



Roj: **STS 4021/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4021**

Id Cendoj: **28079130052020100334**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/11/2020**

Nº de Recurso: **7346/2019**

Nº de Resolución: **1630/2020**

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

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6675/2019,**
ATS 2595/2020,
STS 4021/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.630/2020

Fecha de sentencia: 30/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7346/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.3

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7346/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1630/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Javier Borrego Borrego

D^a. Ángeles Huet de Sande

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7346/2019 interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador Sr. Ruigómez Muriedas y con la asistencia letrada de D. Juan Manuel Fernández Barrios contra la sentencia nº 426/19, de 14 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimatoria parcial del procedimiento ordinario nº 155/16 interpuesto frente al Acuerdo de 27 de mayo de 2016, del Plenario del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el "Pla especial urbanístic per a l'ordenació territorial dels Clubs i Associacions de Consumidors de Cànnabis a la ciutat de Barcelona".

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia -nº 426/19, de 14 de mayo-, estimatoria parcial -anula el artículo 5, inciso "Son actividades generadoras de humos contaminantes de acuerdo con la OMA", el artículo 8 letra d) y el artículo 10- del procedimiento ordinario nº 155/16, interpuesto por "OMAR NIETO, BOUTIQUE LEGAL, S.L.P." frente al Acuerdo, de 27 de mayo de 2016, del Plenario del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el "Pla especial urbanístic per a l'ordenació territorial dels Clubs i Associacions de Consumidors de Cànnabis a la ciutat de Barcelona".

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

Por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona, se presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la mencionada sentencia en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución impugnada, denunció las siguientes infracciones legales y/o jurisprudenciales: artículos 24.1 y 2 de la Constitución (CE) en relación con el artículo 33.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) y con el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC); artículos 25.2, apartados a), b) y j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) en relación con los artículos 137 y 140 de la CE, así como la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a normas autonómicas y/o locales en relación con las denominadas Asociaciones de Consumidores de Cannabis -con cita de las SSTC nº 144/17 y 100/18- y la doctrina contenida en la STS de 5 de marzo de 2019, recurso de casación nº 2325/16.

Como supuestos de interés casacional ex art. 88.2 y 88.3 LJCA se invocaron por la recurrente los siguientes: 88.2.c), 88.2.e), 88.2.g) y 88.3.c).

TERCERO.Admisión del recurso.-

Mediante auto de 2 de septiembre de 2019, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos

originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 13 de marzo de 2020, acordando:

<< 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 7346/19 preparado por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona frente a la sentencia -nº 426/19, de 14 de mayo-, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimatoria parcial del procedimiento ordinario nº 155/16.

2º) Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si es posible que un plan urbanístico, por su propio contenido, pueda invadir la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 25.2, apartados a), b) y j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación



con los artículos 137 y 140 de la Constitución, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico <<[...] en méritos de lo expuesto en el presente escrito: 1.- Estime el presente recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, desestimando el recurso contencioso interpuesto y confirmando la resolución impugnada. 2.- Determine que el Plan Especial urbanístico objeto de la Sentencia de instancia no ha invadido la competencia estatal en materia de orden penal. 3.- Determine que un plan urbanístico, por sus propias características, no puede invadir las competencias estatales en materia de derecho penal.>>

QUINTO.- No habiéndose personado la parte recurrida y la Sala no consideró necesaria la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 17 de noviembre de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamentación.

Se interpone el presente recurso de casación 7346/2019 por el Ayuntamiento de Barcelona, contra la sentencia 426/2019, de 14 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento ordinario 155/2016, que había sido promovido por la "Omar Nieto, Boutique Legal, S.L.P.", contra el acuerdo del Consell Municipal del Ayuntamiento recurrente, adoptado en sesión de 27 de mayo de 2016, por el que se aprobó definitivamente el "Plan Especial Urbanístico para la Ordenación Territorial de los Clubs y Asociaciones de Consumidores de Cannabis de la Ciudad de Barcelona."

La sentencia de instancia estima parcialmente el recurso y anula el artículo 5, en relación con el inciso en que se dispone: " *Son actividades generadoras de humos contaminantes de acuerdo con la OMA*", así como los artículos 8.d) y 10 del mencionado Plan.

A tenor de lo que consta en los fundamentos de la sentencia recurrida, la decisión que se adopta se justifica, en síntesis, en los siguientes argumentos:

" *Examinando detenidamente las alegaciones contradictorias formuladas por las partes contendientes en el presente proceso, a la luz de la prueba con que se cuenta -con especial mención de las obrantes en los correspondientes ramos de prueba y en concreto de la prueba pericial practicada por el perito Ingeniero Industrial..., para el que la parte actora instó su recusación pero luego desistió de ella-, debe señalarse que la decisión del presente caso deriva de lo siguiente:*

"1.- Efectivamente nos hallamos ante una figura de planeamiento urbanístico derivado aprobado inicialmente a 6 de mayo de 2015 y aprobado definitivamente a 27 de mayo de 2016 en los términos del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, modificada por la Ley 3/2012, de 22 de febrero - artículos 67 y siguientes-, y el Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo -artículos 92 y siguientes -.

"Específicamente procede igualmente destacar la previsión del artículo 67 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, en cuanto establece:...

"**ARTÍCULO 67.**

1. *La tipología de planes especiales es la establecida en la normativa vigente. Además, se admiten los planes de usos, integrales, de reforma interior, mejora urbana, protección, rehabilitación, subsuelo y telecomunicaciones.*

2. *Los planes especiales de usos tienen como objetivo ordenar la incidencia y los efectos urbanísticos, medioambientales y sobre el patrimonio urbano que las actividades producen en el territorio, mediante la*



regulación de su intensidad y las condiciones físicas de su desarrollo en función de las distancias, el tipo de vía urbana y circunstancias análogas.

3. Se pueden aprobar planes especiales integrales, entendidos como los planes especiales que definen y comprenden operaciones desarrolladas a escala de proyecto arquitectónico y también de regulación de usos en operaciones de rehabilitación integral".

"2.- Una vez se atiende a la **Memoria** de esa figura de planeamiento urbanístico especial a no dudar por razón de la materia y ya de su I.0.Preámbulo resulta manifiesto, desde una perspectiva general, que se quiere constituir como una herramienta al servicio de las políticas de salud pública que permita **abordar el denominado fenómeno** (sic) y **establecer algún tipo de regulación** (sic), también desde la perspectiva urbanística teniendo en cuenta el **derecho de asociación, el derecho a la salud pública y la convivencia**.

"Es más y a renglón seguido en esa Memoria en el apartado I.1. Antecedentes **no pasa desapercibido el artículo 368 del Código Penal Legislación citada CP art. 368 como la Ley Orgánica 1/1992, y la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana**, y haciendo referencia al autoconsumo y a la proliferación de clubs sociales o asociaciones de consumidores del cannabis se destaca su actividad de provisión, posesión y consumo, igualmente se destacan los problemas que genera esa actividad con otros usos. En el discurso de la Memoria se van ofreciendo argumentos hasta de ordenación del territorio, paisaje urbano, medio ambiente, otras personas y espacios públicos, protección a menores y de la tercera edad.

"Todo lo cual se concreta al extremo de puntualizar que nos hallamos ante **120 clubs de cannabis con autorización** -más otros 22 y 17- como resulta del apartado I.7 y VII documentación gráfica y se ilustra en los planos que se acompañan.

