



Roj: **STSJ BAL 1140/2023 - ECLI:ES:TSJBAL:2023:1140**

Id Cendoj: **07040330012023100643**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **05/09/2023**

Nº de Recurso: **5/2020**

Nº de Resolución: **646/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00646/2023

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD001

PLAÇA DES MERCAT, 12

Teléfono: 971 71 26 32 **Fax:** 971 22 72 19

Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es

N.I.G: 07040 33 3 2020 0000005

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000005 /2020 PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

De FUN GAMES BALEARES SLU

Procurador: MARIA ELENA GARCIA SAN MIGUEL HOOVER

Contra CONSEJERÍA DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA, SECTORES PRODUCTIVOS Y MEMORIA DEMOCRÁTICA GOBIERNO DE LAS ILLES BALEARS

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

SENTENCIA Nº 00646/2023

En Palma de Mallorca a 05 de septiembre de dos mil veintitrés

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Pablo Delfont Maza

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª : Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 5/2020 seguido a instancia de FUN GAMES S.L.U representada por la Procuradora Sra. Dª. Mª Elena García San Miguel Hoover y defendida por el Letrado Sr. D. Fernando Augusto Martín Martín contra la ADMINISTRACIÓN AUTONOMICA DE LES ILLES BALEARS representada y defendida por el Abogado de la CAIB Joaquín E. Tomás Marín.



Se impugnan en autos la Resolución del Conseller de Transició Energètica del Govern Balear de 27 de noviembre de 2019 que denegó, en aplicación de dicho artículo 8-3 del Decreto 42/2019 de 24 de mayo que aprueba el reglamento regulador del juego en Illes Balears, la autorización para la explotación de un salón de juegos sito en Cala Millor Sant Llorenç des Cardassar sito en Calle Cristòfol Colón esquina Carrer Flor. Y la parte impugna indirectamente el citado artículo 8-3 del citado Decreto.

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La mercantil recurrente interpuso su recurso contencioso el 2 de enero de 2020 que se registró al número 5/2020, que tras requerimiento de subsanación se admitió a trámite por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia el 19 de febrero de 2020 que ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente la Procuradora Sra. García San Miguel formalizó la demanda el 7 de junio de 2021 solicitando en el suplico que en su día se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad del artículo 8-3 del Decreto autonómico 42/2019 de 24 de mayo y se declarara la nulidad de la resolución de 27 de noviembre de 2019 que denegó la autorización para instalar un salón de juegos en la Calle Colon Con carrer Flor de Cala Millor y derecho de la recurrente a obtener la autorización solicitada, con imposición de costas a la Administración demandada.

No solicitó práctica de prueba solicitando únicamente tener por reproducida la documental aportada.

TERCERO: La defensa de la CAIB presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 20 de septiembre de 2021 y solicitó sentencia por la que se desestimara íntegramente el recurso interpuesto y declarara ajustada a derecho la actividad administrativa impugnada. Subsidiariamente, y para el caso de que hipotéticamente la Sala considerara que la distancia de 250 metros del artículo 8-3 del Decreto 42/2019 es contraria a derecho, se retrotraigan las actuaciones para que la CAIB pueda valorar la concurrencia de los restantes requisitos necesarios para la obtención de la autorización ya que no se valoraron estos a la vista del incumplimiento de la distancia.

No solicitó práctica de prueba.

CUARTO: El 22 de septiembre de 2021 se dictó Decreto fijando la cuantía en Indeterminada y abierto el trámite de conclusiones la parte demandante presentó su escrito el 7 de octubre de 2021 y lo mismo hizo la demandada el 29 de noviembre de 2021.

La recurrente presentó el 29 de marzo de 2022 un escrito de alegaciones con anteproyecto de reforma de ley del juego y apuestas publicado en el BOIB nº 42 de 26 de marzo de 2022 y tras dar traslado de ese escrito y documentos a la parte demandada, que se opuso a su admisión, se dictó providencia el 16 de junio de 2022 admitiéndose esa documental de acuerdo con el artículo 270-1 de la LEC.

