

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067593

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1361/2024, de 18 de julio de 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 5662/2023

SUMARIO:**Urbanismo. Planeamiento. Autonomía Local. Limitaciones a establecimientos de juego. Libertad de establecimiento.**

La cuestión controvertida; esto es, 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.

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.

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. Existe una clara conexión e interdependencia entre libertad de servicios y ordenación territorial y urbanística. Se señala 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. El pleno respeto al principio de autonomía local pasa porque la intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento, estableciendo determinaciones que puedan limitar la libertad de empresa, se fundamenta en el principio de vinculación negativa según el cual, las entidades locales no necesitan de una habilitación legal específica en cada ámbito sectorial, siempre que no se excluya expresamente esta competencia y no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable.

En este caso, el Ayuntamiento no ha elaborado una justificación suficiente y adecuada de las determinaciones que introduce en el Plan municipal impugnado en su día, dentro de las posibles existentes, adoptando unas limitaciones en cuanto a distancias mínimas de las zonas indicadas que por desproporcionadas e inmotivadas, conjuran la libertad de establecimiento, excediéndose de la competencia que le resulta propia.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 9.3, 103, 130, 137 y 140.

Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 4 y 25.2 a).

Ley 20/2013 (garantía de la unidad de mercado), arts. 3, 5, 9, 16, 17 y 18.

Directiva 2006/123/CE (servicios en el mercado interior), art. 2.2 h).

RDLeg 7/2015 (TR Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), art. 3.

PONENTE:*Don Wenceslao Francisco Olea Godoy.*

Magistrados:

Don CARLOS LESMES SERRANO
Don WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO
Don FERNANDO ROMAN GARCIA
Don ANGELES HUET DE SANDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.361/2024

Fecha de sentencia: 18/07/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5662/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2024

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

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.2

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5662/2023

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1361/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 18 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5662/2023 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA, representado por el procurador don Vicente Ruigómez Muriedas y dirigido por el letrado don Joan Manel Fernández Barrios contra la sentencia núm. 1047/2023, de 21 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el recurso contencioso administrativo nº 240/2021, relativo a la aprobación definitiva del Plan Especial Urbanístico para la regulación de los juegos de azar en la ciudad de Barcelona.

Se ha personado como parte recurrida la Patronal del Joc Privat de Catalunya (PATROJOC), representada por el procurador don Ignacio de Anzizu Pigem, bajo la dirección letrada de don Javier Egocheaga Laiz.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Objeto del proceso en la instancia.-*

1. El Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por acuerdo de 30 de abril de 2021, aprobó definitivamente el Plan Especial Urbanístico para la regulación de los juegos de azar en la ciudad de Barcelona.

2. La representación procesal de la Patronal del Joc Privat de Catalunya presentó recurso contencioso-administrativo nº 240/2021 contra la anterior resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Segunda), dictándose sentencia, de 21 de marzo de 2023, por la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y se declara la nulidad de los artículos 15 y 16 y la disposición transitoria primera y segunda de la citada disposición general.

3. La sentencia, en lo que ahora interesa, basa su decisión de estimación parcial en los argumentos contenidos en el fundamento de derecho tercero, concluyendo que: "[...] Intenta el Ayuntamiento reconducir su competencia a la de urbanismo. Sin embargo, no hemos de olvidar que la competencia de urbanismo es una materia de interés intrínsecamente municipal, sin dejar de estar afectadas otras disposiciones legales sectoriales.

Existen ejemplos en la práctica diaria actual de los órganos de lo Contencioso administrativo que ponen de manifiesto como los problemas de colisión competencial entre el Estado y los Entes Locales están generando una altísima litigiosidad. En concreto, buen ejemplo lo encontramos en el ámbito de las telecomunicaciones en que los Ayuntamientos están intentando regular el despliegue de la red de telefonía móvil mediante ordenanza. 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 competencias de acuerdo con el artículo 4,1, a) LRBRL. Sin embargo, esta potestad, como dice la STS de 26 de julio de 2006 "ha de ser ejercida inexcusablemente dentro de sus competencias y..., dentro del límite que representan las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias".

Pues bien, lo que no es dable al Ayuntamiento es que entre a regular, vía ordenanza, materias que ya han quedado reguladas por la Administración Autonómica que es la que detenta la competencia en materia de juegos. De esta forma, la ordenanza controvertida viene a regular aspectos que ya han sido contemplados por la norma autonómica en materia de juego, la ley 15/1984 y por el decreto 549/1983 y qué consisten en las condiciones de emplazamiento de los establecimientos de juegos de azar [...]

Por tanto, es evidente que la ordenanza discutida ha venido a regular un aspecto de la normativa sectorial del que la competencia le compete a la Comunidad Autónoma y que ya ha sido regulada (por el Decreto 37/2010) y que 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".

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

Segundo. *El recurso de casación promovido por la parte.-*

1. La parte recurrente, la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos los artículos 137 y 140 de la Constitución y el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local.

2. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, toda vez que la sentencia vulnera el principio de autonomía local, al no reconocer la capacidad del Ayuntamiento de Barcelona para incidir en las actividades del sector de los juegos de azar a través del ejercicio de las potestades que le atribuye el artículo 4.1 de la LRBRL, entre las que se incluye la planificación urbanística.

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

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan los supuestos previstos en el artículo 88.2, letras b), c) y g) y las presunciones contenidas en el artículo 88.3, letras a) y c) LJCA.

Tercero. Admisión del recurso.-

Mediante auto de 19 de junio de 2023, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

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

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 5662/2023, preparado por la representación procesal del Ayuntamiento Barcelona, contra la sentencia de 21 de marzo de 2023, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso nº 240/2021.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta 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.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las mencionadas en el Razonamiento Jurídico Cuarto, apartado 2, de este auto.

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

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

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

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

Cuarto. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: "se tenga por interpuesto este recurso de casación y, en sus méritos, se decida estimar el mismo, casándose la Sentencia impugnada, desestimándose en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PATROJOC y declarándose que el Plan especial urbanístico para la regulación de los juegos de azar en la ciudad de Barcelona, aprobado definitivamente en fecha 14 de mayo de 2021, se ajusta a la legalidad vigente."

Quinto. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición, la representación procesal de PAROJOC presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, suplicando a la Sala: "Que teniendo por presentado este escrito, en tiempo y forma oportunos, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulado escrito de oposición al recurso de casación formulado por el AYUNTAMIENTO DE BARCELONA y, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia acordando desestimar íntegramente el recurso de casación y confirmar íntegramente la sentencia recurrida, todo ello con expresa imposición de costas a la recurrente."

