

INFORME SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES RELATIVAS A LA REGULACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE JUEGO

Emitido a instancia del CONSEJO EMPRESARIAL DEL JUEGO (CEJUEGO)

Ramón y Cajal Abogados, S.L.P.

Julio de 2016

SUMARIO

OBJETO	3
PLANTEAMIENTO.....	4
CONSIDERACIONES JURÍDICAS	6
A) Marco competencial en materia de juego: incidencia de la Ley de Regulación del Juego y de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre este marco competencial.....	6
B) Regulación del juego por parte de las Comunidades Autónomas: las facultades de planificación y de ordenación del juego, y los límites de estas facultades. Incidencia de la Ley de Regulación del Juego y de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre estas facultades	12
C) Análisis de determinadas medidas regulatorias concretas en materia de juego: distancias mínimas entre establecimientos de juego en la Comunidad Valenciana	25
D) Análisis de la sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA de 29 de diciembre de 2015	29
E) Regulación de los terminales online ubicados en establecimientos presenciales de juego	32
CONCLUSIONES	39

OBJETO

EL CONSEJO EMPRESARIAL DEL JUEGO (**CEJUEGO**) nos solicita informe jurídico acerca de determinadas cuestiones relativas a la regulación de la actividad del juego por parte de las Comunidades Autónomas; tales cuestiones son:

- i. Con carácter general, cuál es el alcance de la facultad que tienen las Comunidades Autónomas para establecer, en ejercicio de sus competencias en materia de regulación del juego, determinadas medidas limitativas y restrictivas relacionadas con la planificación y con el control de esta actividad (distancias mínimas, requerimientos técnicos, condiciones de los establecimientos, etc.). Y, en concreto, si estas medidas se pueden entender compatibles con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.
- ii. En particular, y en relación con lo anterior, cuál es a nuestro juicio la legalidad de determinadas medidas regulatorias establecidas por las Comunidades Autónomas en materia de juego; en concreto, de las distancias mínimas entre establecimientos de juego en la Comunidad Valenciana.
- iii. Cuáles son el alcance y las consecuencias de la sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA de 29 de diciembre de 2015, sobre todo en lo que tiene que ver con la anulación parcial del artículo 27.2 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de Cataluña.
- iv. Cuáles son las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de regulación de los terminales *online* ubicados en establecimientos de juego, y, en general, cómo debe entenderse la convergencia *online-offline* en materia de juego desde el punto de vista regulatorio y competencial.

Para responder a estas cuestiones esbozamos primero un planteamiento breve y, seguidamente, desarrollamos las consideraciones jurídicas oportunas.

PLANTEAMIENTO

1. Nuestro ordenamiento jurídico atribuye al Estado y a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas en materia de juego, en función del ámbito y alcance territorial de la actividad: de acuerdo con la Constitución española, con los estatutos de autonomía de las distintas regiones y con las leyes dictadas en desarrollo de una y de otros, las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva para regular el juego que se desarrolla dentro de su ámbito territorial, mientras que el Estado tiene competencia exclusiva respecto de la disciplina del juego de ámbito nacional, esto es, trascendente al de Comunidades Autónomas determinadas y con incidencia o relevancia en todo el territorio. Esto se traduce, en síntesis, en que las Comunidades Autónomas son competentes en exclusiva para regular el juego que podríamos denominar tradicional, presencial o físico, esto es, el que se desarrolla a través de los canales tradicionales y tiene lugar en locales físicos (salones de juego, salones de bingo, casinos, establecimientos de restauración y hostelería, etc.), así como el juego *online* que no exceda de su ámbito territorial, mientras que el Estado es competente en exclusiva para regular el juego de ámbito estatal, en particular el juego *online*, esto es, el que se desarrolla a través de canales telemáticos y cuyo ámbito excede del territorio regional¹. Con la finalidad de disciplinar este juego de ámbito estatal se aprobaron la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, y sus disposiciones de desarrollo.
2. El juego es, por su propia naturaleza, una actividad económica que presenta singularidades muy acusadas desde el punto de vista de la afección a bienes jurídicamente protegidos, como pueden ser la salud pública y el orden público, y por este motivo el juego es objeto de una intensa intervención por parte de los poderes públicos, que se concreta en el sometimiento a una planificación determinada y, en particular, en el principio de autorización administrativa previa y en la sujeción a distintas medidas restrictivas regulatorias (distancias mínimas entre establecimientos de juego, características de los establecimientos de juego, fianzas exigidas a los operadores, homologación previa de los materiales de juego, etc.), que son impuestas por las Administraciones públicas competentes con objeto de preservar los referidos bienes jurídicos. La singularidad del juego como actividad

¹ La competencia depende del ámbito territorial en el que se desarrolla el juego, no del canal de juego; lo que sucede es que difícilmente el juego que se practique por medios no presenciales tendrá alcance sólo regional, aunque ello es posible. Véase por ejemplo la disposición adicional primera de la Ley del Juego de la Comunidad de Madrid.

económica, y la consecuente capacidad de los Estados miembros para someter esta actividad a restricciones regulatorias que pueden incluso llegar a la prohibición o a la monopolización, ha sido reconocida y avalada (con limitaciones) por el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

3. Las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias y en función de su respectiva planificación en materia de juego, vienen imponiendo tradicionalmente las medidas regulatorias de orden restrictivo a las que se refiere el apartado anterior: distancias mínimas, fianzas y otros requisitos para el establecimiento de los operadores de juego, número máximo de locales, etc. Estas medidas, salvo en casos concretos relacionados sobre todo con el incumplimiento de las condiciones y requisitos formales aplicables a su imposición (rango de las normas, tramitación del procedimiento, audiencia de los interesados, etc.), se han venido considerando conformes a Derecho por parte de los Tribunales de Justicia nacionales, atendiendo a la distribución competencial y al marco regulatorio de la actividad del juego.
4. Tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, y sobre todo en los últimos tiempos, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO a través de la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO, y también la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, están cuestionando determinadas medidas regulatorias autonómicas en materia de juego, por considerar que no son compatibles con los principios de la referida Ley. Existen siete informes de la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO en los que se considera que ciertas medidas de esta índole no son conformes a Derecho², y se está tramitando un recurso contencioso administrativo interpuesto por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA contra una

² De acuerdo con la información disponible en la *web* del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, estos informes son los siguientes: informe de 18 de marzo de 2016 (26/1611), sobre la exigencia de fianza para la inscripción en el registro de empresas de juego de Cantabria; informe de 30 de octubre de 2015 (28/1522), también sobre la exigencia de fianza para la inscripción en el registro de empresas de juego, en este caso en Baleares; informe de 11 de abril de 2016 (28/1607), sobre la misma cuestión, en este caso en Galicia; informe de 2 de abril de 2014, sobre la restricción de los monitores de las máquinas auxiliares de apuestas en determinados establecimientos de la Comunidad Valenciana; informe de 5 de junio de 2014, sobre la regulación de las máquinas de juego tipo A en Cataluña y en Galicia; informe de 17 de junio de 2015 (26/1513), sobre las distancias mínimas entre salones de juego en la Comunidad Valenciana; e informe de 21 de enero de 2016, sobre el consentimiento de la empresa operadora para la instalación de máquinas de tipo B en establecimientos de hostelería en Galicia.

medida de este tipo³, a la que nos referiremos luego con más detalle. Hay algún otro recurso contencioso administrativo de interposición reciente (en relación con la exigencia de fianzas a los operadores de juego en la Comunidad Autónoma de Cantabria).

5. Lo anterior ha dado lugar a una cierta confusión en cuanto a cómo incide la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de regulación de la actividad del juego, y en cuanto a qué límites deben respetar las Comunidades Autónomas a la hora de ejercer estas competencias. El propósito del presente Informe es esclarecer esta cuestión, indicando cuál es, desde nuestro punto de vista, el impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la regulación autonómica del juego, cuáles son las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado en el contexto normativo actual, y cuáles son los límites que deben respetar las normas regionales, cuestiones todas ellas que se abordarán a la hora de responder a las concretas preguntas que motivan la emisión de este Informe. Todo ello, claro está, en nuestra opinión y sin perjuicio de otro criterio mejor fundado en Derecho.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

A) Marco competencial en materia de juego: incidencia de la Ley de Regulación del Juego y de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre este marco competencial

6. Hemos dicho antes que nuestro ordenamiento jurídico atribuye competencia exclusiva sobre el juego a las Comunidades Autónomas y al Estado, en función de cuál sea el ámbito territorial de la actividad, de modo que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva para la disciplina del juego en sus respectivos ámbitos territoriales, y el Estado tiene competencia exclusiva para la regulación del juego cuyo ámbito tiene relevancia nacional. Vamos a referirnos brevemente a los fundamentos de este modelo de distribución de competencias.
7. Aunque cuando se aprobó la Constitución española el juego era ya una actividad despenalizada en España (en virtud de la aprobación del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se

³ Recurso contencioso administrativo número 549/2015, procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado ante la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL. Este recurso tiene por objeto las distancias mínimas entre salones de juego en la Comunidad Valenciana.

regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas), lo cierto es que la Norma Fundamental no contiene referencia alguna al juego cuando lleva a cabo la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: nos remitimos a los artículos 148 y 149 de la Constitución.

8. Ante el silencio constitucional, los distintos estatutos de autonomía atribuyeron a las correspondientes Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de juego, al amparo de la cláusula general contenida en el artículo 149.3 de la Constitución española (*“las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos”*). Nos referimos, a modo de mero ejemplo, a los artículos 10 uno 26 del Estatuto de Autonomía de Asturias, 26.1.29 del Estatuto de Autonomía de Madrid y 141.1 del Estatuto de Autonomía catalán. Todos los estatutos de autonomía tienen referencias más o menos prolijas a las competencias regionales exclusivas en materia de juego.
9. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha elaborado una doctrina consolidada al respecto de la distribución competencial en materia de juego que podemos resumir del modo siguiente (véanse, en particular, las sentencias 163/1994, 164/1994 y 216/1994):
 - i. Las Comunidades Autónomas son competentes en exclusiva en materia de juego, siempre que, obviamente, el juego se desarrolle dentro de su ámbito territorial.
 - ii. El hecho de que el artículo 149.1 de la Constitución no se refiera al juego, y de que todas las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en esta materia, no priva al Estado de su competencia para regular el juego de ámbito estatal, esto es, el que exceda de la competencia de las Comunidades Autónomas. Las sentencias del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL se refieren a esta cuestión sobre todo en relación con la lotería, pero el criterio es extrapolable a cualquier otra modalidad de juego regulado de ámbito estatal. Dice el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL en las referidas sentencias:

“... ni el silencio del art. 149.1 de la CE respecto al juego, ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas, entre ellos el de Cataluña, califiquen de exclusiva la competencia autonómica en materia de juego y apuestas, sustraen a la competencia estatal la de gestionar en todo el territorio nacional el monopolio de la Lotería Nacional, por su naturaleza de recurso económico de la Hacienda estatal y monopolio del Estado, en tanto en cuanto generador de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad a aquélla corresponde, pues la prescripción del art.149.1.14 de la CE engloba necesariamente la competencia sobre lo que constituye una fuente de ingresos no tributarios asumida como

explotación de un monopolio fiscal, sin perjuicio de la competencia de algunas Comunidades Autónomas en materia de juego”.