Declarada conclusa la discusión escrita, se señaló para la votación y fallo el día 30 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se impugna en autos por Fun Games Baleares SLU la Resolución de la Consellería de Transició Energètica i Sectors productius de 27 de noviembre de 2019 que denegó la solicitud de autorización de apertura de un salón de juegos en Cala Millor e indirectamente y al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley Jurisdiccional, se impugna también el artículo 8-3 del Decreto 42/2019 de 24 de mayo (BOIB nº de 28 de mayo de 2019) por el que se aprueba el Reglamento de salones de juego en la CAIB, artículo y apartado en virtud del cual se denegó la solicitud de apertura planteada por la recurrente.

Dispone el artículo 8-3 del Decreto 42/2019:

3. Tampoco se podrá autorizar la instalación de salones de juego cuando haya otro ya autorizado o en tramitación a una distancia inferior a quinientos metros, en el término municipal de Palma, y a doscientos cincuenta metros, en el resto de municipios de la comunidad autónoma de les Illes Balears. Estas limitaciones operan respecto a otros salones del mismo término municipal del solicitado, no respecto a salones existentes en otros términos municipales.

Como sea que el certificado del técnico competente adjuntado a la solicitud de apertura indicaba que el salón de juego se encontraba a una distancia inferior a 250 metros lineales del salón de juego más cercano



autorizado, la Administración, sin revisar ni valorar el resto de la documentación aportada al expediente, denegó la autorización de apertura basándose en el incumplimiento de la distancia.

Fundamenta la recurrente la impugnación contra el citado artículo 8-3 del Reglamento en la que se basa la denegación de la autorización que impugna en que esa limitación de distancias vulnera la Ley 20/2013 de 9 de diciembre de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y para ello cita en su favor la STS nº 1408/2019 de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3320) que confirma la SAN de 8 de marzo de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:964) que declaró la nulidad del reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana porque limitaba la concesión de licencia por establecer distancias mínimas entre establecimientos de juego y ser ello una infracción de la LGUM.

Explica la recurrente que interpuso en su día ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SCUM) una reclamación contra el artículo 8-3 del Reglamento balear y por limitar la apertura de salones por causa de la distancia y ser ello contraria a la LGUM. Y esa Secretaría evacuó informe el 11 de julio de 2019 que consta en el expediente al documento 1.2 en el que manifiesta que " *El artículo 5 de la LGUM exige que todo requisito asociado a un determinado régimen de intervención esté basado en una razón imperiosa de interés general, con una relación causal que quede recogida de forma clara en las normas y ser proporcionados a la misma tal que haya sido producto de una comparación con otras posibles alternativas menos distorsionadoras para la actividad económica*".

Y la parte aportó también como documento nº 5 adjunto a su demanda un informe de la Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda que señala la necesidad de que deben respetarse las previsiones de la LGUM, debiendo acreditarse que esa restricción está basada en razones imperiosas de interés general.

Se opone a la demanda la defensa de la CAIB que solicita su desestimación y subsidiariamente y para el caso de estimarse que se retrotraiga el expediente al momento de valorarse el resto de requisitos exigibles para la apertura al no haberlos examinado la Administración ante la constatación del incumplimiento de distancias.

SEGUNDO: El debate de autos exige valorar la legalidad del artículo 8-3 del Decreto 42/2019 de 24 de mayo a través de lo resuelto por el TS en su sentencia nº 1408/2019 de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3320), porque ese artículo es el que fundamenta la negativa de la Administración a la solicitud de apertura de salón de juegos solicitada por la actora, al incumplir esa solicitud la distancia mínima exigible entre salones prevista en ese artículo.

En esa sentencia, el Alto Tribunal, a propósito del Reglamento del Juego de la Comunidad Valenciana, señala:

SÉPTIMO.-

Sobre la justificación de la idoneidad y proporcionalidad de la concreta medida impuesta (800 metros de separación entre establecimientos).

Como hemos visto, el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013 exige, en lo que ahora interesa, que la Administración actuante justifique que limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón de interés general invocada para el establecimiento de restricciones. Y debe destacarse que la concreta restricción a la que se refiere la controversia (distancia mínima de 800 metros entre establecimientos de juego) no solo constituye una indudable limitación sino que supone un significativo agravamiento de la restricción que imponía la reglamentación valenciana precedente, pues, como señala la sentencia recurrida, el anterior decreto 44/2007, de 20 de abril, establecía en su artículo 4.1 una distancia mínima de 200 metros.

Pues bien, es lo cierto que el decreto autonómico 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego, no ofrece datos ni razones que puedan considerarse suficientes para dar cumplimiento a aquella exigencia de justificación en lo que se refiere a la concreta limitación impuesta en los artículos 4.1, 9.2.b / y 9.3 y al agravamiento que esta medida supone con respecto a la regulación anterior. (...)