Sexto.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose por providencia de 20 de junio de 2024 para votación y fallo la audiencia del día 16 de julio de 2024, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.** - *Los términos del litigio y la sentencia impugnada.*

La representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona ha impugnado la Sentencia núm. 1047/2023, de 21 de marzo, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso contencioso-administrativo número 240/2021, interpuesto por Patronal del Joc Privat de Catalunya (en adelante, PATROJOC) contra el Acuerdo Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de fecha 30 de abril de 2021, que aprueba definitivamente el Plan Especial Urbanístico para la regulación de los juegos de azar en la ciudad de Barcelona.

La Sentencia de instancia sostiene que la corporación municipal carece de competencia para limitar en los términos que regula el PEUJA, la implantación territorial del establecimiento del juego y contraviene la normativa sectorial autonómica sobre el particular.

Parte de la previsión que contiene el artículo 114 del Estatuto de Autonomía a tenor del cual, corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de espectáculos y actividades recreativas que incluye, en todo caso, la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y locales públicos.

Pone dicha previsión estatutaria en relación con el artículo 137 C.E sobre autonomía local, para matizar a continuación, que el texto constitucional no hace expresa atribución competencial a los entes locales, limitando su previsión a proclamar la garantía de aquella autonomía - artículo 140 apartados 1 y 2 C.E- de donde la Sala deduce que compete al legislador estatal y autonómico definir cuál sea la competencia local cuya autonomía garantiza la Constitución, con la finalidad de hacer posible la gestión de sus respectivos intereses, tal como mandata aquel artículo 137 in fine. Enlaza tal conclusión con las previsiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en particular, con los artículos 4; 7; 25 y 28.

Desde el marco normativo citado, analiza la cuestión controvertida; esto es, si el Ayuntamiento de Barcelona ostenta o no competencias que otorguen cobertura a la potestad reglamentaria que ejercita para la elaboración y aprobación del PEUJA, lo que acomete a través de la identificación del cual sea el título competencial en atención al contenido, sentido y finalidad de la norma impugnada, por referencia a la STC 26/2016, de 18 de febrero (FJ 6).

A tal fin, repara en que la finalidad del PEUJA (artículo 2) es regular la intensidad de los usos del suelo y las condiciones urbanísticas para la implantación de establecimientos de concurrencia pública destinados a salones de juego, bingos y casinos de juego en la ciudad de Barcelona con la finalidad de establecer una regulación coherente en todo el municipio y ajustada a las directrices vigentes en materia de salud.

Los artículos 14; 15 y 16, regulan las condiciones de emplazamiento de los establecimientos regulados en relación con la vía pública; el uso de viviendas y otros establecimientos, así como, las distancias mínimas respecto a centros educativos y otros usos protegidos.

Dado que en su contestación a la demanda, el ente municipal invoca los artículos 67 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña y los artículos 11.1, letra k) y 68.1 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre que aprueba la Carta Municipal de Barcelona, la Sala sentenciadora concluye de entrada, que para la aprobación del PEUJA el Ayuntamiento no ha ejercitado competencia propia es decir, asignada por la Ley de Bases de Régimen Local o en su caso, delegada por el Estado o la Comunidad Autónoma y para seguir, que de la Memoria del Plan se deduce que se ha amparado en sus competencias en materia de urbanismo.

Considera la Sala que el ente municipal no puede regular por vía de ordenanza, cuales sean las condiciones de emplazamiento de los establecimientos de juegos de azar, materia ya regulada por la administración autonómica en la Ley 15/1984, de 20 de marzo, del juego y Decreto 549/1983, de 27 de diciembre, por ser esta la titular de la competencia en materia de juego.

Desde la anterior premisa, analiza qué parte del articulado del PEUJA queda afectado o no, por falta de competencia, concluyendo que solo alguno de sus preceptos está viciado de nulidad de pleno derecho, lo que determina que el fallo contenga una estimación en parte del recurso interpuesto por la Patronal recurrente.

Segundo. - *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Tal como hemos reflejado en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de esta Sala que ha admitido a trámite este recurso ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver la siguiente cuestión:

"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."

Identifica, asimismo, como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: 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.

Tercero. - *El escrito de interposición de la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona.*

El Ayuntamiento de Barcelona centra el debate casacional en dilucidar la existencia y alcance de las competencias municipales "para regular la apertura y funcionamiento de establecimientos de juego".

Suscita las siguientes infracciones legales que pone a cargo de la Sentencia que impugna:

1.- Infracción de los artículos 137 y 140 Constitución Española y jurisprudencia interpretativa, por desconocer al contenido mismo del principio de autonomía local.

Argumenta la entidad local recurrente que sin perjuicio de que en efecto, compete al legislador definir la competencia local cuya autonomía garantiza el texto fundamental, no es menos cierto que la operatividad del artículo 140 de la Constitución Española va más allá de ser un mecanismo de preservación para conformar, "un contenido mínimo que el legislador debe respetar" definido por las SSTC 40/1998 y 161/2019 como un derecho de intervención en los asuntos de su competencia que se ha traducido entre otros, en el principio de proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos proclamado en el artículo 2.1 de la Ley de Bases de Régimen Local.

En este sentido, el PEUJA procura incidir en el sector de los establecimientos de juego, al constatar el municipio que se trata de un asunto que atañe a los intereses de sus vecinos y al modelo urbano y de convivencia que se pretende implantar.

Es por ello que la Sentencia impugnada por hacer una interpretación reduccionista del principio de autonomía local lo inhabilita para su fin esencial de garantizar el derecho de los vecinos de Barcelona a participar en la gestión de sus respectivos intereses, a través de la corporación local cuyas competencias reconduce indebidamente, a aplicar las regulaciones aprobadas por la Generalitat de Cataluña.

Contrariamente, sostiene el ente local que a través del ejercicio de la potestad de planificación urbanística que el artículo 4.1 de la LBRL le atribuye entre otras, puede regular los parámetros a observar para el emplazamiento de los establecimientos dedicados a juegos de azar con el objetivo de adaptar la normativa autonómica vigente -en particular, el Decreto 37/2010, de 16 de marzo, de aprobación del Reglamento de salones de juego- a las necesidades de la ciudad de Barcelona, dado que no en vano, el artículo 13.1.b) de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, atribuye a los ayuntamientos la competencia para "adoptar medidas de planificación urbanística, que, si lo establecen los correspondientes instrumentos de planeamiento, deben ser vinculantes para la ubicación de los establecimientos abiertos al público regulados por esta ley".

2.- Infracción de los artículos 4.1.c) y 25.2.a) de la Ley de Bases de Régimen Local sobre competencia municipal en materia urbanística.