"A su vez y en concreto **en materia de medio ambiente** no pasa desapercibido ni la regulación establecida por la Ordenanza de Medio Ambiente ni por la Ordenanza Municipal de Actividades y de Intervención Integral de la Administración Ambiental de Barcelona y se trata de incidir en sede de la **calidad del aire, en la emisión de olores y de contaminación acústica**. Y se hace mención a una **futurible ordenanza que regule las condiciones de desarrollo de la actividad y que determinará la modificación del Plan Especial como finalmente se recoge en la denominada Disposición Transitoria de la Normativa del mismo**.

"Finalmente solo queda por indicar que **en la perspectiva medioambiental, que no urbanística**, de la Ordenanza Municipal de Actividades y de Intervención Integral de la Administración Ambiental de Barcelona, el denominado fenómeno de autos se ha dirigido al epígrafe 12.51/19, en cuanto se prevé el siguiente supuesto para superficies superiores a 500 m2 o iguales o inferiores a 500 m2:

...

"Artículo 2. Objeto del Plan Especial Urbanístico. El presente Plan Especial tiene por objeto establecer las condiciones urbanísticas que se consideren más adecuadas para compatibilizar el derecho de asociación de las personas consumidoras de cannabis con el ejercicio de otros derechos fundamentales como son la integridad física y moral, la protección de la salud de un medio ambiente adecuado para el desenvolvimiento de la persona..."

"4.- Para no hurtar ningún dato de interés este tribunal debe indicar que en sede de la medida cautelar administrativa de suspensión de tramitaciones ha dictado nuestra Sentencia nº 803, de 27 de noviembre de 2017, recaída en nuestros autos 167/2014, de la que merecen traerse a colación los siguientes particulares:..."

[.../...]

" 3.- *En la Resolución impugnada, con las remisiones que efectúa a un informe y éste a otros informes, se forma mínima y suficiente convicción que de lo que se trata es de atender a una ordenación urbanística -se cita un plan especial urbanístico para la regulación de la actividad clubs y asociaciones que tiene por objeto el consumo de cannabis u otras drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- así y por todos en los puntos 2 párrafo penúltimo, punto 5 y punto 6 y la conclusión del Informe de la Dirección de l'Àrea de Règim Jurídic Direcció de Serveis Jurídics de la Gerència de recursos del Ayuntamiento de Barcelona de 23 de mayo de 2014-*.

"4.- No cabe estimar que el acuerdo municipal adolezca de falta total y absoluta de motivación con vulneración del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando en el acuerdo impugnado se argumenta en el sentido del artículo 73.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, y artículo 102 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y a ello hay que estar.



"5.- Pasando del análisis de la motivación a la justificación, debe resaltarse que ante la contemplación de supuestos como en el presente caso se resaltan, de suficiente trascendencia, inclusive urbanística, no puede negarse "ad limine" la posibilidad atribuida por el ordenamiento jurídico urbanístico a que la administración, en su caso municipal, pueda y deba atender a ese supuesto, inclusive en la modalidad discrecional por razón de atender, en su caso, a la redacción y estudio de la figura de planeamiento derivado especial que se indica.

"Todo ello con respeto y ajuste al régimen legal establecido, tanto en garantía de los intereses jurídico públicos urbanísticos, en su caso, de la nueva regulación, como en garantía de terceros, especialmente el temporal.

"Pues bien, en el presente caso, se estima bastante por mínimamente suficiente la justificación ofrecida, eso sí, para la adopción del acuerdo cautelar impugnado en garantía, en su caso, de la final ordenación urbanística que proceda y sin que quepa desconocer la acentuada disfunción que pudiera producirse en tratar de involucrar el ejercicio de las potestades urbanísticas con cometidos competenciales manifiestamente ajenos como en materia de la legislación sectorial de locales de pública concurrencia, en materia de la legislación ambiental u otras que deberán seguir los dictados de esas legislaciones y no diluirlas en materia urbanística.

"6.- Frente a ello, y como se ha ido reiterando, no pueden prevalecer las tesis que se ofrezcan tendentes en prejuzgar un desarrollo improcedente o/y bastardo de las potestades de planeamiento urbanístico que todavía no concurren.

"7.- Y tampoco y menos aún cabe estimar la procedencia de las menciones efectuadas, que se trata de vulnerar los preceptos constitucionales citados por la parte actora cuando no se encuentra soporte alguno para poder llegar a entender que se trata de incidir sobre el principio de igualdad ni sobre el derecho de asociación sino sólo en la limitada perspectiva de las obras y usos urbanísticos acomodados a las exigencias de la materia que nos ocupa.

"Por todo ello procede desestimar la demanda articulada en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva en esta perspectiva.

"[CUARTO.-] Cuando se dirige el examen al resto de pronunciamientos administrativos impugnados las premisas y conclusiones no pueden ser las mismas por lo siguiente:

"1.- La parte actora ha identificado como impugnados unos denominados actos de 1 de agosto de 2014 por virtud de los que se prohibió la instalación de club social privado, centro de reuniones o club de fumadores de tabaco relacionados con el cánnabis y que exigió para la tramitación de licencias de club social privado y centro de reuniones la prèvia inscripció den el Registro de Asociaciones de la Direcció General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

"Este tribunal de la documentación de que dispone y en particular de las copias de e-mail que se han facilitado observa y entiende que es apreciable que en fecha no determinada, por la Administración Municipal -así resulta especialmente por las afirmaciones de la que se identifica como Urbanisme-Habitatge Urbà, Cap del Departament de llicències d'activitats del Ajuntament de Barcelona y para lo que nada se contradice-, en relación con el epígrafe 12.51/19 de la denominada corrección de errores a los anexos de la "Ordenança municipal d'activitats i de la intervenció integral de l'administració ambiental" adaptados al LPCAA y publicados en su momento en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 12 de enero y 14 de febrero de 2011 y la corrección de errores publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 27 de enero de 2012, y tanto en relación al aplicativo informático como en la aplicación que requieren los casos, a partir de determinado día, se establece y ordena lo siguiente:...

"2.- No deja de ser destacable que no se haya aportado expediente administrativo alguno al respecto con lo que va de suyo que esos pronunciamientos administrativos son lisa y llanamente nulos de pleno derecho por no haberse seguido ningún trámite procedimental -sean de naturaleza reglamentaria o de meros actos administrativos- bastando la cita del artículo 62.1.e) y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -.

"3.- Tampoco deja de ser sorpresivo que no se haya aplicado la Administración a su defensa en el escrito de contestación a la demanda y conclusiones de esa parte aunque lo fuese sucintamente por lo que lisa y llanamente debe partirse, ni más ni menos, de una voluntad de determinados sujetos que en vía administrativa tratan de involucrar a terceros -unos cuantos a quienes dirigen atento e-mail de manifiesta imposición y para todos los restantes sin publicidad alguna-, de un lado, en unos novedosos epígrafes de la "Ordenança municipal d'activitats i de la intervenció integral de l'administració ambiental" -12.51/19 a1 y 12.51/19 a2 con su publicidad en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona de 27 de enero de 2012- al punto que según el régimen establecido se prevé inclusive la no admisión de una solicitud, y de otro lado, exigiendo la presentación de documento acreditativo de la inscripción como asociación en la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de justícia de la Generalitat de Catalunya y los correspondientes Estatutos.



"4.- La manifiesta falta de competencia de esos sujetos que se permiten actuar de ese modo y de forma tan oculta solo puede merecer el calificativo de nulidad plena y absoluta.