En fin, esta apreciación de falta de justificación suficiente queda corroborada por la constatación de que la Administración valenciana ha introducido sucesivos cambios normativos en este concreto punto relativo a la distancia mínima entre los establecimientos de juego (200 metros en el anterior decreto 44/2007, de 20 de abril; 800 metros en el decreto 55/2015, de 30 de abril, aquí controvertido; y, más recientemente, 700 metros en el decreto 204/2018, de 16 de diciembre SIC, que no es objeto del presente recurso); modificaciones normativas éstas sobre las que la Administración autonómica no ha ofrecido una explicación mínimamente consistente.

Y a continuación en el fundamento jurídico octavo como interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia declara lo siguiente:

"(...)



2.- 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 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.

Pues bien, aplicando esa sentencia al Decreto 42/2019 de 24 de mayo lo que debemos analizar es la suficiencia de la motivación en esa disposición general sobre las limitaciones en las distancias que establece para la instalaciones de Salones de Juego, de forma que, de estar esta convenientemente fundamentadas en razones imperiosas de interés general, no serían contrarias a lo dispuesto en el artículo 5 de la LGUM.

Examinemos el Preámbulo del Decreto. Dice:

"(...)El régimen de autorizaciones contenido en la presente norma podría afectar el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones recogido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, si bien dicho artículo recoge la excepcionalidad de esta intervención siempre que esté motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas 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, como pueden ser: el orden público, la seguridad pública, la salud pública, la seguridad y salud del colectivo de consumidores, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, o la lucha contra el fraude, entre otros.

(...)

En 1992 la Organización Mundial de la Salud reconocía la ludopatía como un trastorno y la incluía en su Clasificación Internacional de Enfermedades. Años después, el manual Diagnóstico y estadística de trastornos mentales identificaba la ludopatía como una auténtica adicción carente de sustancia. Hoy en día numerosos ensayos clínicos demuestran que se trata de una condición que afecta gravemente no solo al individuo, sino a todo su entorno familiar, laboral y de amistades, con consecuencias económicas y emocionales que sobrepasan al propio enfermo.

Por lo tanto, uno de los objetivos básicos de esta norma es proteger a los colectivos más vulnerables estableciendo los mecanismos necesarios que garanticen la imprescindible protección de las personas menores de edad y de las personas que hayan solicitado voluntariamente la no participación en el juego; cuestión está última que, si bien está recogida en la Ley 8/2014, no lo está en el Decreto 55/2009, de 11 de setiembre.

El Gobierno de las Illes Balears es consciente de que el juego es una actividad de ocio más, siempre que se haga de forma responsable; pero que, si se hace de forma irresponsable, puede producir ludopatía, por lo que es imprescindible que los salones de juego dispongan de un servicio de control y admisión que exija la identificación de los jugadores.

Precisamente en aras de proteger a las personas menores de edad, y de acuerdo con las previsiones que indica la Ley 8/2014, la presente norma establece limitaciones respecto a la instalación de estos establecimientos de juego en la zona de influencia de centros de enseñanza de personas menores de edad, zonas de ocio infantil y centros permanentes de atención a las personas menores de edad.

(...)

Esta disposición reglamentaria se ajusta a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En relación con los principios de necesidad y eficacia, la norma resuelve los defectos de la normativa actual y regula de manera exhaustiva el régimen de las autorizaciones administrativas para la instalación de salones de juego y los límites de distancias a los que están sometidos los salones de juego en atención a la protección de los

colectivos más vulnerables, así como también la necesidad de disponer de un sistema de control y admisión, en aras, precisamente, de proteger a las personas menores de edad y a las personas autoprohibidas.

Asimismo, y en relación con el principio de proporcionalidad, la norma es proporcional a la complejidad de la materia que regula. En relación con el principio de seguridad jurídica, este decreto se ajusta y desarrolla las bases definidas previamente en la Ley 8/2014, de 1 de agosto, del Juego y las Apuestas en las Illes Balears"

Las limitaciones de distancias vienen reguladas en el artículo 8 que es del tenor literal siguiente:

Artículo 8 Limitaciones de ubicación

1. En ningún caso se puede autorizar la instalación de salones de juego en una zona inferior a cien metros, medidos radialmente desde el límite más cercano a la edificación de los centros que impartan enseñanza a las personas menores de edad, zonas de ocio infantil y centros permanentes de atención a las personas menores de edad.

