



Roj: **STSJ ICAN 4813/2008 - ECLI:ES:Tsjican:2008:4813**

Id Cendoj: **38038330012008100556**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2008**

Nº de Recurso: **536/2006**

Nº de Resolución: **384/2008**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANGEL ACEVEDO CAMPOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 4813/2008,**  
**STS 1497/2012**

### **SENTENCIA 384**

ILMO. SR. PRESIDENTE

D./Dña. Angel Acevedo y Campos

ILMO./A. SRES./AS. MAGISTRADOS/AS

D./Dña. Rafael Alonso Dorronsoro

D./Dña. Pilar Alonso Sotorrio

En Santa Cruz de Tenerife , a 22 de diciembre de 2008 .

Visto por esta TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS. SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. Sección Primera. con sede en Santa Cruz de Tenerife , integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000536/2006 , interpuesto a nombre de la demandante, la entidad Oper Canarias S.L. , representada por la Procuradora Doña Maria Eugenia García Guerrero, con intervención del Letrado D., Manuel Carretero Esquivel y como Administración demandada la de la Comunidad Autónoma de Canarias, dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, siendo codemandadas la entidad Comercial Jupama S.A, representada por la procuradora doña Cristina Togoires Guigou y dirigida por el Letrado Don José Antonio Nolasco Sánchez y las entidades APEMARTE Y ASPROMARE, representadas por el Procurador don José Munguía Santana y dirigida por el letrado Don Juan Carlos García Melian, versando sobre impugnación del Decreto Territorial 134/2006, de 3 de Octubre, siendo la cuantía indeterminada y actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON. Angel Acevedo y Campos , se ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Consejería de Presidencia y Justicia dictó el Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, por el que se determinó la zona de influencia de centros de enseñanza y de atención a menores en la que no pueden ubicarse establecimientos para la práctica del juego

SEGUNDO.- Por la representación de la parte demandante, antes mencionada, se interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia, por la que, estimando el presente recurso anule la resolución recurrida, por no ser conforme a Derecho-

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella e interesando una sentencia, desestimatoria de todas las pretensiones formuladas de contrario, por ser conforme a Derecho la resolución recurrida.



CUARTO.- Practicada la prueba propuesta, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO.- Señalado el día y hora para la votación y fallo, tuvo lugar la reunión de Tribunal en el designado al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

Vistos los preceptos legales citados por las partes y los que son de general aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tomando como punto de partida la remisión que el art. 6.2 de la Ley 6/1999, de 26 de Marzo, de los Juegos y Apuestas en Canarias, verifica a la vía reglamentaria a efectos de que en ella se determine la zona de influencia en la que no podrán ubicarse establecimientos para la práctica del juego por la previa existencia de un centro de enseñanza o un centro de atención a menores, con extensión de la prohibición a los bares, cafeterías o similares situados en la indicada zona de influencia que no tengan por actividad principal la práctica del juego, manifiesto es que en virtud de esta remisión normativa de Ley surgió el Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, que determina la zona de influencia de centros de enseñanza y de atención a menores en la que no pueden ubicarse establecimientos para la práctica del juego, reglamento ejecutivo que sirviendo de complemento y desarrollo, como así dice en su Exposición de Motivos, del mencionado art. 6.2 de la Ley 6/1999, de 26 de Marzo, no puede afirmarse, contrariamente a lo sostenido en la demanda, que haya infringido el art. 44 de la Ley Territorial 1/1983, de 14 de Abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, que establece, tratándose de la elaboración de las disposiciones de carácter general, la obligatoriedad de la realización de los estudios e informes que garanticen el acierto y oportunidad de dicha labor, y ello porque a la vista de las prolijas y diferentes actividades que se llevaron a cabo durante la elaboración del Decreto 134/2006 objeto de impugnación, las cuales se constatan en el expediente administrativo y aparecen descritas también en la demanda, no hay razones para entender que se haya vulnerado el art. 44 de la Ley Territorial 1/1983, de 14 de Abril, por omitirse, como apunta la entidad recurrente, en los informes y en el propio Decreto recurrido las razones sobre la extensión superficial de la zona de influencia, que es variable según se trate de salones recreativos o, por el contrario, de salones recreativos instalados en centros comerciales, casinos de juego, salas de bingo y bares, cafeterías o similares que no tengan por actividad principal la práctica del juego (radio de acción de 300 metros en línea recta desde el centro de la fachada principal del establecimiento de enseñanza no universitaria o de atención menores, para el caso de simples salones recreativos, y de 50 metros con igual medición, para los restantes establecimientos de juego), pues

