Roj: **STS 3320/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3320**

Id Cendoj: **28079130032019100243**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **22/10/2019**
Nº de Recurso: **4238/2018**
Nº de Resolución: **1408/2019**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 964/2018,**
ATS 11265/2018,
STS 3320/2019

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.408/2019

Fecha de sentencia: 22/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4238/2018Fal Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 4238/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1408/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 22 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4238/2018 interpuesto por la GENERALIDAD VALENCIANA, representada y asistida por su Abogado, y por las entidades ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE SALONES DE JUEGO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (ANESAR CV) y ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE MÁQUINAS RECREATIVAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (ANDEMAR CV), representadas por la Procuradora Dª María del Carmen Escolano Peiró, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018 dictada en el recurso contencioso-administrativo 549/2015. Se han personado, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado, y SALONES COMATEL, S.L. representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Senín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2018 (recurso contencioso- administrativo 549/2015) en cuya parte dispositiva se establece:

<<FALLAMOS.-

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) contra los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana.

2.- Anular los referidos preceptos en lo relativo a la prohibición de instalación de nuevos salones de juego cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros, por ser en este concreto extremo contrarios a Derecho.

Con expresa imposición de costas a las partes demandadas>>.

SEGUNDO.- De los datos que aparecen recogidos en los antecedentes primero al quinto de la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional interesa destacar ahora los siguientes:

* El recurso contencioso-administrativo que dio origen al proceso fue interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando en su demanda la pretensión de que se proceda a declarar *"la nulidad de los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del decreto 5572015, de 30 de abril, en lo relativo a la fijación de distancias mínimas para el establecimiento de salones de Juego"*.

* Asimismo, la representación de la Asociación Valenciana de la Pequeña y Mediana Empresa Operadora (AMYPEMO) y de Mediterránea de Apuestas, S.A., personada en los autos como co-recurrentes, formalizó su demanda en la que solicitaba que se dictase sentencia *"... estimando el presente recurso, declarando nulos de pleno derecho los artículos 4.1. 9.2.b) y 9.3 del decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell , por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana..."*.

* En aplicación de lo establecido en el artículo 127.ter, apartado 8, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala de la Audiencia Nacional acordó la acumulación al proceso del procedimiento seguido ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (recurso 487/2015); y se tuvo también por personada en los autos a la entidad Salones Comatel, S.L.

* Fue parte demandada en el proceso de la Generalitat Valenciana y se personaron como codemandadas la Asociación Valenciana del Juego (AVALJU), la Asociación de Empresarios de Salones de Juego de la Comunidad Valenciana (ANESAR CV) y la Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de la Comunidad Valenciana (ANDEMAR CV).

En cuanto a la controversia de fondo entablada en el proceso -prescindiendo ahora de otras cuestiones que habían sido planteadas por las partes y se abordan por la Sala de la Audiencia Nacional pero sobre las que no se ha suscitado debate en casación- interesa reseñar aquí, de la fundamentación de la sentencia recurrida, los siguientes fragmentos:

<< (...) SEGUNDO.- [...] Como pone de manifiesto el Abogado del Estado en su demanda, el Decreto 55/2015, cuyos artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3, ahora recurridos, prohíben la instalación de salones de juego en caso de que exista ya otro u otros autorizados en un radio de 800 metros, vino a sustituir al Decreto 44/2007, de 1 de abril, del Consell, que había aprobado el anterior Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego en el que dicha distancia mínima era de 200 metros.

[...]

CUARTO.- El análisis de la pretensión anulatoria de la CNMC exige partir de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, que, bajo la rúbrica *Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes*, dispone lo siguiente:

" 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".

La lectura del precepto en relación con la medida controvertida conduce a dos consideraciones de indiscutible relevancia.

En primer término, que la prohibición de establecimiento de nuevos salones recreativos o de juego en un radio inferior a 800 metros respecto de los ya existentes constituye, en efecto, una limitación al ejercicio de una actividad económica en los términos que requiere el artículo transcrito, limitación que es objetiva por basarse en un dato, la distancia, susceptible de ser constatada por la simple medición, sin que requiera de valoración alguna; y que, al propio tiempo, resulta eficaz en cuanto limita, necesariamente, el número de posibles negocios de esta clase en las zonas en las que pudieran ser comercialmente rentables al autorizarse un número menor de ellos por superficie, con la consiguiente restricción de la posibilidad de ejercer la actividad económica correspondiente.

Ello nos lleva a una segunda consideración, cual es que dicha limitación, objetiva y eficaz, para el ejercicio de la actividad económica que se desarrolla en los salones recreativos o de juego, ha de justificarse en una razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y, además, caso de constatarse la existencia de dicha razón, resultar la medida proporcionada a la misma.

La Generalitat demandada sostiene que concurre una razón de las de esta clase, que identifica con el orden público, a cuyo mantenimiento obedecería la restricción. Y se remite, como vimos, al preámbulo del Decreto.

Sin embargo, es lo cierto que la mención a todo ello que se contiene en el citado preámbulo se limita a lo siguiente:

"Asimismo, y dentro de la potestad de planificación de la actividad del juego en el territorio de la Comunitat 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".

Se trata de una mera referencia nominal, porque no se acompaña de ninguna otra consideración que permita vislumbrar en qué medida se ve favorecido el orden público por la ampliación de la distancia.