- iii. Esta doctrina se ha confirmado por la jurisprudencia más reciente, por ejemplo la conocida sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, dijo a este respecto:

“No cabe entender que la atribución competencial a favor de la Generalitat del apartado 2 desapodere al Estado de su competencia sobre las modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal, ya que la previsión de que la autorización de nuevos juegos de ámbito nacional, o la modificación de los existentes, se examine por la comisión bilateral prevista en el título V no condiciona, en modo alguno, la decisión que haya de adoptar el Estado, como ya se dirá con más detalle al examinar la regulación estatutaria de la comisión bilateral (fundamento jurídico 115).

Por lo que se refiere a la emisión preceptiva de un “informe determinante” de la Generalitat, el valor determinante de dicho informe objetado por los recurrentes se subsume, como alega el Gobierno de la Generalitat y diremos con ocasión del examen de la disposición adicional segunda del Estatuto (fundamento jurídico 117), en la “posición determinante” de la Generalitat a que se refiere la señalada disposición adicional, posición determinante que únicamente se traduce en un deber de motivación por parte del Estado en los casos allí contemplados de no aceptación de la posición de la Generalitat. En conclusión, dicho deber de motivación no paraliza la competencia del Estado, que podrá, si lo estima conveniente, autorizar nuevos juegos o modificar los existentes de su competencia, como ocurre con la lotería nacional, tras recibir el informe de la Generalitat, sin estar vinculado por el contenido del mismo o por su no emisión”.

10. En definitiva, podemos concluir que el marco competencial en materia de juego, que consiste como hemos dicho en la superposición de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas y del Estado respecto del juego que se desarrolla en sus respectivos ámbitos territoriales, ha sido corroborado por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (podemos citar la sentencia 35/2012: *“en este caso se trata de una materia, el juego, que según ha quedado señalado es de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial, sin perjuicio de las competencias del Estado cuando su ámbito sea nacional”*). Ahora hemos de preguntarnos si este marco competencial, que apodera a las Comunidades Autónomas para regular con alcance exclusivo el juego que se desarrolla en su territorio, se ha visto afectado como consecuencia de la aprobación de la Ley de Regulación del Juego y, sobre todo, de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

11. La Ley de Regulación del Juego no afecta a la distribución de competencias en la materia, sino que, antes al contrario, asume esta distribución y se limita a la disciplina del juego de ámbito estatal, que es el único que puede ser objeto de regulación en una Ley del Estado. Dice la Exposición de Motivos de la Ley a este respecto lo siguiente:

“En definitiva, con el más absoluto respeto al marco competencial definido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, resulta de todo punto insoslayable la necesidad de dotar de un nuevo marco jurídico a las actividades de explotación y gestión de juegos de ámbito estatal y, particularmente, a aquellos juegos que se practican a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos y en los que los medios presenciales tienen un carácter accesorio.

El desarrollo de un marco normativo que responda a las necesidades del sector del juego ha de realizarse sin perjuicio del reconocimiento pleno de las competencias en materia de juego que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las respectivas Comunidades entre las que se incluye, en algunos casos, la capacidad de éstas para colaborar en el ejercicio de competencias estatales en relación con las actividades de juego. Esta circunstancia ha hecho preciso el diseño de procedimientos y mecanismos asimétricos que faciliten la necesaria colaboración y coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias estatales en materia de juego”.

“Desde el máximo respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas, esta Ley se fundamenta en los números 6, 11, 13, 14 y 21 del apartado primero del artículo 149 de la Constitución Española y en la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, manifestada en numerosas sentencias, entre las que cabe destacar, la número 163/1994, de 26 de mayo, que declara la existencia de una competencia estatal en materia de juego que ha de ser ejercida por el Estado en nombre del interés general, sin perjuicio de las competencias que en materia de juego tienen reconocidas las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía”.

“Esta Ley establece la regulación de las actividades de juego que se realizan a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos y en las que los medios presenciales deberán tener un carácter accesorio, salvo las actividades presenciales de juego sujetas a reserva desarrolladas por las entidades designadas por la ley que, por su naturaleza, son exclusivamente de competencia estatal”.

12. En este sentido hay que entender los artículos 1 (“el objeto de esta Ley es la regulación de la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos, sin perjuicio

de lo establecido en los Estatutos de Autonomía. La Ley regula, en particular, la actividad de juego a que se refiere el párrafo anterior cuando se realice a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales deberán tener un carácter accesorio, así como los juegos desarrollados por las entidades designadas por esta Ley para la realización de actividades sujetas a reserva, con independencia del canal de comercialización de aquéllos”) y 2.1 (“dentro del objeto definido en el artículo anterior, se incluyen en el ámbito de aplicación de esta Ley las siguientes actividades de juego cuando la actividad desarrollada tenga ámbito estatal: (...)”) de la Ley de Regulación del Juego.

13. Podemos llegar a la conclusión, a la vista de lo anterior, de que la Ley de Regulación del Juego no incide en absoluto sobre la distribución de competencias en materia de juego entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y debe entenderse ceñida exclusivamente, como reitera su Exposición de Motivos y disponen sus artículos 1 y 2, a la disciplina del juego de ámbito estatal, sin condicionar en absoluto la regulación autonómica en materia de juego. Esta conclusión se refuerza por el hecho de que, en cualquier caso, la Ley de Regulación del Juego carecería de rango para afectar al régimen de distribución de competencias en materia de juego, que deriva como hemos visto de la Constitución y de los estatutos de autonomía, esto es, del conocido como bloque de la constitucionalidad.
14. En cuanto a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, más allá de la premisa obvia de que esta Ley no tiene rango para incidir sobre el régimen de distribución competencial en materia de juego (nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior), resulta que del texto de la Ley no se puede colegir, en absoluto, que permita la intervención del Estado en el ejercicio de las competencias autonómicas sobre aquellas actividades económicas sujetas a la Ley, ni que condicione o exceptúe o limite de algún otro modo el ejercicio de estas competencias. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, a nuestro juicio, es una norma de desarrollo del artículo 139 de la Constitución española que establece determinadas condiciones generales para el ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio nacional, pero, desde luego, ni es un instrumento de atribución de competencias al Estado ni puede menoscabar o reducir las competencias propias de las Comunidades Autónomas. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado debe aplicarse respetando escrupulosamente el marco de competencias relativo a las distintas actividades económicas sujetas a dicha Ley.
15. Es decir: la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado impone determinados requisitos de aplicación por todos los poderes públicos, incluidas obviamente las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias respecto de las actividades económicas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, pero en absoluto restringe ni limita las competencias de los poderes públicos, también de las

Comunidades Autónomas, sobre estas actividades, ni atribuye competencias al Estado allí donde no las tiene. Dicho de otro modo: en virtud de la Ley se imponen ciertas condiciones a la disciplina de las actividades económicas por medio de normas reglamentarias y de actos administrativos (quedan fuera de la sujeción a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado las normas con rango de ley), pero no se incide sobre el régimen competencial propio de estas actividades económicas. Lo dice claramente la Exposición de Motivos de la Ley:

“En el contexto actual, esta Ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado para crear un entorno mucho más favorable a la competencia y a la inversión, facilitando que los agentes económicos puedan beneficiarse de las ganancias de una mayor dimensión en términos de productividad y costes, en favor de la creación de empleo y de crecimiento, y en beneficio último de los consumidores y usuarios que tendrán un mayor acceso a productos y servicios de calidad. Todas las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, y especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía, transportes) bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía”.

16. Podemos concluir, por lo tanto, que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no incide sobre la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de juego, y, en particular, no afecta a las competencias autonómicas en esta materia, que son exclusivas respecto del juego de ámbito regional.

17. Finalizamos esta primera consideración, a la vista de lo expuesto, afirmando lo siguiente:

- i. Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva sobre el juego que se desarrolla en su ámbito territorial. Esta competencia exclusiva deriva de la Constitución española y de los estatutos de autonomía, ha sido confirmada por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, y comprende tanto la planificación y la regulación en materia de juego como la ejecución y aplicación de esta planificación y regulación.
- ii. Ni la Ley de Regulación del Juego ni la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado inciden, condicionan ni limitan la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre el juego que se desarrolla en su ámbito territorial. Más allá de que estas Leyes carecen de rango para establecer una limitación en esta materia, entendemos que su contenido no puede interpretarse,

en modo alguno, como un límite o restricción de las competencias autonómicas, ni menos todavía como un título habilitante para que el Estado interfiera sobre las competencias autonómicas en esta materia. Muy contrariamente, ambas Leyes parten del respeto absoluto a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de juego.

B) Regulación del juego por parte de las Comunidades Autónomas: las facultades de planificación y de ordenación del juego, y los límites de estas facultades. Incidencia de la Ley de Regulación del Juego y de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre estas facultades

18. Hemos visto que las Comunidades Autónomas son competentes, en exclusiva, para la regulación del juego que se desarrolla en su ámbito territorial. Ahora tenemos que ver cuál es el alcance de esta competencia, teniendo en cuenta la especial consideración del juego como actividad económica, especial consideración que justifica que el juego sea objeto de una intensa intervención administrativa, que no se considera, con carácter general, contraria ni a la libertad de empresa reconocida en la Constitución española, ni a las libertades de circulación y de establecimiento reconocidas tanto en la Constitución (como manifestación particular del principio de unidad de mercado al que se refiere su artículo 139, y que como ya hemos dicho se desarrolla en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado) como en el Derecho comunitario (en particular, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

19. Hay que partir de la singularidad del juego como actividad económica, que es lo que permite diferenciarla de otras actividades económicas que podríamos denominar ordinarias, o inocuas, y que es lo que, en última instancia, justifica el establecimiento de una intervención regulatoria intensa y restrictiva en esta materia. La potencial incidencia del juego sobre bienes jurídicamente protegidos por nuestro ordenamiento, como son la salud pública y el orden público (entendido sobre todo desde el punto de vista socio económico), así como la prevención del fraude, permite apreciar la existencia de razones de interés general que no sólo justifican, sino que hacen imprescindible, la intervención de los poderes públicos sobre la actividad de juego. En este sentido se han pronunciado tanto los Tribunales de Justicia nacionales como los europeos, e incluso las autoridades en materia de competencia. Vamos a referirnos con brevedad a algunos precedentes en este sentido.