frente a esta objeción articulada en la demanda, es de significar que si bien tanto en el informe de acierto y oportunidad de la Directora General de Administración Territorial y Gobernación de 13 de Febrero de 2006, como en el Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia de 18 de Abril de 2006, los cuales se emitieron constante la elaboración del Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, no se consignaron las razones sobre la variación de la primaria extensión y distancia de la zona de influencia según los casos, indicándose expresamente en el segundo de los informes citados que no estaba justificada tal variación, mientras que en el primero lo único que se resalta es la oportunidad y el acierto de concretar en la normativa que se proyectaba la zona de influencia, evitando la indeterminación y la discrecionalidad de la Administración en su aplicación, lo que realmente importa, sin embargo, en este punto es que habiéndose partido "ab initio" por el legislador, en uso de la potestad reglamentaria de la Administración, de un concepto jurídico indeterminado (caso de la zona de influencia) en cuya estructura se identifica un núcleo fijo o "zona de certeza", configurado por datos previos o seguros; una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto", más o menos precisa; y una "zona de certeza negativa", también segura en cuanto a la exclusión del concepto, obligado es reconocer que en el halo conceptual o zona de incertidumbre se da un margen de apreciación de cierta amplitud en favor de la Administración como primera aplicación del concepto que aún cuando no da entrada a la libre voluntad de aquélla, sí expresa un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone un reconocimiento de la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa, por lo que extrapolado todo ello al concepto indeterminado de zona de influencia que nos ocupa, puede observarse que al haberse incorporado a dicho concepto nociones de experiencia derivadas de que casi todas las normas legales o reglamentarias suceden a otras que han regulado la misma materia, teniendo sus expresiones con frecuencia un significado de contraposición a las disposiciones que antes estaban en vigor, y sin cuyo conocimiento no sería posible quizá entender la normativa nueva, se está en el caso de que una vez tenido en cuenta que el Decreto 96/1998, de 26 de junio, al modificar en su artículo único la

Disposición Adicional del Decreto 56/1986, reguló la zona de influencia cuestionada, si bien lo hizo en defecto de su fijación en cada municipio a través de los Planes de Ordenación Urbana y Ordenanzas Municipales de



Construcción, en términos similares a los del Decreto objeto de recurso tanto en lo concerniente a la extensión superficial de aquélla como en lo relativo a distancias, vinieron de esta forma a introducirse unos juicios de valor en la labor del legislador reglamentario que le proporcionaron a su primera y decisoria apreciación, fruto de una cierta amplitud de criterio, una presunción en favor de su juicio dentro de la zona intermedia o de incertidumbre del concepto jurídico indeterminado, lo cual llevó al poder reglamentario a establecer, dentro del margen de apreciación propio de dicha zona intermedia, un radio de acción mínimo de la zona de influencia tratándose de establecimientos de juego y de su proximidad con centros de enseñanza, con la finalidad de sentar al efecto un criterio único y homogéneo, desligado ya de la facultad de que cada municipio, a través de sus Planes Generales y Ordenanzas Municipales de Construcción, regulará la zona de influencia a su arbitrio y sin contar con unos parámetros mínimos en cuanto a la medida superficial de aquélla.

SEGUNDO.- Denunciada por la entidad recurrente la violación por el Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, del principio de igualdad proclamado en el art 9.2 y 14 de la Constitución , en cuanto se afirma que dicha disposición reglamentaria discrimina, al haber un mayor radio de acción de la zona de influencia, la instalación de los Salones recreativos de tipo B con respecto a otros establecimientos de juego, como Salones recreativos de tipo B ubicados en centros comerciales, salas de bingo, casinos, bares, cafeterías o similares que no tengan por actividad principal la práctica de juego y para todos los cuales se exige menor radio en la zona de influencia, lo primero que ha de tenerse presente es la doctrina del Tribunal Constitucional ( sentencias de 5 de Agosto de 1983 y 12 de Julio de 1988 , entre otras ) de que el principio de igualdad garantizado por la Constitución opera en dos planos distintos, de un lado, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a situaciones que desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en grado de igualdad, y , de otro, en el plano de la aplicación, donde la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicable, efectivamente, de modo igual a todos aquellos casos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma, de ahí que los órganos judiciales, al controlar las actuaciones de los órganos administrativos, corrigiendo las desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan no sólo en el ejercicio de las potestades regladas sino también en el ejercicio de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a los administradores, hayan de fijar tanto las circunstancias fácticas del caso como el contenido de la norma aplicada, reflexión que conlleva la imperatividad del juicio de contraste entre las diferentes situaciones a las que alcanza la aplicación de la norma y del que deriva la pretendida consecuencia discriminatoria, lo cual se expresa en el principio de que la igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales, siendo, por tanto, presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución que las

situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean efectivamente " equiparables " - sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986 - o, cuando menos, presenten " elementos comunes suficientes " para considerarlos jurídicamente iguales- sentencia del T. Constitucional 48/1987 -, lo que también se expresa exigiendo que los supuestos sometidos a juicio de comparación " guarden entre sí una identidad sustancial ", afirmación de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Noviembre de 1993 que impide hablar de quebranto del principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Carta Magna cuando los supuestos comparables sean distintos o desiguales.

TERCERO.- Teniendo en el Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, una regulación distinta el radio de acción de la zona de influencia según se trate de distancias desde los establecimientos de enseñanza no universitaria o de atención a menores a los salones recreativos o desde aquéllos a los salones recreativos instalados en centros comerciales, casinos de juego y salas de bingo y para los bares, cafeterías o similares que no tengan por actividad principal la práctica del juego ( 50 m), bastaría ello por si solo para considerar que al traerse a comparación situaciones subjetivas desiguales, no equiparables y carentes de identidad sustancial, desaparece cualquier posibilidad de invocar un quebranto del principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución por razón del contenido del Decreto impugnado en esta vía jurisdiccional , pero como quiera que ha de insistirse en que no cabe hablar de violación del principio de igualdad en caso de desigualdad de las situaciones traídas a contraste, no está de más desentrañar aquí, con el fin de dar respuesta adecuada a la demanda, los motivos determinantes de que la zona de influencia regulada en el Decreto recurrido sea distinta según la clase de establecimientos destinados al juego, debiendo en este punto indicarse que si los salones recreativos del tipo " B" y mixtos ( máquinas tipo "A" y tipo "B" ) deben tener obligatoriamente un Servicio de Recepción que impida la entrada a los menores de edad e incapaces a los salones de tipo " B" y a la zona de los salones mixtos donde se encuentren ubicadas las máquinas tipo " B" ( art.53.2 del Decreto Territorial 162/2001, de 30 de Julio ), no puede colegirse, sin embargo, que las medidas de control llamadas a evitar el acceso de los menores a dichos salones recreativos y el uso por los mismos de las expresadas máquinas, sean tan estrictas como las existentes en los casinos de juego, pues mientras en éstos, dada la permisión de máquinas



recreativas tipo " C" y tipo " B", en las que, a cambio del precio de una partida, puede eventualmente obtenerse un premio en metálico de cuantía variable en función del tipo de máquina ( arts. 5 y 9 del Decreto 162/2001 ), existe un Servicio de Admisión que prácticamente anula el acceso de los menores y el uso por éstos de las referidas máquinas recreativas, en cuanto se exige al cliente la exhibición del DNI para acceder al local de juego y la obtención de una " tarjeta de entrada", ocurre, por el contrario, que en los salones recreativos, no

obstante ser de obligado cumplimiento la existencia en ellos de un Servicio de Recepción, el sistema de control de acceso de los menores es más distendido que en los casinos de juego, ya que aparte de estar atendidos la mayor parte de ellos, en la práctica, por un solo empleado que junto con sus funciones propias de vigilancia tiene que asumir otras varias, lo que no elimina de manera absoluta el riesgo de que los menores que se encuentren en la zona " A" o Mixta eludan el control visual de aquél y accedan subrepticamente a la zona prohibida " B", no hay obligatoriedad tampoco de exhibición del DNI para entrar en la zona " B", ni de expedir al cliente tarjeta identificadora, ni de registro en una ficha informática, de ahí que ante estas divergencias y connotaciones sobre medidas de control en los salones recreativos y en los casinos de juego, esté justificado que el radio de acción de la zona de influencia aparezca fijado en el Decreto recurrido en 300 metros en línea recta para los salones recreativos, contados desde el centro de la fachada principal del establecimiento de enseñanza no universitaria o de atención de menores hasta el centro de la fachada principal del local propuesto para la práctica del juego, y en 50 metros, con igual cómputo, para los casinos de juego, habida cuenta que se cumple la proporción de " a menor control, mayor distancia para los establecimientos de juego y viceversa", razón aplicable también al caso de las salas de bingo, donde al poder instalarse máquinas recreativas de tipo " B", además del juego de bingo, se prohíbe el acceso de los menores a las salas en las que se desarrollan una y otra actividad mediante un Servicio de Admisión que efectúa un control permanente de entrada a los clientes, con obligación de exhibir el DNI y de la llevanza de un registro de los datos personales de aquéllos mediante la apertura de la correspondiente ficha informática y documental, situación ésta que al ofrecer unas medidas de control más rigurosas que las de los salones recreativos, ampara la reducción que en el caso de las salas de bingo experimenta el radio de acción de la zona de influencia con respecto al establecido para los salones recreativos , cosa que, por otro lado, se justifica también no solamente en el supuesto de los salones recreativos instalados en el interior de los centros comerciales , en cuanto que al estar compartido el acceso a aquéllos con el de éstos, no es directa la entrada a los salones de juego desde la calle

y resulta menos restrictiva la zona de influencia, sino también en lo que concierne a los bares, cafeterías o similares que no tengan por actividad principal la práctica del juego, toda vez que en estos establecimientos el acceso de los menores está sometido a un doble control que ejercen tanto los empleados de la industria como los padres de los propios menores, puesto que estos últimos no pueden ingresar en bares donde se despachen bebidas o estén afectos por la Ley de Tabaco sin la compañía de sus padres.

