la disposición adicional cuarta de la citada Ley de contemplar en su instrumento de planeamiento urbanístico zonas saturadas de locales de juego a determinadas áreas de su término municipal.
- La medida adoptada consistente en distanciar a 300 metros entre locales y a equipamientos educativos, culturales, deportivos y zonas verdes se considera que respeta el principio de proporcionalidad, ya que tal y como se constata de los diversos modelos posibles ensayados obrantes en la memoria de la modificación puntual se ha adoptado aquél que no prohíbe de modo taxativo la implantación de locales de juego y apuestas, lo que no sería admisible, y a la vez posibilita alcanzar el objetivo principal de la modificación que es alejar a la población en edad juvenil de iniciarse en el juego y apuestas en sus distintas modalidades con el innegable componente de adicción que en muchas ocasiones genera.

Acuerdo modificación PGOU del Ayuntamiento Burgos:

- La modificación incorporada en el PGOU de Burgos 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 considerando, de este modo, que la modificación del planeamiento general recurrida implica una serie de restricciones que no están debidamente justificadas desde la perspectiva de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

- Establecer como uso prohibido los establecimientos de juego regulado en todas las normas zonales cuyo uso predominante sea el residencial, supone, como acertadamente indica la sentencia impugnada, de facto, la imposibilidad de desarrollo de la actividad empresarial del juego en todo el centro urbano de la ciudad de Burgos, sin dejar margen alguno a la política de planificación autonómica sobre el sector del juego, ni a la efectividad del régimen de distancias previsto, tanto legal²⁵ como reglamentariamente²⁶, lo que evidencia un claro incumplimiento de la normativa autonómica sectorial de aplicación.

Acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, que aprobó definitivamente el Plan Especial Urbanístico para la regulación de los juegos de azar:

- La Ordenanza municipal de las actividades y establecimientos de concurrencia pública en Barcelona, sobre la que se quería vincular las competencias que supuestamente entendía que tenía el Ayuntamiento para aprobar el PEUJA se constriñe únicamente a las denominadas competencias de control, inspección y sanción en relación con condiciones generales de desarrollo de aquellas actividades, tales como y sin ánimo exhaustivo, determinación de horarios de

²⁵ Art. 4.8 de la Ley 4/1988 de 24 de junio, reguladora del Juego y Apuestas de Castilla y León, corresponde a la Junta de Castilla y León:

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

²⁶ El art. 55.6 del Reglamento regulador de las máquinas de juego y de los salones de juego de la Comunidad de Castilla y León aprobado por Decreto 12/2005, de 3 de febrero establece que en ningún caso se autorizará la instalaciones de salones a menos distancia de 100 metros de los accesos normales de entrada o salida a centros de educación preescolar, centros que impartan enseñanzas escolares y centros de enseñanza universitaria e igualmente tampoco se autorizará cuando exista otro salón ya autorizado a una distancia inferior a 300 metros. De igual modo, con relación a las casas de apuestas la zona de influencia a centros escolares quedó regulada en el art. 25 del Reglamento regulador de las apuestas aprobado por Decreto 53/2014, de 23 de octubre en cuyo art. 25 se dispone que a efectos de lo previsto en el art. 4.8 de la Ley 4/1998 no podrá otorgarse autorización administrativa de instalación de casas de apuestas a menor distancia de 100 metros de los accesos normales de entradas o salida de centros educativos. Y para los casinos el Decreto 1/2008, de 10 de enero, contempla similar previsión.

aplicación general; sistemas de control de acceso y de aforos y de servicios de vigilancia; exigencia de determinados mecanismos de prevención de riesgos y de seguros; sujeción a licencia o autorización municipal o control ambiental preventivo. En ese efecto la mencionada Ordenanza, ni por su rango normativo, ni por su contenido material, otorga cobertura para disponer tal como hace el PEUJA una regulación sobre implantación de establecimientos de juego con un régimen de distancias mínimas respecto de centros educativos, bibliotecas, centros deportivos municipales, casas de jóvenes y de barrio; centros de salud o de servicios sociales, entre otros, a los que denomina como usos protegidos.

- 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.

- Las determinaciones que se introducen en el PEUJA dentro de las posibles existentes, al adoptar unas limitaciones en cuanto a distancias mínimas de las zonas indicadas que son 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 con respeto a la normativa sectorial vigente en la Comunidad Autónoma.

Muchas de las leyes de juego recientemente modificadas han incorporado la “delegación” normativa en Ayuntamientos para que puedan sumar distancias y/o determinar estas o

incorporar más limitaciones en zonas saturadas²⁷ lo que supone una quiebra permanente de la seguridad jurídica.

