



INFORME Nº 3/2014, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (EXPTE. (...))

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de mayo de 2014, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado escrito formulado por D. (...), en nombre y representación de la ASOCIACION (...), aportando información en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante LGUM), en el que se advierte de la existencia de una posible barrera normativa a la unidad de mercado en las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia, que continúan exigiendo a las máquinas recreativas un régimen de autorización similar al de las máquinas de juego con premio, pese a que se trata de un servicio de ocio. El régimen de autorización, según la entidad informante, *“incluye inscripción previa en registros, autorizaciones previas de instalación solo en determinados establecimientos de juego y hostelería, y pago de elevadas fianzas”*. La entidad informante adjunta a su escrito la respuesta dada por la Subdirección General de Regulación del Juego sobre la vigencia y aplicabilidad del Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, a las denominadas máquinas de tipo A, en la que se afirma que *“con la entrada en vigor de la Ley 13/2011, de regulación del juego, y por aplicación a partir de ese momento del contenido de la Ley 17/2009, se ha producido la derogación tácita del contenido del Real Decreto 2110/1998 en todo lo referente al régimen de autorización para la fabricación, importación, exportación, comercialización o distribución, instalación y explotación de máquinas recreativas de tipo A”*.

La Generalitat considera que con el Decreto autonómico 56/2010, de 4 de mayo, por el que se modifica el Decreto 23/2005, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, se ha agilizado el trámite para la fabricación, comercialización y distribución de máquinas recreativas, sustituyendo el régimen de autorización por el de comunicación previa o declaración responsable y suprimiendo el permiso de explotación para este tipo de máquinas. Sin embargo, entiende la Generalitat que es necesario mantener la autorización previa de emplazamiento, *“que es la que justifica la presencia de una máquina en un local concreto”*, porque *“en la vigente reglamentación de máquinas recreativas y de azar se incluyen las máquinas de tipo A en el cómputo del número máximo de máquinas que se pueden instalar en los locales de hostelería”*.

Por su parte, la Xunta de Galicia ha manifestado el compromiso de la Comunidad Autónoma de Galicia de *“proceder a la exclusión de las máquinas [recreativas] del ámbito de regulación del juego, lo que supondrá, la eliminación de todos los requisitos que mantienen la normativa autonómica vigente para la explotación de estas máquinas”*.

Con fecha 7 de mayo de 2014, el escrito informativo fue remitido, por correo electrónico, a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a fin de que pueda emitir informe.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El artículo 1.2 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por el Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, establece:

“2. Las actividades, empresas y establecimientos relacionados con la fabricación, importación, exportación, comercialización o distribución, instalación y explotación de máquinas recreativas y de azar requerirán la previa obtención de las autorizaciones previstas en este Reglamento.”

Asimismo, su artículo 4 dispone:

“1. Son máquinas de tipo «A» o recreativas todas aquéllas de mero pasatiempo o recreo que se limitan a conceder al usuario un tiempo de uso o de juego a cambio del precio de la partida, sin que puedan conceder ningún tipo de premio en metálico, en especie o en forma de puntos canjeables por objetos o dinero.

2. Se incluyen también en este grupo de máquinas de tipo «A» las que ofrezcan como único aliciente adicional y por causa de la habilidad del jugador la posibilidad de continuar jugando por el mismo importe inicial en forma de prolongación de la propia partida o de otras adicionales, que en ningún caso podrá ser canjeada por dinero o especie.”

Sin embargo, conviene tener presente que el artículo 1.2 del citado Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, fija para el Reglamento un ámbito de aplicación muy reducido:

“2. Lo dispuesto en el presente Reglamento será de aplicación a las Ciudades de Ceuta y Melilla, excepto los artículos 31 y 32 [importación y exportación] que, en virtud del artículo 149.1.10ª de la Constitución, serán de aplicación en todo el territorio nacional.”

Ello es consecuencia, según expresa su preámbulo, de que *“la normativa reguladora de un ámbito concreto del juego, como son las máquinas recreativas y de azar, sea, salvo en aspectos colaterales donde intervengan títulos estatales específicos como el comercio exterior, una competencia exclusiva de cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas”*.

Ahora bien, esta circunstancia tampoco ha impedido que diversas Comunidades Autónomas hayan optado por la aplicación supletoria de la norma estatal, junto a otras que como Cataluña, han aprobado una normativa específica: Decreto 23/2005, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.

2. La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, ha introducido una modificación en la definición del juego, que en su artículo 3 establece:

“A efectos de esta Ley, los términos que en ella se emplean tendrán el sentido que se establece en el presente artículo.

a) Juego. Se entiende por juego toda actividad en la que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma sobre resultados futuros e inciertos, dependientes en alguna medida del azar, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean



exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar. Los premios podrán ser en metálico o especie dependiendo de la modalidad de juego.”

Dicha modificación ha supuesto la exclusión de las máquinas recreativas de la regulación llevada a cabo por el mencionado Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, puesto que en ellas no se arriesgan cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, no se produce transferencia de cantidades entre los participantes, ni se otorgan premios en metálico o especie. Aunque el Real Decreto no ha sido reformado, se considera que su artículo 4 ha resultado tácitamente derogado por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de forma que también las máquinas recreativas han quedado al margen de las autorizaciones que tal Reglamento establece.

