



Roj: **STS 3255/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3255**

Id Cendoj: **28079130052021100220**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **14/07/2021**

Nº de Recurso: **6057/2019**

Nº de Resolución: **1016/2021**

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

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 10046/2020,**  
**STS 3255/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1.016/2021**

Fecha de sentencia: 14/07/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6057/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

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

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

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 6057/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 1016/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D<sup>a</sup>. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 14 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6057/2019, interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, representado por el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas y defendido por la letrada consistorial D.<sup>a</sup> María Teresa del Toro Riera, contra la sentencia de 6 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 152/2016, en el que se impugna el 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". Intervine como recurrida la asociación FREYA representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Mirian Rodríguez Crespo y defendida por la letrada D.<sup>a</sup> María Amina Omar Nieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de 6 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 152/2016, contiene el siguiente fallo:

"ESTIMAMOS PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo interpuesto a nombre de la ASOCIACIÓN FREYA contra el Acuerdo de 27 de mayo de 2016 del Plenari del Consell Municipal del AJUNTAMENT 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", del tenor explicitado con anterioridad, y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda articulada ESTIMAMOS LA NULIDAD DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA EN EL ARTÍCULO 5 EN EL INCISO "Son actividades generadoras de humos contaminantes de acuerdo con la OMA", EN EL ARTICULO 8 letra d) Y EN EL ARTICULO 10 Y EN LOS TÉRMINOS DEL FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO.6 Y 7. SE DESESTIMAN EL RESTO DE PRETENSIONES.

Sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas."

La sentencia refiere que la demandante critica el artículo 5 de la Normativa del Plan Especial al negarse que con la actividad de club social privado de fumadores de cannabis se generen humos contaminantes por lo que no procede el último inciso del párrafo primero de ese artículo; que impugna el artículo 8 de la Normativa del Plan Especial -en relación además el artículo 2 tercer párrafo, letra b), artículo 9 primer párrafo en el inciso "i b)" del artículo 8" y el artículo 10-, al concretar una serie de condiciones de carácter medioambiental ajenas a la naturaleza urbanística y todo ello con invocaciones a arbitrariedad y desviación de poder; y que impugna el artículo 10 de la Normativa del Plan Especial que se califica por la parte actora como norma de derecho transitorio que vulnera toda una serie de principios que terminan con un "etc" y se muestra quejosa con los mismos y sobre todo con la exigencia de una chimenea que puede depender de las condiciones del local o de las Comunidades de Propietarios.

Para la resolución del recurso, la Sala de instancia examina el alcance de la norma urbanística impugnada y su incidencia en materia de salud pública y los pronunciamientos de la misma Sala sobre la cuestión controvertida, invocando y reproduciendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sentencias 144/2007; 29/2018 y 100/2018 concluyendo:

"6.- En el presente caso por más eufemismos y silencios que se pongan de manifiesto resulta hasta evidente que 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.

Las invocaciones a derecho de asociación, clubs sociales privados, derecho a la salud pública, casa o centro de reunión o de difusión de la cultura, pero consumo particular, el paisaje, la ordenación del territorio, la sostenibilidad medioambiental, entre otras ideas que simplemente se lanzan como simples alegatos no pueden ocultar que 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, como ya se ha expuesto, por aquellos que se ven en la tesitura de soportar, ni



más ni menos, la resultancia de una actividad que a las presentes alturas y con apoyo en la prueba pericial practicada no deja duda alguna de su incidencia y incisiva afección y para terceros, cuanto menos, a la calidad del aire, a olores y a ruidos y en su caso a la salud en la más variada riqueza de matices de todos los colectivos y a no dudar de los más sensibles -público en general, personas de la tercera edad y menores por seguir los dictados de la misma memoria del instrumento impugnado-.

Este tribunal ya en este punto no tiene duda alguna en razón a que como tal disposición de planeamiento urbanístico y de naturaleza reglamentaria le es y le debe ser aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional ya expuesta por invasión de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente se forzaría una regulación, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que innegablemente se refiere.

