



Roj: **ATS 1444/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1444A**

Id Cendoj: **28079130012024200331**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2024**

Nº de Recurso: **3878/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 25/01/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3878/2023

Materia: URBANISMO Y ORDENACION DEL TERRITORIO

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

Secretaría de Sala Destino: 005

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3878/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. Francisco José Navarro Sanchís



D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 25 de enero de 2024.

## HECHOS

### PRIMERO.- Proceso de instancia y resolución judicial recurrida.

1. El Pleno del Ayuntamiento de Cádiz, por acuerdo de 25 de septiembre de 2020, aprobó definitivamente la Modificación Puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU para la regulación de la implantación de los establecimientos de juego.

2. La representación procesal de la mercantil Gestión de Juegos, S.L., la de la persona jurídica Agrupación Gaditana del Recreativo y la de la Junta de Andalucía presentaron recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, que resultó en los procedimientos 40/2021, 41/2021 y 45/2021, ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sección Segunda, que resultaron en el dictado de la sentencia de 2 de marzo de 2023 por la que se estima el recurso contencioso-administrativo.

3. La sentencia, en lo que ahora interesa, se basa su decisión de estimar el recurso en los argumentos contenidos en los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto: "**Tercero.**- De cuanto se lleva expuesto se concluye que la competencia para la regulación del juego en nuestra Comunidad Autónoma es exclusiva de la misma y ello, por lo demás, no se discute por el Ayuntamiento de Cádiz, aunque en la modificación del PGOU cuestionada ha ido más allá de lo que en un principio pretendían los grupos municipales proponentes.

En efecto, éstos se referían a que "en relación al control de la proliferación de las apuestas online y casas de juego y tomar medidas de prevención ante la ludopatía" (documento 1 del expediente), se instara "al gobierno autonómico a que, igual que pasa con el gremio de tabacaleras o farmacias, limite la apertura de las casas de apuestas físicas mediante el establecimiento de un mínimo de metros de separación o por núcleos de población, para frenar así su expansión".

Y lo que finalmente el Ayuntamiento acordó fue, y transcribimos de nuevo su texto, "aprobar definitivamente la modificación puntual del articulado de las Normas Urbanísticas del PGOU para la regulación de la implantación de establecimientos de juego, concretamente el art 3.4.11 (definición y categorías de los servicios terciarios recreativos), excluyendo del mismo "las salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar", y el art 3.4.20 (condiciones de implantación del uso comercial), introduciendo el apartado 4 que dice:

- Tanto en edificios de uso exclusivo como en edificios de uso compartido la implantación de establecimientos de juego solamente se podrá situar en las zonas de uso global "residencia y de equipamiento", si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o socio-cultural.

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

Por otro lado, es incuestionable la potestad de planeamiento que ostentan en plenitud los municipios, a salvo la existencia de intereses supramunicipales o de controles de legalidad que justifican la intervención en dicha materia de otras Administraciones.

El Ayuntamiento de Cádiz fundamenta el acuerdo recurrido en el art 9 de la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía, que define cuáles son las competencias propias de los municipios andaluces, aunque la cita que hace de esta Ley se limita a los apartados 1, 13 y 22, [...] No explica, sin embargo, el Ayuntamiento, en cuál de los varios subapartados del art 9.13 residencia su competencia para justificar en una cuestión de salud pública el acuerdo del que conocemos [...]. La referencia genérica al art 9.13 es, pues, insuficiente para justificar la decisión adoptada, máxime cuando dicho precepto, salvo una convincente explicación en contrario que no se ha dado, parece referirse más bien a cuestiones de salubridad pública -en consonancia con lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, art 25.2.j)-, algo que ya advertimos al resolver la pieza de medidas cautelares.

Y, en fin, el apartado 22 del art 9 habrá de entenderse en el sentido de que no se invadan con la actuación municipal competencias, exclusivas o concurrentes, que tengan atribuidas otras Administraciones.

Ciertamente, obran en el expediente distintos informes acerca el impacto del juego sobre la salud. Así, el de la Consejería de Salud y Familias, folio 63 a 69, favorable a la

Modificación Puntual, o el que emitió la Delegación Municipal de Salud sobre la adicción al juego de azar como problema de salud, que principia el expediente y en el que se basó el Ayuntamiento para iniciar la tramitación de la Modificación Puntual que nos ocupa. Nos vamos a detener en éste porque si bien este Tribunal comparte la preocupación por los perniciosos efectos del juego patológico en general y más en colectivos vulnerables, como los menores, que deben ser objeto de la máxima protección al efecto, no es menos cierto

que si de lo que se trata es de establecer una regulación afectante únicamente a la ciudad de Cádiz, en tal informe bien poco se dice de que se haya detectado o apreciado en Cádiz un especial y muy grave problema de salud a causa de la adicción al juego que pudiera justificar la intervención municipal vía modificación del planeamiento en los términos a

los que después nos referiremos. Así, en dicho informe se alude a un encuentro en Cádiz de profesionales (más de treinta se dice) de distintos ámbitos (sin especificar cuáles), sin mayores precisiones ni referencias a los estudios y conclusiones a los que tales profesionales llegaron, y a un estudio socioepidemiológico del consumo de drogas en la ciudad de Cádiz 2013-2017 del que resulta que, transcribimos, "cada vez se atiende más personas con problemas comportamentales como el juego patológico o la adicción al teléfono móvil y el problema está muy repartido a lo largo de la ciudad de Cádiz. En 2018 se realizaron 27 nuevos casos de tratamiento en dicho Centro (4% del total de los pacientes atendidos por adicciones)". No nos aclara el número de personas atendidas en el quinquenio 2013-2017, ni la proporción que representan en el total de la población, ni

si esos pacientes atendidos por adicciones en ese período (o cuántos de los 27 nuevos casos de 2018) lo eran por adicción al juego patológico o por adicción al teléfono móvil, únicas alternativas en las que el informe municipal centra esos problemas comportamentales. Lo demás en él son referencias genéricas a España, a otras provincias españolas o a otros países. La falta de motivación de la Modificación Puntual es manifiesta en este sentido.

**Cuarto.-** [...] Por más que se pretenda brindar una definición de "establecimiento de juego", se ha de considerar que las salas de reunión en las que se desarrollen juegos de azar, para el Ayuntamiento de Cádiz y según la Modificación Puntual aprobada, ya no son uso de servicios terciarios recreativos sino uso comercial.

No se puede ocultar, sin embargo, que el propio PGOU define el uso comercial (en el que ahora incluye los establecimientos de juego) en el art 3.4.19 por remisión a la Ley andaluza 1/1996: "el uso engloba las actividades de comercio minorista, tal y como se definen en el art 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía", referencia que hoy ha de entenderse hecha al Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía.

El art 3, en la redacción vigente al tiempo del acuerdo recurrido, rezaba así: [...]

Es evidente que los juegos de azar no pueden ser considerados como actividad comercial minorista a los efectos de su regulación como Uso Comercial del PGOU de Cádiz, dada la definición de éste antes expuesta, ni las salas de reunión, ahora llamadas establecimientos de juego, en las que se llevan a cabo, como locales en los que se desarrolla una actividad de venta minorista, pues no se adquieren productos para su reventa en ellos, según definición legal asumida y acogida por el PGOU. Se desvirtuaría por completo la regulación del Uso Comercial, tal como viene definido en el PGOU, si se incluyeran en él los establecimientos de juego.

A mayor abundamiento, y por si con ello no fuera bastante, ese apartado 4 que se añade al art 3.4.20 impone que la implantación de establecimientos de juego solamente se

podrá situar en las zonas de uso global "residencia y de equipamiento", si están a más de 500 metros de distancia de los accesos normales de entrada o salida a las parcelas destinadas a usos de equipamiento escolar, deportivo o sociocultural.

El propio plano de la ciudad de Cádiz que va unido al documento 3 del expediente, de elaboración municipal, deja bien claro que prácticamente en toda la ciudad no cabe la nueva implantación de un establecimiento de juego. Más claro todavía queda ello, y con una superficie afectada aún mayor, en los planos que la recurrente AGARE adjunta a su demanda.

De ello concluimos que realmente el trasfondo del asunto no es urbanístico, no se trata con la Modificación Puntual de regular un uso, porque con ella no se regula, al contrario,

deja de regularse, porque de contar con una normativa de aplicación entre los usos terciarios recreativos pasa a incluirse entre los usos comerciales a los que por propia

definición -legal y del PGOU, como vimos- la actividad no puede adscribirse. Lo más aproximado a un aspecto, muy parcial, de una regulación de usos es la distancia de 500



metros entre locales y centros educativos, deportivos o socioculturales, pero esa distancia es tan exagerada, tan desmedida, tan falta de justificación, que lo que debe concluirse de su exigencia es que el Ayuntamiento realmente ha pretendido con la Modificación Puntual la prohibición de nuevas aperturas de establecimientos del tipo que tratamos y que la mayoría de los ya existentes, si no todos, pasen a la situación de fuera de ordenación.

**Quinto.-** En otro orden de cosas, aparte de lo expuesto, y por lo que se refiere a esa limitación de los 500 metros, se vulnera además el art 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, redacción vigente al tiempo de estos hechos, a cuyo tenor [...].