"5.- Pero es que el objeto y el fin perseguido es totalmente espúreo e ilusorio ya que si se trataba de articular nuevos epígrafes en la Ordenanza de su razón debió seguirse cuanto menos las garantías competenciales y de procedimiento de rigor sin ocultación alguna sino todo lo contrario para operadores profesionales y a todas las personas físicas y jurídicas de su razón y menos aún a invocaciones como "Te llamaré a media Mañana", "Hemos dado de alta al aplicativo ...", "hemos hecho dos subepígrafes...", entre otras, que tan poco dicen y tanto más desdichan de un regular y acorde funcionamiento administrativo a fundamentar en Derecho.

"Y si se trataba de profundizar en materia de ordenación de las solicitudes en la vertiente de la personalidad jurídica no se atisba ni adivina qué se busca con los meros efectos de publicidad de una inscripción que nada quita ni nada añade a la personalidad jurídica de la entidad correspondiente y que por tanto no se puede hacer valer a modo de requisito o de condición de admisión.

"Más todavía si todo ello se trataba de involucrar en sede de suspensión de tramitaciones, la perplejidad continúa siendo superlativa ya que se confunde mera suspensión con inadmisión de una solicitud lo que es particularmente grosero.

"Por todo ello debe estimarse la nulidad radical y concluyente de los pronunciamientos administrativos de que se trata dada su naturaleza reglamentaria y de efectos a terceros y con la necesidad de la publicación que se acordará en la presente Sentencia."

A la vista de los mencionados razonamientos y decisión de la Sala de instancia, se prepara recurso de casación por el Ayuntamiento de Barcelona, que se admite a trámite por auto de esta Sala Tercera de 13 de marzo de 2020, en el que se determina que la cuestión casacional objetiva para la formación de la jurisprudencia era "determinar si es posible que un plan urbanístico, por su propio contenido, pueda invadir la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal." Y A esos efectos se consideran como preceptos que deben ser objeto de interpretación, entre otros que se consideren procedentes al dictar esta sentencia, los párrafos a), b) y j) del artículo 25.2º de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con los artículos 137 y 140 de la Constitución.

En su escrito de interposición del recurso, la defensa municipal comienza por asimilar la sentencia que aquí se impugna, con la dictada por la misma Sala territorial en otros recursos, impugnado el mismo Plan, reitera los mismos argumentos y aduce que el Plan aprobado en el acuerdo impugnado constituye un instrumento netamente urbanístico y respeta la normativa penal, en concreto, que no se afecta el contenido punitivo que se recoge en el artículo 368 del Código Penal, al que no afecta el contenido del artículo 5 de las normas del Plan, como se sostiene en la demanda recurrida. En ese mismo orden de cosas se considera que no se vulneran con la normativa del Plan el artículo 25.2º, en sus apartados a), b) y j) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, conforme a los pronunciamientos que se invocan del Tribunal Constitucional; sino que, muy al contrario, con la decisión de la Sala de instancia se están vulnerando los derechos a la autonomía local que se reconoce en los artículos 137 y 140 de la Constitución, así como la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a las denominadas Asociaciones de Consumidores de Cannabis.

Se termina por suplicar que se acoja como interpretación de los preceptos mencionados en el auto de admisión en la forma pretendida, se estime el recurso de casación anulando la sentencia de instancia y dictando otra en sustitución desestimando el recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto y se confirme el acuerdo impugnado.

No ha comparecido en el recurso la parte recurrente en la instancia.

SEGUNDO. Examen de la cuestión casacional para la formación de la jurisprudencia.

Todas las cuestiones que se suscitan en este recurso han sido objeto de examen por esta misma Sala en nuestra reciente sentencia 1577/2020, de fecha 23 de este mismo mes, dictada en el recurso de casación 7220/2019, en el que no solo se había impugnado en la instancia la misma resolución por la que se aprobaba el mismo Plan y si bien la sentencia de instancia no se acomoda a los razonamientos, más extensos en la de referencia a los de la presente, es lo cierto que reflejan una misma motivación; y lo que si son idénticos son los argumentos de la Administración recurrente y, por tanto, el objeto fijado en el auto de admisión. Hemos de estar, pues, a lo ya declarado en la mencionada sentencia que constituye ya la jurisprudencia fijada por esta Sala, sin que concurran en el presente supuestos especialidad alguna en cuanto a la pretensión que no hayan sido ya examinadas y decididas en la mencionada sentencia, a salvo de que en este proceso solo se cuestiona la legalidad parcial del artículo 5 del Plan. Procede remitirnos a lo que ya hemos dicho, si bien referida al único de los preceptos a que se refiere este proceso y que tiene un tratamiento en todo punto coincidente:



"Atendiendo al orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debemos proceder, en primer lugar, al examen de la cuestión que suscita interés casacional, para después y conforme a dicha cuestión, examinar las pretensiones accionadas en el proceso. No es fácil esa labor, porque el contenido de la sentencia de instancia, unido a la fundamentación del recurso, comporta contradicciones no siempre conciliables en el curso de los autos que requieren un examen, no exento de cierta complejidad, atendiendo a ese devenir procesal.

"Como ya se dijo, el auto de admisión del presente recurso determinó que la cuestión que suscita interés casacional es determinar si es posible que un plan urbanístico, dado el contenido que le es propio, pueda afectar a las competencias estatales en materia de legislación penal.

"La determinación de esa cuestión viene propiciada porque, a juicio de la Administración municipal recurrente, los preceptos del Plan que se ven afectados por la nulidad declarada en la sentencia de instancia, no comportan la invasión de las competencias estatales en materia de legislación Penal, porque el contenido de los mencionados preceptos deben entenderse amparados por la competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio, de donde se concluye que con la decisión de instancia se estarían vulnerando el principio de la autonomía local.

"Ahora bien, esas cuestiones no son tan simples como cabría concluir de lo expuesto y debemos explicarlo. Y ello, ya de entrada, porque si bien esa sería la fundamentación ciertamente ajustada al debate que, en esencia, debiera haberse suscitado en el proceso, es lo cierto que gran parte de la motivación del escrito de interposición del recurso de casación se centra por la defensa municipal en tratar de poner de manifiesto que la Ordenanza, el Plan aprobado en la resolución impugnada, no comporta invadir las competencias estatales en materia de legislación penal. No es esa la única atipicidad procesal que cabe apreciar en las actuaciones.

"Empecemos por el mismo contenido de la sentencia. No se puede silenciar el esfuerzo argumental que hace la Sala de instancia al examinar las pretensiones accionadas en el proceso que lo fue, no se olvide, por una Asociación de consumidores de cannabis; por ello lo que se pretendía con el recurso era, no ya la declaración de nulidad de los preceptos del Plan aprobado en la resolución impugnada en una a modo de vulneración de la normativa estatal en materia de legislación penal, todo lo contrario, porque lo que subyace en la demanda es que el Ayuntamiento no solo puede sino que debía regular este tipo de instalaciones utilizadas por asociaciones con esa finalidad y, en consecuencia, que esa era una competencia municipal. El objeto del recurso fue que los escasos límites que imponía el Plan a esas instalaciones en los mencionados preceptos –referidos fundamentalmente a la emisión de humos– eran improcedentes y, por tanto, que debían anularse los mencionados preceptos, no el Plan en su integridad.

[.../...]

"Es decir, para la Sala de instancia, a la vista de las razones que se contienen en la sentencia, el Plan, todo él, sería nulo de pleno derecho...