Desde ese planteamiento los esfuerzos que se han hecho por la administración municipal para 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.

Ahora bien, ese discurso jurídico que hubiera sido posible en otro proceso con otras partes actoras solo cabe considerarlo como "obiter dicta" ahora en la medida que las tesis enfrentadas entre la parte actora y la parte demandada no permiten examinar el caso desde la íntegra nulidad de la figura de planeamiento urbanístico impugnada y en esas perspectivas, sino solo a partir de la pretendida nulidad de los artículos 5, 8 y 10 de la Normativa en los términos ya expuestos e inclusive tratando de buscar una mayor implantación de las actividades referidas.

Con ello no se quiere decir otra cosa que, de un lado, la nulidad del artículo 5 en el inciso que se ha señalado, la del artículo 8 y la del artículo 10 y si así se prefiere con la Disposición Adicional, en cuanto posibilitan esa actividad en todo caso en los supuestos de su razón ya debe estimarse en la perspectiva de incurrir en invasión de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente y como se ha dicho se forzaría una regulación, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que innegablemente se refiere.

7.- Pero es que, de otro lado y en el ámbito de impugnación elegido por las partes, también debe resaltarse que en la técnica de planeamiento urbanístico que es la buscada al efecto resulta hasta manifiesto que no cabe amalgamarla y deslocalizarla con la ordenación de actividades medioambientales que tan reiteradamente se invoca en su ordenación.

Inexcusablemente debe indicarse que una cosa es el régimen urbanístico y otra cosa es el régimen medioambiental o, dicho de otra manera una cosa es la titulación habilitante urbanística, de tracto único ya que atiende a la legalidad urbanística en un momento determinado, a la luz del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto (LCAT 2010, 536) , que aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, con sus modificaciones y demás disposiciones concordantes, y otra cosa es la titulación habilitante ambiental de su razón, de tracto sucesivo que sigue y persigue la actividad en su discurso temporal, a la luz de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre (LCAT 2009, 748 y LCAT 2010, 78) , de prevención y control ambiental de las actividades, con sus modificaciones y demás disposiciones concordantes-.

No se debe dudar de las interrelaciones entre ambas órbitas, de fondo en especial en materia urbanística y de procedimiento -así en especial en el artículo 77.4 del Decreto 179/1995, de 13 de junio (LCAT 1995, 341, 613) , por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales-, pero si una cosa debe quedar clara es que solo a partir de una titulación habilitante urbanística en su momento deducida debidamente procederá estar a sus efectos urbanísticos (sic) y solo a partir de la una titulación habilitante medioambiental en su momento que se haya deducido procederá estar a sus efectos medioambientales (sic) y claro está a resultados de su respectiva naturaleza que no es la misma como debe ser sabido.

Pues bien, si se toma el inciso impugnado en el artículo 5 relativo a "Son actividades generadoras de humos contaminantes de acuerdo con la OMA", bien se puede comprender que se ha tratado de inmiscuir una norma urbanística con lo que no es sino un desarrollo reglamentario, cuanto menos, de la Ordenanza de Medio Ambiente que expresa y expresivamente se cita como tal y que no resulta de recibo ya que debe estarse a esa naturaleza, procedimiento y efectos.



Lo mismo cabe decir del artículo 8 respecto a su supuesto d) relativo a una chimenea "a los efectos previstos en el artículo 25 de la OMA". Pero sin que para el resto de supuestos -superficie máxima de 200 m2, acceso independiente desde la vía pública y ubicación en planta baja y disponer de doble puerta de acceso o vestíbulo de separación- se haya producido el convencimiento suficiente sobre hallarnos ante una ordenación ajena al urbanismo ni menos aún para arbitrariedad o desviación de poder.

Y disconformidad a derecho igualmente del artículo 10 habida cuenta no solo de la remisión que se efectúa al artículo 8 sino ante el críptico supuesto de hecho consistente en el club social privado de fumadores de cannabis debidamente implantado (sic) en el momento de la entrada en vigor del plan especial impugnado cuando todo conduce a pensar que más allá de una titulación habilitante urbanística se trata de hacer valer hasta una titulación ambiental como igualmente resulta del artículo 9 y de la Disposición Adicional.

En todo caso con la nulidad que se estima en modo alguno se trata de establecer, como debe resultar obvio, un ámbito de procedencia de la actividad que se presenta siempre y en todo caso, ni se prejuzga que en sede de ordenación ambiental, en su caso igualmente en sede de titulación ambiental, resultase procedente establecer, salvadas las garantías y procedimientos de rigor, la ordenación correspondiente, y resolver o determinar en su caso las impugnaciones de su razón o/y las medidas correctoras de rigor en atención a los efectos que procedan en garantía de intereses jurídico públicos y de terceros tan sensibles como los que latan en el caso.

Por todo ello procede estimar la demanda articulada en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva con el pronunciamiento de nulidad que se fijará en la parte dispositiva sin necesidad de añadir más preceptos que no se han fijado en el solicito de la demanda."

**SEGUNDO.-** Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, que se tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 27 de octubre de 2020, por el que se estima incidente de nulidad frente a la providencia de inadmisión de 23 de enero de 2020 y se admite el recurso de casación preparado, declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta 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."

Se identifican 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.

**CUARTO.-** Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones y jurisprudencia que se denuncian, solicitando que:

"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.-** Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó el correspondiente escrito en el que solicita que se declare no haber lugar al recurso de casación y se confirme en todos sus extremos la sentencia de instancia.

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones y no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2021, fecha en la que ha tenido lugar, habiéndose cumplido los requisitos de procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el escrito de interposición del recurso, la Administración recurrente señala que el pronunciamiento de instancia responde al mismo fundamento de las varias sentencias dictadas por la Sala en relación con el mismo Plan Especial, considerando que se invade la competencia estatal en materia de



legislación penal puesto que se está forzando una "regulación con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal" y frente a ello aduce que el Plan aprobado en el acuerdo impugnado contempla el fenómeno en cuestión desde su aspecto urbanístico, en el ejercicio de las competencias urbanísticas y con respecto de la normativa penal, en concreto, que no se afecta el contenido punitivo que se recoge en el artículo 368 del Código Penal. Entiende que se infringen por la sentencia recurrida el artículo 25.2º, en sus apartados a), b) y j) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y 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 y concluye que:

"El Plan Especial, no autoriza ni regula en ningún precepto ni apartado de su normativa, ni el consumo, ni la venta, ni la distribución, ni el transporte del cannabis ni de ninguna otra sustancia, como parece deducirse de las afirmaciones apriorísticas de la misma.

No se pretende en absoluto dar cobertura administrativa a una actividad delictiva. Y no se establece criterio alguno que establezca parámetros de consumo, abastecimiento y dispensación de cánnabis ni de ninguna otra sustancia. Y eso es lo que afirma justamente la sentencia, vulnerando así, las competencias municipales que se han denunciado por esta representación, vaciándolas completamente de contenido.

Esta interpretación apriorística, y alejada de los objetivos y de la propia dicción literal de la norma, provoca un efecto indeseable y paradójico en relación a los clubes existentes:

- Al anular el último inciso del art. 5 ("Son actividades generadoras de humos contaminantes de acuerdo con la OMA"), despoja innecesariamente de dicha característica a la definición de este tipo de establecimientos.

- Al anular el artículo 8, apartado d) ("En tanto que son locales fumadores de usos continuado que generan humos contaminantes, a los efectos previstos en el artículo 25-1 de la OMA, su emisión al exterior se efectuará por chimenea"), permitiría hipotéticamente, una vez que sea firme la sentencia, que los humos (que innegablemente son contaminantes) se pudieran evacuar, por ejemplo, por una simple ventana, o se arrojasen a un patio interior, aumentando así, innecesariamente, el evidente perjuicio hacia los vecinos al no ser exigible un elemento tan razonable y proporcionado como una chimenea.