No obstante, el artículo 1.2 de esa Ley pone de manifiesto que su ámbito de aplicación se circunscribe a las *“actividades de juego cuando la actividad desarrollada tenga ámbito estatal”*, con la consiguiente exclusión de las que se realicen sin exceder del territorio de cada Comunidad Autónoma. Ello se debe a las competencias en materia de juego que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las respectivas Comunidades, entre las que se encuentra la regulación de las máquinas recreativas y de azar y el establecimiento del sistema de intervención administrativa sobre las mismas.

Por tanto, únicamente las Comunidades Autónomas que hayan asumido voluntariamente la aplicación supletoria del Derecho estatal habrán visto modificado en su territorio el régimen de autorizaciones administrativas aplicable a las máquinas recreativas.

3. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la disposición final octava de la Ley 7/2013, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014, ha modificado el artículo 4 de la Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de Andalucía, excluyendo a las máquinas de juego recreativas sin premio en dinero del régimen de autorización administrativa.

La Comunidad Autónoma de Galicia también ha reformado el régimen de autorización en esta materia. Así, el artículo 22.1 de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, modificó el artículo 6 de la Ley 14/1985, de 23 de octubre, Reguladora de los Juegos y Apuestas en Galicia:

“Requerirá autorización administrativa previa la organización, práctica y desarrollo de los siguientes juegos:

[...]

c) Las máquinas de juego, salvo las máquinas de tipo A o recreativas, que quedan sujetas a comunicación previa.”

4. Otras Comunidades Autónomas solo han alterado parcialmente el régimen de autorización aplicable a las máquinas recreativas, como es el caso de Cataluña. El Decreto autonómico 56/2010, de 4 de mayo, ha modificado el Decreto 23/2005, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, sustituyendo el régimen de autorización por el de comunicación previa o declaración responsable, y suprimiendo el permiso de explotación para este tipo de máquinas. Sin embargo, el Reglamento mantiene la autorización de instalación de máquinas recreativas, según dispone el artículo 23:

“Podrá autorizarse la instalación de máquinas tipo A o recreativas en los locales siguientes:



- a) *En los salones recreativos.*
- b) *En los locales autorizados para la instalación de máquinas tipo B.*
- c) *En los locales y dependencias habilitadas al efecto en:*
 - Recintos feriales.*
 - Hoteles.*
 - Campings.*
 - Salones deportivos.”*

El mantenimiento de esta autorización lo justifica la Generalitat por la inclusión de las máquinas recreativas en el cómputo del número máximo de máquinas que se pueden instalar en los locales de hostelería, según se desprende del artículo 26.1 y 2 del Reglamento:

“26.1. El número máximo de máquinas que podrá instalarse y explotar en cada tipo de establecimiento será el siguiente:

- a) *Seis máquinas tipo A en los establecimientos a que se refiere el artículo 23.c).*
- b) *Dos máquinas tipo A o B en las que pueda intervenir una sola persona jugadora, indistintamente, o bien una de tipo B en que puedan intervenir como máximo dos personas jugadoras, en los establecimientos dedicados a las actividades a que se refieren los apartados d) y e) del artículo 24.1.*

En estos establecimientos, las máquinas estarán destinadas al uso exclusivo de los jugadores de la sala de forma que no puedan ser utilizadas sin haber pasado previamente por el servicio de admisión y control.

c) En los establecimientos a que hace referencia el apartado anterior de este artículo, que tengan una superficie útil superior a los 50 metros cuadrados, se podrán instalar hasta tres máquinas tipos A o B en las que pueda intervenir una sola persona jugadora, indistintamente, o bien una de tipo A o B en la que pueda intervenir una sola persona jugadora y otra de tipo A o B en la que puedan intervenir como máximo dos personas jugadoras.

d) Dos máquinas tipo A, o tipo B en la que pueda intervenir a una sola persona jugadora, indistintamente, o bien una máquina de tipo B en que puedan intervenir como máximo dos personas jugadoras, en los establecimientos dedicados a la actividad de bar musical, sala de baile, sala de fiestas con espectáculo y local de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.

26.2. En el caso de salones recreativos, salones de juego, salas de bingo y casinos, el número máximo de máquinas a instalar y explotar será el que determine la correspondiente autorización o comunicación previa, en función de la capacidad del local, su aforo y su superficie útil,



respetando en todo caso las limitaciones y prohibiciones reglamentarias. Se entiende por superficie útil la que es accesible, ocupable y utilizable permanentemente por el público, excepto las dependencias internas del establecimiento, las barras y los mostradores.

En las salas de bingo y los casinos, las máquinas estarán destinadas al uso exclusivo de los jugadores de la sala de forma que no puedan ser utilizadas sin haber pasado previamente por el servicio de admisión y control.

En los salones de juego, las máquinas tipo B especiales para salas de juego se han de situar en la zona habilitada para su instalación, pasado el servicio de admisión y control.”

5. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece en el artículo 2.2:

“2. Quedan exceptuados del ámbito de aplicación de esta Ley:

[...]

h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario.”