Argumenta el Ayuntamiento de Barcelona con la STC 143/2017, que la competencia urbanística comprende el control de los usos del suelo cuyo contenido se plasma en la facultad de decidir qué actividades se ejercen en el suelo de su término municipal y bajo qué condiciones, a través de la técnica de la calificación, según los artículos 57.1; 58.2 y 85.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña y 68.2 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona.

En sustento de ello, invoca las Sentencias de esta Sala y Sección núm. 75/2021, de 26 de enero (recurso núm. 8090/2019) y 1550/2020, de 19 de noviembre (recurso núm. 5958/2019), en materia de viviendas de uso turístico, para concluir que el control de los usos del suelo como elemento integrante de las potestades urbanísticas que corresponden a los municipios, exige que estos puedan incidir en la apertura y el funcionamiento de actividades cuya regulación sustantiva corresponde a las comunidades autónomas pues de lo contrario, la planificación urbanística a que se refieren los artículos 4.1.c) y 25.2.a) de la LBRL, quedaría vacía de contenido.

Dando un paso más, sostiene que la intervención de los municipios en el sector del juego ex artículos 4.1.c) y 25.2.a) de la LBRL debe respetar el principio de desarrollo sostenible según la proclamación del artículo 3.1 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 que la entidad local califica de referencia más adecuada que los principios de proporcionalidad y coherencia con las implicaciones que atribuye el artículo 3.2 a las políticas públicas relativas ordenación del uso del suelo, propiciando "la prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas" (apartado c).

Siguiendo esta línea argumental, se remite a la Memoria del PEUJA para destacar la racionalidad de las decisiones urbanísticas tomadas por el Ayuntamiento de Barcelona, justificando las distancias establecidas por los artículos 15 y 16 del Plan y vinculando estas previsiones normativas con la finalidad de las políticas públicas relativas al uso del suelo que recoge el mencionado artículo 3.2.c) del TRLSRU en particular, los artículos 15 y 16 del PEUJA

y epígrafes 10.3.2.2 y 10.3.2.3 de la Memoria respectivamente, para evitar que los menores de edad desarrollen trastornos por juegos de apuestas y para proteger a las personas vulnerables frente a los daños vinculados con los juegos de azar.

Finaliza, instando de la Sala que la cuestión de interés casacional objetivo señalada en el Auto de admisión, sea contestada en los siguientes términos, "la potestad de planificación urbanística que estatuyen los artículos 4.1.c) y 25.2.a) de la LBRL permite a los ayuntamientos incidir en la apertura y el funcionamiento de establecimientos de juego en su término municipal, dentro de los límites dimanantes del principio de desarrollo sostenible del artículo 3 del TRLSRU."

En definitiva, concreta la pretensión que postula de la Sala en que, con estimación del presente recurso, case la Sentencia impugnada y en su lugar, desestime en su integridad el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PATROJOC, confirmando que el PEUJA es plenamente compatible con el ordenamiento jurídico vigente.

Cuarto. - El escrito de oposición de PATRONAL DEL JOC PRIVAT DE CATALUNYA.

De entrada, solicita la desestimación del recurso, al considerar acertados los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida.

Considera que la determinación de la distancia mínima entre establecimientos de juego forma parte de la planificación del juego tratándose en consecuencia, de una competencia exclusiva autonómica en su ámbito territorial, acudiendo a la STC 163/1994 para fundamento de tal afirmación, siendo así que el artículo 114 del Estatuto de Autonomía concede a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva en materia de casinos, juegos y apuestas "cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en Cataluña", precisándose en el apartado 3 de dicho artículo que, "Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de espectáculos y actividades recreativas, que incluye, en todo caso, la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y locales públicos".

Alerta sobre el hecho de que el PEUJA se separa totalmente del régimen de distancias establecido en la norma autonómica, no sólo porque amplía de forma exhaustiva los establecimientos "protegidos", sino que multiplica por 8 las distancias a guardar entre todos los establecimientos de juego y los centros que se considera usos protegidos.

En ello redundan asimismo, el artículo 130 C.E y la STC 37/1987 para garantía del ejercicio de la libertad de empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general y reprocha del PEUJA la vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado por cuanto infringe los principios de necesidad y de proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del citado texto legal de observancia inexcusable para poder establecer cualquier límite al ejercicio de una actividad económica.

Considera que lo relevante a los efectos que aquí nos incumben, no es tanto concluir si el Ayuntamiento de Barcelona ostenta o no, competencia para regular cuestiones relacionadas con el juego sino si el PEUJA es una manifestación del ejercicio de una competencia municipal propia para concluir sobre este particular, que el ente local se ha extralimitado en el ejercicio de su potestad de planificación urbanística pues al socaire de tal titularidad, ha invadido la competencia exclusiva que en materia de juego, compete en exclusiva, a la Generalitat de Cataluña todo ello añade, con infracción de la normativa sectorial de aplicación.

En particular continua argumentando, los objetivos de prevención de la salud pública que según la Memoria persigue el PEUJA o en su caso, la corrección de presuntos desequilibrios territoriales a nivel de toda Cataluña en lo relativo a la implantación de establecimientos de juego, corroboran su nulidad de pleno derecho, por no estar previstos entre los atribuidos en el artículo 67.2 de la Carta Municipal de Barcelona a los planes especiales de uso en concreto, de ordenación de la incidencia y efectos urbanísticos, medioambientales y sobre el patrimonio urbano que las actividades producen en el territorio, "mitjanc?ant la regulaci?n de la seva intensitat i les condicions f?siques del seu desenvolupament en funci?n de les dist?ncies, el tipus de v?a urbana i les circumst?ncies an?logues."

En definitiva, considera la parte que el Ayuntamiento de Barcelona a través de un Plan Especial de uso que no ampara legalmente el fin último de protección de la salud pública, ha establecido un nuevo régimen de distancias al margen del reparto competencial, que incide directamente en el núcleo normativo dictado por la Generalitat de Cataluña en materia de juego, sin que aquella administración territorial ostente al respecto, título competencial alguno para aprobar el régimen de distancias dispuesto por ser estos extremos competencia exclusiva de la comunidad autónoma y con perversión de la naturaleza de los planes especiales de usos, dado que la protección de salud pública no es subsumible en los objetivos de ordenar la incidencia de los efectos urbanísticos, medioambientales y sobre el patrimonio urbano que las actividad del juego, producen sobre el territorio, a los que tendrían que ordenarse el régimen mínimo de distancias que se erige como finalidad exclusiva del PEUJA.

Añade que el PEUJA no es un verdadero instrumento de planeamiento urbanístico, sino una regulación directa y frontal de la planificación de la actividad de los juegos de azar que limita el ejercicio de una actividad económica.