"Pero la Sala de instancia es consciente de las limitaciones que le impone el principio de congruencia, a los efectos de hacer una declaración de ese contenido...; precisamente porque la Asociación recurrente, por su propia naturaleza y finalidad y partiendo de la legalidad del Plan, lo que pretende es que se eliminen lo que consideran trabas para el ejercicio de ese derecho de utilización de los respectivos locales a los mencionados fines. En base, insistimos, al principio de congruencia, termina la Sala por centrar su decisión sobre los tres exclusivos preceptos, en la parte correspondiente que se impugna, y es cuando, a esos efectos, examina su legalidad "en el ámbito de impugnación elegido por las partes", es decir, la confrontación entre competencias urbanísticas y de medio ambiente.

"Y delimitado el debate en tales términos, lo que hace la sentencia es comenzar por distinguir las competencias en materia de urbanismo y medio ambiente... considerando que están interrelacionadas, pero que no pueden confundirse, y que, en el caso de autos, se han tratado de amparar potestades urbanísticas con potestades medioambientales... Esas consideraciones son las que llevan a declarar la nulidad del mencionado inciso del artículo 5...

"Pues bien, a la vista de esa argumentación de la Sala de instancia, es lo cierto que en el recurso de casación lo que se pretende por la Administración municipal recurrente es que, de una parte, se considere que no existe vulneración de las competencias municipales para regular la materia que constituye el objeto del Plan impugnado en base al reparto de competencias entre el Estado y Corporaciones Locales; de otra parte, de manera tangencial, se hace referencia a la naturaleza urbanística del Plan y la improcedente argumentación de la Sala de instancia sobre competencias enfrentadas, en el ámbito municipal, de tales competencias con las de medio ambiente; y considerando que la aprobación del Plan era plenamente congruente con su propia



finalidad y al amparo de las potestades municipales, se termina suplicando en este recurso de casación, que se case la sentencia de instancia y se mantenga la vigencia de los preceptos anulados por la Sala de instancia.

"Pero es importante señalar que lo que constituye el objeto fundamental del recurso de casación, lo que se pretende que esta Sala Tercera examine, es la pretendida invasión de las competencias exclusivas del Estado para regular las materias a que se refiere el Plan, conforme al reparto constitucional de competencias, con exclusión de que las Corporaciones Locales, al amparo de sus competencia sectoriales en materia de urbanismo y ordenación del territorio, o incluso de medio ambiente, puedan acometer una normativa como la aprobada en el acuerdo que aquí se revisa. Ese es el objeto fundamental de este recurso a tenor del contenido de escrito de interposición.

"Pero a la vista de esa real delimitación del debate de autos, no podemos ignorar las posiciones de las partes. Así, la recurrente inicial pretende con su impugnación, como ya se dijo, que se eliminen las restricciones que, a su juicio, comportan los preceptos parcialmente impugnados para el ejercicio de una actividad que se regula en el Plan y que la sentencia considera, todo él, nulo de pleno derecho. Por su parte, la Administración recurrente, pretende con este recurso que se confirmen las limitaciones para las instalaciones destinadas a esa finalidad, aduciendo que se trata de una normativa de naturaleza urbanísticas, pretendiendo que se mantenga la vigencia total del Plan, revocando la decisión de instancia; pero con una más que tácita declaración jurisdiccional que legitime este tipo de actividad, por más que, como ya declara la Sala de instancia, se solape con esas potestades urbanísticas que se dicen ejercitar.

"En conclusión de lo expuesto y retomando lo que se dijo al inicio de este fundamento; no es fácil desmadejar las situaciones, ciertamente complejas, que se suscitan con este recurso. Hemos de realizar un esfuerzo de delimitación del debate atendiendo a las siguientes consideraciones:

"1º. La nulidad del Plan. Si, como hemos dicho, la Sala de instancia consideraba que el Plan, todo él, estaba viciado de nulidad por vicio del reparto de competencias que se establece en la Constitución, lo procedente era tal declaración. Bien es verdad que la Sala es consciente de ello, pero que no lo hace porque incurriría en vicio de incongruencia, en cuanto estaría dando a la recurrente, no algo que no solo no había pedido, sino que era contrario a sus propios intereses que, desde luego, no estaban en la anulación de la regulación de este tipo de establecimientos, como con evidente y oportunos términos deja constancia la Sala sentenciadora.

"Ahora bien, el principio de congruencia tiene un régimen especial cuando el objeto del recurso es una disposición reglamentaria, por evidentes razones de la propia naturaleza del objeto del recurso en tales supuestos. Que ello es así lo pone de manifiesto el artículo 33 de nuestra Ley procesal, cuando al fijar el contenido del principio de congruencia en nuestro ámbito, lo vincula a "las pretensiones formuladas por las partes", con independencia de los motivos aducidos en apoyo de tales pedimentos. Por ello se autoriza, en su párrafo segundo, que el propio Tribunal sentenciador pueda ampliar los motivos aducidos por el recurrente en apoyo de su pretensión anulatoria; pero eso, motivos, no pretensiones, por lo que esa facultad no permite ampliar o modificar las pretensiones. Pero en el párrafo tercero del precepto, al referirse al principio de congruencia en los procesos en que se impugnen disposiciones reglamentarias, el Legislador no ha impuesto ese rigor, entre otras razones, porque en los actos administrativos es difícil y contrario a la misma esencia del proceso, examinar pretensiones no queridas por las partes, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de impugnación de normas reglamentarias.

"En efecto, bien diferente resulta la exigencia de la congruencia cuando se trata de impugnación de normas, que están llamadas a una vigencia indefinida y pueden y deben aplicarse a todas las situaciones futuras que estén bajo su ámbito objetivo. El acto administrativo afecta, a estos efectos, al recurrente, la norma afecta no solo al recurrente, sino a todos a los que fuera aplicable en un futuro, de ahí el diferente efectos que tienen las sentencias en uno u otro caso, como declara el artículo 72.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se une a ello que la impugnación del acto es difícil que pueda reiterarse en un futuro, una vez transcurridos los plazos fatales de impugnación; el precepto reglamentario no, puede ser impugnado con ocasión de cualquier acto de aplicación, por mucho tiempo que hubiera transcurrido desde su promulgación (artículo 26.2º de la Ley procesal). Y a mayor reafirmación de esa peculiaridades y de lo antes señalado, es que respecto de los preceptos reglamentarios no cabe la mera anulabilidad, que puede subsanarse, sino la nulidad radical o de pleno derecho (artículo 47.2º de la de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que lo hace insubsanable, indefinidamente y con la expresa consecuencia de que no puede producir efecto alguno; en palabras de los clásicos, se expulsa el precepto del ordenamiento.

"Precisamente por esas circunstancias y en relación con la vigencia el principio de congruencia en este tipo de procesos, el párrafo tercero de este artículo 33 dispone: "Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender



el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos." Debe destacarse la contradicción interna que, a simple vista, cabe apreciar en los términos literales del precepto, que comienza por asimilar el supuesto al párrafo segundo, es decir, referirlo a "motivos" y no a pretensiones; pero esa idea aparece claramente despejada en el mismo párrafo tercero cuando lo que se autoriza al Tribunal de lo Contencioso es a "extender el enjuiciamiento"; es decir, a ampliar la pretensión a otros preceptos cuya nulidad no se había suplicado en la demanda.

"Bien es verdad que esa potestad no es tan amplia como sería deseable --el precepto nulo debe desaparecer del ordenamiento con ocasión de la mínima posibilidad de poder realizarse por los Tribunales--, porque el precepto, por no olvidar la propia esencia procesal, pese a las peculiaridades de la impugnación de preceptos reglamentarios, vincula esa potestad del Tribunal a que existan "razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos"; lo cual suscita el debate de los términos en que ha de integrarse esos conceptos jurídicos indeterminados.