20. El informe de la COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (antecedente de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA) con número de referencia IPN 48/2010, sobre el anteproyecto de la Ley de Regulación del Juego, afirma lo siguiente:

- i. Que la regulación del sector del juego supone, en términos generales, un complejo ejercicio de acomodación de los distintos intereses generales que motivan la necesidad de intervención pública en el sector.
- ii. Que ésta es la causa de que la regulación del sector del juego haya presentado tradicionalmente un alto grado de intervención pública y restricciones a la competencia y a la libre circulación, en particular en lo relativo al acceso al mercado.
- iii. Que tales limitaciones se justifican por la existencia de determinados riesgos potenciales derivados de las actividades del juego, que hacen necesario un cierto grado de intervención pública en el sector. Y que dichos riesgos pueden ser divididos, por una parte, en aquéllos relacionados con la salud pública, como son la aparición de fenómenos de adicción al juego o la desprotección de menores y personas dependientes del juego, y, por otra en aquéllos de naturaleza fiscal y legal, como son el fraude, el crimen organizado, el blanqueo de capitales e incluso la corrupción.

21. En cuanto a la doctrina de los Tribunales de Justicia nacionales sobre la singularidad del juego como actividad económica, y su consecuente sometimiento a planificación, regulación e intervención administrativa, podemos efectuar (sin pretensión de exhaustividad) las siguientes citas, a modo de ejemplo:

- i. La sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO de 30 de junio de 2009 (recurso 8815/2004) afirma en este sentido⁴:

“La actividad relativa al juego no es una actividad empresarial más. En efecto, la actividad relativa al juego ni se dirige a la realización de funciones de carácter productivo ni está falta de interés general, razón por la que sus condiciones de ejercicio se encuentran rigurosamente reglamentadas por la Ley. Añadimos que la intervención normativa se justifica en la protección de intereses superiores de carácter general como los de los consumidores y usuarios que

⁴ Nos interesa destacar que esta sentencia considera que el sistema de de control, intervención y limitación administrativa en materia de juego enjuiciado en este caso concreto resulta posible y admisible en términos generales, como cortapisa tolerable de la libertad de empresa, si bien se anula por una cuestión meramente formal como es la insuficiencia de rango de la norma que lo impone.

comprenden desde la salud física y mental hasta la defensa de los derechos económicos. Por consiguiente, en la actividad relativa al juego, libertad de empresa, sí, pero medidas justificadas que limitan o dificultan el libre desarrollo de la misma, también, porque la protección de los usuarios debe prevalecer sobre el derecho de libertad de empresa.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 21 de abril de 1992 ó 3 de junio de 1996, han destacado la necesidad de un exhaustivo control administrativo y regulación detallada de la actividad de los juegos de azar en atención a la entidad del impacto que tienen sobre las economías de un gran sector de la población.

El legislador no puede desconocer el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa - artículo 53.1 de la Constitución- pero puede delimitar y regular el derecho, por ejemplo, en atención a lo que se prevé en los artículos 33.2, 128 y 131 de la Constitución, como también para proteger los derechos de los consumidores -artículo 45.1 de la Constitución-.

La actividad del juego, cuya despenalización fue fruto tanto la proyección del principio penal de intervención mínima como de la concurrencia de motivos de eficacia, no obstante, se encuentra sujeta a una intensa intervención administrativa. Pues bien, precisamente de esta sujeción resulta que la actividad empresarial o económica de explotación del juego esté inmersa en un repertorio de limitaciones e intervenciones específicamente diseñadas por el ordenamiento jurídico.

Por tanto, sin desconocer el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, el legislador puede modularlo en esta materia porque el juego no es sino actividad económica en la que los intereses más necesitados de protección son los personales, familiares y sociales. En consecuencia, el legislador se encuentra habilitado para la implantación de específicos condicionados que limiten o impidan el desarrollo de la actividad que aquí se trata”.

- ii. La sentencia de la Sala DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA de 17 de febrero de 2010 (recurso 762/2008) se remite al pronunciamiento anterior, afirmando lo siguiente:

“En efecto, el artículo 38 de la Constitución, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, deja abierta la posibilidad de intervención de los poderes públicos en ese ámbito de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, intervención y planificación que están justificadas en un sector como el del juego (...).

Por tanto, sin desconocer el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, el legislador puede modularlo en esta materia porque el juego no es sino actividad económica en la que los intereses más necesitados de protección son los personales, familiares y sociales.

En consecuencia, el legislador se encuentra habilitado para la implantación de específicos condicionados que limiten o impidan el desarrollo de la actividad que aquí se trata. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 111/1983, de 2 de diciembre, y 227/1993 de 9 de julio”.

iii. La sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO de 28 de marzo de 2000 (recurso 2679/1996) dice:

“... como hemos declarado en nuestras sentencias de 23 de noviembre de 1994 (recurso de apelación 7571/90, fundamento jurídico cuarto) y 13 de julio de 1996 (recurso de casación 2783/93, fundamento jurídico séptimo), siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno 227/1993, de 9 de julio, el propio artículo 38 de la Constitución condiciona el ejercicio de esa libertad a las exigencias de la economía general y de la planificación, de manera que la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores u ordenan un sector como el de los juegos de azar, en el que las potestades administrativas de intervención y control están sobradamente justificadas por los intereses que en el mismo subyacen, ya que la libertad de empresa, seguíamos diciendo en aquellas nuestras sentencias, no ampara entre sus contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos o condiciones, sino que, por el contrario, su ejercicio ha de ceñirse a las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica”.

22. Nos referimos, por último, a la doctrina del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA sobre las restricciones regulatorias en materia de juego. Podemos resumir esta doctrina en torno a los siguientes extremos⁵:

⁵ Son numerosas las sentencias del Tribunal de Luxemburgo en materia de juego: ténganse en cuenta por ejemplo las sentencias *Stanley International Betting Ltd* 22/01/2015, C-463/13, *Dickinger* y *Ömer* 15/9/2011, C-347/09,

- i. El juego no es una actividad regulada por el Derecho comunitario, y por ende no está sujeta a armonización de ninguna clase.
- ii. Los Estados miembros son libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar, y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido; y, en el mismo sentido, corresponde exclusivamente a las autoridades nacionales, en el marco de su facultad de apreciación, definir los objetivos que quieren proteger, determinar los medios que consideran más adecuados para su consecución, y prever unas modalidades de explotación y práctica del juego más o menos restrictivas.
- iii. No obstante lo anterior, las restricciones que se impongan sobre la actividad del juego, que está amparada en términos generales por las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios, deben cumplir los requisitos derivados de los principios de necesidad y de proporcionalidad, y, en particular, deben obedecer a imperiosas razones de interés general que justifiquen la imposición de las medidas restrictivas.
- iv. Estas imperiosas razones de interés general no pueden consistir en motivos estrictamente económicos. Se consideran como tales los que tienen que ver con la política fiscal de los Estados miembros, así como los relativos a la protección de inversiones.
- v. En este sentido, podemos citar por ejemplo las sentencias del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA de 16 de febrero de 2012 y de 12 de septiembre de 2013 (asuntos acumulados C-72/10 y C-77/10 y C-660/11 y C-8/12), que analizan la compatibilidad con el Derecho comunitario de la medida de establecimiento de distancias mínimas entre locales de juego:

“59. En lo que atañe a una eventual justificación de esa desigualdad de trato, es jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica, como el objetivo de garantizar a los operadores que obtuvieron concesiones en la licitación de 1999 la continuidad, la estabilidad financiera o un rendimiento justo de la inversión efectuada, no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (sentencias Comisión/Italia, antes citada, apartado 35 y jurisprudencia citada, y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C-384/08, Rec. p. I-2055, apartados 53 a 56)”.

Digibet y Albers 12/06/2014, C-156/13, *Anomar y otros* 11/9/2003, C-6/01; *Carmen Media Group* 8/02/2008, C-46/08.

“65. En cualquier caso, un régimen de distancia mínima entre puntos de venta sólo podría estar justificado si el verdadero objetivo de dicha normativa -lo que correspondería comprobar al órgano jurisdiccional nacional- no fuera proteger las posiciones comerciales de los operadores existentes en lugar del objetivo invocado por el Gobierno italiano de encauzar la demanda de los juegos de azar en circuitos controlados. Además, correspondería, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente comprobar que la obligación de respetar distancias mínimas, que impide la ubicación de puntos de venta adicionales en zonas muy frecuentadas por el público, puede conseguir realmente el objetivo invocado y tendrá efectivamente como consecuencia que los nuevos operadores decidirán establecerse en lugares poco frecuentados, garantizando así una cobertura nacional”.

23. En definitiva, el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA atribuye a las autoridades nacionales (esto es, a las entidades competentes de los Estados miembros en materia de juego: en nuestro caso, respecto del juego que se desarrolle dentro de su ámbito territorial, las Comunidades Autónomas) una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores, y, teniendo en cuenta las particularidades de cada Estado miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de de juegos y al volumen de apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan, así como para determinar la amplitud de las medidas limitativas. Se reconoce a las autoridades nacionales la facultad de apreciar no sólo si es necesario restringir las actividades de juego, o someterlas a monopolio, sino incluso llegar a prohibirlas, siempre que las medidas limitativas (o, eventualmente, prohibitivas) no sean discriminatorias y se hallen justificadas.

24. Resume la cuestión de manera muy descriptiva el dictamen del CONSEJO DE ESTADO 2086/2009, de 11 de marzo de 2010, sobre el anteproyecto del Reglamento de Apuestas en la Ciudad de Ceuta:

“En lo que se refiere, en concreto, a la Unión Europea, el juego sigue siendo una competencia de los Estados miembros: en este contexto, el orden público y la protección al consumidor, junto a los objetivos fiscales, han llevado al predominio de los monopolios estatales respaldados por legislaciones nacionales restrictivas; y, aunque los servicios de juego están amparados para la libre prestación de servicios, lo cierto es que han quedado excluidos del ámbito de aplicación de importantes normas de carácter horizontal (así, artículo 1.5 d) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; o artículo 2.2 h) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de

diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior). Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal de Justicia, al confirmar el derecho de los Estados miembros a decidir por sí mismos cómo gestionar el juego legal, han sometido el ejercicio de este derecho a ciertas condiciones, de modo que las restricciones a la libre prestación de servicios han de venir justificadas por claros objetivos de protección social y de los consumidores y no por razones meramente fiscales (entre otras, Sentencia de 21 de octubre de 1999, Questore di Verona contra Diego Zenatti, asunto C-67/98)”.

