



Roj: **STS 640/2019 - ECLI:ES:TS:2019:640**

Id Cendoj: **28079130052019100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **05/03/2019**

Nº de Recurso: **2325/2016**

Nº de Resolución: **280/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1604/2016,**  
**STS 640/2019**

RECURSO CASACION núm.: 2325/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 280/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D<sup>a</sup>. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 5 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación que con el número 2325/2016 ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado, contra sentencia de fecha 17 de mayo de 2016, dictada en el recurso 722/2014, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Primera, sobre impugnación del Acuerdo del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, de 30 de abril de 2014, publicado en el B.O.G. núm. 217, de 13 de noviembre de 2014, de aprobación inicial de la Ordenanza Municipal reguladora de la ubicación de Clubs Sociales de Cannabis; siendo parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de San Sesebastián, representado por la procuradora doña Isabel Covadonga Julia Corujo y defendido por el letrado don Iñaki Atxukarro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene la parte dispositiva del siguiente tenor:



<<Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 722/14 formulado por el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado frente a la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de San Sebastián, Reguladora de la ubicación de los Clubes Sociales de Cannabis, aprobada por el Pleno en fecha 30 de octubre de 2014 (BOG de 18 de noviembre de 2014). Con imposición de costas a la administración demandante>>.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, el Abogado del Estado presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco interponiendo recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación contra la referida sentencia y que previos los trámites legales la Sala dicte sentencia <<[...] por la que, se estime este recurso, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte nueva sentencia por la que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia a nombre del Estado, anulando en su integridad la Ordenanza del Ayuntamiento de San Sebastián reguladora de la ubicación de los clubes sociales del cannabis y de las condiciones de ejercicio de su actividad, aprobada por acuerdo municipal de 30 de abril de 2014 (BOG 13 de noviembre de 2014)>>.

**CUARTO.** - Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, por esta Sala se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma la procuradora doña Isabel Covadonga Julia Corujo, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de San Sebastián, impugnando los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala <<[...] dicte Sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto, y confirmando los Autos impugnados (sic); con expresa imposición de costas al recurrente>>.

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día veintisiete de febrero del presente, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Primera), el 17 de mayo de 2016, en el recurso contencioso administrativo número 722/2014, interpuesto por la Administración del Estado contra la ordenanza del Ayuntamiento de San Sebastián reguladora de la ubicación de los clubs sociales de cannabis, aprobada inicialmente por el Pleno de dicho Ayuntamiento, en sesión celebrada el 30 de abril de 2014.

La sentencia referenciada desestima el recurso contencioso administrativo según puede leerse en su fundamento de derecho tercero, en consideración a que no identifica el Abogado del Estado en su escrito de demanda ni un solo precepto de la ordenanza impugnada que incurra en vicio de invalidez, sin reparar, se dice, en que la parte expositiva que precede al cuerpo de la ordenanza carece de valor normativo y, en consecuencia, no puede constituir objeto directo de un recurso jurisdiccional con reflejo en el fallo de la sentencia que se dicta; y en consideración también a que la exposición de motivos de la ordenanza se limita a constatar la realidad jurídica y social de los clubs de cannabis y la razón por la que la regulación del usos de los espacios utilizados por las asociaciones de consumidores de cannabis es conveniente y oportuna.

Añade la sala de instancia a la fundamentación expuesta que el párrafo de la exposición de motivos que destaca el Abogado del Estado, relativo a que <<Los Clubes Sociales de Cannabis son asociaciones sin ánimo de lucro que se auto abastecen y distribuyen cannabis entre sus propio socios -consumidores terapéuticos y/o lúdicos-, todos mayores de edad y en un ámbito privado, reduciendo daños asociados al mercado clandestino y a determinados usos del cannabis>>, no tiene proyección en el articulado de la norma que tiene por objeto, según su artículo 1:

- <<a) Regular la apertura de Clubes Sociales de Cannabis estableciendo un régimen de distancias entre ellos.
- b) Establecer un régimen de distancias respecto de centros educativos y de salud.
- c) Garantizar que los locales destinados a local social y punto de encuentro de los Clubes Sociales de Cannabis reúnen las condiciones mínimas necesarias para evitar todo tipo de molestias al vecindario.



d) Garantizar que los locales destinados a local social y punto de encuentro de los Clubes Sociales de Cannabis reúnen las condiciones mínimas necesarias de seguridad, salubridad e higiene para las personas usuarias.

e) Garantizar que la actividad sea desarrollada por Asociaciones de Usuarios debidamente inscritas en los registros públicos>>.