2. A los efectos de este Reglamento, se considerarán:

a) Centros que imparten enseñanza a las personas menores de edad, los centros autorizados de enseñanza de personas menores de edad de acuerdo con la normativa sectorial educativa.

b) Zonas de ocio infantil, las zonas recreativas infantiles ubicadas en parques públicos y zonas deportivas destinadas a la infancia y juventud incluidas en el planeamiento municipal.

c) Centros permanentes de atención a las personas menores de edad, todos aquellos centros incluidos en la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

3. Tampoco se podrá autorizar la instalación de salones de juego cuando haya otro ya autorizado o en tramitación a una distancia inferior a quinientos metros, en el término municipal de Palma, y a doscientos cincuenta metros, en el resto de municipios de la comunidad autónoma de las Illes Balears. Estas limitaciones operan respecto a otros salones del mismo término municipal del solicitado, no respecto a salones existentes en otros términos municipales.

4. Las limitaciones establecidas en este artículo, deberán acreditarse de la forma siguiente: (...)"

Pues bien, sin perjuicio de las vicisitudes posteriores a la normativa que ahora examinamos pues se ha modificado la ley 8/2014 de 1 de agosto reguladora del Juego en les Illes Balears por ley 9/2023 de 3 de abril, centrándonos exclusivamente en el análisis del decreto 42/2019 de 24 de mayo, que aprueba el Reglamento de Salones de Juego, cuya nulidad del apartado 3º del artículo 8 aquí se nos demanda, diremos que la Administración en dicho artículo 8 apartados 1º y 2º establece limitaciones restrictivas para la instalación de salones en zonas de influencia de centros de enseñanza y entornos donde se encuentran menores de edad, buscando con ello la protección de ese colectivo altamente vulnerable y así evitar que sus miembros pudieran caer en comportamientos adictivos al juego. Esas limitaciones contempladas en esos dos apartados son una limitación necesaria y proporcionada que responden a razones imperiosas de interés general. Pero las limitaciones de distancias que impone el Reglamento no se limitan sólo a esos casos, donde existe ese entorno de influencia de colectivos vulnerables. De manera que en el apartado 3º del artículo 8 fija también limitaciones de distancias entre salones de juego por su sola proximidad, fuera ya de toda zona de influencia sobre un colectivo digno de protección. Y sobre esta limitación, el Decreto 42/2019 aquí examinado, carece de toda motivación que justifique el porqué de ese proceder. Y ese apartado 3º del artículo 8 es el que en autos se aplica.

Esa ausencia de motivación convierte tal limitación en contraria a derecho pues no puede ampararse en los principios de necesidad y proporcionalidad y por ello se convierte en una limitación desproporcionada vulneradora del artículo 5 de la 20/2013.

Por lo que debemos estimar el recurso en cuanto a este punto y procede declarar la nulidad del apartado 3º del artículo 8 del Decreto 42/2019 por ser disconforme a derecho.

Llegados a este punto cumple la estimación parcial del recurso contencioso y acordamos la retroacción del expediente para que la Administración valore el resto de requisitos exigibles con arreglo a la normativa aplicable, que en su momento no fueron valorados por la Administración al fijarse únicamente en el incumplimiento de distancia establecido en el artículo 8-3 del Decreto que hemos declarado nulo. No es posible como pretende la actora sortear esa falta de pronunciamiento de la Administración de forma que en esta sentencia directamente se conceda la autorización, máxime cuando además no ha sido objeto de discusión en autos el cumplimiento del resto de los requisitos exigibles para poder obtenerla.



TERCERO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/98 de 13 de Julio, al estimarse parcialmente el recurso contencioso no hacemos especial pronunciamiento de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

PRIMERO: ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO: DECLARAMOS NULO el apartado 3º del artículo 8º del Decreto 42/2019 de 24 de mayo que aprueba el Reglamento de salones de juego en la comunidad autónoma de las Illes Balear

TERCERO: ACORDAMOS la retroacción del expediente administrativo y que la Administración valore el resto de requisitos exigibles en la solicitud presentada, con arreglo a la normativa aplicable.

CUARTO: Sin costas.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrado de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Alicia Esther Ortuño Rodríguez, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.