25. De lo expuesto podemos inferir que las Comunidades Autónomas, como entidades competentes en exclusiva sobre el juego que se desarrolle dentro de su ámbito territorial, pueden establecer una planificación propia en materia de juego, en función del grado de protección que quieran dispensar a los ciudadanos y al orden público en relación con esta actividad, y como consecuencia de ello pueden establecer las limitaciones y restricciones regulatorias que permitan satisfacer los objetivos derivados de esa planificación. Estas limitaciones y restricciones se considerarán compatibles con la Constitución española (libertad de empresa, en particular) y con el Derecho comunitario (libertades de establecimiento y de prestación de servicios, sobre todo), siempre que respondan a imperiosas razones de interés general relacionadas con el control y la planificación de la actividad de juego, y no a motivos meramente económicos, y se apliquen de manera proporcionada y no discriminatoria. Esto resulta de la jurisprudencia comunitaria y nacional sobre la capacidad de las Administraciones públicas competentes en materia de juego para imponer medidas limitativas en este ámbito.
26. Hemos de ver ahora si la Ley de Regulación del Juego y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado influyen sobre el estado de cosas anterior, y, en su caso, en qué medida. En cuanto a la Ley de Regulación del Juego, entendemos que no afecta en absoluto a la facultad regulatoria de las Comunidades Autónomas en materia de juego, por los siguientes motivos:
- i. Primero, porque no es aplicable al juego de competencia autonómica (cfr. artículos 1 y 2 de la Ley). Nos remitimos a lo expuesto anteriormente.
 - ii. Segundo, porque de manera explícita respeta (como, por otro lado, no podía ser de otro modo) la planificación y la regulación autonómica en aquellas cuestiones respecto de las que puede haber convergencia o incidencia de la regulación estatal sobre la regional. Nos referimos en particular a la cuestión de las terminales *online* ubicadas en establecimientos de juego presencial, sobre la que nos detendremos luego. Sin perjuicio de lo que se dice más adelante, la Exposición de Motivos de la Ley de Regulación del Juego dice a este respecto que *“la concesión de cualquier título habilitante exigirá, para la instalación o apertura de locales presenciales abiertos al público*

o de equipos que permitan la participación de los juegos, autorización administrativa de la Comunidad Autónoma, que se otorgará de acuerdo con las políticas propias de dimensionamiento de juego de cada una de ellas”, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 9.1 tercer párrafo de la Ley (“la instalación o apertura de locales presenciales abiertos al público o de equipos que permitan la participación en los juegos exigirá, en todo caso, autorización administrativa de la Comunidad Autónoma cuya legislación así lo requiera. Estas autorizaciones se regirán por la legislación autonómica de juego correspondiente”).

27. En cuanto a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado la cuestión es más compleja, porque como hemos dicho esta Ley impone determinadas condiciones para el establecimiento de restricciones o limitaciones al ejercicio de las actividades económicas incluidas en su ámbito de aplicación, y además está siendo interpretada por la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO y por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA como un límite impeditivo cuasi absoluto de determinadas medidas de regulación del juego por parte de las Comunidades Autónomas. Por ello hemos de referirnos a esta cuestión de manera más detallada.
28. Lo primero que hemos de preguntarnos, aunque parezca obvio, es si la actividad de juego se halla sujeta a la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En este sentido es preciso tener en cuenta lo siguiente:
- i. Formalmente el juego está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley. El artículo 2 de la misma dispone que se aplicará la Ley *“al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”*, y el anexo define las actividades económicas en términos amplios, y sin exclusiones, como *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*. Es evidente que el juego encaja en esta definición, y que por lo tanto la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado le resulta aplicable.
 - ii. No obstante, a la hora de aplicar la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la actividad de juego no podemos perder de vista la singularidad de la misma como actividad económica, que da lugar al sometimiento a un régimen de intervención administrativa que se ha considerado compatible con la libertad de empresa y con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (nos remitimos a lo expuesto más arriba).

- iii. En este sentido, no deja de ser llamativo que el juego esté excluido de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), cuyo considerando 25 dice a este respecto que *“procede excluir las actividades de juego por dinero, incluidas las loterías y apuestas, del ámbito de aplicación de la presente Directiva, habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores”*. También se excluyó al juego de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva citada.
- iv. Aunque la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y la Ley 17/2009 no tienen el mismo objeto ni el mismo ámbito de aplicación, es indudable que la segunda se basa en la primera, y no deja de ser una concreción de la misma. Esto es evidente, por ejemplo, a la vista del artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, que se remite de modo expreso a la Ley 17/2009. No obstante, el hecho de que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado desborda el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 es claro. Lo dice su Exposición de Motivos:
- “La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios⁶ (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos”*.
- v. Por ello entendemos que la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no puede ser uniforme respecto de todas las actividades económicas, sin tener en cuenta la singularidad y las particulares condiciones y características de las mismas, de modo que no tiene sentido aplicar esta Ley del mismo modo, con la misma intensidad, sobre actividades ordinarias o inocuas (sujetas a la Ley 17/2009) que sobre actividades que son susceptibles de un grado de intervención administrativa mayor, y que por ese motivo están excluidas de la Ley 17/2009. Sobre esta idea volveremos seguidamente.

29. Partiendo de la premisa de que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado es aplicable (con el matiz expuesto) a la actividad de juego, hemos de analizar de qué modo se aplica en este ámbito, o, dicho de otra manera, cuál es el alcance de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre el ejercicio

⁶ Entre ellas está, como hemos visto, el juego.

de las competencias autonómicas en materia de juego. En este sentido efectuamos una consideración formal y otra de fondo.

30. Desde el punto de vista formal, es evidente que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sólo se aplica a las disposiciones administrativas de carácter general (reglamentos) y a los actos administrativos que las Administraciones públicas aprueben y dicten en ejercicio de sus competencias de intervención y disciplina de la actividad económica. Así se desprende tanto de la literalidad de la Ley (cfr. artículos 3.2, 9, 26 y 27, por ejemplo) como de su propio rango, que como es obvio no puede afectar a otras disposiciones con el mismo rango legal. Lo que queremos decir con esto es que todas las medidas regulatorias en materia de juego que se contengan en una norma con rango de ley no podrán ser enjuiciadas bajo la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, ni desde el punto de vista sustantivo (la ley sólo se somete, en nuestro ordenamiento jurídico, a la Constitución y al Derecho comunitario europeo) ni desde el punto de vista procesal (la ley no es objeto idóneo de los procesos para la garantía de la unidad de mercado).
31. En definitiva: las medidas regulatorias en materia de juego que las Comunidades Autónomas impongan, en ejercicio de sus competencias, en normas con rango de ley, sólo estarán sujetas a la Constitución española y al Derecho comunitario, y sólo podrán ser objeto de enjuiciamiento en procesos en los que se haga valer esta contradicción, tanto directos (recurso de inconstitucionalidad) como indirectos (cuestión de inconstitucionalidad, cuestión prejudicial). Estas medidas regulatorias no quedan sujetas a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, sin perjuicio de que a la hora de enjuiciar su acomodo a la Constitución española se pudiera hacer valer la infracción del artículo 139 de la Norma Fundamental, precepto del que deriva la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.
32. Desde el punto de vista material, sustantivo, que es el más importante a estos efectos, hemos de ver cómo afecta la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado a aquellas medidas regulatorias en materia de juego que se impongan por medio de normas reglamentarias y de actos administrativos, esto es, que no tengan rango de ley, y que por lo tanto queden formalmente sujetas a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, que es aplicable al juego como actividad económica. En este sentido, nuestra opinión es que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado debe aplicarse en este ámbito con determinados límites, o cautelas, que derivan de una doble singularidad: la del juego como actividad económica susceptible de un amplio margen de intervención y control administrativo y regulatorio, por un lado, y la de la propia Ley de Garantía de la Unidad de Mercado como instrumento de intervención de la Administración General del Estado sobre el ejercicio de las competencias correspondientes a otras Administraciones públicas, por otro lado.

33. En este sentido hay que tener en cuenta lo siguiente:

- i. El juego es una actividad económica muy singular, que por su singularidad puede ser objeto de restricciones y limitaciones de orden regulatorio de una intensidad muy alta (se admiten incluso la prohibición absoluta y la monopolización del juego, como hemos visto). En materia de juego el grado de intervención regulatoria y administrativa jurídicamente admisible es muy superior al que cabe imponer en el conjunto de actividades económicas ordinarias, o inocuas. Esta premisa, a la que nos hemos referido con detalle anteriormente, nunca debe perderse de vista.
- ii. La competencia para definir el grado de intervención regulatoria y administrativa en materia de juego corresponde en exclusiva, respecto del juego de ámbito regional, a las Comunidades Autónomas, en virtud de las competencias que la Constitución y los estatutos de autonomía les atribuyen en esta materia. También nos hemos detenido con detalle en esta cuestión, que debe estar siempre presente.
- iii. El ejercicio de la competencia autonómica en materia de intervención regulatoria y administrativa sobre el juego es discrecional, no reglado, lo que significa en definitiva que es la Comunidad Autónoma correspondiente la que tiene que decidir, por sí misma y disfrutando de un amplio margen subjetivo de apreciación, cuál es el grado de intervención que se considera necesario aplicar al juego que se desarrolle en el territorio de la propia Comunidad Autónoma, y qué medidas concretas de control y limitación de la actividad de juego son conformes con dicho grado de intervención. Esto no significa que la regulación autonómica sobre el juego quede exenta de control, pero sí quiere decir que el criterio determinante a la hora de establecer la regulación corresponde a la Comunidad Autónoma competente, que este criterio es discrecional, subjetivo y no reglado, y que no puede sustituirse por el criterio de otro órgano, como pueden ser la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO y la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.
- iv. En este sentido, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no puede erigirse a nuestro juicio como un límite absoluto para el ejercicio de la competencia autonómica en materia de regulación del juego, de modo que cualquier medida regulatoria en este ámbito deba ser analizada desde la óptica de la referida Ley. Antes al contrario, entendemos que esta Ley sólo puede ser aplicada en casos en los que exista una efectiva quiebra de la unidad de mercado en todo el territorio nacional, esto es, una infracción relevante de las libertades de circulación y de establecimiento; la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no puede ser entendida como un mecanismo de control ordinario de las normas y actos de las Administraciones públicas competentes para la

disciplina de las actividades económicas, sino que es, a nuestro juicio, un mecanismo excepcional, que sólo se justifica en casos en los que el principio de unidad de mercado esté comprometido de manera cierta⁷. Corresponderá a la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL y a la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO delimitar el ámbito de aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, cuando se vayan resolviendo los recursos interpuestos por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA al amparo de esta Ley, pero nuestra opinión es que no cabe atribuir a la Ley la condición de herramienta de control de cualquier medida regulatoria por motivos de legalidad ordinaria, ni muchos menos de oportunidad y conveniencia.

v. En línea con lo anterior, entendemos que el análisis que la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO hace en sus informes sobre las medidas regulatorias autonómicas en materia de juego se puede calificar, en términos generales, como excesivo o desproporcionado, alejado en cierto modo de la finalidad de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, por varios motivos:

- Primero, porque no tiene en cuenta que el juego es una actividad singular que está excluida del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009. Se da la paradoja que en varios informes de la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO se remiten a esta Ley cuando la misma no es aplicable al juego⁸.

- Segundo, porque tampoco tiene en cuenta que la actividad de juego, precisamente por su singularidad, es susceptible de estar sometida a limitaciones que, en términos generales, se han considerado compatibles con la libertad de empresa y con las libertades comunitarias de establecimiento y de circulación, tanto por los Tribunales nacionales como por los Tribunales comunitarios. Nos llama la atención que la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO no se refiera en absoluto a estos precedentes, aproximándose siempre a la regulación

⁷ No deja de ser significativo, en este sentido, que las dos únicas sentencias de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL que existen por el momento en relación con la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (sentencias de 31 de marzo de 2016) sean desestimatorias.