De la redacción de este precepto se deduce que el ejercicio de las actividades relacionadas con máquinas recreativas no resulta exento de la aplicación de la regulación establecida por esta Ley. De ahí que conforme a lo previsto en su artículo 5, el régimen de autorización tiene un carácter excepcional y, en su aspecto formal, deba ser impuesto mediante una ley.

A este respecto, la autorización de instalación de máquinas recreativas exigida por el Reglamento catalán cuenta con la habilitación legal establecida en el artículo 6.2 de la Ley 15/1984, de 20 de marzo, de Juego de Cataluña:

“2. En cada autorización será necesario precisar la persona o entidad titular del juego o de la apuesta autorizados y el local donde deberá hacerse la gestión o explotación.”

Por tanto, en su vertiente formal, la referida autorización de instalación no se opone a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, si bien es preciso analizar si entre ambos existe una oposición material, sobre todo a partir de la aprobación y vigencia de la LGUM.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

El artículo 17.1 LGUM refuerza la regulación establecida por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, al condicionar *“la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen”*, considerando que concurren esos principios:

“a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.



b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.”

Junto a la autorización, el artículo 17.1 LGUM prevé igualmente otras dos formas de intervención administrativa:

“2. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

3. Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.”

Como puede observarse, la LGUM ha dado un paso más en la restricción del régimen de autorización administrativa, de forma que no es suficiente con su establecimiento mediante norma de rango legal, sino que además es preciso que esté plenamente justificado. La finalidad perseguida por la norma venía operando hasta ahora como principal criterio de interpretación, conforme a lo previsto en el artículo 3.1 del Código Civil:

“1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

En cambio, **tras la LGUM, la finalidad de la norma se ha confirmado, además, como un requisito para su propia validez. No basta con que la finalidad perseguida sea lícita y pretenda la protección de cualquier bien o derecho, aun siendo estos de titularidad pública o colectiva, sino que debe estar necesariamente orientada a la tutela de unos bienes o derechos predeterminados.** Esta concreción en los fines es el resultado de un previo juicio de valor realizado por la LGUM en la ponderación de bienes jurídicos distintos: de entre las razones imperiosas de interés general que relaciona el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, solo a algunas de ellas se les da prioridad con respecto al ejercicio de las libertades de establecimiento y de circulación.

Así, la lucha contra el fraude, por ejemplo, es una finalidad de interés general que justifica la existencia de una declaración responsable o de una comunicación previa, pero no la imposición de un régimen de autorización. Es evidente que una norma legal que limita la defensa del interés general únicamente a determinados instrumentos de intervención administrativa plantea serias dudas de constitucionalidad y sobre esta cuestión habrá de pronunciarse el Tribunal Constitucional al resolver la impugnación de los correspondientes preceptos de la LGUM.

No obstante, puesto que la LGUM se encuentra actualmente en vigor y según ella no toda razón imperiosa de interés general justifica la existencia de cualquier modalidad de intervención administrativa,



es preciso atender en cada caso si concurre o no la finalidad específicamente prevista por la Ley. **El modo de intervención administrativa, que en este caso se concreta en forma de autorización, es una cuestión independiente, por demás, de la competencia que tiene la Comunidad Autónoma para regular el número máximo de máquinas que deba existir en cada establecimiento.**

En el caso de las autorizaciones de instalación establecidas por la normativa de Cataluña, habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 17.1.b) LGUM para determinar si por tratarse de instalaciones necesarias para el ejercicio de actividades económicas, existe un riesgo de *“generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación”*.

En suma, si la finalidad que subyace a la autorización de instalación de las máquinas recreativas es el *“cómputo del número máximo de máquinas que se pueden instalar en los locales de hostelería”*, no parece que se ponga en peligro ninguno de los intereses generales anteriormente reseñados y tampoco se deduce que dicho mecanismo sea el idóneo para ese fin, sobre todo cuando el artículo 17.3 LGUM atribuye a la comunicación previa la consideración de medio adecuado cuando las *“autoridades precisen conocer el número de [...] las instalaciones [...] en el mercado.”*

Desde esta perspectiva, se considera que el mantenimiento de las autorizaciones de instalación de máquinas recreativas por la Comunidad Autónoma de Cataluña es contrario a la libertad de establecimiento tutelada por la LGUM.

IV. CONCLUSIONES

1. La normativa sobre máquinas recreativas de las Comunidades Autónomas de Galicia y Cataluña no se oponen a la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, ni al Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, en la medida en que desarrollan competencias exclusivas asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía.
2. La Comunidad Autónoma de Galicia reconoce las restricciones que la explotación de máquinas recreativas tienen en su normativa y ha asumido el compromiso de excluir estas máquinas del ámbito del juego.
3. La Comunidad Autónoma de Cataluña ha excluido parcialmente a las máquinas recreativas del régimen de autorización, pero mantiene la autorización de instalación, que se opone a lo previsto en la LGUM.
4. La Comunidad Autónoma de Andalucía ha excluido totalmente a las máquinas recreativas del ámbito del juego y, en consecuencia, no les son de aplicación ningún tipo de autorización.

Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía