



Roj: **STS 1497/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1497**

Id Cendoj: **28079130062012100212**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/03/2012**

Nº de Recurso: **1350/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **AGUSTIN PUENTE PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación que con el número 1350/09 ante la misma pende de resolución interpuesto por el Procurador Julián Sanz Aragón en nombre y representación de Oper Canarias, S.L. contra Sentencia de 22 de diciembre de 2.008 dictada en el recurso núm. 536/06 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife .

Comparecen como recurridos el Procurador D. Antonio García Martínez en nombre y representación de Comercial Jupama, S.A., la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen, en nombre y representación de la mercantil Apemarte y Aspromare

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene el fallo del tenor literalmente siguiente: <<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.>>

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Oper Canarias S.L presentó escrito ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias preparando recurso de casación contra la misma. Por providencia de 19 de enero de 2009 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 en este Tribunal, por la representación procesal de Oper Canarias S.L, se presentó escrito de interposición de recurso de casación, expresando en él los motivos en que se funda y suplicando expresamente a la Sala que "lo estime, y en consecuencia revoque la indicada sentencia, dictando otra por la que se declare la nulidad del Decreto nº 134/2006, de 3 de octubre, por el que se determina la zona de influencia de centros de enseñanza y de atención a menores en la que podrán ubicarse establecimientos para la práctica del juego, condenando a la Administración demandada y a cuantos se opongan a estar y pasar por la declaración anterior y al pago de las costas del recurso, pues así procede en derecho".

**CUARTO.-** Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a los recurridos al objeto de que, en el plazo de treinta días, formalizasen escrito de oposición al recurso, lo que realizaron, oponiéndose al mismo y solicitando a la Sala se desestime el recurso y se impongan las costas a la parte recurrente.



**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 28 de febrero de 2012, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Agustín Puente Prieto, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso de casación contra sentencia de 22 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, que resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Oper Canarias, S.L. contra el Decreto Territorial Decreto 134/2006, de 3 de Octubre.

La sentencia objeto del recurso desestimó el mismo, enjuiciando en su fundamento de derecho primero la incidencia, en el proceso de elaboración, del alegado defecto en relación con los estudios e informes que garanticen el acierto y oportunidad de la norma, procediendo a continuación al examen de la alegada denuncia del principio de igualdad formulada por la recurrente, argumentando en el fundamento de derecho tercero la regulación, contenida en el Decreto Territorial, de situaciones subjetivas desiguales, no equiparables y carentes de identidad sustancial; examinando en el fundamento de derecho cuarto la incidencia derogatoria de la disposición recurrida en relación con otras normas anteriores, precisando, por último, que considera innecesario el trámite parlamentario para fijar las zonas de influencia para establecimientos de práctica de juego con respecto a centros de enseñanza, por lo que el Decreto impugnado no tuvo que someterse al examen del Parlamento para su aprobación, negando la vulneración alegada del artículo 18 de la Ley 6/1999 en la elaboración del Decreto.

**SEGUNDO.-** Contra la citada sentencia se interpone el presente recurso de casación con fundamento en un primer motivo casacional, formulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, en el que se denuncia infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como falta de motivación y justificación de la disposición e infracción de los artículos 9.3 de la Constitución y 63.1 de la Ley 30/1992, y 103.1 de la Constitución.

Alega la recurrente que la falta de motivación que se denuncia en el Decreto recurrido ha sido expresamente reconocida por la sentencia recurrida, invocando al efecto el párrafo en que la misma expresamente alude al informe de acierto y oportunidad de la Directora General de Administración Territorial y Gobernación, así como el de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, omitiendo, por otro lado, que, según la Sala, en el segundo de los informes citados, si bien se expresó que no estaba justificada tal variación, en el primero se resaltó la oportunidad y acierto de concretar la normativa a que se proyectaba la zona de influencia, evitando así la indeterminación y la discrecionalidad de la Administración en su aplicación.