Por otra parte, la mención a la conveniencia de evitar la concentración de locales de juego, además de no constituir *per se* una de las razones imperiosas de interés general a que debe responder una limitación a la libertad de acceso o de ejercicio de una actividad económica en los términos que resultan del artículo 5 de la LGUM y del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, al que se remite, ni vincularse de manera razonada con el mantenimiento del orden público, es lo cierto que no obedece tampoco a una necesidad real en la medida en que los datos que sobre esta cuestión aporta la CNMC evidencian que la ratio de locales de juego por habitante en la Comunidad Valenciana, de 1 por cada 20.000 habitantes, es inferior a la de otras Comunidades Autónomas -cita a título de ejemplo la de Canarias, de 1 por cada 8.500 habitantes-. Además, en

algunas como las de Asturias (Decreto 77/1997), Castilla La Mancha (Decreto 85/2013), Extremadura (Decreto 117/2009), Navarra (Decreto Foral 270/1999) o Madrid (Decreto 73/2009), no se imponen restricciones al establecimiento de esta clase de locales por razón de distancias mínimas. Datos todos ellos que, aducidos en la demanda, no han sido controvertidos por la Generalitat ni por las entidades codemandadas, que no han aportado prueba alguna en contrario, y que revelan entonces también que la restricción es desproporcionada para el fin perseguido.

A tal efecto es importante advertir que el Decreto 55/2015 vino a sustituir al anterior Decreto 44/2007, de 20 de abril, cuyo artículo 4.1 prohibía *"... 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 200 metros medidos desde cualquiera de las puertas de acceso del que se pretenda instalar o cambiar la clasificación"*, es decir, fijaba una distancia mínima cuatro veces inferior a la impuesta por el Decreto de 30 de abril de 2015. Pese al extraordinario incremento porcentual que ello suponía, con la consiguiente restricción en el libre acceso al ejercicio de la actividad, no hay en la nueva regulación otra justificación de ese incremento que la invocación de razones de orden público. Y es que no se cuestiona ahora que la determinación de la distancia entre esta clase de locales sea una competencia autonómica, como se esfuerzan en recordar las contestaciones a la demanda, sino que la concretamente fijada por el Decreto 55/2015 carezca, insistimos, de una motivación suficiente anclada en razones imperiosas de interés general, en el entendido de que el ejercicio de aquella competencia encuentra como límite necesario el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en los términos que resultan del artículo 5 de la LGUM.

En este punto, una vez contrastado que no se cumple esa exigencia cuando es lo cierto que la medida limita eficazmente la posibilidad del ejercicio de una actividad económica, la que se desarrolla en los salones recreativos y de juego, y supone una ampliación sustancial de la distancia mínima establecida en la normativa anterior, a la que sustituye, es necesario concretar cuál sea la consecuencia de ello.

En primer término, es claro que debe llevar a la anulación de los preceptos recurridos que vulneran una norma con rango de Ley, en este caso el artículo 5 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre.

Pero, respondiendo también a la prevención manifestada por la Generalitat y por las entidades codemandadas, es del mismo modo indudable que este pronunciamiento no implica que no puedan fijarse distancias mínimas para la ubicación de los locales destinados a salones recreativos o de juego, posibilidad que, como exponen aquéllas, contempla el artículo 11.7 de la Ley del juego de la Comunidad Valenciana, antes citada, o que habilita también la Ley estatal 13/2011, que alude a la autorización administrativa de la Comunidad Autónoma para la instalación o apertura de locales de esta clase que habrá de otorgarse de acuerdo con las políticas de dimensionamiento de juego de cada una de ellas>>.

Por tales razones la Sala de la Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y anula los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana, en lo relativo a la prohibición de instalación de nuevos salones de juego cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, prepararon recurso de casación contra ella, de un lado, la representación de las entidades Asociación de Empresarios de Salones de Juego de la Comunidad Valenciana (ANESAR CV) y Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de la Comunidad Valenciana (ANDEMAR CV), y, de otra parte, la Generalidad Valenciana.

Ambos recursos de casación, tramitados de forma conjunta, fueron admitidos a trámite por auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de octubre de 2018 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2°) Declarar que las cuestiones que se suscitan en los recursos preparados bajo el núm. 4238/2018 que revisten interés casacional objetivo consisten en:

(i) Interpretar el artículo 127.1 bis LJCA , en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado a la que aquel remite, a fin de determinar y aclarar los presupuestos que permiten la utilización de este especial procedimiento, y en particular, en relación con el presente recurso, determinar si una conducta consistente en la fijación de distancias mínimas respecto de la apertura y autorización de salones de juegos puede considerarse un presupuesto válido para la incoación del recurso contencioso- administrativo por los trámites del artículo 127.1 bis de la LJCA .

(ii) Determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados.

Para ello será necesario interpretar el citado artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado en relación con 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 y el artículo 9 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo , de regulación del juego, a la luz del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que lo interpreta y que se cita en los escritos de preparación>>.

CUARTO.- La representación de la Asociación de Empresarios de Salones de Juego de la Comunidad Valenciana (ANESAR CV) y Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de la Comunidad Valenciana (ANDEMAR CV) formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2018 en el que termina solicitando que se dicte sentencia por la que

<< (...) estimando el presente recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida, y:

1°) fije la interpretación de las normas estatales sobre las que se ha considerado necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el auto de admisión a trámite (i) interpretando el artículo 127.1 bis LJCA, en relación con la LGUM a la que aquel remite, a fin de determinar y aclarar los presupuestos que permiten la utilización de este especial procedimiento, y en particular, en relación con el presente recurso, determinando si una conducta consistente en la fijación de distancias mínimas respecto de la apertura y autorización de salones de juegos puede considerarse un presupuesto válido para la incoación del recurso contencioso-administrativo por los trámites del artículo 127.1 bis de la LJCA, y (ii) determinando si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y, de serlo, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados; y

2º) resuelva las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la CNMC contra los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por ser dichos preceptos conformes a Derecho, con imposición de las costas de dicha primera instancia a la parte recurrente.