**SEGUNDO.-** Disconforme la Administración del Estado con la sentencia reseñada en el precedente, interpone el recurso de casación que nos ocupa con apoyo en dos motivos.

**TERCERO.-** Con el motivo primero, por la vía del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (anterior a su reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), invoca la infracción de los artículos 24 de la Constitución, 33.1 de la ley jurisdiccional citada, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Alega que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva al no dar respuesta a las cuestiones planteadas en el escrito de demanda.

El motivo debe acogerse.

Reconocido en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida que el Abogado del Estado <<Sostiene que la Ordenanza es nula de pleno derecho por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992, al vulnerar el principio de jerarquía normativa y las competencias atribuidas al Estado en el artículo 149.1.16 de la C.E. en materia de "legislación sobre productos farmacéuticos" o, subsidiariamente, sobre "bases y coordinación general de la sanidad"; en el artículo 149.1.29 de la C.E., en materia de "seguridad pública"; en el artículo 149.1.3 de la C.E., en materia de "relaciones internacionales"; y, por último, en el artículo 149.1.1 de la C.E., en materia de "regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales">>, no repara la sala de instancia, cuando refiere en el fundamento de derecho tercero que la demanda no identifica ningún precepto de la ordenanza impugnada que incurra en vicio de invalidez, en que en dicho escrito rector se impugna la ordenanza en su totalidad por las razones apuntadas en el fundamento de derecho primero.

Pues bien, fruto de la equivocación expuesta de la sala de instancia al no reparar en el real alcance del planteamiento de la demanda, es que no dé respuesta a ese planteamiento, incurriendo así en la llamada incongruencia omisiva por error.

**CUARTO.-** El acogimiento del motivo primero hace innecesario el examen del motivo segundo por el que, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (anterior a su reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), aduce la Abogacía del Estado la infracción de <<[...] los artículos 149.1.16 (legislación sobre productos farmacéuticos); 149.1.29<sup>a</sup> (seguridad pública); 149.1.13<sup>a</sup> (relaciones internacionales) y 149.1, todos ellos de la Constitución (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes), en relación con el artículo 3.1.a.ii) de la Ley 17/1967, de 8 de abril, que actualiza las normas vigentes en materia de estupefacientes y las adapta al Convenio ONU de 1961 y la Convención de Viena de 1988, ratificada por España mediante instrumento de 30 de julio de 1990; y el artículo 62.2 LRJPAC>>.

Lo que procede, de conformidad con los apartados 2.c) y d) del artículo 95 es, por tratarse la infracción procesal detectada de una vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, que resolvamos la litis en los términos en que ha sido planteada.

Al efecto, aun cuando la ordenanza se limita a regular, desde una perspectiva exclusivamente urbanística y ambiental, el uso, ubicación y condiciones de los llamados clubs sociales de cannabis, y ello en consideración a que en el escrito de demanda no se hizo cuestión de ninguno de los preceptos de la ordenanza que pueden exceder del objetivo que la misma establece en su artículo 1 (valga a título de ejemplo el artículo 8.4 que al expresar que <<Con carácter general, está prohibido transmitir cannabis (en cualquiera de sus formas) que no provenga de los procedimientos de abastecimiento del club; fundamentalmente de la producción propia>>, viene a reconocer distintas vías de abastecimiento de cannabis para el club, con expresa mención a la producción propia, esto es, a su cultivo), aun así el recurso debe estimarse.