"Sin ánimo de llevar el debate más allá de lo que fuera necesario para la finalidad que ahora se busca, dicha "consecuencia", debe comportar que los argumentos que sirven para declarar la nulidad de los preceptos expresamente suplicados que se declaren nulo en la demanda, sean aplicables a otros preceptos no incluidos en esa pretensión. Esa debe ser la "conexión" que impone el Legislador.

"Dando un paso más en ese argumento, cabe concluir que si esa conexión es predicable de todos los preceptos de la norma reglamentaria, que se suplica sea declarada nula solo en determinados preceptos, no existe inconveniente en que el Tribunal pueda extender su "enjuiciamiento" a toda la norma, por la evidente razón de que, respecto de toda ella existiría, la conexión que condiciona la ampliación de la "pretensión". Es decir, si lo que es válido para determinados preceptos del reglamento es extensible a todas las normas que en él se contienen, no hay razones para que, conforme al precepto que examinamos, no se puede a extender el enjuiciamiento a todo su contenido.

"Todo este largo argumento viene a colación porque si la Sala de instancia consideró que todo el Plan, no solo los preceptos expresamente suplicados como nulos en la demanda, estaban viciados de nulidad de pleno derecho, y eso es lo que cabe concluir de los términos de la sentencia, como se ha visto, pudo y debió extender su enjuiciamiento a todo el Plan y no solo limitarse a los preceptos a que se refería la demanda. Es más, en realidad es lo que se hace en la sentencia recurrida al examinar los términos generales de la norma cuestionada, como hemos visto, lo que sucede es que la Sala no ha sido consecuente con los enfáticos y acertados argumentos que se hacen, dignos de ser destacados, para evidenciar la nulidad de todo el Plan por inconstitucionalidad; pero elude pronunciarse más allá de lo suplicado por la originaria recurrente, con olvido de las potestades que le confería el artículo 33.3º. Incluso va más lejos porque, como después veremos, a la postre, todo ese debate sobre la nulidad del reglamento en su totalidad, resulta inane porque no sirve para justificar la decisión que se adopta en la sentencia desde ningún punto de vista. Y, no obstante, se da la paradoja de que es ese argumento sobre la nulidad de todo el Plan el que se utiliza, de manera ciertamente profusa, en la fundamentación del recurso de casación.

"No estaría de más salir al paso de las objeciones que tendría esa posibilidad en el seno, no ya del derecho a la tutela, en su vertiente vinculado a la congruencia, sino a los derechos de la parte. Lo que se quiere decir es que una decisión como la que sería consecuencia de lo concluido, se aviene mal con la pretensiones de la recurrente, chocarían frontalmente con ella, dado que si la finalidad de la asociación recurrente era, no solo mantener la legalidad de la actividad que se regula en el Plan, excluir los escasos límites que se imponían en los preceptos que expresamente se impugnaban, es lo cierto que habría terminado obteniendo una sentencia que no solo anula tales preceptos, sino todo el Plan --que legitima la actividad-- y precisamente por considerar la actividad que afecta a tipos penales o administrativos sancionadores. Su posición procesal habría supuesto un importante revés, pero no es menos cierto que el interés general habría permitido dejar sin efecto una norma con tal vicio de nulidad radical.

"Es más, la Sala de instancia, para haber podido hacer esa declaración de la nulidad total del Plan, conforme a lo que se ha razonado, estaba obligada al planteamiento de la tesis que le impone el precepto procesal antes mencionado; y también es cierto que, a la vista de ese trámite, la misma recurrente, a quien no interesaba esa declaración de nulidad total del Plan, hubiera desistido del recurso, pero es esa una posibilidad que no se debió evitar.

"2º. Los motivos de la anulación. Hilando con lo expuesto en el párrafo anterior, debe señalarse que la sentencia de instancia, es cierto que hace referencia a la nulidad por inconstitucionalidad de todo el Plan, lo cual podría haberse utilizado --sin perjuicio de haber planteado, como se dijo, la tesis sobre ese motivo-- para declarar la nulidad de los preceptos expresamente impugnados, porque si existe un vicio general, es indudable que ese vicio existe para esos concretos preceptos. Ahora bien, existe una evidente paradoja, porque la nulidad



estaría motivada, no con la intención de la inicial recurrente de "ampliar" el ejercicio de una actividad que la sentencia considera contraria al reparto competencial, sino precisamente porque el Plan es nulo por esa premisa. Con lo que se llega a paradójica situación de que con el pronunciamiento de la Sala de instancia, no solo se legitima dicha actividad, sino que se eliminan los escasos límites que en el Plan se imponen. Y como quiera que la misma Sala de instancia es consciente de sus limitaciones, todo el argumentario que se hace sobre la inconstitucionalidad, no solo no se aprovecha como un argumento a mayor abundamiento, que esta Sala podría considerar ahora, sino que expresamente declara que se trata de un mero "obiter dicta", es decir, en palabras de nuestra Real Academia, "argumento empleado en una resolución judicial sin relevancia para el fallo", lo cual hace el argumento, y sus efectos, como irrelevantes y sin posibilidad de ser considerado en este recurso de casación, que es lo más decisivo al debate que ahora nos ocupa.

"3. El recurso de casación. Fácil es colegir de lo expuesto las dificultades con la que nos encontramos ahora al resolver este recurso de casación, porque la cuestión que se suscita de interés casacional objetivo es manifiesto que no sirve a los efectos del proceso, porque la relación entre el planeamiento urbanístico y las competencias exclusivas estatales no son elementos decisivos para la decisión de instancia y no tienen eficacia alguna a los efectos de la sentencia que es objeto del recurso de casación. Por esa razón carece de fundamento la preparación del recurso que se hizo por la Administración municipal y de todo fundamento carece la argumentación del escrito de interposición, al menos en lo que hace referencia al argumento que, como mero obiter dicta, se contiene en la sentencia de instancia. Y no es que se quiera suscitar este debate como un excesivo rigor procesal, en absoluto, porque a la postre y al momento presente se pone a esta Sala del Tribunal Supremo en la tesitura de tener que examinar si es legítimo que en el desarrollo por los ciudadanos de una actividad que claramente no puede regular la Corporación Municipal, puedan imponerse unas mínimas limitaciones desde el punto de vistas urbanístico.

"Aún hay más, dado ese planteamiento, vuelve a apreciarse una nueva paradoja, porque la Sala de instancia concluye que todo el Plan no constituye, en puridad de principios, una norma genuinamente urbanística, sino de medio ambiente, terminando por concluir, nuevamente, en un vicio general de todo el Plan por vicios de procedimiento en su elaboración y, nuevamente, por la nulidad de todo el Plan, ahora sí, se considera que se vician de nulidad los concretos preceptos impugnados. Nuevamente se aplica, ahora razonada y efectivamente, la nulidad de los preceptos por ser nulo todo el Plan. Y nuevamente sería de recordar que, si lo era todo el Plan, a él debió ampliarse el enjuiciamiento, porque todo él se considera que es materia de medio ambiente y no materia urbanística y, en el razonar de la Sala de instancia, nulo de pleno derecho. Sin embargo el argumento solo sirve para declarar la nulidad de los preceptos que se habían interesado en la demanda."

TERCERO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional objetivo.

Continuando con lo ya razonado en la sentencia que seguimos, hemos de señalar en relación al examen que suscita interés casacional lo siguiente:

<<Lo expuesto en el anterior fundamento y las contradicciones y atípica solución y argumentación de la sentencia, unido a la delimitación de este recurso de casación, obliga a adoptar una posición ciertamente contradictoria.