Además, afirma que el cálculo de distancias es tendencioso e interesado porque compara la publicación y superficie de Barcelona con el resto de Cataluña, sin que de este modo, pueda reflejar la concentración real de autorización por habitante ya que de los 947 municipios de Cataluña, sólo hay 4 municipios en los que se han autorizado casinos, 39 municipios en los que se han autorizado bingos y 50 municipios con salones de juego autorizados, tal y como constata el cuadro acompañado como DOC. 1 de la demanda, elaborado conforme a los datos obtenidos del censo publicado por la Dirección General de Tributs i Joc del Departament d'Economia i Hisenda de la Generalitat de Catalunya.

Expuesto lo que antecede, propone la siguiente respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo que transcribimos en sus términos literales, "Los municipios deben ejercer las competencias que le son propias de acuerdo con la legislación sectorial estatal y autonómica, tal y como establece el artículo 25.2 de la LBRL. En consecuencia, para regular la apertura y funcionamiento de establecimientos de juego en un concreto término municipal, las normas municipales que se aprueben no pueden invadir la competencia exclusiva que la Comunidad autónoma ostenta en materia de juego, ni entrar en colisión con los aspectos ya regulados por la normativa sectorial autonómica en vigor, extralimitándose o excediéndose, con ello, de su competencia municipal."

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

El conflicto entre la limitación a la implantación de actividades económicas desde instrumentos de planeamiento urbanístico como manifestación de la potestad de planificación y el principio de libre mercado y empresa se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones con motivo de la regulación urbanística de la implantación de antenas de telefonía móvil, de salones de juego o, viviendas de uso turístico entre otros.

La regulación urbanística que impone limitaciones a la implantación de ciertos usos desde los instrumentos de planeamiento urbanístico debe estar debidamente fundamentada, teniendo en cuenta que estamos en presencia del ejercicio de una potestad de carácter discrecional como caracteriza a la potestad de planeamiento. Ahora bien, esa posibilidad, insistimos debidamente fundada, no debe implicar una restricción absoluta para los usos permitidos en la zona. Lo adecuado es establecer distancias mínimas para proteger intereses generales imperiosos que necesariamente, en ese caso, deben concurrir. Por lo tanto, si mediante el planeamiento se organiza el territorio y se determinan los objetivos urbanísticos, es legítimo que dicho planeamiento defina y especifique los requisitos esenciales para la implantación de determinados usos. Esto incluye la compatibilidad de tales usos con los residenciales, la implantación sostenible de usos urbanos y la convivencia pacífica de estos con el uso del espacio público. No se debe imponer una restricción absoluta ni interferir con la normativa del libre mercado y la libre competencia.

En conclusión, una justificación adecuada y suficiente de las razones de interés general que sustenten la regulación limitativa de la implantación de usos, alejada de meros motivos económicos, legitima al planificador municipal para regular usos en una zona urbana. Esto puede incluir la imposición de un régimen de distancias mínimas para nuevas implantaciones o la ampliación de las existentes. Teniendo en cuenta además que el instrumento de planeamiento urbanístico de carácter general, PGOU, POM o cualquiera que sea su denominación, se comporta como un plan de detalle en el suelo urbano fijando la calificación urbanística aplicable respecto del régimen de usos, intensidad y aprovechamiento.

En la sentencia de 19 de noviembre de 2020, nº 1550/2020 (recurso de casación nº 5958/2019), dimos respuesta a la siguiente cuestión de interés casacional planteada por el auto de la Sección Primera de 10 de diciembre de 2019:

"el alcance de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos en orden a la regulación del uso de alojamientos turísticos -singularmente viviendas de uso turístico- en los planes generales de ordenación urbana, cuando el ejercicio de dicha potestad incide -desde una perspectiva restrictiva- en el ámbito de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios de viviendas destinadas a ese uso turístico".

Ya dijimos en ese supuesto que:

"Es cierto que la Sala ya se ha enfrentado con planteamientos similares ---si bien en relación con normas reglamentarias autonómicas---, en las que se ha procedido a la regulación, no tanto, de aspectos urbanísticos como el presente, sino, más bien, turísticos o relacionados con las características de las viviendas. Pero el planteamiento general realizado, en tales pronunciamientos anteriores de la Sala, nos sirve, también, en un supuesto como el de autos, en el que la potestad articulada por el Ayuntamiento de Bilbao es la de planeamiento urbanístico".

Con la finalidad de responder adecuadamente a la cuestión de interés casacional la citada sentencia recuerda los pronunciamientos jurisprudenciales previos con relación a los límites de la potestad de planeamiento

urbanístico, pronunciamientos plenamente vigentes, citando al respecto la STS 1375/2020, de 21 de octubre (recurso de casación nº 6895/2018):

"Como toda potestad de ejercicio discrecional por la Administración, ésta se sujeta a las prescripciones de los artículos 9.3) y 103.1 de la CE, en la medida que el primero proscribe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, con sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo impone a las Administraciones que sirvan con objetividad los intereses generales. En concordancia con estos mandatos constitucionales de genérica aplicación a la actividad de las Administraciones, se deduce que el ejercicio del ius variandi urbanístico debe estar presidido por el respeto a los principios de congruencia, racionalidad y proporcionalidad, y en concreto debe evitar la indeseada discordancia entre la solución elegida y la realidad a la que se aplica, como resolvió en su día la STS de 28 de marzo de 1990.

Así, la potestad de planeamiento es una potestad discrecional de la Administración, que como indica el Tribunal Supremo debe observarse dentro de los principios del art. 103 de la Constitución ; de tal suerte que el éxito de una impugnación de la potestad de planeamiento, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones. En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991 destaca el carácter ampliamente discrecional del planeamiento, independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados. Es cierto que el genio expansivo del Estado de Derecho ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aun así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, eso donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. La misma sentencia haciendo una referencia concreta a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1977 subraya la importancia de la Memoria como documento integrante del Plan, art. 12,3, a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 38 del Reglamento de Planeamiento y advierte que la Memoria integra ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento."