CUARTO.- Si se atiende a que las Leyes y Reglamentos pierden su fuerza obligatoria por la derogación por otras normativas posteriores y a que puede llevarse a cabo tal derogación de manera expresa, que se da cuando se determina de un modo concreto la Ley o disposición dejada sin efecto o cuando indeterminadamente se consigna en la nueva Ley que se extiende la derogación a las disposiciones que a la misma se opongan, aunque sin citarlas , o bien de manera tácita, que se produce cuando la Ley o disposición posterior contradice la anterior, rechazándose el criterio y sistema que la informaban por el nuevo texto, forzoso es entender que cuando el Decreto 96/1998, de 26 de junio modificó la Disposición adicional única del Decreto 56/1986, de 4 de Abril, fijando, en defecto de regulación específica por los Planes de Ordenación Urbana y Ordenanzas Municipales de Construcción, un radio de acción de la zona de influencia de carácter variable ( 300 metros para los salones recreativos y 50 metros para salones recreativos instalados en centros comerciales de núcleos turísticos, casinos de juego, salas de bingo y otros legalmente establecidos ), vino a dejar sin efecto lo que con carácter supletorio se establecía, en cuanto al radio de acción único de 300 metros de la zona de influencia, en la rmeritada Disposición adicional única del Decreto 56/1986, de 4 de Abril, preservándose, no obstante, la remisión específica que en el inciso primero de dicha Disposición adicional se hacía a los Planes de Ordenación Urbana y Ordenanzas Municipales de Construcción a efectos de que por los mismos se fijara, con carácter prioritario, el radio de acción de la zona de influencia, por lo que partiendo de estos presupuestos y observado que en la Disposición derogatoria única del controvertido Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, se establece que " quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan al presente Decreto y, específicamente, la Disposición Adicional Única del Decreto 56/1986, de 4 de Abril, por el que se planifican los juegos y Apuestas en Canarias...", obvio es que esta norma representó una derogación expresa bajo la modalidad de una consignación indeterminada, sin cita expresa, de cuantas disposiciones se opusieran al nuevo Decreto, lo que supuso la derogación tanto del Decreto 96/1998 en su totalidad, como de la Disposición adicional única del Decreto 56/1986, que si bien fue reproducida en su inciso primero por el Decreto 96/1998 que



la modificó, pero no así en cuanto al segundo inciso, que quedó privado de eficacia jurídica, no estaba de más incluirla de manera específica en la disposición derogatoria del Decreto 134/2006, de 3 de Octubre, con el objeto de dejar plenamente clarificada la abolición de que los distintos municipios, a través de sus Planes de Ordenación Urbana y Ordenanzas Municipales de Construcción, regularan discrecionalmente la zona de influencia en la que no podían ubicarse locales para la práctica del juego por la previa existencia de un centro de enseñanza, evitándose así soluciones dispares, heterogéneas e incluso arbitrarias

QUINTO.- Finalmente, solo resta decir que atribuida al Gobierno de Canarias por el art. 18 de la Ley 6/1999, de 26 de Marzo , la competencia para aprobar la planificación de los juegos y las apuestas, siendo necesario remitir la planificación al Parlamento para su examen, es de interés significar en orden a este extremo que al no incluirse entre los aspectos que han de incorporarse a la planificación y que el propio art. 18 enumera, la determinación de las zonas de influencia para establecimientos para la práctica del juego, con respecto a centros de enseñanza, devino en innecesario el trámite parlamentario para fijar tales zonas, con el resultado de no tener el Decreto impugnado que someterse al examen del Parlamento para su aprobación y de no poder hablarse de vulneración del art. 18 de la Ley 6/1999 en la elaboración del Decreto.

SEXTO.- Al no advertirse temeridad o mala fe determinante de la imposición de costas procesales ( art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional ), no procede hacer expresa condena de las mismas

### FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso interpuesto por la representación de la entidad Oper Canarias S.L contra el acto administrativo impugnado, al ajustarse el mismo a Derecho, sin hacer expresa imposición de costas.

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Ilmo./a. Sr./a. Magistrado Ponente de la misma, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Secretario de la Sala doy fe. En Santa Cruz de Tenerife , a FECHA