<<En efecto y como ya se dijo antes, dado el orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procedería que ahora examinásemos la cuestión que suscita interés casacional objetivo, delimitado en el auto de admisión, para después y conforme a la respuesta que se dé a esa cuestión, examinar las pretensiones accionadas en el proceso.

<<Sin embargo, como ya se dijo, es lo cierto que ni la cuestión delimitada ni los preceptos a cuyo amparo debe examinarse, son citados por la sentencia de instancia ni sirven para la decisión adoptada, porque toda la problemática sobre la invasión competencial a que se hace referencia con profusión en la sentencia, se termina excluyéndola de su motivación, no es la ratio decidendi, como ya se concluyó anteriormente.

<<Ahora bien, la delimitación de este recurso ha quedado ya determinada en la forma expuesta y debemos proceder al debate suscitado, aun cuando las conclusiones no aprovechen al examen de la cuestión casacional o, al menos, no aprovechen de manera directa, porque ese debate requiere ser matizado posteriormente.

<<Y en ese trance es necesario hacer referencia a la sentencia de esta misma Sala 280/2019, de 5 de marzo, dictada en el recurso de casación 2325/2016 (ECLI:ES:TS:2019:640). La defensa municipal es consciente que la mencionada sentencia, la doctrina en ella fijada, sería contraria a sus pretensiones casacionales y, con toda lógica desde el punto de vista de su estrategia procesal, hace en el escrito de interposición una exégesis de la misma, a los efectos de poner de manifiesto, no ya la diferencia entre los supuestos allí enjuiciados y los enjuiciados en este recurso de casación, sino en que no sería aplicable dicha doctrina al Plan aquí impugnado.



<<Suscitado ese debate en la forma expuesta es necesario dejar constancia que toda la problemática que se suscita por la defensa municipal en contra a la pretendida identidad entre los dos supuestos, el de la sentencia de referencia y el presente, es que en aquel se impugnaba una norma que, se dice, "tenía por objeto establecer directamente, las condiciones de ejercicio de una actividad determinada", circunstancia que se dice no concurre en el presente supuesto, porque lo que se pretende es una regulación que se ciñe exclusivamente al ámbito urbanístico, en palabras de la defensa municipal, "en ningún caso hace referencia alguna al abastecimiento, distribución o la procedencia de la sustancia... no existe en ningún precepto del Plan Especial impugnado y anulado parcialmente por la Sentencia que ahora recurrimos, ninguna referencia explícita ni implícita a la producción, consumo o abastecimiento de la sustancia. Esa es una diferencia que no puede pasar desapercibida y que implica que la interpretación de la jurisprudencia del TS que se efectúe en el presente supuesto, debe ser distinta a la establecida en la Sentencia relativa a la ordenanza de San Sebastián..."

<<Pese a esos esfuerzos argumentales, no pueden aceptarse esas pretendidas diferencias y, en consecuencia, no puede estimarse que no sea aplicable la doctrina sentada en la sentencia de referencia al presente supuesto.

<<En efecto, como resulta de la sentencia de referencia, se impugnaba una Ordenanza que pretendía la regulación de la ubicación de los clubs sociales de cannabis y así resultaba de su objeto, delimitado en su artículo primero. Este Tribunal ha de compartir los acertados razonamientos que, como ya vimos en la transcripción de la sentencia, el Tribunal a quo hace sobre la real y efectiva naturaleza del denominado Plan de urbanismo, es decir, "nos hallamos en el halo de una ordenación que esencial e inescindiblemente trata de alcanzar y dar cobertura a una actividad de obtención y de consumo de cannabis y hasta otros derivados o elementos como con nitidez late en toda la motivación y regulación que se ofrece y así igualmente se destaca en la finalidad y objetivos de la asociación que constituye la parte actora... de lo que efectivamente se trata es de mantener esas actividades de obtención y consumo de cannabis de forma colectiva e intensiva buscando un a modo de equilibrio con los problemas vecinales que se exponen a renglón seguido,... tratar de lograr una normativa reglamentaria de la naturaleza expuesta, para lograr alcanzar un feliz fin de cobertura legal para ese consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis y las demás sustancias a que se ha hecho referencia y por más énfasis que se haga en los límites o disposiciones de distancia y otras condiciones resulta infructuoso y vedado por razones competenciales y más todavía si se trata de enmascarar infructuosamente el supuesto en otros ordenamientos sectoriales que se forzarían sin el debido ajuste a derecho y que solo podrían orbitar en una dirección que abocaría inevitablemente a la inconstitucionalidad que se ha expuesto..."

<<No parece que debamos insistir en la auténtica finalidad de la norma y el camino, ciertamente tortuoso, que se ha buscado en el argumentario en que pretende justificarse, como resulta de los mismos documentos elaborados para la aprobación del Plan, en especial de su Memoria, y así lo refleja la Sala de instancia con suma claridad.

<<Pues bien, con tales premisas sobre la identidad de supuestos entre ambas sentencias, es lo cierto que, como se cuida de recordarlo la defensa municipal, si bien estima que debe rechazarse para el caso de autos; la sentencia de referencia comienza declarando que "... 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..., aun así el recurso debe estimarse... 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."

<<Y sobre esas consideraciones y después de examinar la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo en relación a estas entidades sociales, cuyo objeto es el consumo de cannabis, terminamos por afirmar "... 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."

<<Es decir, la causa de la nulidad declarada en la sentencia no es ya tanto que la regulación sea propia del ámbito urbanístico o medioambiental, objeto de la ordenanza municipal que afecta a estas entidades sociales, sino el mero hecho de que su vinculación de la actividad a desarrollar en ellos a los tipos penales o ilícitos administrativos en materia de seguridad ciudadana, obliga a una determinación caso por caso, para concluir si, atendidas las circunstancias concurrentes, la actividad queda fuera de órbita penal o administrativa sancionadora. Es decir, es la necesidad de determinar esa delimitación entre la licitud penal o no de la concreta actividad que se pretenda desarrollar, la que impide que puedan las Corporaciones locales establecer una normativa general, siquiera sea desde el punto de vista urbanístico, porque ya en esa primaria regulación quedan



integradas las competencias en materia de legislación penal, cuya atribución en exclusiva corresponde al Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1º.6ª.

<<Luego no se trata en la sentencia de referencia, como se pretende en la argumentación de la Administración recurrente, que en aquel caso se tratara de excluir la competencia por la tolerancia en el consumo o la adquisición de las sustancias, en absoluto, sino porque la actividad que se desarrolla en tales clubs puede o no ser lícita y esa mera declaración, esa preliminar determinación, comporta ya la invasión de las competencias estatales, porque afectan de manera decisiva, no cabe cuestionarlo, al ámbito penal o administrativo sancionador en materia de seguridad ciudadana, ya que el tipo penal o sancionador es el que subyace como criterio de distinción.

<<La misma sentencia recuerda, siguiendo lo declarado por la Sala Segunda en su sentencia de 21 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación 1765/2014, que "La actividad desarrollada por los clubs sociales de cannabis no siempre es lícita desde la óptica penal, 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 vertebraba 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".

<<No se trata, como se aduce por la defensa municipal, que en el caso de la Ordenanza que ahora examinamos no se regulan ni las entidades sociales ni la actividad de consumo o cultivo, moviéndose totalmente en la legalidad de dicha actividad como, se dice, se cuida de disponer la propia Ordenanza impugnada al excluir las actividades ilícitas, sin mayor concreción, porque el debate es previo. Es permitir hacer ese razonamiento, el determinar la Ordenanza que es lícito o no en este tipo de instalaciones, en función de la finalidad de las entidades sociales que los utilizan, la que absorbe la competencia exclusiva del Estado.