QUINTO.- La representación de la Generalidad Valenciana no formalizó la interposición de su recurso sino que presentó escrito con fecha 18 de diciembre de 2018 en el que interesa que se acuerde la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida de objeto, al haberse dictado el Decreto 204/2018, de 16 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, que modifica el Decreto 55/2015, de 30 de abril, impugnado en este proceso, dando nueva redacción a sus artículos 4.1, 9.2.b/ y 9.3; y habiéndose aprobado el citado Decreto 204/2018, según indica su parte expositiva, precisamente <<(...) *para ejecutar la sentencia de 8 de marzo de 2018 de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional* >>.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, y habiendo sido oídas las partes sobre la alegada pérdida de objeto, mediante providencia de 7 de marzo 2019 se declaró que no se apreciaban en ese momento procesal razones para declarar la pérdida de objeto del proceso, debiendo estarse a lo que se resolviese en sentencia.

SÉPTIMO.- La Abogacía del Estado formalizó su oposición al recurso de casación mediante escrito presentado el 3 de abril de 2019 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la parte recurrente, termina solicitando que se dicte sentencia en la que se desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, con imposición de costas.

OCTAVO.- La representación de Salones Comatel, S.L. presentó escrito con fecha 29 de abril de 2019 en el que, tras exponer las razones de su oposición, termina solicitando que se dicte sentencia en la que se desestime el recurso de casación con imposición de costas a la parte recurrente.

NOVENO.- Mediante providencia de 6 de febrero de 2019 se acordó la celebración de vista pública, que tuvo lugar a las 930 horas del día 15 de octubre de 2019, quedando el contenido de dicho acto documentado en la correspondiente acta y en el soporte digital (CD) que obra unido a las actuaciones, procediendo es Sala a continuación a la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 4.238/2018 lo interponen, de un lado, la representación de la Asociación de Empresarios de Salones de Juego de la Comunidad Valenciana (ANESAR CV) y la Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de la Comunidad Valenciana (ANDEMAR CV), y, de otra parte, la Generalidad Valenciana, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018 dictada en el recurso contencioso- administrativo 549/2015.

Como hemos visto en los antecedentes primero y segundo, la sentencia ahora recurrida en casación vino a resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La sentencia estima el recurso contencioso-administrativo y anula los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana, en lo relativo a la prohibición de instalación de nuevos salones de juego cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de los preceptos reglamentarios que eran objeto de impugnación en el proceso.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular las señaladas en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 29 de octubre de 2018. Pero antes debemos pronunciarnos sobre la alegada pérdida sobrevenida de objeto del presente recurso de casación. Veamos.

SEGUNDO.- Sobre la alegada pérdida sobrevenida de objeto del recurso de casación.

Según ha quedado señalado en el antecedente quinto, la representación de la Generalidad Valenciana presentó escrito con fecha 18 de diciembre de 2018 en el que interesaba que se acordase la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida de objeto, al haberse dictado el decreto 204/2018, de 16 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, que modifica el decreto 55/2015, de 30 de abril, dando nueva redacción a sus artículos 4.1, 9.2.b/ y 9.3; y habiéndose aprobado el citado decreto 204/2018, según indica su parte expositiva, precisamente <<(...) *para ejecutar la sentencia de 8 de marzo de 2018 de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional* >>.

Y en el antecedente sexto hemos visto que, después de oir a las demás partes personadas, esta Sala, mediante providencia de 7 de marzo 2019, declaró que no se apreciaban en ese momento procesal razones para declarar la pérdida de objeto del proceso, debiendo estarse a lo que se resolviese en sentencia. Pues bien, llegado ahora ese momento, en esta sentencia no procede sino corroborar lo resuelto en aquella providencia.

Por lo pronto, resulta anómalo que el decreto 204/2018, de 16 de diciembre -que vino a modificar el Decreto 55/2015, de 30 de abril- se dijese dictado para ejecutar la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018 siendo así que dicha sentencia no era firme -la propia Generalidad Valencia la había recurrido en casación- y nadie había instado su ejecución provisional.

Por lo demás, el hecho de que los preceptos del decreto 55/2015 que son objeto de controversia (artículos 4.1, 9.2.b/ y 9.3) resultasen modificados por el decreto 204/2018 no determina que el presente recurso haya perdido su objeto de forma sobrevenida, pues, sin necesidad de entrar aquí a examinar el escaso calado de la modificación que introdujo el decreto 204/2018, lo cierto es que la redacción originaria de los preceptos del decreto 55/2015 estuvo vigente y produjo efectos durante más de tres años, por lo que no cabe sostener que haya quedado privada de objeto la revisión casacional de la sentencia que declaró la nulidad de tales preceptos.

TERCERO.- Sobre el ámbito (subjetivo y objetivo) de aplicación del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Según hemos visto, la primera de las cuestiones en las que auto de admisión del recurso apreció interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar el artículo 127.1 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado a la que aquel remite, a fin de determinar y aclarar los presupuestos que permiten la utilización de este especial procedimiento; y en particular, en relación con el presente recurso, determinar si una conducta consistente en la fijación de distancias mínimas respecto de la apertura y autorización de salones de juegos puede considerarse un presupuesto válido para la incoación

del recurso contencioso-administrativo por los trámites del artículo 127.1 bis de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

Pero, en estrecha relación con esas cuestiones señaladas en el auto de admisión del recurso de casación, debemos examinar la alegación que formula en su recurso de casación la representación de las asociaciones ANESAR CV y ANDEMAR CV en el sentido de que no debía haberse seguido en este caso el procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, y que, como consecuencia, se han vulnerado las normas que regulan la competencia de los órganos jurisdiccionales, en particular, el artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 10, 14, 19 y 43 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puestos en relación con las especialidades previstas en los artículos 127, bis, ter y quáter de esta última Ley.