Ello es así, porque si bien nada cabría objetar a la competencia del Ayuntamiento para regular desde una perspectiva urbanística y ambiental una actividad que sin discusión merece el calificativo de lícita, si cabe cuestionar esa competencia cuando esa actividad no siempre y sí solo bajo determinadas condiciones puede considerarse atípica desde la óptica del derecho penal, materia reservada al Estado en el artículo 149.1.6 de la Constitución.

Expresa la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación 1765/2014, corroborando así la idea expuesta de que la actividad desarrollada por los



clubs sociales de cannabis no siempre es lícita desde la óptica penal, después de <<[...] proclamar que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones>>, que <<Sí traspasa las fronteras penales la conducta concretadas en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes>>, razonando al efecto lo que sigue: <<La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes puede alcanzar a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a un grupo reducido de consumidores en condiciones congruentes con sus principios inspiradores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo. Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una producción, punible por estar puesta al servicio del consumo de un número de personas indeterminado *ab initio* y abierta a incorporaciones sucesivas de manera más o menos indiscriminada y espaciada, mediante la captación de nuevos socios a los que solo se exige la protesta de ser usuarios para incluirlos en ese reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo.

Evaluar cuándo aquella filosofía que vertebrata la atipicidad de la "compra compartida" puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuridicidad desde el bien jurídico -evitar el riesgo para la salud pública- a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente>>.

Pues bien, la indeterminación, con la consiguiente necesidad de estar al caso concreto, de si un club social de cannabis es o no ilícito penalmente, impide considerar competente a un Ayuntamiento, para regular, aunque solo sea desde la óptica urbanística y ambiental, los clubs de cannabis, en cuanto esa regulación, aun cuando fuera estrictamente urbanística y ambiental, tiene una incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal, en cuanto puede llevar al error de la atipicidad absoluta de la actividad desarrollada por los clubs sociales de cannabis.

Quizá no resulte superfluo recordar que el Tribunal Constitucional, por sentencia 144/2017 , declaró inconstitucional la Ley Foral 24/2014, reguladora de los colectivos usuarios de cannabis en Navarra, cuyo objeto era establecer las normas generales para la constitución, organización y funcionamiento de los clubs de personas consumidoras de cannabis, y ello por invadir la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal; que igual Tribunal, por sentencia 29/2018 , declara inconstitucional el artículo 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril , distinguiéndose, a efectos competenciales, dos clases de asociaciones: <<no será lo mismo si se trata de asociaciones de consumidores que no tienen más propósito que la participación en la ejecución de fines públicos -en cuyo caso el encuadre y los títulos competenciales implicados serían los referidos en el apartado anterior [sanidad interior]- que si consisten en asociaciones para articular el consumo y cultivo compartido de cannabis a las que adicionalmente se les asigna la cooperación con la política de reducción de daños como objetivo de salud pública, supuesto este segundo en el que, con arreglo a lo resuelto en la STC 144/2017 , FJ 4, la norma autonómica estaría regulando el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, materias cuya disciplina normativa se reserva al estado, según de qué dimensión se trate, en las cláusulas 6 , 16 y 29 del artículo 149.1 CE >>; y que por sentencia de 19 de septiembre de 2018 , también de dicho Tribunal se declaró, con apoyo esencialmente en las precedentes, la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis.

El recurso, por todo lo expuesto, debe estimarse.

**QUINTO.-** Al haberse estimado el recurso de casación interpuesto, no cabe hacer pronunciamiento de imposición de las costas.

## FALLO

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

**PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de fecha 17 de mayo de 2016, dictada en el recurso 722/2014, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sección Primera .



**SEGUNDO.-** Casamos y dejamos sin efecto dicha sentencia y, con estimación del recurso contencioso administrativo deducido por la Abogado del Estado contra la ordenanza impugnada, anulamos y dejamos sin efecto la misma.

**TERCERO.-** Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

José Manuel Sieira Míguez Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Inés Huerta Garicano

César Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