<<Y se suma a los razonamientos expuestos la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ya se cita en nuestra anterior sentencia y de la que se deja una elocuente reseña por el Tribunal sentenciador. Así añadíamos en nuestra sentencia:

<<Quizá no resulte superfluo recordar que el Tribunal Constitucional, por sentencia 144/2017, Pleno, 14/12/2017 (STC 144/2017) Declaración de inconstitucionalidad de la Ley Foral 24/2014, reguladora de los colectivos usuarios de cannabis en Navarra., 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 STC, Pleno, 08-03-2018 (STC 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 STC, Pleno, 14-12-2017 (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 y 29 del artículo 149.1"; 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."

<<Y es que, en definitiva, la misma Jurisprudencia emanada de la Sala Segunda de este Tribunal Supremo (por todas, la más reciente conocida, la sentencia 380/2020, de 8 de julio, dictada en el recurso de casación 4006/2018; ECLI:ES:TS:2020:2833; con prolija cita) pone de manifiesto el problema de límites entre estos denominados clubs cannábicos, huérfanos de una completa y detallada regulación legal, con el tipo penal del artículo 368 del Código Penal, con una descripción omnicomprendiva de conductas subsumibles en el tipo, que se aviene mal con la posibilidad de que las Corporaciones Locales, al amparo de legitimidad de los problemas urbanísticos o medioambientales que tales actividades pudieran comportar, terminen legitimando una actividad que, por sus nada claros contornos, pueden incidir en el tipo penal y que en modo alguno puede quedar en manos de las Corporaciones locales al amparo de dichas competencias sectoriales. Como, con indudable acierto, se declara en la sentencia de instancias "lograr una normativa reglamentaria de la naturaleza expuesta, para lograr alcanzar un feliz fin de cobertura legal para ese consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis y las demás sustancias."

<<La conclusión de lo expuesto es que debemos aplicar, por existir una indudable similitud entre ambos supuestos, la doctrina ya acogida en la mencionada sentencia de 2019 a que se viene haciendo referencia en este fundamento.">>

CUARTO. Propuesta a la cuestión que suscita interés casacional.

En relación con la decisión sobre la cuestión que suscita interés casacional debemos estar a lo ya declarado en nuestra anterior sentencia, que seguimos:

<<De lo concluido en el anterior fundamento hemos de concluir que la respuesta a la cuestión casacional objeto del presente recurso ha de ser la ya establecida en la sentencia 280/2019, ya citada y, por tanto, que "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">>

QUINTO. Examen de la pretensión.

La pretensión accionada en este proceso es en todo punto similar a la de nuestra sentencia ya mencionada, con la salvedad de que en este recurso el debate se centra en la nulidad parcial del ya referido artículo 5, siendo de aplicación las mismas consideraciones que pasamos a exponer:

"A la hora de examinar la pretensión, que es lo que procede seguidamente, conforme a lo que nos impone el artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, necesario es recordar todas las dificultades que el presente supuesto presenta, como ya se razonó con anterioridad.

La aplicación al caso de autos de la doctrina sentada, conforme a la jurisprudencia que se cita, es que procedería, no solo la nulidad de los concretos preceptos suplicados en la demanda y ya anulados en la sentencia de instancia, sino de todo el Plan.

Porque no cabe dudar, como se pretende por la defensa municipal en el recurso, que nos encontramos con la regulación de unos clubs con destino al consumo de tales sustancias, como lo pone de manifiesto que se haga prácticamente referencia a "humos", única circunstancia que sirve para justificar la aprobación de la ordenación de uso --el artículo 2, el 4º, etc.-- y poder justificar la aprobación al pretendido amparo de las potestades de ordenación del territorio. Y sin embargo, nos encontramos en una encrucijada procesal harto compleja.

En efecto, de una parte, este Tribunal, al conocer de este recurso de casación, no puede suscitar ni, por tanto, declarar ya la nulidad del Plan por ese motivo de inconstitucionalidad, por no tener habilitación procesal alguna, tan siquiera por la vía de declarar la nulidad de la sentencia y retroacción de actuaciones, que nadie suplica ni es apreciable vicio que permitiera tal declaración.

Cierto que ello nos llevaría, cuando menos, a declarar la nulidad de los preceptos que ya fueron declarados como tal por la sentencia de instancia y, por tanto, desestimar el recurso municipal. Pero es compleja esa solución por las razones que se expondrán a continuación.



Vaya por adelantado una idea que ya se ha expuesto antes. Nos referimos a la paradoja que comporta que el objeto de la ordenación es una actividad, de unas instalaciones, para cuya regulación municipal no existe amparo legal, sino todo lo contrario, porque carecen de habilitación normativa por vicio de inconstitucionalidad. Y no obstante, conforme a la sentencia de instancia, se terminan excluyendo los exiguos controles de garantía en el desarrollo de dicha actividad, los que se contienen en los mencionados preceptos a que afecta la declaración de nulidad.

Y para ello conviene recordar lo que se dispone en los concretos preceptos que se consideraban debían anularse en la demanda y que, como ya sabemos, la Sala sentenciadora declara nulos. Recordemos el contenido de los preceptos anulados:

En el artículo 5 se procede a la "definición de Clubs sociales privados de fumadores de cannabis". De dicho precepto, tan solo se cuestionaba por la Asociación recurrente el último inciso, que dispone: "son actividades generadoras de humos contaminantes de acuerdo con la OMA (Ordenanza Municipal de Medio Ambiente)". Sería difícil, desde el punto de vistas meramente urbanístico, poner tachas al precepto que fue anulado por la sentencia recurrida, pero no es de esa regulación de lo que se trata, como ya se ha dicho, porque este artículo 5 precisamente lo que pretende, incluso en esa aparente obviedad sobre la generación de humos a que se refiere la impugnación, es legitimar este tipo de actividades sociales.

[...//...]

Pues bien, el motivo que lleva a la Sala de instancia a declarar la nulidad de tales preceptos es, como ya vimos, que se trata de una competencia en materia de medio ambiente y no de urbanismo, de donde se concluye que todo el Plan estaría viciado de nulidad de pleno derecho. Es necesario resaltar que la fundamentación de la sentencia es esa, haber actuado unas denominadas potestades de planificación urbanística, cuando en realidad, a juicio de la Sala sentenciadora, se trata de potestades en materia de medio ambiente; sin mayores concreciones sobre la pretendida nulidad que no sean esas competencias en uno u otro ámbito.

No pueden compartirse esos argumentos por este Tribunal y, en principio, el recurso municipal debiera ser admitido aunque, como se dijo y después se examinará, no fue esta argumentación de la sentencia la que se aprovecha en el recurso de casación.

En efecto, aun aceptando que fuese materia de medio ambiente y no de urbanismo, lo importante a los efectos del pretendido vicio, no es tanto la cuestión, más teórica que efectiva, de si se actúan competencias en uno u otro ámbito competencial. Tratándose de una norma reglamentaria, de cuya naturaleza no cabe dudar, resulta evidente que, en efecto, la norma afectaría a una u otra competencia atendiendo a su contenido real y efectivo y no a la denominación que se diera por la Administración, porque las instituciones son lo que corresponda a su propia naturaleza, al margen de la denominación formal que se le den. Sin embargo, para que esa pretendida alteración de la naturaleza viciara de nulidad de pleno derecho al reglamento –única posibilidad de ineficacia que procede para este tipo de normas– no basta esa mera confusión de competencias, que es irrelevante desde el punto de vista de la legalidad intrínseca de las normas reglamentarias. Lo relevante es que la Corporación Local tenga competencia para adoptar dichas normas y que se hayan observado las exigencias de procedimiento que se impone por el Legislador. Es decir, en palabras del artículo 47.2º de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que la norma reglamentaria hubiera vulnerado alguna norma del ordenamiento jurídico. Téngase en cuenta que en los razonamientos de la sentencia, cuando se discrimina entre uno u otro título competencial, no es que se niegue que afecte a la competencia, que el Ayuntamiento no tuviera competencia para dictar una norma en materia medioambiental como sería, por su propia naturaleza el "Plan", sino por el mero hecho, exclusivamente formal, de haber dicho en la disposición general, que se ejercitan potestades de urbanismo y en realidad lo son de medio ambiente.