En nuestro caso, no apreciamos ninguna razón imperiosa de interés general, de entre las que sean competencia municipal, y la salud pública -que no salubridad- no lo es o, al menos, no lo es en exclusiva, como dijimos, que justifique la imposición de esa limitación, que en sí misma es, además, desproporcionada habida cuenta que conduce a la imposibilidad de nuevas aperturas de salas de reunión que albergan actividades relacionadas con el juego de azar, sin que se hayan valorado otros límites menos restrictivos o distorsionadores, como dice el transcrito precepto.

O, en palabras del TS, Sentencia de 22 de octubre de 2019, recurso 4238/18, en la que se dilucidaba la conformidad al ordenamiento jurídico de la distancia establecida entre salones de juego, el establecimiento de tales distancias "...constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el art 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", exigencias que tampoco se cumplen en el caso examinado.

Además de lo expuesto, hemos de remitirnos al respecto a lo que antes expusimos acerca de la motivación en el Tercero de los Fundamentos de Derecho, in fine. "

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

#### **SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación.**

1. La parte recurrente, la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz, 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, el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad del mercado.

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 vaciar de contenido las competencias municipales en las materias de urbanismo y protección de la salud, así como la regulación de la normativa de unidad de mercado ante la existencia de una razón imperiosa de orden público.

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 da la presunción contenida en el artículo 88.2, letra a), y el artículo 88.3, letra a) LJCA.

#### **TERCERO.- Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.**

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) tuvo por preparado el recurso de casación por medio de auto de 8 de mayo de 2023, habiendo comparecido la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz -como parte recurrente-, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo han hecho la representación procesal de la mercantil Gestión de Juegos, S.L., la de la persona jurídica Agrupación Gaditana del Recreativo y la de la Junta de Andalucía, esta última oponiéndose expresamente a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, Magistrado de la Sala.

#### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

##### **PRIMERO.- Requisitos formales del escrito de preparación.**

En primer lugar, desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación ha sido presentado en plazo ( artículo 89.1 LJCA), contra sentencia susceptible de casación ( artículo 86 LJCA) y por quien está legitimado, al haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89.1 LJCA), habiéndose justificado tales extremos y los demás requisitos exigidos en el artículo 89.2 LJCA.

De otro lado, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la resolución de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar la necesidad de su debida observancia en el proceso de instancia, así como su relevancia en el sentido del fallo.

#### **SEGUNDO.- Cuestión litigiosa y marco jurídico.**

La cuestión litigiosa planteada por la parte recurrente se refiere a la potestad municipal, dentro de sus competencias en materia de urbanismo y de protección de la salud y la salubridad, para regular los establecimientos de juego, y los límites al ejercicio de esta potestad, teniendo en cuenta además la perspectiva de la normativa sobre unidad de mercado y las excepciones y salvaguardas que esta contiene.

#### **TERCERO.- Verificación de la concurrencia de interés casacional objetivo en el recurso.**

El recurrente, como se ha señalado en el Hecho segundo punto cuarto anterior, invoca la presunción establecida en el artículo 88.3 letra a) LJCA, además del motivo de interés casacional previsto en el artículo 88.2.a) LJCA. La Sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, en relación con la concurrencia del interés casacional objetivo invocado en el escrito de preparación del recurso.

Al respecto, se constata que no existe jurisprudencia de esta Sala en relación con la cuestión de la regulación específica de los establecimientos de juego, tanto desde el punto de vista competencial (faceta novedosa de este recurso) como desde el de la unidad de mercado. Existen, además, varios asuntos admitidos sobre esta misma cuestión, entre los que pueden citarse el recurso de casación 8754/2022 (auto de 22 de febrero de 2023), 2556/2023 (auto de 21 de julio de 2023) o el recurso de casación 5662/2023, que se admite por auto de esta misma fecha.

#### **CUARTO.- Admisión del recurso de casación. Normas objeto de interpretación.**

1. Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma norma, esta Sección de Admisión aprecia que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión:

1) 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.

2) Determinar si resulta ajustado a Derecho que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias, y singularmente a través de la potestad de planeamiento en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.

2. Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son:

Los artículos 137 y 140 de la Constitución, el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad del mercado.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

#### **QUINTO.-Publicación en la página web del Tribunal Supremo.**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

#### **SEXTO.- Comunicación y remisión.**

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Quinta de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.



Por todo lo anterior,

**La Sección de Admisión acuerda:**

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 3878/2023, preparado por la representación procesal del Ayuntamiento de Cádiz, contra la sentencia de 2 de marzo de 2023, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en los recursos acumulados 40/2021, 41/2021 y 45/2021.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

1) 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.

2) Determinar si resulta ajustado a Derecho que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias, y singularmente a través de la potestad de planeamiento en los instrumentos de ordenación urbanística municipal referida a la regulación del uso de los locales de juego y apuestas incida -y, en su caso, en qué medida- en los ámbitos de libertad de empresa y libre prestación de servicios correspondientes a los titulares de aquellos establecimientos.

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).

Así lo acuerdan y firman.