En ese efecto sería importante cuanto menos que las legislaciones incorporasen como obligatorio la necesidad de que los Ayuntamientos pasen un control previo de las CC.AA., consistente en la realización por éstas de un informe preceptivo y necesario, en termino similar como el que se acaba de incorporar en modificación en la Ley 5/2021, de 23 de julio, del Régimen Administrativo y Fiscal del Juego en Castilla-La Mancha²⁸.

²⁷ Un ejemplo:

Art. 34.5 de Ley 3/2022, de 29 de marzo, reguladora del juego y las apuestas de La Rioja y de la prevención del juego problemático y patológico

5. Las entidades locales podrán establecer otros límites o requisitos adicionales para la autorización de establecimientos de juego, basándose en sus competencias a través de sus ordenanzas y reglamentos

²⁸ Modificada por la Ley 1/2024 de 15 de marzo de medidas administrativas y de creación de la Agencia de Transformación Digital de Castilla La Mancha.

Modifica los artículos 12 y disposición adicional cuarta:

Artículo 12 Declaraciones responsables, comunicaciones y autorizaciones

1. Estarán sujetas a declaración responsable o comunicación:

.....

f) La facultad de los Ayuntamientos de declarar un área de su término municipal como zona saturada de locales de juego, en los términos de la disposición adicional cuarta.

Se modifica por:

“f) La facultad de los Ayuntamientos de declarar un área de su término municipal como zona saturada de locales de juego **previo informe favorable del órgano competente en materia de juego de la comunidad autónoma**, en los términos de la disposición adicional cuarta.

Disposición adicional cuarta Limitación a la concentración de locales de juego

1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20.1, en los municipios de hasta 15.000 habitantes, conforme a los datos del último padrón municipal aprobado, en los que exista más de un local de juego autorizado en cualquiera de sus categorías, o en los restantes municipios en los que haya tres o más, los Ayuntamientos podrán declarar zona saturada de locales de juego un área de su término municipal, en lo que se refiere al otorgamiento de sus títulos habilitantes, entendiéndose por área, a los efectos de esta ley, cada uno de los barrios, distritos o cualquier otra agrupación de vías públicas fijada por el municipio.

Se modifica por:

“1. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20.1, en los municipios de hasta 15.000 habitantes, conforme a los datos del último padrón municipal aprobado, en los que exista más de un local de juego autorizado en cualquiera de sus categorías, o en los restantes municipios en los que haya tres o más, los Ayuntamientos podrán declarar zona saturada de locales de juego un área de su término municipal, en lo que se refiere al otorgamiento de sus títulos habilitantes, entendiéndose por área, a los efectos de esta ley, cada uno de los barrios, distritos o cualquier otra agrupación de vías públicas fijada por el municipio.

Respecto al principio de precaución y cautela del que habla el Tribunal Supremo, hay que decir que resulta muy peligroso admitir esto pues determinaría una inseguridad jurídica permanente. Si se quiere limitar una actividad en base al interés general, la salud y la seguridad pública como ya tiene advertido el TSJUE se tiene que hacer sobre datos concretos en un término temporal concreto que determinen que hay un riesgo cierto en cada momento y lugar.

Como ya explicábamos en otro artículo para esta Revista precisamente analizando la planificación de locales de juego la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido clara a ese respecto haciendo énfasis en que, necesariamente debe existir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad²⁹. Esa amenaza, además, debe estar produciéndose en el momento concreto en que pretende tomar la correspondiente medida³⁰.

En esa medida explicábamos también que nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo esta doctrina, ha establecido que el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos porque, en tal caso, ella misma se convertiría en el mayor peligro para el ejercicio de un derecho y sólo si existe un contexto³¹ muy concreto y siempre que se acrediten de manera determinada los elementos

En todo caso, será preciso que el órgano competente en materia de juego de la comunidad autónoma emita informe favorable en el plazo de quince días desde que tuviera entrada la petición con documentación completa del expediente en el registro electrónico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.”

²⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 24 de junio de 2015 — Directiva 2004/83/CE — En el asunto C-373/13, “79. Hay que observar, a continuación, que el concepto de «orden público» enunciado en la Directiva 2004/38, en particular en sus artículos 27 y 28, ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que el recurso a ese concepto requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase en especial la sentencia Byankov, C-249/11, EU:C:2012:608, apartado 40 y jurisprudencia citada).”

³⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016 «Procedimiento prejudicial — Ciudadanía de la Unión — Artículos 20 TFUE y 21 TFUE — Directiva 2004/38/CE — “...amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y el Tribunal de Justicia ha declarado que el requisito relativo a la existencia de una amenaza actual debe cumplirse, en principio, en el momento en que se adopte la medida de que se trate (véase, en particular, la sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, EU:C:1977:172, apartado 28).”

³¹ SENTENCIA 46/2001, de 15 de febrero (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) Por ello mismo, en este muy singular contexto, no puede considerarse contraria a la Constitución la excepcional utilización preventiva de la citada cláusula de orden público, siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos (SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1998, de 29 de junio, y 141/2000, de 29 de mayo; STEDH casos Kokkinakis, Hoffman y C.R. c. Suiza).

de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos, podría operar esta. O dicho de otra manera, las medidas restrictivas que tengan que ver con el orden público que se incorporen en una normativa para limitar la eficacia de derechos, que hasta el momento se vinieren ejerciendo sin mayor problemática, sólo se podrán imponer de manera preventiva si con ellas se puede garantizar, en el concreto contexto en que se toman, el objetivo pretendido y contribuyen a garantizar el ejercicio del derecho, que con carácter general se pretende limitar en un ámbito de seguridad jurídica, es decir sin que en ningún caso pueda además suponer interdicción de la arbitrariedad e irretroactividad de la norma no favorable como establece el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Y concluíamos que el orden público esta para garantizar, en todo momento, el disfrute de los derechos que se han otorgado con anterioridad no para lo contrario, así todas las actuaciones administrativas susceptibles de producir la restricción de derechos de los administrados deben someterse al principio de legalidad, que no cabe excepcionar a través de una genérica invocación del orden público. Es decir, la limitación o prohibición debe tener un correlato legal y una justificación determinada para el caso concreto, que en ningún caso puede ser especulativa. Mucho menos si, tras ese pretendido orden público, la justificación fuese paradójicamente algunos planteamientos de carácter moral o social, aunque estos fueran compartidos incluso por una mayoría, como coartada para una pretendida alarma social que no se demuestra, pues esto no justifica, en ningún caso y de ninguna manera que deban vincular a la ciudadanía en su conjunto por una mera especulación o estimación carente de datos objetivos.

No podemos dejar de comentar que en la sentencia del Tribunal Supremo se haga mención a la referencia de la del TJCM por lo que respecta a la supuesta vulneración del principio de igualdad, sobre los diferentes tipos de juego público y privado.

El TSJCM viene a decir que el juego público y privado son mercados diferenciados, pues supone que existen características propias, singulares y diferenciales entre operadores públicos y privados del sector del juego, lo que a su juicio determina que no resulte procedente la equiparación de los locales de apuestas con la labor desarrollada por la ONCE.

En términos muy parecidos ya se manifestó el TS respecto a los diferentes recursos interpuestos por JDIGITAL³² y LNFP³³ en las sentencias³⁴ donde se anulaban diferentes artículos del Real Decreto de comunicaciones comerciales sobre actividades de juego, en las que colegimos que el Alto Tribunal no llegó a entender bien la pretensión de los recurrentes para que el tribunal analizase el diferente régimen de publicidad, que de manera asimétrica e injusta, se establece para los juegos en reserva, pues imaginamos que estos no querían decir que el Real Decreto no afectase a los operadores de estos juegos³⁵, sino que les afectaba de muy diferente manera favoreciendo su régimen publicitario, régimen que posteriormente ha sido bendecido por la Ley General de Comunicación Audiovisual, circunstancia esta que, a nuestro juicio, si vulnera claramente el principio de igualdad y supone un claro beneficio competitivo en el mismo mercado.

No se puede hacer un distingo valorativo (privilegiando la diferente función y objetivo de unos y otros, en añadido de termino social, en los términos de costumbre y confianza) entre la oferta de juego privado y la de juego público, sin tener en cuenta los datos y cifras en ámbito económico, publicitario y de deseconomías sociosanitarias evidenciadas en los Informes dimanantes de las encuestas EDADES y ESTUDES, que incorporan términos muy similares para uno y otro escenario.

³² Pleno. Sentencia 169/2023, de 22 de noviembre de 2023. Cuestión de inconstitucionalidad 5949-2022. Planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el artículo 7.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Extinción, por desaparición de su objeto, de la cuestión de inconstitucionalidad consecuencia de la reforma sobrevenida del precepto legal sobre el que versa (BOE Jueves 21 de diciembre de 2023). ECLI:ES:TC:2023:169

³³ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid Sección: 3 Fecha: 19/04/2024 N° de Recurso: 1/2021 N° de Resolución: 671/2024. Fecha de sentencia: 19/04/2024. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado. Roj: STS 2113/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2113

³⁴ La primera de ellas ya la analizamos prolijamente en artículo escrito para esta Revista, Análisis de la sentencia 169/2023, de 22 de noviembre de 2023. Cuestión de inconstitucionalidad. Planteada por la sección tercera de la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal supremo sobre el artículo 7.2 de la ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. Rafael Andrés Alvez. Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento. N°. 82, 2024

³⁵ “Por lo que respecta a la no aplicación del Real Decreto a la ONCE y la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado. Ha de constatarse que según el artículo 2 del Real Decreto 958/2020 el ámbito de aplicación comprende "las entidades que desarrollen una actividad de juego comprendida en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011 de 27 de mayo, incluyendo a los operadores designados para la comercialización de juegos de loterías regulados en esa ley". Es evidente, por tanto, que la norma resulta aplicable tanto a la Once como la sociedad de loterías y apuestas del Estado en cuanto organizadoras de juegos y de loterías a nivel estatal. Ahora bien, dado que estas sociedades desarrollan una labor social muy relevante, las limitaciones publicitarias contenidas en dicha norma tan solo se aplican a la faceta referida a la organización y difusión de sorteos y actividades de juego en general, pero se excluye la promoción y publicidad de su actividad social. Este es el sentido y alcance de las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de dicha norma”.

Sensu contrario a esto hay que decir que tanto la ONCE como SELAE son operadores económicos en el sector del juego, en concurrencia y competencia con el resto de operadores y que por tanto, deben quedar sujetos a las mismas limitaciones y objetivos de cumplimiento establecidos por la normativa local, autonómica y nacional, con independencia de otras funciones o labores que puedan desarrollarse por aquellas, de carácter asistencial y social, que por otra parte también realizan los operadores privados a través de las correspondientes fundaciones.

Si lo que se pretende de verdad es defender el interés general, la salud pública y la seguridad, no puede seguir habiendo un distingo en términos publicitarios, ni tampoco en el cumplimiento de medidas de protección y seguridad para menores y vulnerables, en ese sentido distancias, registro de entradas y señalética deben ser iguales.

En ese sentido decir que la ONCE, ya no es como en origen, una organización asistencial que vende un cupón para atender una necesidad concreta de un colectivo³⁶, sino que hoy es un conglomerado de empresas que está radicado en muy diferentes sectores³⁷ y que no es solo ya el operador de ese cupón, sino que comercializa más de 80 productos de juego, en su mayoría rascas, que es la opción prioritaria de juego entre 18 y 35 años (Anuario CEJUEGO), y que según se evidencia en los Informes de Adicciones comportamentales del Ministerio de Sanidad en base a los datos extraídos por la encuesta EDADES las loterías son el juego con el que se inician al juego los menores y en términos de

³⁶ El 13 de diciembre de 1938, se firmó el Decreto fundacional de la Organización Nacional de Ciegos (ONC) con dependencia del Ministerio del Interior, que agrupará en ella, obligatoriamente, a todos los invidentes españoles, con fines de mutua ayuda y para resolución de sus problemas específicos. En dicha Organización se fusionarán todas las entidades existentes en la actualidad, tanto culturales y de trabajo, como de otro carácter, siempre que traten de problemas relacionados con los no videntes.

El mismo decreto estableció la creación del Consejo Superior de Ciegos, organismo dependiente del Estado que tuteló la ONC, administrando sus recursos económicos, aprobando sus planes y designando a su Jefe Nacional. En 1939 se aprobó el Reglamento de la ONC, que autorizaba su participación en el monopolio estatal del juego mediante la comercialización del «cupón prociegos» como «forma excepcional y exclusiva de ingresos para los no videntes imposibilitados de desempeñar una profesión». El primer sorteo se celebró en Madrid el 8 de mayo de 1939.

³⁷ ILUNION es el grupo de empresas de la ONCE y la Fundación ONCE, que se reparten la titularidad con un 47,5 % y 52,5 %, respectivamente. Fue creado en noviembre de 2014, fruto de la convergencia de los grupos empresariales pertenecientes a la ONCE y a su Fundación, CEOSA y Grupo Fundosa, respectivamente. ILUNION cuenta con más de 50 líneas de negocio, repartidas en cinco divisiones: sociosanitario (clínicas de fisioterapia, centros de día, etc.), [facility services](#) (seguridad, limpieza, lavandería industrial, etc.) turismo (hoteles, catering y ocio), comercialización (tiendas de conveniencia y correduría de seguros) y consultoría.

Fte:

https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_Nacional_de_Ciegos_Espa%C3%B1oles#:~:text=ILUNION%20es%20el%20grupo%20de,CEOSA%20y%20Grupo%20Fundosa%2C%20respectivamente.

prevalencia de juego problemático y trastornos de juego suman cifras similares o incluso superiores a los juegos comercializados por los operadores privados.

Por otra parte, decir que, en el término de publicidad, la publicidad es el elemento fundamental para prescribir la oferta de juego, la ONCE según el último ranking de INFOADEX es el 5º mayor anunciante a nivel nacional con 54,5 millones de euros³⁸. Para hacernos una idea de la magnitud de esta cifra decir que en el informe anual de mercado de juego online estatal de 2023, publicado por la Dirección General de Ordenación de Juego, la cifra total de la publicidad operada por todos sus licenciarios suma 147.947.850 euros

En lo siguiente habrá que esperar a ver que sentencia el Tribunal Supremo en el recurso de casación (3878/2023) presentado por el Ayuntamiento de Cádiz, que fue admitido a trámite por Auto de 25 de enero de 2024 y si mantiene en esta los presupuestos y conclusiones determinados en las sentencias que en este artículo hemos analizado o incorpora algún elemento o requisitoria más.

En ese término, decir que la cuestión litigiosa planteada por el Ayuntamiento de Cádiz se refiere a que margen de ordenación tiene la potestad municipal, dentro de sus competencias en materia de urbanismo y de protección de la salud y la salubridad, para regular los establecimientos de juego, y los límites al ejercicio de esta potestad, teniendo en cuenta además la perspectiva de la normativa sobre unidad de mercado y las excepciones y salvaguardas que esta contiene.

El antecedente es la puesta en tela de juicio de la modificación puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU del Ayuntamiento de Cádiz para la regulación de la implantación de establecimientos de juego, concretamente el art 3.4.11 (definición y categorías de los servicios terciarios recreativos), excluyendo del mismo "las salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar", y el art 3.4.20 (condiciones de implantación del uso comercial), introduciendo el apartado 4 que estable que tanto en edificios de uso exclusivo como en edificios de uso compartido la implantación de establecimientos de juego solamente se podrá situar en las zonas de uso global "residencia y de equipamiento", si están a más de 500 metros de distancia de los

³⁸ Fte: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/ranking-anunciantes-inversion-publicitaria-estudio-infoadex-2024>

accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o socio-cultural y que en este sentido, se entiende por establecimiento de juego aquellos locales, recintos o instalaciones de pública concurrencia que se destinen a la práctica de juegos de suerte, envite y azar, consistentes en concursar, arriesgar o apostar cantidades de dinero u objetos susceptibles de evaluación económica con el fin de obtener un premio en metálico o, en su caso, en especie, y sin que el resultado del juego dependa de la habilidad o destreza de la persona jugadora, sino exclusivamente del azar o de la suerte".

Recordemos que una empresa afectada y la propia Junta de Andalucía presentaron recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sección Segunda, que por sentencia de 2 de marzo de 2023 estimó este recurso contencioso-administrativo.

La sentencia, determinó que la competencia para la regulación del juego en la Comunidad Autónoma es exclusiva de la misma y que el Ayuntamiento no puede regular en demasía sobre ésta.

Ahora como hemos señalado el Tribunal Supremo ha admitido el correspondiente recurso de casación al apreciar que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de las siguientes cuestiones:

- Determinar si los municipios tienen competencia, y en su caso a través de qué título o títulos competenciales, para regular la apertura y funcionamiento de establecimientos de juego en el término municipal y los límites, en su caso, de dicha competencia.
- Determinar si resulta ajustado a Derecho que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias, y singularmente a través de la potestad de planeamiento en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.

En ese efecto se volverán a analizar e interpretar los artículos 137 y 140 de la Constitución, el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, el artículo

3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad del mercado, amén del artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

No estaría de más que el Tribunal Supremo analizase esta vez, en el conjunto del sector, si tiene sentido que la planificación de los locales juego se haga solo y únicamente sobre los locales de juego privado obviando otros locales en los que también se oferta juego, con los mismos parámetros y mismas deseconomías, pero que parece que por la tradición inveterada, la costumbre navideña o su carácter benéfico, no existiesen en ese extremo, porque parece que su oferta no es juego, es otra cosa. En fin, ya lo dice la ONCE, “bien jugado”.