Con el fin de dar respuesta a la cuestión de interés casacional la sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, analiza el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, con base en la doctrina establecida en la STJUE de 22 de septiembre de 2020 (Gran Sala, ECLI:EU:C:2020:743), dictada en los asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 (Cali Apartments SCI y HX y le Procureur général près la cour d'appel de Paris y la Ville de Paris), y, en definitiva, concluye la legitimidad del ente local, mediante el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento urbanístico para introducir determinadas limitaciones:

"Si bien se observa, la ratio decidendi de la sentencia impugnada coincide, plenamente con la doctrina establecida por la STJUE de 22 de septiembre de 2020, cuyo contenido hemos sintetizado en el Fundamento Jurídico anterior. De conformidad con la citada doctrina ---y de conformidad con la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia--- es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que la intervención normativa municipal estaba más que legitimada por cuanto tal intervención ---ubicando la VUT en el ámbito urbanístico equipamental de la ciudad de Bilbao--- iba claramente, y sin duda, dirigida a la protección del "derecho a la vivienda", digna y adecuada, en los términos requeridos por la Constitución española así como al control --- evitando el deterioro--- del denominado, por la Directiva de Servicios, "entorno urbano".

Se trata, sin duda, de dos conceptos ---los citados--- que habilitan la citada intervención municipal, en uso de la potestad de planeamiento, incluso en el marco de la citada Directiva de Servicios y de la normativa interna española que se ha considerado con infringida, pues tales conceptos permiten, sin duda, entender que nos encontramos ---en supuestos como el de autos--- ante "una razón imperiosa de interés general" que habilitaba, a la Administración local, para someter a las VUT de referencia, a una calificación o régimen de usos urbanística, como el contenido en la Modificación del PGOUB, que no va encaminado --- en modo alguno--- a la exclusión de la normativa europea y española sobre competencia, sino, más al contrario, a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas.

En ese marco, la calificación ---desde una perspectiva urbanística--- de las VUT como una actividad de equipamiento ---impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial--- se nos presenta como razonable y, sobre todo, suficientemente motivado por el Ayuntamiento de Bilbao, que respeta, con su actuación --y con la justificación que ofrece de su norma reglamentaria--- los ya más que conocidos criterios de proporcionalidad, claridad, objetividad, antelación, transparencia y accesibilidad, previstos en la Directiva de Servicios."

En este caso, fue la protección del derecho a una vivienda digna en un entorno adecuado el motivo de interés general que justifica la limitación acordada en el instrumento de planeamiento mediante la calificación de estas viviendas de alojamiento turístico como uso de equipamiento y no residencial. Dicha limitación se produce por la inviabilidad de implantar viviendas de uso turístico en edificios de uso residencial, así como también por la limitación en cuanto al número de habitaciones en las viviendas particulares para alquiler turístico. La motivación de intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento debe estar amparada en razones imperiosas de interés general, como ocurrió en ese supuesto con el derecho a la vivienda y la protección del entorno urbano. A este respecto, debemos recordar que, como incide la sentencia, no cabe amparar dicha limitación en razones estrictamente económicas, como ocurrió con el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias (sentencia del Tribunal Supremo 26/2019, de 15 de enero) que pretendía evitar que las viviendas vacacionales compitan con el resto de los establecimientos alojativos turísticos hoteleros o extrahoteleros, evitando que se ubiquen en las mismas zonas.

Sobre similar cuestión nos volvimos a pronunciar, reiterando los argumentos expuestos en la sentencia 1550/2020, de 19 de noviembre, en nuestra sentencia n.º 75/2021, de 26 de enero (recurso de casación n.º 8090/2019) por la que resolvimos el recurso interpuesto frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 15 de julio de 2019, estimatoria en parte del recurso núm. 105/2016, contra el acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de fecha 1 de abril de 2016, por el que se resolvió definitivamente el Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona.

La sentencia de la Sección Quinta de esta Sala n.º 4900/2022, de 15 de noviembre (recurso de casación n.º 8378/2021) resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia n.º 515/2021, de 4 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Palma de Mallorca) del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares dictada el procedimiento ordinario n.º 219/2019, relativa a impugnación del Acuerdo del Pleno del Consell Insular de Mallorca por el que se resolvió definitivamente el Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca. En ella, afirmamos la estrecha relación que existe entre la ordenación territorial y, de manera especial, la urbanística, con la libre prestación de servicios y establecimiento. Indicando que:

"En efecto, si por servicios debe entenderse "cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración" (artículo 4-1º de la Directiva de Servicios) y por "establecimiento" el "ejercicio efectivo de una actividad económica... por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios"; es evidente que esa infraestructura que comporta el ejercicio efectivo de cualquier actividad económica requiere una serie de elementos materiales que han de ubicarse en un determinado espacio físico, en un determinado suelo; es decir, resulta evidente que la libertad de prestación de tales servicios resolvi realizarse en la clase de suelo que la ordenación urbanística autorice. En suma, existe una clara conexión e interdependencia entre libertad de servicios y ordenación territorial y urbanística que ofrece no pocos problemas de compatibilidad."

En la citada sentencia dijimos, tras reiterar las consideraciones expuestas anteriormente sobre la naturaleza discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico, que la potestad de planificación incide sobre la libertad de establecimiento, no resultando suficiente centrar el debate en si las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento vulneran dicha libertad, ya que esas limitaciones son consustanciales al planeamiento. Lo que centra el debate es que la norma, es decir, el Plan, en esas limitaciones, no encuentre justificación razonable ni razonada, conclusión relevante porque relega el debate a esa falta de razonabilidad y, en definitiva, a la motivación que la justifique; motivación que, en los instrumentos de planeamiento urbanístico debe estar recogida en los documentos justificativos que se han de elaborar en la tramitación del Plan, de manera especial en las Memorias, que adquieren una especial relevancia en ese debate y que, incluso se las otorga el carácter de vinculantes.

De este modo, dimos respuesta a la cuestión de interés casacional del siguiente modo:

"Así pues, de lo expuesto hemos de concluir que ha de responderse a la cuestión casacional objetiva que se suscita en el presente recurso, haciendo ahora exclusión del concreto contenido del Plan que se impugna en este proceso, en el sentido de considerar que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están legitimados para -en realidad, comportan, en todo caso-establecer limitaciones a la libertad de establecimiento , siempre que tales limitaciones y conforme con los documentos elaborados en la aprobación del planeamiento, estén suficientemente justificadas, razonables y motivada su necesidad a los fines de la planificación."

Específicamente, la Sección Tercera de esta Sala se ha pronunciado en sentencia 1.408/2019, de 22 de octubre (recurso de casación 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 que prohíben la instalación de salones de juego en caso de que exista ya otro u otros autorizados en un radio de 800 metros. Una de las cuestiones de interés casacional a responder consistía en:

"Determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados."

Con relación a la inclusión de las actividades del juego en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, la sentencia concluye que, si bien la actividad económica del juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE, y por ende, de la citada ley, eso no implica que no le sean de aplicación el conjunto de principios y garantías previstas en los artículos 3 a 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, debido a que su ámbito de aplicación viene configurado con mayor amplitud:

"La segunda de las cuestiones señaladas en el auto de admisión del recurso de casación consiste en determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados.