Y así entendido el debate de autos no ofrece dudas a este Tribunal que se tratase de una u otra materia competencial, es lo cierto que los párrafos a), b) y j) del ya mencionado artículo 25.2º de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, ampararían las competencias para aprobar el Plan u Ordenanza cuestionado, con independencia de la denominación que se les hubiera dado. Máxime cuando ni la propia Sala sentenciadora cuestiona que si se tratase de una Ordenanza general en materia de medio ambiente, una norma de desarrollo de la mencionada OMA, no se hubieran salvado los trámites procedimentales que dicha norma requería, lo cual sería suficiente para confirmar su legalidad.

En suma, no existen vicios de procedimiento en la aprobación de la ordenanza para imponer los efectos extremos de su nulidad, tan siquiera referido a los concretos preceptos cuestionados.

Pero es que, sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal no puede compartir esa pretendida incompatibilidad normativa entre competencias en materia de urbanismo y medio ambiente; ese pretendido diferente campo de actuación de una u otra materia con tan relevante consecuencia de viciar de nulidad la norma. No es el



momento de proceder a una exhaustiva diferenciación entre una y otra actividad de los poderes públicos, sino una aproximación a ello. Y así, el medio ambiente, por su propio contenido, constituye una realidad que el Legislador, ya desde el artículo 45 de nuestra Norma Fundamental, no crea; sino que los Poderes públicos están compelidos, con sus potestades, a protegerlo y garantizar "la utilización racional de todos los recursos naturales [y]... defender y restaurar". El medio ambiente no lo crea el Derecho, que se limita a eso, a protegerlo, defenderlo y, en su caso, restaurarlo. Por otro lado, el urbanismo si es una genuina creación de las normas, porque lo que se pretende, en una aproximación primaria ahora suficiente, es que los poderes públicos determinen las condiciones del uso del suelo, imponiendo las condiciones de su destino de todo el territorio de su ámbito objetivo, en sus clásicas facetas de planificación, gestión y control y vigilancia.

Pretender que en esa determinación del uso del suelo los poderes públicos deban hacer abstracción de aquella defensa del medio ambiente, se aviene mal con la actividad planificadora urbanística, más bien todo lo contrario, porque precisamente esa protección de los recursos naturales debe ser uno de los más importantes fines de la actividad urbanística. No parece necesario insistir en ello.

Baste lo expuesto para rechazar, como se pretende por la Sala de instancia, que existe una confrontación, una incompatibilidad, entre norma urbanística y medioambiental, por lo que no puede concluirse que tratándose de una norma medioambiental, en el caso de autos, es incompatible con una norma de naturaleza urbanística.

Pero aun cabría señalar un nuevo argumento en contra de lo concluido en la sentencia recurrida sobre el mismo contenido del Plan que nos ocupa. En efecto, si bien debemos partir de que, como declara la Sala de instancia, el Plan no es sino una disculpa para dar carta de naturaleza a estos clubs de cannabis, es lo cierto que en la exigua materia que regula, ciertamente que cabría hablar de medio ambiente, en cuanto podría decirse que se buscaría la protección de la calidad del aire --la exigua regulación se vincula a la emisión de humos--, pero ello lo es mediante la pretendida regulación de unas instalaciones para un determinado uso, ese es el torticero sentido de la normativa que se incorpora, mediante la fijación de unas mínimas exigencias, para ese uso que no puede sino considerarse propias de la norma urbanística (se dicen fijar parámetros urbanísticos, distancias entre locales, superficie útil, ubicación concreta, doble puerta de acceso, etc.), insistimos, sin perder de vista cual es la finalidad específica de este autodenominado Plan que, en puridad de principios, es lo cierto que tampoco añade mucho en el ámbito urbanístico, pero que, puestos a buscar un título competencial, no puede descartarse a los efectos de conferir un efecto tan extremo como la nulidad.

Es más, incluso aceptando que se tratase de una norma de carácter medioambiental, ya dijimos que en nada afectaría a su legalidad, porque no habría vulneración de norma alguna, tampoco de procedimiento de aprobación, que le hiciera incurrir en dicho vicio, máxime cuando no se niega en la misma sentencia que se trataría de una disposición normativa que desarrolla un reglamento municipal más general, la mencionada expresamente en el Plan Ordenanza Municipal de Medio Ambiente (OMA).

De lo expuesto debemos concluir que no es admisible, como se termina declarando en la sentencia recurrida, que todo el Plan impugnado y, por tanto, también los preceptos a que expresamente se refiere la demanda, son nulos por regular materias medioambientales y no propia del urbanismo, que es precisamente lo que se reprocha en el recuso de la Administración Municipal.

Y llegados a este punto, lo procesalmente correcto sería estimar el recurso municipal, porque precisamente sería la consecuencia de lo antes razonado por más que, como ya se adelantó, el debate no está cerrado municipal es lo que sostiene en su recurso. Porque, no puede incurrir este Tribunal Supremo en una nueva contradicción procesal a las ya reseñadas a lo largo de esta sentencia.

En efecto, se ha expuesto con suficiente fundamentación que el Plan impugnado está viciado de nulidad de pleno derecho. Y si bien es cierto que en la instancia esa cuestión, ese motivo, ya examinado en la sentencia, no podría haberse acogido sin el previo sometimiento a las partes por tratarse de un motivo que no se había suscitado en el proceso y se generaría indefensión; es lo cierto que en este momento, esa cuestión no es que no sea ya un motivo nuevo, sino que constituye el auténtico fundamento del recurso de casación, que ha sido prolijamente desarrollado por la única parte recurrente, el Ayuntamiento autor de la norma, excluyendo con ello la proscrita indefensión que comportaría la incongruencia; dado que nos movemos en el ámbito en que se suscita este recurso de casación. No podremos ir más allá, como sería necesario, en cuanto a la declaración de nulidad a toda la norma; pero si ha de servir el argumento para reiterar, como ya hizo la sentencia de instancia, aunque no por sus argumentos, que no se comparten; la nulidad de los tres preceptos a que se refiere el proceso. Por ello este Tribunal sí está en condiciones de declarar, ratificar, la nulidad de los preceptos a que se refiere la sentencia y en ese sentido procede la desestimación del recurso de casación."

SEXTO. Costas procesales.



No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, por lo que, conforme establece el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Primero. Declarar que la respuesta a la cuestión que se suscita como de interés casacional es la que se reseña en el fundamento cuarto de esta sentencia.

Segundo. Conforme a la respuesta dada a la cuestión casacional, no ha lugar al presente recurso de casación 7346/2019, interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona contra la sentencia 426/2019, de 14 de mayo, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento ordinario 155/2016; que se confirma.

Tercero. No procede hacer condena en cuanto a las costas procesales de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Rafael Fernández Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Wenceslao Francisco Olea Godoy

Francisco Javier Borrego Borrego Ángeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.