

INFORME DE 13 DE FEBRERO DE 2019 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA A LA AUTORIZACIÓN DE INSTALACIÓN DE UNA MÁQUINAS AUXILIAR DE APUESTAS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA (UM/006/19).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 25 de enero de 2019 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) la reclamación de un operador, en el marco del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), relativa a barreras en la actividad de juego en la comunidad autónoma de Valencia. La reclamación puede resumirse de este modo:

- Que el interesado solicitó el 11-10-2018 una autorización de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un establecimiento de hostelería.
- Que la autorización fue denegada por resolución de 29-11-2018 por faltar la firma de la empresa operadora de la máquina de tipo B del mismo local, requisito previsto en el artículo 38.5 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, de la Comunidad Valenciana, según el cual la solicitud de autorización debe ir firmada conjuntamente por la empresa operadora de apuestas, la empresa operadora de máquinas tipo B y el titular del negocio que se practique en el establecimiento.
- Que, en las alegaciones efectuadas en dicho procedimiento, se advirtió de que la SECUM había considerado dicho requisito de la normativa valenciana contrario a la LGUM en informes de 9 de abril de 2018 y 7 de noviembre de 2016 y que, con relación al mismo requisito previsto en la normativa de Galicia, se pronunció de modo desfavorable en informes de 13 y 23 de junio de 2017, así como 21 de enero de 2016.
- Que, además, en el presente caso, la empresa explotadora de la máquina tipo B pertenece a un grupo societario que ejerce la actividad de explotación de máquinas de apuestas a través de una de sus empresas.

Tras una decisión de ampliación de plazo, la SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.0) Previa

La presente reclamación plantea problemas análogos a los suscitados en otros informes de la CNMC en materia de unidad de mercado. Singularmente, y además de otros asuntos informados por SECUM y otros puntos de contacto, cabe referirse a los informes UM/117/16 y UM/015/18, los cuales versaron sobre la normativa Valencia que da origen a la presente reclamación. En la medida en

que en este caso se plantea un supuesto análogo, el presente informe se remitirá, necesariamente, a las consideraciones efectuadas en su momento.

Si bien el Reglamento de Apuestas de dicha Comunidad Autónoma se aprobó en 2011, con anterioridad a la entrada en vigor de la LGUM, su artículo 38, que contiene la barrera señalada, fue modificado por última vez en 2015, sin que tal modificación haya suprimido la misma¹. Dicha modificación no ha tenido lugar pese a que el informe de SECUM en el asunto 28/1622-R mencionó la existencia de un proceso de revisión normativa de dicha regulación².

II.1) Regulación estatal

En el ámbito estatal, la actividad del juego está regulada en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego. El preámbulo de esta norma aclara que la misma se dicta desde el pleno respeto a las competencias autonómicas en la materia.

Así, la norma estatal se dicta en el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado previstas en la reglas 6ª (legislación mercantil, penal y penitenciaria), 11ª (sistema monetario), 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), 14ª (Hacienda general y Deuda del estado) y 21ª (régimen general de comunicaciones) del artículo 149.1 de la Constitución Española, y se entiende sin perjuicio de las competencias autonómicas³.

En particular, la Ley del Juego estatal se dictó de conformidad con la DA 20ª, 6, de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, sobre la competencia estatal para la ordenación de juegos y apuestas a través de sistemas interactivos cuando su ámbito sea el territorio nacional o abarque más de una Comunidad Autónoma⁴.

¹ La modificación tuvo lugar mediante el Decreto 32/2015, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de tramitación electrónica de determinados procedimientos en el Reglamento de máquinas recreativas y de azar y en el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Valenciana y se modifican sendos artículos del Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego y del Reglamento de Apuestas de la Comunitat Valenciana.

² El informe SECUM señaló: *“El punto de contacto en la Comunidad Valenciana ha informado que la Consellería de Hacienda y Modelo Económico de la Generalitat Valenciana está en un proceso de revisión normativa con el objetivo, entre otros, de eliminar determinadas rigideces que afectan al mercado del juego, y que podrían afectar a la exigencia del consentimiento de la empresa operadora de máquinas para la instalación en los establecimientos de hostelería de las máquinas auxiliares de apuestas [...]”*.

³ Señala el preámbulo *“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”*.

⁴ Dicha DA 20ª, 6, establece lo siguiente: *“La competencia para la ordenación de las actividades de juegos y apuestas realizadas a través de sistemas interactivos corresponderá a la*

De ese modo, es una Ley reguladora, sustancialmente, de actividades de juego a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos y aquéllas en las que los medios presenciales tengan carácter accesorio. Y ello en vista de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre el juego presencial.

Esto último determina que el preámbulo de la Ley del Juego estatal termine por reconocer la competencia autonómica en la autorización de la instalación de salones de juego o de equipos para juego presencial, en estos términos:

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.

Para terminar, el artículo 1, sobre objeto de la Ley estatal, señala entre otros, los objetivos de preservar el orden público y prevenir las conductas adictivas⁵.

II.2) Regulación autonómica

El Estatuto de autonomía de Valencia, aprobado mediante Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, atribuye a dicha Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de casinos, juego y apuestas (artículo 49.31).

En virtud de tal atribución, se aprobó la Ley 4/1988, de 3 de junio, del juego de Valencia, la cual desarrolla el citado Reglamento de Apuestas de la Comunidad Valenciana.

En las “Definiciones” contenidas en el artículo 5, el Reglamento se refiere a las apuestas y a las máquinas de apuestas en los siguientes términos:

A los efectos del presente reglamento y de la normativa que lo desarrolle, se entiende por:

1. Apuesta: aquella actividad de juego por la que se arriesga una cantidad de dinero sobre los resultados de un acontecimiento previamente determinado, de desenlace incierto y ajeno a las partes intervinientes en la misma. [...]

3. Máquinas de apuestas: son máquinas de juego específicamente homologadas para la realización de apuestas. Pueden ser de dos tipos: máquinas auxiliares,

Administración General del Estado cuando su ámbito sea el conjunto del territorio nacional o abarque más de una Comunidad Autónoma”.

⁵ “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”.



que son aquellas operadas directamente por el público; o terminales de expedición, que son aquellas utilizadas por un empleado de la empresa operadora de apuestas, o de un casino de juego, sala de bingo o salón de juego.

A tenor del artículo 6.3.a) del Reglamento, la apuesta efectuada mediante máquinas auxiliares de apuestas es un tipo de apuesta por medios presenciales.

A tenor del artículo 39 del Reglamento de Apuestas, en relación con los artículos 38 del mismo Reglamento y 33.1.d) del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 115/2006, de 28 de julio, la instalación y ubicación en un local de hostelería de una máquina auxiliar de apuestas requiere autorización administrativa:

Así, el artículo 39 del Reglamento de Apuestas, sobre régimen de instalación de máquinas auxiliares de apuestas, dispone que la instalación de tales máquinas auxiliares en los locales mencionados en el artículo 38 exige autorización, sin que baste una mera comunicación:

La instalación de máquinas auxiliares de apuestas por la empresa autorizada deberá ser previamente comunicada a los servicios territoriales correspondientes de la conselleria competente en materia de juego, con una antelación mínima de veinte días a la fecha de su instalación. No obstante, en los locales previstos en el artículo 38 de este Reglamento la instalación de máquinas auxiliares estará sujeta a autorización previa, en los términos previstos en el citado precepto

El artículo 38 se refiere, en síntesis, a los locales de hostelería señalados en el artículo 33.1.d) del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar:

1. Podrán instalarse máquinas auxiliares de apuestas en los locales señalados en el artículo 33.1.d) del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por el Decreto 115/2006, de 28 de julio, del Consell, en las condiciones que establece dicho precepto.

Quedan exceptuados del régimen establecido en este artículo los locales a los que se refieren los artículos 31 [locales específicos de apuestas], 32 [recintos deportivos] y 35 [Casinos y Salones de Juego así como Salas de Bingo] de este Reglamento.

En vista de la anterior excepción, el resto de locales previstos en el citado artículo 33.1.d) son, fundamentalmente, los de hostelería:

d) Las de tipo B podrán instalarse en los locales destinados a la actividad pública de bar, cafetería o restaurante, pubs, salas de baile / fiestas y discotecas, en las salas de bingo y salones de juego legalmente autorizados y en los locales autorizados por este Reglamento para la instalación de máquinas de tipo C.

Por otro lado, el artículo 38 del Reglamento de apuestas es el que resulta específicamente objeto de la información sobre barreras a la unidad de mercado. En particular, los apartados 4 y 5 del mismo se refieren a la exigencia de que el establecimiento de hostelería en el que se pretenda instalar una máquina auxiliar de apuestas disponga de una máquina recreativa de tipo B y a que se obtenga

la autorización previa del operador de la misma (quedando vinculada dicha autorización a la de la máquina de tipo B):

4. Únicamente podrá instalarse la máquina auxiliar de apuestas en aquellos establecimientos que cuenten con, al menos, una máquina recreativa o de azar de tipo B.

5. La instalación de la máquina auxiliar de apuestas en este tipo de establecimientos requerirá la solicitud previa de la autorización de instalación a los servicios territoriales correspondientes, firmada conjuntamente por la empresa operadora de apuestas, por la empresa operadora de máquinas de tipo B y por el titular del negocio que se practique dentro del establecimiento.

La autorización de instalación se incorporará a la máquina auxiliar de apuestas en su parte frontal o lateral.

La vigencia de la autorización de instalación de la máquina auxiliar de apuestas quedará vinculada a la vigencia de la autorización de instalación de las máquinas de tipo B, extinguiéndose, por tanto, cuando estas últimas finalicen su vigencia.

II.3) Análisis de la reclamación desde el punto de vista de la LGUM

La reclamación cuestiona la exigencia de que la instalación de una máquina auxiliar de apuestas deba efectuarse en un establecimiento que ya cuente con una máquina de tipo B y que la autorización precise la conformidad del explotador de dicha máquina de tipo B. La señalada limitación supone la participación de competidores y no se justifican con arreglo al principio de necesidad y proporcionalidad.

El artículo 5 de la LGUM contiene el principio de necesidad y de proporcionalidad en la actuación de las autoridades competentes

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.

Las razones imperiosas de interés general serán las previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio⁶. Para el caso de autorizaciones, dichas razones quedan

⁶ Citado art. 3.11: 11. “«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

limitadas, fundamentalmente, a las de “orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad” previstas en el artículo 17.1 LGUM.

Por su parte, el artículo 18.2.g) LGUM prohíbe la intervención directa o indirecta de competidores mediante su remisión a la Ley 17/2009, citada:

2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

[...]

g) Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

El apartado f) del artículo 10 de la Ley 17/2009 dispone la prohibición de la intervención de competidores en los siguientes términos:

En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente:

f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general.

En el presente caso, como indica la reclamación, la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un establecimiento de hostelería exige la conformidad del titular de la máquina de tipo B que ya esté instalada en dicho local. Así pues, al tratarse ambos casos, en definitiva, de máquinas relativas a la actividad de juego y apuestas, debe considerarse que las empresas que explotan tal tipo de máquinas son competidoras, de modo que existe vulneración del artículo 18.2.g) en los términos expresados por la reclamación.

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”.

A lo anterior hay que añadir que la necesidad de dicha medida restrictiva de la libertad de establecimiento y ejercicio de la actividad de explotación de máquinas auxiliares de apuestas no parece justificada en ninguna razón imperiosa de interés general, siendo en todo caso desproporcionada, de modo que sería contraria asimismo a los artículos 5 y 17 de la LGUM.

Dicho enfoque coincide con el expresado en el informe de la Dirección General de Ordenación del Juego (DGOJ) en el asunto SECUM 28/1622-R, referido al procedimiento en que la CNMC emitió el mencionado informe UM/117/16. En su informe la DGOJ, cuestionó el concreto requisito de que dicha instalación deba venir precedida de la conformidad del operador de la correspondiente máquina de tipo B del mismo establecimiento:

Se considera que la anterior es una restricción a la actividad económica que no vinculada a motivos de interés público, en concreto orden público o salud pública. En consecuencia, se estaría vulnerando el principio de necesidad establecido en el artículo 5 de la LGUM y, como se verá, 18.2.g) de la misma norma.

La restricción a la actividad económica se considera inequívoca. Entendiendo el juego como un sector en el que cada sub-producto (máquinas, bingo, apuestas) es susceptible de generar ciertas interacciones competitivas con el resto, resulta evidente que el titular de la máquina B instalada en el local concreto resulta un competidor relativamente próximo al del terminal de apuestas a instalar en el mismo local (a no ser, evidentemente, que ambos titulares sean el mismo).

Igualmente, no se encuentra justificación de interés público posible a tal requisito, en detrimento de la capacidad de decisión del titular de la máquina B y, no en menor grado, el dueño del establecimiento, que la de garantizarle a aquél la posibilidad de “proteger” su posición, o sus ingresos por el mismo en relación con el local, controlando la entrada de un posible competidor, y decidiendo la efectividad de la misma con arreglo a quién sea el titular del terminal de apuestas y su grado de vinculación con el mismo.

Por lo tanto, esta previsión supone una participación directa de los competidores en la concesión de autorizaciones, no de mero carácter consultivo, lo cual ya estaría igualmente prohibido, sino de efecto determinante. Ello colisiona con lo expresamente dispuesto en el artículo 18.2.g) de la LGUM.

El informe de la DGOJ también cuestionó que la instalación de la máquina auxiliar de apuestas deba tener lugar en un establecimiento en que ya exista una máquina tipo B⁷.

III. CONCLUSIONES

⁷ Señaló dicho informe: “La medida supone distinguir, dentro de los locales de hostelería, entre aquéllos que ya cuentan con una autorización de instalación y ubicación para máquinas B, de aquéllos que no cuentan con la misma, impidiendo a estos últimos la posibilidad de instalar máquinas auxiliares de apuestas, lo cual constituye una barrera de entrada y una selección de los operadores económicos que pueden acceder a ese mercado”.

1º. El presente informe se refiere a la denegación de una autorización de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un establecimiento de hostelería debido a que la solicitud no se acompañó de la conformidad de la empresa que explote la máquina de tipo B del mismo establecimiento, según dispone el artículo 38 del Reglamento de Apuestas de la Comunidad Valenciana.

2º. La exigencia anterior constituye una intervención de un competidor en el ejercicio de una actividad en los términos establecidos en el artículo 18.2.g) de la LGUM, tratándose, en consecuencia, de un requisito prohibido por dicha Ley. Asimismo, no aparecen razones de interés general que justifiquen la necesidad de dicha conformidad, la cual sería, en todo caso, desproporcionada, lo que vulneraría asimismo los artículos 5 y 17 de la LGUM.