⁸ En materia de fianzas, por ejemplo, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado viene a decir que la constitución de fianzas debe interpretarse en relación con el artículo 21 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en conexión con los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, pese a que la Ley 17/2009 no es aplicable en materia de juego.

del juego como si de una actividad económica ordinaria o inocua se tratase, cuando está claro que no es el caso.

- Tercero, porque tampoco tiene en cuenta que la competencia para establecer limitaciones sobre la actividad de juego corresponde a las Comunidades Autónomas, en línea con su planificación en esta materia, todo ello en ejercicio de competencias exclusivas y discrecionales; a nuestro juicio la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO no puede sustituir a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de regulación y disciplina del juego, en particular en lo que al establecimiento de restricciones y limitaciones discrecionales se refiere, y esta sustitución es lo que trasciende en definitiva a muchos de sus informes. A través de la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no se puede “suplantar” el ejercicio de las competencias autonómicas.

- Cuarto, en relación con lo anterior, porque tampoco tiene en cuenta que las restricciones y limitaciones en materia de juego derivan de la aplicación de las leyes autonómicas en la materia, leyes que, como hemos dicho antes, igualan en rango a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y no están sujetas a ella.

- Quinto, porque en ocasiones los informes de la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO exceden del ámbito aplicativo de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, al analizar medidas que no tienen tanto que ver con las libertades de establecimiento y de circulación, sino con el mero ejercicio de la actividad de juego, que a nuestro juicio es una materia que queda excluida de la aplicación de dicha Ley.

34. Podemos resumir lo dicho del modo siguiente: aunque la actividad de juego está sujeta a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, y por ende las medidas regulatorias sin rango de ley dictadas por las Comunidades Autónomas en materia de juego se someten a esta Ley, y son susceptibles de control de acuerdo con lo dispuesto en ella, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado debe aplicarse teniendo en cuenta la singularidad del juego como actividad económica, las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de regulación del juego, y la singularidad de la propia Ley de Garantía de la Unidad de Mercado como instrumento de intervención sobre el ejercicio de estas competencias. En particular, no puede aplicarse la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado de modo que se haga abstracción de la singularidad del juego como actividad económica, dándole el mismo tratamiento que a cualquier otra actividad; ni tampoco de manera que se vacíen las competencias autonómicas, y se sustituya la facultad discrecional de las Comunidades Autónomas en materia de

planificación, disciplina, intervención y control del juego, facultad que corresponde en exclusiva a dichas comunidades.

35. Lo anterior se concreta, en definitiva, en que no toda medida restrictiva o limitativa del ejercicio de la actividad de juego por parte de los operadores económicos se puede considerar contraria a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, en términos generales y apriorísticos, como parece desprenderse de los informes de la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO sobre esta materia. Al contrario, la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en este ámbito debe ser proporcional y respetuosa con las competencias de las Comunidades Autónomas, y limitarse a aquellos casos en los que existan restricciones reales, objetivas y no justificadas de las libertades de establecimiento y de circulación que derivan del principio de unidad de mercado consagrado en el artículo 139 de la Constitución española.

C) Análisis de determinadas medidas regulatorias concretas en materia de juego: distancias mínimas entre establecimientos de juego en la Comunidad Valenciana

36. Partiendo de las consideraciones generales que se efectúan en el apartado anterior analizamos una medida regulatoria concreta en materia de juego, sobre la que se nos ha pedido opinión en particular: las distancias mínimas entre establecimientos de juego en la Comunidad Valenciana.

El Decreto 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana, establece una distancia mínima entre salones de juego. El artículo 4.1 de este Decreto dispone:

“Se prohíbe la instalación de nuevos salones de juego, así como el cambio de clasificación de salón recreativo a salón de juego, cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros, medidos desde cada una de las puertas de acceso del que se pretende instalar o cambiar la clasificación”.

37. El artículo 9 en sus apartados 2 letra b) y 3 condiciona la autorización de salones de juego al cumplimiento de esta distancia mínima.

38. Esta medida ha sido cuestionada por su contradicción con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado: la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO (informe de 17 de junio de 2015, referencia 26/1513) y la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA consideran que

esta medida es contraria a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, en particular a su artículo 5, por no ser necesaria ni estar adecuadamente justificada. La COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA ha interpuesto contra los artículos 4 y 9 del Decreto 55/2015 un recurso contencioso administrativo especial en garantía de la unidad de mercado, que se está tramitando con el número de autos 549/2015 ante la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL.

39. Hay que partir de la base de que esta medida se adopta en ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Valenciana sobre el juego que se desarrolla en su ámbito territorial (reconocida en el artículo 49.1.31^a de su Estatuto de Autonomía: *“la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: casinos, juego y apuestas, con exclusión de las apuestas mutuas deportivo benéficas”*), y como concreción de la facultad de planificación del juego en dicho ámbito que corresponde a la Administración pública autonómica: el artículo 4 de la Ley 4/1988, de 3 de junio, reguladora del Juego en la Comunidad Valenciana, dispone a este respecto que *“corresponde al Consell: aprobar la planificación general del sector”*.

40. De modo que los artículos 4 y 9 del Decreto 55/2015 reflejan, en lo que tiene que ver con el establecimiento de distancias mínimas, una medida que se dicta por la Comunidad Valenciana en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de juego, y de acuerdo con los objetivos propios de la planificación de la actividad de juego en su territorio. Hay que tener en cuenta que la Ley reguladora del Juego en la Comunidad Valenciana habilita expresamente al Consell no sólo para llevar a cabo la planificación del juego en general, sino para imponer en vía reglamentaria determinadas condiciones y límites al ejercicio de la actividad de juego. El artículo 5.1 de la Ley dispone que *“los juegos y apuestas permitidos sólo podrán practicarse con los requisitos, condiciones y en los establecimientos, lugares y espacios señalados en esta ley y sus disposiciones reglamentarias”*, y el artículo 11.7 añade que *“se podrá autorizar la instalación de nuevos salones de juego, así como el cambio de clasificación de salón recreativo a salón de juego, con las distancias, requisitos y condiciones que reglamentariamente se determinen”*.

41. Como hemos dicho, tanto la SECRETARIA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO como la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA han considerado que esta medida es contraria a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, por restringir la libertad de establecimiento de empresas operadoras de salones de juego en la Comunidad Valenciana. En este sentido, el artículo 5 de la citada Ley dispone:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo

17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

42. En definitiva, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado permite las medidas limitativas de la libertad de establecimiento, sobre todo en actividades económicas singularmente necesitadas de un alto grado de intervención y control administrativo como es el juego, siempre que se justifiquen (en cuanto a su necesidad) en razones imperiosas de interés general, y resulten proporcionadas. Este criterio es el mismo, en definitiva, que mantiene la jurisprudencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA a la que ya nos hemos referido antes. Es preciso por lo tanto comprobar si las medidas limitativas cumplen o no estos requisitos. En opinión de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, los requisitos no se cumplen en este caso.

43. Pues bien, no nos cabe duda de que las medidas limitativas en materia de juego, y en particular la distancia mínima entre locales de juego a la que nos referimos aquí, pueden perfectamente obedecer a la salvaguarda de razones imperiosas de interés general. En este sentido:

i. El artículo 3.11 de la Ley 17/2009 define este concepto del siguiente modo:

“Razón imperiosa de interés general: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”.

ii. Es evidente, y así lo ha reconocido el propio TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, que las limitaciones y restricciones regulatorias en materia de juego pueden obedecer a motivos de protección de la salud pública y del orden público, así como de lucha contra el fraude, y que serán consideradas compatibles con las libertades comunitarias de establecimiento y de

circulación cuando obedezcan a estos motivos, y no a razones estrictamente económicas. Nos remitimos a lo expuesto.

- iii. Los artículos 4 y 9 del Decreto valenciano 55/2015 obedecen a razones de este tipo, relacionadas con la protección del orden público y no con razones estrictamente económicas. Citamos la parte expositiva del Decreto:

“Asimismo, y dentro de la potestad de planificación de la actividad del juego en el territorio de la Comunidad Valenciana, se determina una nueva referencia a la distancia mínima entre salones de juego, ampliando la actual para evitar la concentración de locales de juego y entender que por razones de orden público es aconsejable el establecimiento de la citada limitación”.

- iv. Ergo el establecimiento de la distancia mínima entre locales de juego en la Comunidad Valenciana está, desde este punto de vista, adecuadamente justificada, por lo que cumple con lo exigido en este punto por el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Puede entenderse por lo tanto como una medida necesaria bajo este punto de vista.

44. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, esto es, que no se pueda alcanzar el objetivo al que sirve por medio del establecimiento de medidas menos gravosas, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- i. La fijación de distancias mínimas entre establecimientos mercantiles, y no sólo entre salones de juego y otros locales destinados a la práctica del juego, es una medida común en nuestro ordenamiento jurídico, y se emplea en ocasiones para salvaguardar intereses mucho menos intensos que los que justifican el establecimiento de la medida en el caso de los salones de juego. Pensemos en las oficinas de farmacia y en los estancos, por ejemplo.
- ii. La Comunidad Valenciana es competente, en exclusiva y de acuerdo con la habilitación estatutaria y el mandato legal a los que nos hemos referido antes, para concretar las medidas dirigidas a cumplir los objetivos que se correspondan con la planificación del juego. Una de estas medidas, idónea objetivamente para cumplir los objetivos de control de la proliferación y concentración de los salones de juego, es el establecimiento de distancias mínimas entre ellos.
- iii. El hecho de que otras Comunidades Autónomas puedan no imponer distancias mínimas entre salones de juego, o imponer distancias inferiores, no puede utilizarse como un elemento de juicio acerca de la falta de proporcionalidad de la medida. La planificación del juego no es igual en todas las Comunidades Autónomas, ni existe armonización ni uniformización de las normas reguladoras del juego en las distintas Comunidades Autónomas. En este sentido, y por otro lado,

no podemos olvidar que hay Comunidades Autónomas con distancias mínimas superiores entre salones de juego (por ejemplo, el artículo 14 del Decreto Catalán 240/2004, en la redacción dada por el Decreto 163/2015, establece una distancia de 1.000 metros; no nos consta que este precepto se haya discutido por su contradicción con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, sin perjuicio de su posible impugnación en vía ordinaria). Lo que queremos decir es que la regulación vigente en otras Comunidades Autónomas no es, a nuestro juicio, un término comparativo válido para enjuiciar la proporcionalidad de esta medida.