Y añade la sentencia recurrida en este fundamento de derecho primero, que *<<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", mas 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, regulara la zona de influencia a su arbitrio y sin contar con unos parámetros mínimos en cuanto a la medida superficial de aquélla.>>*

En definitiva, el Tribunal de instancia ha analizado el contenido de la disposición entendiendo que existe suficiente motivación en la exposición de las razones que determinaron la justificación de la norma, razones éstas que no han sido eficazmente combatidas por la recurrente en esta instancia, limitándose a reiterar los argumentos expuestos ya ante el Tribunal que dictó la recurrida, olvidando que el objeto del recurso de casación no es ni un acto administrativo como sugiere la cita del artículo 54 de la Ley 30/1992, ni tampoco el contenido del propio Decreto, sino que el recurso de casación está enderezado a impugnar los argumentos de la sentencia recurrida, la cual expuso ampliamente las razones determinantes del rechazo de la alegación formulada por la recurrente en orden a cuestionar la existencia, meramente formal, de estudios e informes que garanticen el acierto y oportunidad de la norma, que el propio Tribunal de instancia en la sentencia recurrida, ampliamente considera justificados.

En el motivo casacional segundo se denuncia, al amparo de la misma norma procesal, la infracción del principio de igualdad, invocando el artículo 9.2 y 14 de la Constitución, 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como el artículo 1.2 del Código Civil.

Argumenta la recurrente que la disposición recurrida incurre en arbitrariedad en cuanto discrimina, al exigir una mayor distancia, la instalación de salones recreativos de tipo B frente a otros establecimientos de juego, a los que se exige menor distancia, como salones recreativos de tipo B ubicados en centros comerciales, bingos y casinos o salones de tipo A o Mixto de centros comerciales y bares y cafeterías.

Frente a ello la sentencia recurrida argumenta en el fundamento de derecho segundo el contenido de la norma en función de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, concluyendo que se trata de comparación de situaciones subjetivas desiguales, no equiparables y carentes de identidad sustancial, por lo que desaparece cualquier posibilidad de invocar un quebranto del principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución.

Y argumenta la sentencia recurrida, que *<<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.>>*

El motivo de casación segundo ha de ser, por tanto, rechazado.

**TERCERO.-** En el motivo de casación tercero se denuncia al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción, entendiéndose que la sentencia recurrida omitió pronunciarse por los argumentos esenciales de la posición planteada por la actora, en cuanto que el Decreto 56/86 y el Decreto 96/1998 carecían de vigencia y fuerza obligatoria al entrar en vigor el Reglamento impugnado, por lo que resulta improcedente derogar lo que ya está derogado.

Los Decretos que la recurrente alega como nulos han sido considerados en relación con la eficacia derogatoria del Decreto objeto de impugnación con argumentos que se contienen en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, en el que se afirma 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 meritada 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.>>*

No existe por ello la infracción que la recurrente denuncia en el motivo casacional tercero en relación con el Decreto 56/1986 y Decreto 96/1998, cuyas normas solamente podía enjuiciar el Tribunal de instancia, al no ser objeto de impugnación, en relación con la alegada improcedente derogación que el Tribunal considera correcta, al objeto, como antes se recogió, de dejar plenamente calificada la norma que permitía a los distintos municipios a través de sus planes de ordenación y ordenanzas municipales de construcción regular discrecionalmente la zona de influencia en la que no podían ubicarse locales para la práctica de juego por la previa existencia de un centro de enseñanza, y ello para evitar soluciones dispares heterogéneas e incluso arbitrarias.

Como se ha visto, la sentencia objeto de recurso ha enjuiciado la cuestión de la incidencia de los Decretos anteriores en razón de la cuestionada derogación, sin que sea posible, ni en la instancia ni en el ámbito de este recurso de casación, enjuiciar las razones alegadas por la recurrente en orden a la nulidad de los citados Decretos de 1986 y 1998 que no fueron objeto de impugnación y cuya impugnación por vía indirecta resultaría improcedente, pues el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción no permite la impugnación indirecta de una disposición general anterior a través de su impugnación directa de una posterior, ya que, como acertadamente



pone de relieve la representación de la recurrida Apemarte y Aspromare, la impugnación del Decreto 134/2006 no puede encubrir un ataque a normas anteriores, si la parte dejó transcurrir el plazo para impugnar éstas sin haberlas combatido, habiendo resuelto la Sala correctamente la cuestión sometida a su consideración por la recurrente en la instancia sobre la procedencia de la derogación en los términos que más arriba se expresaron.

**CUARTO.-** En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, procede la condena en costas de la recurrente, con el límite, en lo que se refiere a los honorarios de los Letrados de cada una de las recurridas, de la cantidad de 1.000 €.

#### **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Oper Canarios, S.L. contra Sentencia de 22 de diciembre de 2.008 dictada en el recurso núm. 536/06 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife; con condena en costas de la recurrente, con la limitación establecida en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Agustín Prieto, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.