- Al anular el artículo 10, que regula la adaptación al Plan de las actividades existentes, se impediría, al menos hipotéticamente, que las que no se adapten, no se conviertan en actividades fuera de ordenación."

En su escrito de oposición, la representación procesal de la asociación FREYA señala que la cuestión suscitada en este recurso de casación ya ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 23 y 30 de noviembre de 2020 (recs. 2020/4732 y 2020/4769), a cuyos pronunciamientos se remite.

**SEGUNDO.-** La cuestión que se suscita en el auto de admisión de este recurso de casación, como señala la parte recurrida, ha sido examinada ya por esta Sala en otros recursos, referidos a la impugnación de distintos preceptos del mismo Plan Especial y otras Ordenanzas municipales, que responden al mismo contenido sustantivo y controversia jurídica, que fueron resueltos por sentencias: 280/2019, de 5 de marzo (RC 2325/2019), 1577/2020, de 23 de noviembre (RC 7220/2019), 1630/2020, de 30 de noviembre (RC 7346/2019), 1663/2020, de 3 de diciembre (RC 7472/2019) y 570/2021, de 28 de abril (RC 7323/2019).

La doctrina establecida por la citada STS 280/2019, de 5 de marzo, fue la siguiente:

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

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

Expresa la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación 1765/2014, corroborando así la idea expuesta de que la actividad desarrollada por los clubs sociales de cannabis no siempre es lícita desde la óptica penal, después de "[...] proclamar que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados



o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones", que "Si traspasa las fronteras penales la conducta concretada 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 vertebra la atipicidad de la "compra compartida" puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuridicidad desde el bien jurídico -evitar el riesgo para la salud pública- a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente".

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

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

La aplicación al caso de esta doctrina se razona suficientemente por la Sala de instancia, señalando que: "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.

Las invocaciones a derecho de asociación, clubs sociales privados, derecho a la salud pública, casa o centro de reunión o de difusión de la cultura, pero consumo particular, el paisaje, la ordenación del territorio, la sostenibilidad medioambiental, entre otras ideas que simplemente se lanzan como simples alegatos no pueden ocultar que de lo que efectivamente se trata es de mantener esas actividades de obtención y consumo de cannabis de forma colectiva e intensiva buscando un modo de equilibrio con los problemas vecinales..."

Por su parte, las SSTs 1577/2020, de 23 de noviembre y 1630/2020, de 30 de noviembre, en relación con el Plan Especial de Barcelona, y adaptando al citado Plan Especial lo expuesto, inicialmente, para la Ordenanza de San Sebastián, señalan:



"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".

En este sentido la referida sentencia 1630/2020 de 30 de noviembre, concluye 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.""

Se expresan con todo ello las razones que determinan los pronunciamientos anulatorios de tales normas, que ponen de manifiesto la inoperancia de las alegaciones formuladas, tanto por la Administración recurrente como por la entidad recurrida, sobre la incidencia de la regulación urbanística y medioambiental en la determinación de la nulidad declarada, que, al margen de tales alegaciones, tiene su justificación y viene determinada por los motivos y en los términos que se recogen en la doctrina y jurisprudencia que se acaba de analizar.

**TERCERO.-** De acuerdo con todo lo expuesto debemos responder a la cuestión de interés casacional objetivo planteada en el auto de admisión del recurso, en los mismos términos que las sentencias anteriormente dictadas al respecto, considerando 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".

**CUARTO.-** La aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos conduce a la desestimación del recurso de casación interpuesto, en cuanto el pronunciamiento anulatorio de la sentencia de instancia responde y es conforme a los criterios de interpretación y aplicación de las normas que aquí se han expuesto.

**QUINTO.-** No ha lugar a la imposición de las costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, 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 de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el fundamento jurídico tercero:

Desestimar el recurso de casación n.º 6057/2019, interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona, contra la sentencia de 6 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo



del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso n.º 152/2016, que queda firme. Con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