- iv. También a este respecto, podemos remitirnos al informe de conclusiones sobre el programa de racionalización normativa y unidad de mercado en el sector del juego desarrollado por el grupo de trabajo regulatorio del CONSEJO DE POLÍTICAS DEL JUEGO, de 17 de diciembre de 2014, en el que (cfr. páginas 17 y 18) consta que ocho de doce Comunidades Autónomas (entre ellas la Comunidad Valenciana) votaron en contra de eliminar las distancias mínimas entre salones de juego, mientras que las otras cuatro se abstuvieron de votar.
 - v. La distancia mínima entre salones de juego se establece por la Comunidad Valenciana en ejercicio de una competencia discrecional, de modo que corresponde a ella, en exclusiva, apreciar qué distancia mínima es oportuna. Esta decisión no puede revisarse en cuanto al núcleo de la decisión discrecional, esto es, no se puede considerar que la distancia es excesiva por comparación con otras, ni desde luego se puede imponer a la Comunidad Valenciana qué distancia concreta es adecuada, ya que eso supondría una invasión de sus competencias.
45. Por lo expuesto, a nuestro juicio los artículos 4 y 9 del Decreto valenciano 55/2015 son conformes a Derecho en cuanto al establecimiento de distancias mínimas entre salones de juego, en particular en lo que se refiere a lo exigido por el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Será obviamente la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL la que dirima esta controversia, sin perjuicio del posible recurso de casación contra la sentencia que pueda dictar.

D) Análisis de la sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA de 29 de diciembre de 2015

46. Se nos ha pedido también opinión sobre el alcance y las consecuencias de esta sentencia, dictada en el recurso contencioso administrativo número 831/2015⁹. La sentencia anula parcialmente el artículo 27.2 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de Cataluña, en la redacción dada por el Decreto 78/2012, de 10 de julio, así como la disposición transitoria primera de este último Decreto.
47. El artículo 27.2 establecía lo siguiente: *“la instalación de máquinas de tipo A y B en los establecimientos a que hacen referencia los apartados d) y e) del artículo 24.1 de este Reglamento se realizará por una empresa operadora por cada tipo de máquina y se autorizará en cualquier caso como una actividad complementaria de la actividad principal de estos locales”*. La disposición transitoria primera establecía que *“a los efectos de lo que dispone el artículo 27.2, no se renovarían las autorizaciones de emplazamiento que caduquen salvo que cumplan los requisitos exigidos por el citado artículo”*.
48. Pues bien, la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA considera, en la sentencia que comentamos, que el citado artículo 27.2 es nulo en lo que tiene que ver con el requisito de que la instalación de máquinas se lleve a cabo *“por una empresa operadora por cada tipo de máquina”*. La Sala considera, con apoyo en el dictamen emitido por la COMISIÓN JURÍDICA ASESORA¹⁰, que este requisito es una limitación a la capacidad de contratación que

⁹ Hay una sentencia de la misma fecha, dictada en el recurso contencioso administrativo 832/2015, que tiene el mismo contenido. Las referencias a la primera sentencia son extrapolables por completo a la segunda.

¹⁰ Que dijo a este respecto lo siguiente (en catalán en el original):

“El règim d'exclusivitat que s'estableix, és a dir la prohibició de simultaniejar més d'una empresa operadora en un mateix establiment, perquè afecta la llibertat de contractació del titular de l'establiment, en el context de la llibertat d'empresa de l'article 38 de la Constitució, ha de tenir fonament legal i ha d'estar basat en la protecció de béns jurídics superiors o en raons tècniques que facin necessari adoptar la mesura.

La Llei del joc, en l'article 4.1, en atribuir al Consell Executiu la planificació del joc, obre el camí a la intervenció pública en l'ordenació del joc, si bé aquesta intervenció s'ha de fonamentar en algun dels criteris i principis als quals fa referència la llei: l'atenció a la realitat i la incidència social del joc, les seves repercussions econòmiques i tributàries i la necessitat de reduir, diversificar i no fomentar-ne l'hàbit, i d'impedir, dins de la seva gestió, activitats monopolístiques. Cal comprovar, per tant, si l'exclusivitat que es projecta està prevista directament en una llei o bé si respon a la defensa d'interessos generals connectats amb el joc.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora considera que l'exclusivitat que ara es projecta ni té habilitació legal expressa ni es pot connectar als principis legals que ordenen la intervenció planificadora del Govern en el joc. La justificació de la mesura que es dona a l'expedient es limita a deixar constància que “la convivència d'operadors en un mateix

debería estar recogido en una norma con rango de ley, y, además, que su imposición no tiene que ver con los motivos que justifican la intervención administrativa en materia de juego, de modo que su motivación no se considera admisible. Dice la sentencia:

“Este Tribunal comparte y hace suyos los argumentos que tuvo en cuenta la Comisión Jurídica Asesora, que no se han visto alterados por el hecho de que, finalmente, la exclusividad se predique por separado de cada tipo de máquina recreativa, y no de todas ellas en conjunto. Por una parte, al tratarse de una limitación impuesta a la libre contratación por parte de los titulares de los establecimientos referidos, resulta necesaria la correspondiente habilitación legal, que aquí no existe. En segundo lugar, la limitación no responde a ninguno de los principios que justifican la intervención administrativa en este sector, que recoge el artículo 4 de la Ley. Las vagas referencias a la existencia de conflictos no aparecen concretadas de forma suficiente y, además, se trata de una medida que restringe la libre competencia, sin justificación bastante, en contra de lo que se establece en la Ley del Juego”.

49. A la vista de lo anterior hemos de efectuar los siguientes comentarios:

- i. La sentencia aplica la Constitución (en cuanto reconoce la libertad de empresa en su artículo 38) y la propia Ley del Juego de Cataluña para analizar la conformidad a Derecho de la medida limitativa. No se tiene en cuenta lo establecido en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, y por ende no se toma esta Ley como parámetro regulador de la normativa autonómica en materia de juego. El caso es ajeno a dicha Ley, en definitiva.
- ii. La sentencia anula la medida limitativa, en última instancia, por una cuestión formal, como es carecer de rango suficiente, al imponerse *ex novo* en una norma reglamentaria y no contar con habilitación legal. Si bien es cierto que también la Sala entiende que la motivación de la medida

establiment ha estat sovint poc pacífica" o a refugiar-se en el fet que és una mesura temporal que "dura 5 anys"; raons de poc pes davant de les quals qui s'oposen a la mesura al·leguen que mostren que l'exclusivitat, no tan sols no és adequada, necessària i proporcionada, sinó que tampoc no respon a un interès general. Per la qual cosa cal concloure que la mesura no respon a un interès superior o general, sinó que amb ella es pretén únicament protegir interessos particulars, que són en termes generals els de les empreses operadores. En conseqüència, cal admetre que l'exclusivitat a favor d'una única empresa operadora per local no té suport legal i s'ha de suprimir.

Aquesta observació es formula amb caràcter essencial i la seva acceptació deixaria sense fonament i funcionalitat la disposició transitòria primera del Projecte sobre el qual es dictamina, que estableix el règim transitori per l'exclusivitat d'empresa operadora per local”.

no es jurídicamente admisible, o, dicho en otro modo, que no se basa en ninguno de los principios justificativos de la intervención administrativa en el sector del juego. En todo caso, si la medida limitativa se hubiese adoptado en una norma con rango de ley la Sala no podría haberse pronunciado sobre ella.

- iii. La sentencia establece el criterio de que las medidas limitativas en materia de juego, como la enjuiciada, deben estar amparadas en normas con rango de ley cuando afecten a la libertad de empresa, y justificarse en alguno de los motivos establecidos en la legislación reguladora del juego, que son subsumibles en las conocidas razones imperiosas de interés general que justifican las limitaciones y restricciones regulatorias sobre esta actividad, como hemos expuesto anteriormente. Sobre la base de estos criterios, que compartimos, la sentencia declara conforme a Derecho la otra medida limitativa que era objeto de impugnación (la redacción del artículo 22 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de Cataluña, en la redacción dada por el Decreto 78/2012).

E) Regulación de los terminales *online* ubicados en establecimientos presenciales de juego

50. La última cuestión sobre la que hemos de pronunciarnos es la relativa a la regulación de los terminales *online* que se puedan ubicar en establecimientos presenciales de juego, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.3 de la Ley estatal en materia de juego, que es un precepto formalmente calificado, al igual que toda la Ley, como legislación estatal exclusiva (cfr. disposición final primera de la Ley 13/2011).

51. En este supuesto se da una clara convergencia entre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de juego, ya que el juego que se desarrolla a través del terminal *online* es de competencia del Estado, pero la regulación del establecimiento es de competencia autonómica, y desde luego el establecimiento de terminales de este tipo en locales de juego presencial afecta a la planificación autonómica en materia de juego. Se trata, en este sentido, con una modalidad de juego que es presencial en cuanto al modo de jugar (en un terminal ubicado en un establecimiento público, como sucede con los juegos de competencia autonómica) pero *online* en cuanto al juego que se practica. Se hace necesario conciliar en este supuesto, por lo tanto, las competencias autonómicas y estatales en materia de juego.

52. Se trata de un supuesto previsto en la Ley de Regulación del Juego. Como hemos visto antes:

- i. La Exposición de Motivos de la Ley afirma a este respecto que *“la concesión de cualquier título habilitante exigirá, para la instalación o apertura de locales presenciales abiertos al público o de equipos que permitan la participación de los juegos, autorización administrativa de la Comunidad Autónoma, que se otorgará de acuerdo con las políticas propias de dimensionamiento de juego de cada una de ella”*.
- ii. El artículo 9.3 (tercer párrafo) concreta lo anterior al disponer que *“la instalación o apertura de locales presenciales abiertos al público o de equipos que permitan la participación en los juegos exigirá, en todo caso, autorización administrativa de la Comunidad Autónoma cuya legislación así lo requiera. Estas autorizaciones se regirán por la legislación autonómica de juego correspondiente”*.
- iii. Las normas de desarrollo de la Ley de Regulación del Juego también se refieren a este requisito, como no podía ser de otro modo.

53. Nos encontramos, por lo tanto, con que la propia Ley de Regulación del Juego establece el principio general de que la instalación de terminales *online* (esto es, equipos que permitan la participación en juegos de competencia estatal) en establecimientos de juego está sujeta a la previa autorización de las Comunidades Autónomas, y que esta autorización se otorgará de acuerdo con la planificación y la regulación autonómica de la actividad de juego que corresponda aplicar. Es decir: la Ley estatal del juego reconoce, como no podía ser de otro modo, que la autorización de estos terminales no es un acto debido para las Comunidades Autónomas, sino que tiene que otorgarse de acuerdo con la planificación y la regulación autonómica en materia de juego. Esta medida es acorde con la distribución de competencias en materia de juego, a la que nos hemos referido antes.

54. Existe un reciente informe de la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO (informe de 19 de abril de 2016, 28/1601) que interpreta estas normas en relación con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, en un supuesto en el que una Comunidad Autónoma (Aragón) deniega una solicitud de instalación de dos tipos de terminales *online* (uno de registro y para la realización de transacciones económicas, y otro para el acceso a juegos) en establecimientos de juego. Dice el referido informe, en síntesis, lo siguiente:

- i. En cuanto al terminal de registro y realización de transacciones (*cash log*) se afirma que, en la medida en que la funcionalidad del mismo no es el acceso al juego, la prohibición de instalación no se puede amparar en las mismas razones imperiosas de interés general que justifican las medidas limitativas del juego, sino que debería acomodarse en otras; y, en todo caso, que no se considera justificada la autorización previa por la razón de impedir el uso fraudulento del terminal

para acceder a juegos, pudiendo conseguirse este objetivo por medio de otros mecanismos de control *ex post*. Se apunta, además, que en otras Comunidades Autónomas no hay mecanismos de intervención similares en relación con terminales de esta índole. Por ello se considera que la intervención consistente en la autorización autonómica previa “*encontraría dudoso encaje*” en los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

- ii. En cuanto al terminal de acceso al juego *online*, se considera que la falta de desarrollo normativo del régimen autorizador no exime a la denegación de la autorización de cumplir con las exigencias propias de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, y que la prevención del fraude puede garantizarse a través de medios de intervención y control menos restrictivos que la denegación de la autorización.

55. Nuestra opinión a este respecto es la siguiente:

- i. En primer término, estamos de acuerdo en que el hecho de que la legislación autonómica no prevea la autorización para la instalación de terminales *online* no puede hacerse valer, sin más, como causa justificativa de la denegación de la autorización.
- ii. En línea con lo anterior, es altamente recomendable que las Comunidades Autónomas contemplen en su legislación en materia de juego el sometimiento de la instalación de terminales *online* en establecimientos de juego a previa autorización autonómica. Esta previsión debería hacerse en una norma con rango de ley, para dotarla del máximo rango y evitar que fuese cuestionada por motivos de legalidad ordinaria.
- iii. Las Comunidades Autónomas pueden, en virtud de su competencia exclusiva en esta materia que está reconocida explícitamente por la Ley de Regulación del Juego, someter la instalación de terminales *online* a autorización previa, lo que se desprende del principio general de nuestro ordenamiento jurídico de sujeción de la actividad de juego a previa autorización, y en todo caso de la literalidad del artículo 9.3 de la Ley de Regulación del Juego, siempre que establezcan los requisitos, limitaciones y restricciones que consideren oportunos para el otorgamiento de estas autorizaciones, de acuerdo con su propia planificación en materia de juego, con sus políticas de dimensionamiento en materia de juego y al amparo de las razones imperiosas de interés general que justifican la intervención y la regulación del juego por parte de los poderes públicos. Para que la instalación de terminales *online* pueda entenderse sujeta a autorización es preciso que así se prevea expresamente, y que se determinen las condiciones para el otorgamiento de la autorización.

- iv. El sometimiento de la instalación de terminales *online* en establecimientos de juego a la previa autorización de las Comunidades Autónomas estará sujeto, siempre que se imponga por medio de normas con rango inferior a la ley, a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En cuanto al alcance material de esta sujeción, sin perjuicio de remitirnos a lo ya expuesto en este Informe podemos puntualizar lo siguiente:
- La exigencia de autorización previa, y las restricciones y condiciones para el otorgamiento de esta autorización, forma parte de las competencias autonómicas exclusivas en materia de juego; la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no menoscaba ni merma estas competencias.
 - La competencia para determinar las restricciones y condiciones para el otorgamiento de esta autorización es de índole discrecional.
 - Las restricciones y condiciones para el otorgamiento de esta autorización deberán ser consideradas conformes a Derecho (incluida la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado) siempre que se justifiquen en razones imperiosas de interés general y resulten necesarias y proporcionadas.
56. Sobre la base anterior, hemos de profundizar en la cuestión relativa a las medidas de restricción y limitación de las terminales *online* que, a nuestro juicio, son admisibles desde el punto de vista jurídico, considerando tanto el artículo 9.3 de la Ley 13/2011 como la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de juego, y la facultad regulatoria reconocida a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia. En este sentido:
- i. Es obvio que la instalación de terminales *online* en establecimientos públicos en los que se pueda practicar el juego afecta a la competencia autonómica en materia de planificación y dimensionamiento de la oferta de juego en su ámbito territorial, por lo que puede (debe) ser objeto de regulación autonómica. En este sentido se debe entender la referencia del artículo 9.3 de la Ley 13/2011 a la autorización de las Comunidades Autónomas.
 - ii. En ejercicio de sus competencias sobre el juego, de acuerdo con su propia planificación y dimensionamiento de esta actividad en su respectivo ámbito territorial, las Comunidades Autónomas pueden (deben, con objeto de que esta modalidad de juego cumpla los mismos límites y condiciones que las demás modalidades de juego de competencia autonómica) imponer restricciones concretas a la instalación de terminales *online*, en línea con dicha planificación. No tiene sentido alguno que el juego que se practica en terminales *online* instaladas en

establecimientos públicos quede al margen de la ordenación autonómica en materia de juego, de modo que en el mismo establecimiento se pueda jugar *online* en unas condiciones distintas de las previstas para el juego presencial que se practica en dicho establecimiento.

iii. Estas restricciones pueden (deben, con objeto de impedir una discriminación injustificada entre modalidades de juego, y de evitar que la planificación autonómica en materia de juego se vea defraudada) ser análogas a las que afecten al juego presencial. En este sentido, consideramos que es conforme a Derecho que las Comunidades Autónomas prevean, en ejercicio de sus competencias, restricciones de esta índole en cuanto a la instalación de las terminales *online* en establecimientos públicos de juego:

- Limitación de la tipología de locales en los que se puedan instalar. La Comunidad Autónoma puede excluir la instalación de terminales *online* en determinados establecimientos, como por ejemplo los de hostelería, o, dicho de otro modo, limitar la instalación de terminales *online* a determinados establecimientos de juego.

- Limitación de la tipología de juegos que se pueden practicar. La Comunidad Autónoma puede establecer a qué juegos puede jugarse en los terminales *online*. Por ejemplo, se puede prohibir la práctica de juegos en estos terminales que no formen parte del catálogo de juegos y apuestas de la Comunidad Autónoma, esto es, que no estén autorizados en la Comunidad Autónoma, y se puede imponer que en estos terminales sólo se pueda jugar a los mismos juegos a los que se puede jugar presencialmente en función del establecimiento en el que los terminales sean instalados.

- Limitación del número máximo de terminales que se pueden instalar, en función de la tipología y de las características del establecimiento.

- Limitación de los premios que se pueden conceder. La Comunidad Autónoma puede establecer que el premio de los terminales *online* no supere el premio que se puede obtener jugando presencialmente a la misma modalidad de juego en el mismo establecimiento.

57. A nuestro juicio, todas estas restricciones (que se señalan sin carácter exhaustivo) son posibles porque resultan del ejercicio de las competencias autonómicas en materia de juego y pueden servir perfectamente a la satisfacción de necesidades imperiosas de interés general relacionadas con la planificación del juego en el territorio de la Comunidad Autónoma. No tiene sentido alguno que el juego presencial sea objeto de restricciones y limitaciones como las que hemos comentado, y que el juego *online* que se practica en los mismos establecimientos (locales de juego, o locales en los que se

puede jugar) y por los mismos medios y de la misma manera (terminales ubicados en estos locales) quede exento de restricciones. En este caso nos encontraríamos con que las competencias autonómicas en materia de juego quedarían completamente socavadas y vacías de contenido en cuanto al juego practicado en los terminales *online*, lo que no tiene sentido y supondría el incumplimiento de la planificación autonómica en esta materia, y además se daría lugar a una desigualdad de trato no justificada entre el juego presencial de competencia autonómica y el juego practicado a través de las terminales *online*.

58. Existen algunas Comunidades Autónomas que ya han incorporado a sus normas reguladoras en materia de juego una referencia a la instalación de terminales *online*, en línea con lo previsto en el artículo 9.3 de la Ley 13/2011. En este sentido:

- i. La Ley 9/2015 añade el apartado 4 al artículo 7 de la Ley 6/2001, del Juego de la Comunidad de Madrid, con el siguiente tenor literal:

“La instalación de medios presenciales para la práctica de juegos a distancia desarrollados a través de canales electrónicos, telemáticos, informáticos e interactivos, solo podrá llevarse a cabo, previa autorización por la Consejería competente en materia de Juego, en los establecimientos regulados en la presente Ley y para los tipos de Juego permitidos en cada uno de ellos, de conformidad con los requisitos que se determinen reglamentariamente”.

Esta norma, a nuestro juicio, condiciona la instalación de terminales *online* en un doble sentido:

- Sólo se podrán instalar en los establecimientos a que se refiere la Ley, esto es, en establecimientos de juego (casinos, establecimientos de juego colectivos de dinero y azar, salones recreativos, salones de juego y locales de apuestas, que son los “*establecimientos regulados*” en la Ley) y no en establecimientos de hostelería.
- En los terminales que se instalen sólo se podrán desarrollar las modalidades de juego permitidas en el establecimiento en el que se ubique el terminal.

Adicionalmente, se efectúa una amplia remisión a los requisitos que se puedan establecer en vía reglamentaria.

- ii. La Ley 3/2016 modifica el apartado 4 del artículo 17 de la Ley 2/2013, del Juego de Castilla La Mancha, en estos términos:

“Necesitarán autorización administrativa previa de esta Comunidad Autónoma en los términos que se establezcan reglamentariamente, la instalación y apertura de locales presenciales

abiertos al público para la explotación de juegos y apuestas de la competencia estatal, con exclusión de los supuestos previstos en el apartado cinco de la disposición adicional primera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, así como la instalación en cualquier local de terminales, aparatos o equipos que expresamente por medio de conexión a internet permitan el acceso a juegos o apuestas”.

Lo que se hace es, simplemente, someter la instalación de terminales *online* a autorización administrativa, sin introducir restricciones ni condiciones en sede legal (la Ley habla de “*cualquier local*”) y sobre la base de una mera remisión general al desarrollo reglamentario.

59. Se trata, como salta a la vista, de dos modelos distintos en cuanto a la intervención de la Ley sobre la cuestión de la instalación de las terminales *online* en establecimientos públicos. La Comunidad de Madrid impone en la Ley restricciones concretas para la instalación de las terminales *online*, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, mientras que Castilla La Mancha simplemente contempla el principio general de sujeción a autorización administrativa de la instalación, dejando toda la regulación (incluidas las presumibles limitaciones y condiciones para la instalación de las terminales *online*) en manos del desarrollo reglamentario. Nos parece que es más sólido el modelo de la Comunidad de Madrid, por estos motivos:

- i. Porque, desde el punto de vista sustantivo, resulta más clara y más segura jurídicamente la fijación de límites concretos para la instalación de las terminales *online* en la norma con rango de ley, de manera que la ulterior norma reglamentaria de desarrollo quede acotada desde este punto de vista.
- ii. Porque, desde el punto de vista formal, las restricciones impuestas en la ley sólo pueden ser objeto de reproche desde el punto de vista de su inconstitucionalidad, mientras que las limitaciones que se impongan en normas reglamentarias pueden ser recurridas ante los Tribunales ordinarios y cuestionadas desde el punto de vista de su ilegalidad, por contradicción con cualesquiera leyes aplicables (por ejemplo, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado).

60. Tan sólo nos resta referirnos a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en materia de regulación del juego, prohíban con carácter general y absoluto la instalación de terminales *online* en los establecimientos de juego ubicados en su territorio; en nuestra opinión:

- i. Aunque la facultad regulatoria autonómica en materia de planificación y ordenación del juego puede conducir a la adopción de medidas limitativas severas, como la prohibición y la

monopolización del juego en su territorio, creemos que el artículo 9.3 de la Ley 13/2011 impide la prohibición absoluta de la instalación de terminales *online* al contemplar de modo expreso este supuesto como manifestación del juego de competencia estatal. Podría discutirse la constitucionalidad de este precepto, pero mientras exista parece impedir esta prohibición absoluta.

- ii. Si, no obstante, una Comunidad Autónoma decide prohibir la instalación de terminales *online* en su territorio, deberá hacerlo por medio de una norma con rango de ley, lo que dará lugar a un conflicto constitucional entre esa norma y el artículo 9.3 de la Ley 13/2011.

CONCLUSIONES

Primera. Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva, en virtud de la Constitución española y de sus respectivos estatutos de autonomía, para planificar, regular e intervenir el juego que se desarrolla dentro de su ámbito territorial.

Esta competencia exclusiva no resulta reducida, limitada, condicionada ni menoscabada por la Ley Reguladora del Juego ni por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Segunda. En ejercicio de su competencia exclusiva en materia de juego, las Comunidades Autónomas pueden establecer restricciones y limitaciones para el acceso a la actividad de juego y para el ejercicio de esta actividad.

Las medidas regulatorias de esta índole han sido consideradas conformes a la libertad de empresa y a las libertades de establecimiento y de circulación por parte de los Tribunales nacionales y comunitarios (no obstante la anulación de algunas medidas en casos particulares, normalmente por motivos de forma), teniendo en cuenta la singularidad del juego como actividad económica, y su potencial incidencia sobre bienes jurídicamente protegidos, como la salud pública y el orden público, así como la lucha contra el fraude.

La competencia de las Comunidades Autónomas para el establecimiento de estas medidas regulatorias es discrecional, y no se ve afectada por la Ley Reguladora del Juego ni por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, sin perjuicio obviamente de que dichas medidas deban respetar lo establecido en esta última Ley.

Tercera. La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado es aplicable al juego, pese a que el juego esté excluido -por su singularidad- de la aplicación de la Ley 17/2009 y de la Directiva de Servicios.

Por lo tanto, las medidas regulatorias en materia de juego que aprueben las Comunidades Autónomas y que no estén incluidas en normas con rango de ley (en este caso quedan exentas de control de legalidad ordinaria, esto es, sólo pueden ser objeto de enjuiciamiento desde el punto de vista de su conformidad a la Constitución española y al Derecho comunitario) deben ser conformes con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

A la hora de aplicar la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado respecto de las medidas regulatorias autonómicas en materia de juego deben tenerse en cuenta los siguientes elementos de juicio:

- i. Las medidas limitativas en materia de juego son conformes a Derecho en términos generales, y también conformes a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, siempre que se justifiquen en razones imperiosas de interés general (como pueden ser la protección de la salud pública y del orden público, así como la prevención del fraude; no son suficientes a estos efectos las razones meramente económicas, como las relacionadas con la política fiscal o con la protección de inversiones) y resulten necesarias y proporcionadas.
- ii. Son las Comunidades Autónomas las que tienen que determinar, en ejercicio de sus competencias exclusivas y discrecionales, qué medidas limitativas son precisas para cumplir la planificación autonómica en materia de juego, así como justificar dichas medidas en razones imperiosas de interés general y considerarlas necesarias y proporcionadas. Esta facultad se puede revisar en aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, siempre que se manifieste en medidas de rango inferior a la ley (disposiciones administrativas generales, actos administrativos), pero no se puede sustituir ni mucho menos eliminar al amparo de dicha Ley.
- iii. Las medidas limitativas en materia de juego deben ser analizadas teniendo en cuenta la singularidad del juego como actividad económica. No cabe aplicar a estas medidas limitativas los parámetros o estándares comunes de control de las restricciones sobre actividades económicas ordinarias o inocuas, porque en materia de juego el grado de intervención administrativa que se considera jurídicamente admisible es mucho más alto.
- iv. De modo que no toda medida limitativa en materia de juego puede ser considerada contraria a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, sino que, antes al contrario, tan sólo merecerán esta consideración aquellas medidas que den lugar a restricciones reales, objetivas y no justificadas

de las libertades de establecimiento y de circulación que derivan del principio de unidad de mercado consagrado en el artículo 139 de la Constitución española.

Cuarta. Entendemos que la interpretación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que la SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO viene efectuando en sus informes sobre las medidas limitativas de las Comunidades Autónomas en materia de juego resulta, en términos generales, excesiva y desproporcionada, ya que no se adapta a los parámetros de control a los que nos hemos referido en el párrafo anterior.

Quinta. En cuanto a la concreta incidencia de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la regulación actual y futura que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en materia de juego, es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Regulación actual:

- i. Las normas en materia de juego con rango de ley no resultan afectadas por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, lo que significa que no pueden ser consideradas contrarias a dicha Ley, sino tan sólo a la Constitución española y al Derecho comunitario, y, en todo caso, no pueden impugnarse por los mecanismos que prevé dicha Ley, que están limitados a las disposiciones administrativas generales (reglamentos) y a los actos administrativos.
- ii. Las normas en materia de juego con rango inferior a la ley no resultan afectadas en términos absolutos por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, lo que significa que no tienen que ser revisadas y mucho menos se pueden considerar nulas o inaplicables por el hecho de que se haya aprobado la citada Ley y las normas de rango infralegal contengan restricciones y limitaciones en materia de juego. Estas normas son a todos los efectos disposiciones vigentes, válidas y eficaces, que sólo dejarán de aplicarse en caso de que sean derogadas o anuladas.
- iii. Las normas en materia de juego con rango inferior a la Ley resultan afectadas por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en el sentido de que pueden ser objeto de impugnación por oponerse a lo establecido en dicha Ley. En cuanto a la posible consideración de las medidas limitativas y restrictivas del juego que se impongan en dichas normas como contrarias a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, nos remitimos a lo dicho en la conclusión tercera de este Informe.
- iv. La adaptación de las normas en materia de juego de una Comunidad Autónoma a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado no está prevista ni ordenada con carácter general, esto es, no es obligatoria.

- v. Esta adaptación tendría que llevarse a cabo, en su caso, por medio de la tramitación de los oportunos procedimientos de modificación y (o) derogación de las normas en materia de juego que se pretendan adaptar.

Regulación futura:

- i. Las normas en materia de juego con rango de ley que puedan dictarse en el futuro no quedarán sujetas a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, por los motivos expuestos. En este sentido, el legislador autonómico no queda vinculado por dicha Ley, sino tan sólo por la Constitución española y por el Derecho comunitario, y las normas autonómicas con rango de ley en materia de juego no pueden impugnarse por los mecanismos previstos en dicha Ley.
- ii. Las normas en materia de juego con rango inferior a la ley que puedan dictarse en el futuro tendrán que someterse a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (al igual que al resto de leyes vigentes) y deberán ser compatibles con ella. En cuanto a los criterios generales para determinar la compatibilidad de estas normas con la citada Ley, nos remitimos a lo dicho en la conclusión tercera de este Informe.

Sexta. La distancia mínima entre salones de juego establecida por los artículos 4 y 9 del Decreto 55/2015 de la Comunidad Valenciana nos parece conforme a Derecho, y en particular conforme a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, al tratarse de una medida limitativa justificada por imperiosas razones de interés general y ajustada a los principios de necesidad y de proporcionalidad.

Séptima. La sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA de 29 de diciembre de 2015 (recursos 831/2015 y 832/2015) anula parcialmente el artículo 27.2 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de Cataluña por una cuestión formal, como es la insuficiencia de rango de la medida limitativa impuesta en dicho precepto, de la que deriva la infracción del artículo 38 de la Constitución española y de la propia Ley del Juego de Cataluña. Si bien es cierto que la sentencia también alude a la insuficiente motivación de la medida.

Esta sentencia no aplica la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, ni contiene una doctrina general limitativa de las restricciones regulatorias en materia de juego que sea extrapolable a supuestos distintos del caso decidido por dicha sentencia.

Octava. Las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva para someter a autorización previa la instalación de terminales *online* en establecimientos de juego ubicados en su territorio, como reconoce el artículo 9.3 de la Ley Reguladora del Juego.

De acuerdo con dicho artículo 9.3, y para evitar una interpretación de esta norma que conduzca a la libre instalación de terminales *online* por no estar prevista la autorización autonómica correspondiente, a nuestro juicio es recomendable que las normas autonómicas exijan de manera expresa la previa autorización de terminales *online* en los establecimientos ubicados en su territorio, imponiendo dicha autorización previa en una norma con rango de ley.

Las Comunidades Autónomas, en virtud de sus competencias en materia de juego, pueden a nuestro juicio no sólo exigir la previa autorización para la instalación de terminales *online* en establecimientos ubicados en su territorio, sino que también pueden someter esta autorización a los requisitos que se consideren precisos para respetar la planificación y dimensionamiento del juego en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente, y para evitar una divergencia de trato injustificada entre el juego sujeto a su competencia y el juego que se practique en los mismos establecimientos a través de las terminales *online*.

En este sentido, entendemos que es posible que las Comunidades Autónomas adopten medidas limitativas y restrictivas en relación con la instalación de terminales *online* como las siguientes (esta enumeración no es exhaustiva):

- i. Limitación de la tipología de establecimientos en los que se pueden instalar las terminales *online*, excluyendo incluso la instalación de estas terminales en determinado tipo de establecimientos.
- ii. Limitación de los juegos que se pueden practicar en las terminales *online*, excluyendo la práctica de juegos no autorizados en la Comunidad Autónoma (esto es, no previstos en el correspondiente catálogo de juegos y apuestas), y permitiendo solamente que en las terminales *online* se practiquen los mismos juegos autorizados en el tipo de establecimiento en el que las terminales estén ubicadas.
- iii. Limitación del número de terminales *online* que se pueden instalar en cada establecimiento, en función de su tipología y de las características del local.
- iv. Limitación de los premios que pueden conceder las terminales *online*, de modo que no superen los premios que se pueden obtener practicando los mismos juegos en el mismo establecimiento por medios distintos de la terminal *online*.

Determinadas Comunidades Autónomas han recogido ya en su regulación la necesidad de autorizar la instalación de terminales *online* en establecimientos de juego ubicados en su territorio. Nos referimos, en particular, al artículo 7.4 de la Ley del Juego de la Comunidad de Madrid y al artículo 17.4 de la Ley del Juego de Castilla La Mancha.

De estos dos modelos de regulación legal de la instalación de terminales *online* nos parece más adecuado el de la Comunidad de Madrid, porque incorpora al texto de la Ley las concretas limitaciones para la instalación de estas terminales, sin perjuicio del desarrollo reglamentario.

La anterior es nuestra opinión, que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Madrid, 27 de julio de 2016



JOSÉ IGNACIO VEGA LABELLA
SOCIO DE RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS S.L.P.
ABOGADO DEL ESTADO (EN EXCEDENCIA)