Centrándonos ahora en este punto, nuestro análisis debe comenzar recordando que el citado artículo 127 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa dispone en su apartado 1 lo siguiente:

<< 1. Cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 19/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso-administrativo regulado en este Capítulo>>.

Este procedimiento especial habrá de promoverlo la Comisión en el plazo que determina el artículo 127 bis, apartado 2, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa; y su tramitación ha de discurrir por el cauce procedimental que se regula en el artículo 127.ter de la misma Ley, siendo competente para su resolución la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 11.1.h/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, apartado añadido por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre).

Vemos así que el artículo 127 bis habilita a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para interponer esta modalidad del recurso contencioso-administrativo cuando considere que la actuación administrativa vulnera la libertad de establecimiento o de circulación que se regulan en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado. Así las cosas, es precisamente la garantía de la unidad de mercado la que lleva a legislador a reconocer a la Comisión legitimación para promover este procedimiento especial, cuya tramitación se regula en el artículo 127.ter, y a atribuir la competencia para la resolver este tipo de procesos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

La atribución competencial a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (artículo 11.1.h/ antes citado) resulta singular pues, frente al criterio habitual de distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo en función de la Administración y del concreto órgano administrativo del que proviene el acto o disposición impugnados, en este caso la atribución competencial no viene determinada por la procedencia del acto o disposición sino que se hace atendiendo a la razón o fundamento de la impugnación. Ahora bien, esta atribución competencial a la Sala de la Audiencia Nacional sólo opera respecto de los recursos que interponga la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y por este procedimiento especial regulado en los artículos 127 bis y siguientes LJCA. En cualquier otro proceso ordinario promovido por la citada Comisión, así como en los recursos promovidos por otros operadores económicos, aun cuando aleguen la vulneración de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, el órgano jurisdiccional competente vendrá determinado conforme a las reglas generales, esto es, en función de la Administración que dictó el acto o disposición y del órgano administrativo del que proceda la actuación recurrida (artículos 8 a 13 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En relación con lo anterior, es oportuno recordar aquí las consideraciones expuestas en auto de la Sección Primera de esta Sala de 8 de mayo de 2017 (cuestión de competencia 78/2016), de cuyo F.J. 3º reproducimos ahora en siguiente fragmento:

<< (...) Pues bien, la Disposición Final Primera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado , añadió el Capítulo IV del Título V a la Ley de esta jurisdicción, regulando un nuevo procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, que se delimita por un doble criterio, que opera de forma acumulativa: por la materia (atinente a la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español, como establece la exposición de motivos de la citada Ley 20/2013) y por la legitimación (que se atribuye exclusivamente a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia).

Esta modificación legal introdujo, a su vez, una nueva previsión competencial, contenida en el artículo 11.1.h) LJCA en la que se atribuye a la Audiencia Nacional, en única instancia, el conocimiento de los recursos <<interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado *>>. Ahora bien, esta norma no fija una excepción competencial por razón de la materia, o por*

ser más preciso no lo hace atendiendo exclusivamente a la materia sobre la que versa el recurso, ya que no todos los recursos que tengan por objeto la defensa de la unidad de mercado se atribuyen al conocimiento de dicho órgano judicial, sino únicamente los interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, quedando fuera de dicho precepto los recursos entablados por otros recurrentes, como pueden ser los operadores económicos, aunque estos versen sobre dicha materia. De ahí que esta previsión no excepciona, por razón exclusiva de la materia sobre la que verse el recurso, las reglas generales de competencia, sino que introduce una previsión especial por razón del tipo de procedimiento entablado en el que resulta determinante la entidad recurrente, dejando intacta la competencia para conocer los restantes recursos que versen sobre esta materia, entablados por otros entes u operadores económicos, que siguen las reglas generales de competencia por razón de la procedencia del órgano autor del acto.

El hecho de que el art. 127 ter. apartado 8 de la LJ prevea la posibilidad de una vez iniciado este procedimiento especial, la Audiencia Nacional pueda solicitar la acumulación al mismo de otros recursos entablados por otros operadores económicos ante otros órganos jurisdiccionales, no altera esta conclusión, pues se trata de una norma destinada a permitir la acumulación por conexión, unificando el debate sobre una misma norma u acto impugnado ante un mismo órgano jurisdiccional, que solo opera cuando ya se ha iniciado un recurso a instancia de la Comisión Nacional de la Competencia por la vía del procedimiento especial del art. 127 bis de la LJ [...]>>.

Por supuesto, será en todo caso el órgano jurisdiccional quien, en la sentencia que resuelva el recurso, habrá de decidir si ha existido, o no, la vulneración denunciada de la Ley de garantía de la unidad de mercado; pero lo que ahora importa destacar es que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede utilizar el cauce procesal específico regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para reprochar a la actuación administrativa cualquier deficiencia o ilegalidad sino, únicamente, para denunciar la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

La representación de ANESAR CV y ANDEMAR CV sostiene que en este caso se ha seguido de forma indebida el procedimiento especial previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pues, según las asociaciones recurrentes, no concurría el presupuesto ineludible para la viabilidad de dicho procedimiento, esto es, la existencia de una posible quiebra o infracción de la unidad de mercado. Por ello en el recurso de casación se afirma que ha existido una inadecuación del procedimiento seguido, dado que la impugnación debía haberse tramitado por los cauces del proceso contencioso-administrativo ordinario. Y, como consecuencia de lo anterior -añaden las recurrentes-, han resultado vulneradas las normas que regulan la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales pues la competencia de la Sala de la Audiencia Nacional viene referida únicamente al procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, por lo que en este caso la competencia para conocer del asunto debería haber correspondido a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

El planteamiento de las recurrentes no puede ser acogido pues toma como premisa algo que es precisamente objeto de controversia. En efecto, es la sentencia que pone fin al proceso la que debe decidir si los preceptos del decreto 55/2015 de la Generalidad Valenciana incurren, o no, en la vulneración que se denuncia de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado; pero no cabe descartar de antemano que tal vulneración exista para, a partir de ahí, afirmar que no se ha seguido el procedimiento debido y que se han infringido las normas sobre competencia.

CUARTO.- Sobre la adecuación del procedimiento seguido en el caso presente.

Como hemos visto en el apartado anterior, el cauce procesal regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa queda restringido en la vertiente subjetiva, pues únicamente puede promoverlo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sea por propia iniciativa o a solicitud de algún operador económico (vid. artículo 127 bis, apartado 2). Pero dicho ámbito también queda delimitado en la vertiente objetiva, pues este procedimiento especial únicamente se contempla para la impugnación de actuaciones administrativas que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que son contrarias a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Por tanto, el ámbito objetivo de este procedimiento especial viene circunscrito a los recursos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia denuncie que la actuación administrativa ha incurrido en vulneración de lo dispuesto en el Capítulo II (artículos 3 a 9) de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, donde, precisamente bajo la rúbrica de " *Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación*", se delimitan y regulan el principio de no discriminación (artículo 3); principio de cooperación y confianza mutua (artículo 4); principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones

de las autoridades competentes (artículo 5); principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional (artículo 6); principio de simplificación de cargas (artículo 7); principio de transparencia (artículo 8); y garantía de las libertades de los operadores económicos (artículo 9); preceptos que deben ser puestos en relación con lo establecido en el Capítulo IV (artículos 16 a 18) de la propia Ley 20/2013, en el que, bajo el título de " *Garantías al libre establecimiento y circulación*", se contienen disposiciones relativas a la libre iniciativa económica (artículo 16), instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad (artículo 17) y actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación (artículo 18).

Y así delimitado el ámbito material de este procedimiento especial al que nos venimos refiriendo, ya hemos señalado que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede utilizar el cauce procesal específico regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para reprochar a la actuación administrativa cualquier otra deficiencia o ilegalidad.

Pues bien, trasladando esas consideraciones al caso que nos ocupa, debemos recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dirigió su impugnación, en el proceso de instancia, contra determinados preceptos del decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell de Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana, siendo objeto de impugnación, en concreto, los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del citado decreto en lo relativo a la prohibición de instalación de nuevos salones de juego cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros.

Siendo ese el objeto de la controversia planteada en el proceso de instancia, esta Sala considera que la impugnación de aquellos preceptos del decreto autonómico por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene cabida en el ámbito aplicativo del procedimiento especial regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, toda vez que lo que se debate es precisamente si la limitación de distancias establecida en la norma reglamentaria vulnera, o no, los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación establecidos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, y, en particular, el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes al que se refiere el artículo 5 de la citada Ley.

QUINTO.-Sobre la inclusión de las actividades del juego en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La segunda de las cuestiones señaladas en el auto de admisión del recurso de casación consiste en determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados.

Ante todo, es cierto que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito 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 (Directiva de Servicios); y así lo señala expresamente el artículo 2.2.h) de la Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación << *(...) h/ las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas*>>. Y por ello, la actividad del juego por dinero queda también fuera del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva, esto es, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 2.2.h excluye de su ámbito de aplicación << *(...) h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario*>>.

Ahora bien, lo anterior no impide que a las actividades del juego sí les resulten de aplicación los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuyo ámbito de aplicación viene configurado con la mayor amplitud, como la propia Ley 20/2013 deja señalado en su Preámbulo:

<< (...) En la elaboración de esta Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición 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, también conocida como "Directiva de Servicios", proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa. 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 Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación>>.

En consonancia con lo anunciado en su Preámbulo, también el articulado de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, delimita su ámbito de aplicación con gran amplitud al venir este referido, sin excepciones, *<< (...) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional>>* (artículo 2). Y, más adelante, el artículo 16 de la propia Ley 20/2013 se refiere al principio de "libre iniciativa económica" señalando que <<El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales>>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en STC79/2017, de 22 de junio de 2017, << (...) La Ley 20/2013 ha desbordado el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior -y al que se refiere una de sus leyes de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio-, pues ha incluido en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado (art. 2 de la Ley 20/2013), incluyendo no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de productos. Así lo subraya el preámbulo de la propia Ley 20/2013 cuando afirma que "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 [la Ley 20/2013] se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos".

En esa misma línea, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 362/2019, de 18 de marzo de 2019 (casación 1746/2016, F.J. 6º) tuvimos ocasión de señalar que: *<< (...) A diferencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición 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 (Directiva de Servicios), que expresamente excluía de su ámbito de aplicación un listado de servicios [...], la LGUM extiende su aplicación -como precisa su Preámbulo- a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. En este sentido, artículo 2 de la LGUM precisa que la ley será de aplicación, a "las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional", sin consignar actividades exceptuadas, entendiendo por actividad económica, según el Anexo de definiciones, "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 servicio", por lo que no cabe duda que la LGUM es aplicable a la actividad [...] a que se refiere este recurso>>.*

Por tanto, debe concluirse que a la actividad del juego le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La representación de las asociaciones recurrentes aduce que, por ser la del juego una actividad "intensamente regulada", no le son de aplicación los principios, cautelas y garantías de la Ley 20/2013. La objeción carece sin embargo de consistencia pues, si bien es cierto que la del juego por dinero es una actividad regulada y que su reglamentación establece requisitos y restricciones de diversas índole, no hay razón para excluir que esa regulación deba operar dentro de los límites que marca la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, de manera que las restricciones que impone la normativa del juego deben ser respetuosas con los principios y garantías que se establecen en los ya citados artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013.

SEXTO.- Sobre la justificación de la necesidad de la actuación administrativa consistente en el establecimiento de distancias mínimas entre establecimientos de juego.

Establecido lo anterior, de entre esos principios y garantías que establece la Ley 20/2013 nos centraremos en los principios de "necesidad y proporcionalidad", con los que el artículo 5 de la Ley 20/2013 sujeta y somete a control las actuaciones de las administraciones que supongan límites a la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

El citado artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado establece lo siguiente:

<<Artículo 5. Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones 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>>.

Siendo ese el tenor literal del precepto, parece innegable que la fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada.

Puede admitirse sin dificultad que las distintas modalidades de juego por dinero no constituyen una actividad económica ordinaria sino que reviste especificidades que hacen procedente su regulación y el establecimiento de determinadas limitaciones.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que como vimos excluye de su ámbito de aplicación las actividades de juego por dinero (artículo 2.2.h), ofrece en el considerando 25 de su preámbulo o parte expositiva la siguiente explicación: *<<(...) 25. 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>>.*

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite con normalidad que la actividad de juego sea objeto de limitaciones y restricciones por parte de los Estados miembros; y, más aún, reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de delimitar los intereses a proteger y los objetivos de su política en materia de juegos de azar.

Es oportuno reseñar la STJUE de 8 de septiembre de 2009 (asunto C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd,*) -citada en el escrito de las asociaciones recurrentes en casación-, que en los apartados 56 a 59 de su fundamentación señala lo siguiente:

56 El artículo 46 CE, apartado 1, admite restricciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Por otro lado, la jurisprudencia ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general (véase la sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 46 y jurisprudencia citada).

57 En este contexto, procede observar, como han señalado la mayoría de los Estados miembros que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que la normativa en materia de juegos de azar se cuenta entre los ámbitos en que se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros. A falta de armonización comunitaria en la materia, corresponde a cada Estado miembro apreciar en estos ámbitos, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que supone la protección de los intereses afectados (véanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 1979, Henn y Darby, 34/79, Rec. p. 3795, apartado 15; de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 32; de 20 de noviembre de 2001, Jany y otras, C-268/99, Rec. p. I-8615, apartados 56 y 60, y Placanica y otros, antes citada, apartado 47).

58 El mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades competentes del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que éstas pretenden garantizar (sentencias de 21 de septiembre de 1999, Läärä y otros, C- 124/97, Rec. p. I-6067, apartado 36, y de 21 de octubre de 1999, Zenatti, C-67/98, Rec. p. I-7289, apartado 34).

59 Los Estados miembros son, por lo tanto, 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. Sin embargo, las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad (sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 48).

En esa misma línea de razonamiento se pronuncia la STJUE de 12 de julio de 2012 (asunto C-176/11, apartados 21 y 22); y, más recientemente, la STJUE de 8 de septiembre de 2016 (asunto C-225/15) abunda en los mismos criterios señalando, en los apartados 39 y 40 de su fundamentación, lo siguiente:

39 A continuación, debe recordarse que la normativa en materia de juegos de azar se cuenta entre los ámbitos en los que se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros. A falta de una armonización en la materia a nivel de la Unión, los Estados miembros gozan de una amplia facultad de apreciación por lo que respecta a la elección del nivel de protección de los consumidores y del orden social que consideren más adecuado (véase en este sentido la sentencia de 22 de enero de 2015, Stanley International Betting y Stanleybet Malta, C 463/13, EU:C:2015:25, apartados 51 y 52 y jurisprudencia citada).

40 Por tanto, 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. Ahora bien, las restricciones que impongan los Estados miembros deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación, en particular, con su justificación por razones imperiosas de interés general y con su proporcionalidad (véase en este sentido la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C 42/07, EU:C:2009:519, apartado 59 y jurisprudencia citada).

Siguiendo esas pautas, en nuestro derecho interno las diferentes normas reguladoras de la actividad de juego por dinero ponen de manifiesto que, en sus respectivos ámbitos competenciales, tanto el legislador estatal como el autonómico están persuadidos de la necesidad de la regulación del juego establezca limitaciones de diverso signo.

Así, la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, alude en su Preámbulo a *<<(...) la necesidad de iniciar un nuevo camino en la regulación del sector del juego asegurando mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos ineludibles de tutela y protección social de los menores y de los participantes en los juegos, al tiempo que se pretenden alcanzar otras importantes finalidades como son la prevención de actividades fraudulentas y de blanqueo de capitales, y todo ello a través de una oferta dimensionada del juego, de una regulación de la práctica de aquellos juegos que puedan ser autorizados, así como del control público del sector...>>*. Y con la mirada puesta en esos objetivos, y sin perjuicio de las competencias de la comunidades autónomas en esta materia, el articulado de la Ley 13/2011 establece una regulación de la actividad de juego en sus distintas facetas.

De esa regulación contenida en la Ley estatal nos limitaremos a reseñar aquí el artículo 9, que establece el "sometimiento de la actividad del juego a la previa obtención de título habilitante". De manera clara e inequívoca en apartado 2 de ese artículo 2 establece: << (...) 2. Toda actividad incluida en el ámbito de esta Ley que se realice sin el preceptivo título habilitante o incumpliendo las condiciones y requisitos establecidos en el mismo, tendrá la consideración legal de prohibida, quedando sujetos quienes la promuevan o realicen a las sanciones previstas en el Título VI de esta Ley>>. Y en la misma idea abunda el apartado 5.5º del mismo artículo 9 cuando incluye entre los supuestos en que se extinguen las licencias y autorizaciones reguladas en la Ley el siguiente << (...) 5.º El incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización o licencia>>.

Por su parte, en el plano autonómico, la Ley 4/1998, de 3 de junio, del Juego de la Comunidad Valenciana, establece a lo largo de su articulado una regulación general sobre las distintas modalidades de juego, los locales en los que se practican, las empresas que las desarrollan y la sujeción de éstas a autorización, estableciendo la Ley autonómica en sus distintos apartados determinadas prescripciones y condiciones, sin perjuicio de su ulterior concreción y desarrollo por vía reglamentaria. Sin entrar aquí en un examen pormenorizado del articulado de esta Ley valenciana 4/1998, nos limitaremos a reseñar aquí dos de sus preceptos, los artículos 5.1 y 11.siete:

<< Artículo 5. Requisitos de los juegos.

1. 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.

2. [...]

Artículo 11. Locales habilitados para la instalación de máquinas de juego

[...]

Siete. 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>>.

Por tanto, debe aceptarse que, en principio y con carácter general, el hecho de que las actividades relacionadas con el juego sean objeto de una regulación que someta el ejercicio de la actividad a autorización y a determinadas limitaciones o restricciones está contemplado con normalidad en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE. Por otra parte, la establecimiento de limitaciones en la regulación del juego cuenta asimismo con el respaldo de la legislación interna, tanto estatal como autonómica, pues ya hemos señalado que la norma (estatal) con rango de ley deja enunciados los objetivos y los intereses a proteger que justifican la imposición de limitaciones, como son la tutela y protección social de los menores y de los participantes en los juegos, la prevención de actividades fraudulentas y de blanqueo de capitales, así como el propósito de articular una oferta dimensionada del juego. Y, en el caso concreto de la Comunidad Valenciana, hemos visto que la Ley autonómica contempla expresamente que una ulterior norma reglamentaria establezca las distancias y demás requisitos y condiciones para que se autorice la instalación de nuevos salones de juego o el cambio de clasificación de salón recreativo a salón de juego.

Pues bien, contando con esa habilitación legal, el decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego, señala en su Preámbulo: << (...) *Asimismo, y dentro de la potestad de planificación de la actividad del juego en el territorio de la Comunitat 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 [...]*>>.

Es cierto que, salvo esa escueta mención al propósito de "evitar la concentración de locales de juego", seguida de una genérica alusión a "razones de orden público", el decreto 55/2015 no contiene en su Preámbulo ni en su articulado ninguna otra indicación tendente a justificar esa medida consistente en una distancia mínima entre establecimientos de juego. Aun así, no cabe sostener que el decreto impugnado incurra en falta de justificación en cuanto a la necesidad de la medida limitativa pues, como hemos visto, ya en las normas de rango superior que sirven de respaldo al decreto autonómico aparecen enunciados los objetivos y los intereses a proteger que justifican la imposición de limitaciones, y, de otra parte, la Ley autonómica contempla expresamente que la ulterior norma reglamentaria establezca "las distancias" y demás requisitos y condiciones para que se autorice la instalación de nuevos salones de juego.

Por tanto, una vez realizada esa lectura concordada de la norma reglamentaria aquí controvertida con normas legales que le sirven de respaldo, no cabe reprochar al decreto autonómico incurra en vulneración del artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado por no haber justificado que la imposición de distancia mínima entre establecimientos sea una medida idónea y necesaria para la salvaguarda de las razones de interés general invocadas, pues ya hemos visto que en la normativa sobre de juego, considerada en su conjunto, la existencia de una limitación de esa índole encuentra justificación suficiente.

Al abordar esta cuestión la sentencia de instancia resulta algo confusa y en algún punto contradictoria pues, de un lado, la Sala de instancia considera que el decreto impugnado no ha justificado las razones de interés general por las que se establece la limitación consistente en una distancia mínima de 800 metros, pero, al propio tiempo, el mismo fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida termina señalando, y calificando de indudable, que << *(...) este pronunciamiento no implica que no puedan fijarse distancias mínimas para la ubicación de los locales destinados a salones recreativos o de juego, posibilidad que, como exponen aquéllas, contempla el artículo 11.7 de la Ley del juego de la Comunidad Valenciana, antes citada, o que habilita también la Ley estatal 13/2011*>>.

Sucede que la sentencia recurrida yuxtapone y examina de manera conjunta dos elementos que en puridad deben analizarse de forma diferenciada: de un lado, la justificación de la necesidad de la actuación administrativa consistente en el establecimiento de distancias mínimas entre los establecimientos dedicados al juego; de otra parte, la justificación de la idoneidad y proporcionalidad de la concreta medida impuesta (800 metros de separación mínima).

Lo primero debe considerarse suficientemente justificado, y así viene a admitirlo la propia sentencia recurrida (F.J. 4º, *in fine*), en virtud de la interpretación concordada e integradora del decreto impugnado con la Ley estatal y la Ley del juego de la Comunidad Valenciana a las que antes nos hemos referido.

Resulta en cambio cuestionable que en el caso presente haya quedado debidamente justificada la idoneidad y proporcionalidad de la concreta medida impuesta (800 metros de separación entre establecimientos), aspecto éste del que ahora pasamos a ocuparnos.

SÉPTIMO.- Sobre la justificación de la idoneidad y proporcionalidad de la concreta medida impuesta (800 metros de separación entre establecimientos).

Como hemos visto, el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013 exige, en lo que ahora interesa, que la Administración actuante justifique que limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón de interés general invocada para el establecimiento de restricciones. Y debe destacarse que la concreta restricción a la que se refiere la controversia (distancia mínima de 800 metros entre establecimientos de juego) no solo constituye una indudable limitación sino que supone un significativo agravamiento de la restricción que imponía la reglamentación valenciana precedente, pues, como señala la sentencia recurrida, el anterior decreto 44/2007, de 20 de abril, establecía en su artículo 4.1 una distancia mínima de 200 metros.

Pues bien, es lo cierto que el decreto autonómico 55/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego, no ofrece datos ni razones que puedan considerarse suficientes para dar cumplimiento a aquella exigencia de justificación en lo que se refiere a la concreta limitación impuesta en los artículos 4.1, 9.2.b/ y 9.3 y al agravamiento que esta medida supone con respecto a la regulación anterior.

Como hemos visto, el Preámbulo del decreto únicamente indica que se amplía la distancia mínima entre salones de juego *<< (...) para evitar la concentración de locales de juego>>* y que *<< (...) por razones de orden público es aconsejable el establecimiento de la citada limitación [...]>>*.

En el apartado anterior hemos señalado que esas escuetas indicaciones del preámbulo del decreto deben entenderse completadas o integradas por lo dispuesto en Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, y en la Ley 4/1998, de 3 de junio, del Juego de la Comunidad Valenciana; y mediante esa interpretación integradora de normas de distinto rango y procedencia hemos concluido que debe considerarse suficientemente justificada la necesidad de la actuación administrativa consistente en el establecimiento de distancias mínimas entre los establecimientos dedicados al juego. Pero tal interpretación integradora no permite considerar también justificada la proporcionalidad de la concreta medida impuesta (800 metros de separación entre establecimientos).

Por lo pronto, aquellas lacónicas explicaciones del preámbulo del decreto autonómico resultan claramente insuficientes en orden a la justificación de la concreta medida consistente en una distancia mínima de 800 metros que, como hemos visto, vino a endurecer de manera notable la limitación que imponía la normativa anterior. Y en este punto la insuficiencia del decreto no puede considerarse integrada o completada por lo dispuesto en las leyes estatal y autonómica sobre el juego, pues nada aportan éstas que pueda servir a ese objetivo.

Como señala la representación de Salones Comatel, S.L. en su escrito de oposición al recurso de casación, ya durante la tramitación del procedimiento de elaboración del decreto autonómico al que se refiere la presente controversia se puso de manifiesto que las explicaciones contenidas en el preámbulo no constituyen una justificación suficiente de la necesidad medida restrictiva en los términos en que tal justificación viene exigida por los artículos 5 y 17 de la Ley de garantía de la unidad de mercado (informe de fecha 17 de febrero de 2015 emitido por la Subsecretaría de la Consellería de Economía, Industria, Turismo y Ocupación de la Generalitat Valenciana).

En fin, esta apreciación de falta de justificación suficiente queda corroborada por la constatación de que la Administración valenciana ha introducido sucesivos cambios normativos en este concreto punto relativo a la distancia mínima entre los establecimientos de juego (200 metros en el anterior decreto 44/2007, de 20 de abril; 800 metros en el decreto 55/2015, de 30 de abril, aquí controvertido; y, más recientemente, 700 metros en el decreto 204/2018, de 16 de diciembre, que no es objeto del presente recurso); modificaciones normativas éstas sobre las que la Administración autonómica no ha ofrecido una explicación mínimamente consistente.

OCTAVO.- Respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

1.- El cauce procesal regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa queda restringido en la vertiente subjetiva, pues únicamente puede promoverlo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sea por propia iniciativa o a solicitud de algún operador económico. Pero el ámbito de este procedimiento especial también queda delimitado en la vertiente objetiva, pues únicamente se contempla para la impugnación de actuaciones administrativas que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que son contrarias a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Por tanto, el ámbito de este procedimiento especial viene circunscrito a los recursos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia denuncie que la actuación administrativa ha incurrido en vulneración de lo dispuesto en el Capítulo II (artículos 3 a 9) de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, donde, precisamente bajo la rúbrica de " *Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación*", se delimitan y regulan el principio de no discriminación (artículo 3); principio de cooperación y confianza mutua (artículo 4); principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (artículo 5); principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional (artículo 6); principio de simplificación de cargas (artículo 7); principio de transparencia (artículo 8); y garantía de las libertades de los operadores económicos (artículo 9); preceptos que deben ser puestos en relación con lo establecido en el Capítulo IV (artículos 16 a 18) de la propia Ley 20/2013, en el que, bajo el título de " *Garantías al libre establecimiento y circulación*", se contienen disposiciones relativas a la libre iniciativa económica (artículo 16), instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad (artículo 17) y actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación (artículo 18).

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede utilizar el cauce procesal específico regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para reprochar a la actuación administrativa cualquier otra deficiencia o ilegalidad.

2.- El hecho de que las actividades relacionadas con el juego sean objeto de una regulación que someta el ejercicio de la actividad a autorización y a determinadas limitaciones o restricciones está contemplado con normalidad en el Derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE. Por otra parte, el establecimiento de limitaciones en la regulación del juego cuenta asimismo con el respaldo de la legislación interna, tanto estatal como autonómica.

La actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito 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, y fuera también del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); pero sí resultan en cambio de aplicación a las actividades del juego los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada.

NOVENO.- Resolución del recurso de casación y costas procesales.

En consonancia con la interpretación que acabamos de exponer y con lo razonado en los apartados anteriores, debemos declarar no haber lugar al presente recurso de casación. Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes, debiendo mantenerse el pronunciamiento sobre costas procesales efectuado en la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 4238/2018 interpuesto en representación de la GENERALIDAD VALENCIANA y de las entidades ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE SALONES DE JUEGO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (ANESAR CV) y ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE MÁQUINAS RECREATIVAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (ANDEMAR CV) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018 (recurso contencioso-administrativo 549/2015); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Jose Maria del Riego Valledor Maria Isabel Perello Domenech

Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