Ante todo, es cierto que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios); y así lo señala expresamente el artículo 2.2.h) de la Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación << (...) h/ las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas>>. Y por ello, la actividad del juego por dinero queda también fuera del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva, esto es, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 2.2.h) excluye de su ámbito de aplicación << (...) h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario."

Ahora bien, lo anterior no impide que a las actividades del juego sí les resulten de aplicación los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuyo ámbito de aplicación viene configurado con la mayor amplitud, como la propia Ley 20/2013 deja señalado en su Preámbulo:

" (...) En la elaboración de esta Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como "Directiva de Servicios", proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación>>.

En consonancia con lo anunciado en su Preámbulo, también el articulado de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, delimita su ámbito de aplicación con gran amplitud al venir este referido, sin excepciones, << (...) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional>> (artículo 2). Y, más adelante, el artículo 16 de la propia Ley 20/2013 se refiere al principio de "libre iniciativa económica" señalando que <<El acceso a las actividades económicas y su ejercicio libre en todo el territorio nacional y solo limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales>>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en STC 79/2017, de 22 de junio de 2017 , << (...) La Ley 20/2013 ha desbordado el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE , de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior -y al que se refiere una de sus leyes de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre,

sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio-, pues ha incluido en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado (art. 2 de la Ley 20/2013), incluyendo no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de productos. Así lo subraya el preámbulo de la propia Ley 20/2013 cuando afirma que "la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley [la Ley 20/2013] se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos".

En esa misma línea, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 362/2019, de 18 de marzo de 2019 (casación 1746/2016 , F.J. 6º) tuvimos ocasión de señalar que: << (...) A diferencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que expresamente excluía de su ámbito de aplicación un listado de servicios [...], la LGUM extiende su aplicación - como precisa su Preámbulo- a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. En este sentido, artículo 2 de la LGUM precisa que la ley eso de aplicación, a "las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional", sin consignar actividades exceptuadas, entendiendo por actividad económica, según el Anexo de definiciones, "cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicio", por lo que no cabe duda que la LGUM es aplicable a la actividad [...] a que se refiere este recurso>>.

Por tanto, debe concluirse que a la actividad del juego le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado.

La representación de las asociaciones recurrentes aduce que, por ser la del juego una actividad "intensamente regulada", no le son de aplicación los principios, cautelas y garantías de la Ley 20/2013. La objeción carece sin embargo de consistencia pues, si bien es cierto que la del juego por dinero es una actividad regulada y que su reglamentación establece requisitos y restricciones de diversas índole, no hay razón para excluir que esa regulación deba operar dentro de los límites que marca la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, de manera que las restricciones que impone la normativa del juego deben ser respetuosas con los principios y garantías que se establecen en los ya citados artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013."

De igual modo, la sentencia considera suficientemente justificada la necesidad del establecimiento de distancias mínimas entre establecimientos de juego con base, tanto en el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de garantía de unidad de mercado en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como con la Jurisprudencia del TJUE que admite con normalidad que la actividad del juego pueda ser objeto de limitaciones o restricciones por los estados miembros atendiendo los intereses en juego vinculados al orden público, a la salud pública y a la protección de los menores y otros colectivos especialmente sensibles, pese a no entender justificada la concreta distancia de 800 metros impuesta por falta de motivación suficiente en ese aspecto.

Y como respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo que nos interesa a efectos de la resolución del presente recurso de casación concluyó:

"El hecho de que las actividades relacionadas con el juego sean objeto de una regulación que someta el ejercicio de la actividad a autorización y a determinadas limitaciones o restricciones está contemplado con normalidad en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE. Por otra parte, el establecimiento de limitaciones en la regulación del juego cuenta asimismo con el respaldo de la legislación interna, tanto estatal como autonómica.

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

La fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada."

Por su parte, la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala nº 1442/2022, de 8 de noviembre (recurso de casación nº 200/2021), resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 20/2017, que tuvo por objeto la resolución de 16 de mayo de 2017 de la Delegación Territorial de la Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, (confirmada por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado LGUM, según comunicación de la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado SECUM de 3 de julio de 2017), una autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería de Betanzos (La Coruña), al resolver la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia reiteró la jurisprudencia de la STS nº 1408/2019, de 22 de octubre, dictada en el RCA 4238/2018, de que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y fuera también del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); pero sí resultan en cambio de aplicación a las actividades del juego los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Con posterioridad, la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala nº 205/2023, de 22 de febrero (recurso de casación nº 6930/2021), que resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de Audiencia Nacional de 16 de abril de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 21/2017, que tuvo por objeto la resolución de 7 de abril de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, que deniega la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuesta en un local de hostelería situado en Santiago de Compostela en aplicación del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia, resolución denegatoria confirmada luego por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, resolvió la siguiente cuestión de interés casacional:

"Declarar que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las SSTS de 20 de junio de 2018 (casación 1810/2016) y de 22 de octubre de 2019 (RCA 4238/2018) en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería), en supuestos, como el presente, de la intervención de un tercer competidor en el procedimiento de autorización de la actividad (en este caso, intervención del titular de una máquina B respecto de la solicitud de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en el mismo establecimiento)."

La sentencia reitera que, a la actividad del juego, sin perjuicio de su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, si le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, señalando expresamente:

"Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que la fijación por la Administración de limitaciones o restricciones en la actividad económica del juego debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada. Y, partiendo de ese postulado, debe concluirse que resulta injustificado y desproporcionado -y, por ello mismo, contrario a lo dispuesto en el citado artículo 5 de la Ley 20/2013- que para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería se exija la conformidad del titular de la máquina tipo B ya instalada en ese mismo local."

Sexto. - *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

Esta Sala no alberga duda alguna de que la doctrina establecida en las sentencias anteriores continúa plenamente vigente. Ahora bien, conviene recordar que en reiteradas ocasiones -por todas, baste citar la STS nº 4/2023, de 9 de enero (RC 1509/2022)- hemos establecido que para dar respuesta precisa a las cuestiones planteadas debemos tener presente que la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (ex artículo 93.1) no puede hacerse "en abstracto", prescindiendo del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes.

En nuestra reciente jurisprudencia hemos resaltado la presencia, y exigencia, de un urbanismo cambiante, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias, realidades y necesidades sociales, urbanísticas y medioambientales, y que, a tal fin, utiliza sus instrumentos de planificación urbanística para conseguir y alcanzar la inevitable transformación de las ciudades. Y, para tal fin, se encuentran legitimadas ---y obligadas--- las Administraciones públicas que cuentan con competencia en el ámbito material del urbanismo, especialmente Ayuntamientos y Comunidades Autónomas para alcanzar tal fin.

Y es, en este marco urbanístico ---en transformación--- en el que debemos proyectar el dilema jurídico sobre el que se nos plantea y exige un pronunciamiento jurisdiccional; se trata, pues, de buscar un punto de equilibrio entre la actual configuración ---fundamentalmente--- de las ciudades, en el marco de exigencia social y jurídica que hemos expuesto, y, por otra parte, las exigencias de la libertad de mercado y liberalización de servicios.

La planificación urbanística, que regula los asentamientos humanos y las ciudades, es una preocupación primordial para el Legislador. No solo es relevante para los poderes públicos nacionales, sino que adquiere un alcance internacional, como se refleja en la Nueva Agenda Urbana aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible en diciembre de 2016. También mantiene su importancia en la Unión Europea, que, aunque ha evitado integrar los aspectos más específicos del urbanismo en su normativa, ha incorporado elementos básicos de la materia, tal como se observa en el Manual de Estrategias de Desarrollo Urbano Sostenible y la Agenda Urbana para la UE fruto del Pacto de Ámsterdam, aprobado en la Reunión Informal de Ministros de Desarrollo Urbano de la UE, celebrada el 30 de mayo de 2016, y de la que deriva la Agenda Urbana Española documento estratégico, sin carácter normativo, y por tanto de adhesión voluntaria, que, de conformidad con los criterios establecidos por la Agenda 2030, la nueva Agenda Urbana de las Naciones Unidas y la Agenda Urbana para la Unión Europea persigue el logro de la sostenibilidad en las políticas de desarrollo urbano.

Constituye, además, un método de trabajo y un proceso para todos los actores, públicos y privados, que intervienen en las ciudades y que buscan un desarrollo equitativo, justo y sostenible desde sus distintos campos de actuación. Para los fines presentes, es suficiente referirse al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aborda el contenido, finalidad y efectos de las potestades públicas de "regulación, ordenación, ocupación y transformación y uso del suelo". Mediante los instrumentos de planeamiento urbanístico se determinan, entre otras cuestiones, el régimen jurídico de los usos del suelo. En la regulación de estos usos, es innegable que se implica la libre prestación de servicios y establecimientos.

La fijación por parte de la Administración municipal, en su instrumento general de planeamiento urbanístico, de distancias mínimas entre locales destinados a determinadas actividades económicas, como los salones de juego y apuestas, representa, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento y prestación de servicios contempladas en los artículos 49 y 56 del TFUE. Por lo tanto, dicha limitación administrativa debe cumplir, tal y como hemos indicado anteriormente, con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, en el sentido de justificar que estas restricciones son necesarias para proteger un interés general imperioso y que son proporcionadas a dicho interés.

El artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se refiere a las razones de interés general descritas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Estas razones incluyen el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, los destinatarios de servicios y los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de la política social y cultural.

Junto a lo anterior resulta esencial que el contenido y determinaciones de cualquier modificación puntual esté suficientemente motivado y que las limitaciones impuestas no representen una restricción absoluta para la implantación de los usos. En conclusión, las entidades locales están legitimadas para regular, con rango reglamentario, en sus instrumentos de planeamiento urbanístico, las condiciones de implantación de determinados usos, siempre que estas limitaciones estén justificadas en razones imperiosas de interés general, según lo interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sean proporcionadas a la finalidad que persigan.

De este modo, tal y como hemos señalado recientemente en nuestra sentencia de 17 de junio de 2024 (recurso de casación nº 8754/2022), y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada podemos afirmar que el planeamiento urbanístico puede incluir determinaciones específicas sobre el uso del suelo urbano en relación con los locales de juego y apuestas. Estas determinaciones, si indirectamente afectan a la libertad de empresa y la libre prestación de servicios, deben estar adecuadamente justificadas por necesidades imperiosas de interés general. Además, las medidas adoptadas deben ser proporcionales, no imponer una restricción absoluta a la apertura de locales de juego y deben ser respetuosas con la legislación estatal y autonómica aplicable al sector del juego.

Séptimo. - Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

Convendrá en primer término, recordar que el objetivo del PEUJA según resulta del expediente administrativo -apartado 10.1 Objectiu de la Proposta (Memoria)- es 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 determina la necesidad de regular de manera particularizada la implantación de este tipo de establecimientos en el término municipal.

El Ayuntamiento recurrente alcanza tal conclusión, partiendo del dato de que Barcelona representa el 0.32 % del territorio autonómico y paradójicamente, concentra 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. A este dato añade, la acumulación de este tipo de locales en determinadas zonas de la ciudad.

Aceptadas las conclusiones de los informes que menciona en el apartado 9.2 y que uno de los factores estructurales relacionados con una mayor vulnerabilidad al juego y a los daños que asocia, es la disponibilidad y accesibilidad a los puntos de juego y cuáles sean los colectivos más vulnerables, la corporación local aquí recurrente, considera necesario y conveniente la implantación de medidas que mitiguen el impacto en particular, entre los menores y jóvenes, personas con problemas de salud mental y adicciones y personas en riesgo de exclusión social y pobreza.

Según se menciona expresamente, los criterios generales de regulación se extraen de los establecidos en el artículo 41.1 de la Ordenanza municipal de les activitats i dels establiments de concurrència pública de Barcelona.

Analizada por esta Sala, comprobamos que aquella tal como resulta de su artículo 1, se preordena a normar el régimen de intervención administrativa sobre los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos en que estos se realizan. Es decir, su contenido se construye 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 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.

Como no podía ser de otro modo, el precepto invocado se limita a los concretos aspectos que la propia Memoria menciona: situación en relación con la vía pública; con viviendas o entre establecimientos.

Con ello queremos significar, que 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.

Pues bien y enlazando con lo previamente expuesto, esta Sala ha proclamado con reiteración que el pleno respeto al principio de autonomía local pasa porque la intervención administrativa en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento, estableciendo determinaciones que puedan limitar la libertad de empresa, se fundamenta en el principio de vinculación negativa según el cual, las entidades locales no necesitan de una habilitación legal específica en cada ámbito sectorial, siempre que no se excluya expresamente esta competencia y no contravenga la legislación estatal o autonómica aplicable.

Cabe recordar que el juego por dinero es una actividad regulada, sujeta a requisitos y restricciones de diversa índole y por atribución del propio Estatuto de Autonomía para Cataluña - artículo 141- corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de juego, apuesta y casinos, siempre claro está, que se desarrolle exclusivamente en Cataluña, siendo competencia de su Consejo Ejecutivo planificar los juegos y las apuestas - artículo 4.1 de la Ley 15/1984, de 20 de marzo del juego- cuyo párrafo segundo es explícito cuando precisa, "Esta planificación tendrá en cuenta la realidad y la incidencia social del juego y de las apuestas, sus repercusiones económicas y tributarias, y la necesidad de reducir, diversificar y no fomentar su hábito y de impedir en su gestión actividades monopolistas.", régimen jurídico que se completa con el Decreto 240/2004, de 30 de marzo, que aprueba el Catálogo de juegos y apuestas autorizados en Cataluña y de los criterios aplicables a su planificación, cuyo texto introductorio ya alerta sobre la necesidad de "(...) tener en cuenta que la especificidad propia de cada uno de los juegos regulados en el catálogo ha hecho necesaria una regulación normativa exhaustiva que concreta las diferentes modalidades y denominaciones y los elementos y reglas esenciales para practicarlos, así como una regulación detallada de los requisitos de concesión de las autorizaciones y su localización territorial, entre otros." y el Decreto 37/2010, de 16 de marzo, de aprobación del Reglamento de salones de juego, cuyo objeto en los términos del

artículo 1 es, "(...) la definición, la clasificación, la regulación de la instalación, el funcionamiento y la explotación de los establecimientos destinados a salones recreativos y a salones de juego, así como la inscripción de sus personas titulares en el Registro de empresas de máquinas recreativas y de azar previsto en el vigente Reglamento de máquinas recreativas y de azar.", disponiendo el artículo 3.2 su situación, estableciendo, "2. En todo caso se prohíbe la nueva instalación de salones recreativos y de juego en edificios institucionales, sanitarios y docentes y a menos de 100 metros, como mínimo, de distancia de centros de enseñanza reglada.", así como, cautelas, cuando en su artículo 4.2, impone, "2. Los salones recreativos y de juego deben tener puertas de acceso que no permitan la entrada libre desde el exterior. En los salones de juego, en caso de que las puertas permanezcan abiertas, su personal deberá controlar que no accedan menores de edad." o la exigencia del inciso final, del apartado 2, del artículo 7, consistente en que deban disponer, de forma visible y legible para cualquier persona usuaria, "(...) la prohibición de entrada a los menores de 18 años."

Incontrovertido por las partes en litigio que la competencia en materia de casinos, juegos y apuestas, es exclusiva de la Comunidad Autónoma y comprobado el amplio espectro de determinaciones que conforman su contenido material, debemos recordar asimismo, que la intervención municipal en la actividad económica a través de la potestad de planeamiento, ha de estar amparada en razones imperiosas de interés general y a su vez, éstas suficientemente motivadas en los documentos justificativos que se deben elaborar en la tramitación del PEUJA, como medio que permita cohonestar la libertad de servicios y la ordenación territorial y urbanística, partiendo de que en efecto, las concretas determinaciones que impone el planeamiento como limitaciones a la libertad de establecimiento, son consustanciales a la potestad planificadora.

Pues bien, el PEUJA con el objetivo de prevenir patologías vinculadas al juego y de contrarrestar presuntos desequilibrios territoriales, para los establecimientos donde se practica el juego de azar y apuestas establece en la totalidad del término municipal un régimen de limitación de distancias mínimas de aquellos respecto de los usos protegidos de 800 metros cuando de centros educativos se trata y de 450 metros para los restantes usos.

Para llegar a tales parámetros, el Ayuntamiento de Barcelona según se lee en la Memoria del PEUJA, en relación con los centros educativos, utiliza los resultados obtenidos en el ya finalizado- así lo constata- proyecto "Camii escolar espai amic" que persigue que los menores de edad ganen autonomía y se desplacen a aquellos o bien solos o en compañía de sus amigos, desde el propósito de mejorar los entornos de los escolares, procurando un camino viable desde los elementos estructurales, es decir, ampliar aceras o instalar semáforos en pasos de peatones de comprobada peligrosidad por tratarse de vías rápidas para el tráfico a motor. Se trata, en definitiva, de reducir el riesgo de accidentes y hacer que las calzadas sean más seguras, como una estrategia del Ayuntamiento de Barcelona a través del Institut Infància i Adolescència. Además, el Ayuntamiento recurrente según memoria de actividad de la ATM (Autoridad de Transporte Metropolitano) de los años 2001 y 2002, obtiene una serie de porcentajes de utilización por la ciudadanía de determinados medios de desplazamiento de su competencia y de una estimación de los recorridos que los ciudadanos realizan a pie.

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

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

Dicho esto, alerta PATROJOC no solo de la ausencia de motivación de la necesidad de tal régimen limitativo sino de no ajustarse al principio de proporcionalidad pues junto con el mismo, su disposición transitoria Primera declara como actividades disconformes con el PEUJA, aquellas que no cumplan sus determinaciones, siéndoles de aplicación -en tal caso- lo establecido en el artículo 108 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de La Ley de Urbanismo de Cataluña, relativo a los edificios y usos fuera de ordenación o con volumen disconforme, alertando aquella que si su apartado 5 impide la renovación de licencias de uso u otras autorizaciones sometidas a plazo, aquel régimen limitativo no solo impide la implantación del uso sino la continuidad de los existentes.

Desde luego, el objetivo de protección de la salud pública en general y en particular, la preservación frente a la adicción al juego de grupos vulnerables como los menores de edad y adolescentes u otros de los citados en la Memoria del PEUJA, representa un interés general en los términos que dispone el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Sin embargo, ni se constata una motivación de la medida de restricción de las distancias mínima que el Plan impone, simétrica a la entidad de aquellas razones imperiosas de interés público, ni es proporcionada por dejar sin margen alguno a la política de planificación autonómica sobre el sector del juego, ni a la efectividad del

régimen de distancias previsto, tanto legal como reglamentariamente, lo que evidencia un claro incumplimiento de la normativa autonómica sectorial de aplicación.

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

Y hemos de concluir tal como hicimos en la también reciente Sentencia núm. 1243/2024, de 10 de julio de 2024 (recurso de casación 1809/2023), que el Ayuntamiento de Barcelona no ha elaborado una justificación suficiente y adecuada de las determinaciones que introduce en el PEUJA impugnado en su día, dentro de las posibles existentes, adoptando unas limitaciones en cuanto a distancias mínimas de las zonas indicadas que por desproporcionadas e inmotivadas, conjuran la libertad de establecimiento, excediéndose de la competencia que le resulta propia en los términos que refiere el artículo 25.2, letra a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y con respeto a la normativa sectorial vigente en la Comunidad Autónoma.

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

Octavo. - Costas Procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

Primero.

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

Segundo.

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

Tercero.

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

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.