

INFORME DE 28 DE OCTUBRE DE 2020 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 UNA INSCRIPCIÓN PARA LA ACTIVIDAD DE JUEGO EN ANDALUCÍA.

Expediente: UM/064/20

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de octubre de 2020

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 14 de octubre de 2020 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una 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 Andalucía. El objeto de la reclamación puede resumirse de este modo:

- Que el 31 de julio de 2019 el reclamante solicitó la inscripción en el Registro de Juego de la Comunidad Autónoma (Secciones I.1: Empresas Fabricantes y II: Empresas comercializadoras).

- Que con fecha 10 de septiembre de 2020 se notificaron sendas resoluciones por las que se acordó la inscripción en ambas secciones.
- Que la resolución de inscripción como empresa fabricante indica que la inscripción queda condicionada a que se constituya garantía por importe de 60.000 euros en el momento en que se solicite la primera homologación de un modelo.
- Que dicha imposición se considera contraria a la LGUM en vista de que el producto por ella fabricado consiste en un mero dispositivo para pagos y cobros mediante un ticket que puede instalarse en cualquier máquina recreativa.
- Que al no estar vinculado a ninguna máquina ni ningún fabricante en particular, el reclamante desea su homologación.
- Que el esquema seguido en la mayoría de comunidades autónomas ha consistido en obtener la inscripción como fabricante en el registro correspondiente (con diversa casuística en lo relativo a la necesidad de inscripción y pago de fianzas) y después homologar el producto.
- Que las particularidades del dispositivo, con difícil encaje en las secciones en que tradicionalmente se dividen los registros, ha llevado a la inscripción del modo más diverso en función de cada comunidad autónoma, siendo en Andalucía donde se piden las fianzas de cuantía más elevada.

Señala asimismo que el asunto ha sido objeto de distintos informes de SECUM y de la CNMC, así como de la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2020.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Régimen jurídico

II.1.1) 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 regla 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 autonómicas¹.

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 Autónoma².

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.

¹ 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”.

² 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 Administración General del Estado cuando su ámbito sea el conjunto del territorio nacional o abarque más de una Comunidad Autónoma”.

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 adictivas³.

II.1.2) Regulación autonómica

La Ley 2/1986, de 19 de abril, del juego y apuestas, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece las obligaciones de inscripción de los operadores en su artículo 19, en los siguientes términos:

1. La organización y explotación de juegos y apuestas, así como la comercialización, distribución y mantenimiento de material o de máquinas y aparatos de juegos o apuestas, únicamente podrán ser realizadas por empresas inscritas en el registro correspondiente que llevará al efecto el órgano que determine la Consejería de Gobernación.

Por su parte, el artículo 20 alude a la necesidad de prestar fianza, añadiendo en su apartado 2 la finalidad a que responde la prestación de fianzas y en su apartado 3 a la causa de revocación del título habilitante consistente en la falta de constitución de la fianza:

1. Con el fin de garantizar las obligaciones derivadas de la presente ley, las sociedades de juego y/o apuestas deberán constituir en la tesorería de la Consejería competente en materia de hacienda, a disposición de la Consejería competente en materia de juego, fianza en metálico o aval bancario, cuya cuantía se determinará reglamentariamente.
2. La fianza quedará afecta a todas las obligaciones y responsabilidades económicas que se deriven de la comisión de infracciones en materia de juego y de la falta de pago de los tributos exigibles en dicha materia.
3. La falta de constitución de la fianza, así como la falta de actualización de esta en el plazo de un mes a contar desde el requerimiento que realice la Administración, supondrá que la persona o la entidad interesada incurra en una causa de revocación del título habilitante.

Las obligaciones anteriores relativas a la inscripción registral de los operadores se desarrollan en el artículo 4.1 del Decreto 250/2005, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, de Salones Recreativos y de Juego y del Registro de Empresas de Juego de Andalucía:

³ “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”.

1. Las empresas y entidades que se dediquen al ejercicio de cualquiera de las actividades de juego previstas en el artículo 1.1 del presente Reglamento estarán obligadas a inscribirse en el Registro de Empresas de Juego.

El artículo 6 del mismo Reglamento, sujeta a fianza la inscripción en los siguientes términos:

1. Para inscribirse en el Registro de Empresas de Juego como empresa fabricante o importadora, comercializadora, empresa operadora de máquinas de tipos «B» y «C», empresa titular de salón de juego o prestadora de servicios de interconexión, deberán reunirse los siguientes requisitos:

[...]

f) Tener constituida y depositada fianza a favor de la Consejería competente en materia de juego y apuestas de acuerdo con el importe establecido en el artículo 12 del presente Reglamento. La fianza podrá constituirse en metálico o mediante aval bancario o de sociedad de garantía recíproca, debiendo mantenerse vigente por la integridad de su importe durante la vigencia de la inscripción en el Registro de Empresas de Juego.

Asimismo, el artículo 7 del Reglamento establece que la solicitud de inscripción en el Registro deberá acompañarse de “*Original del resguardo del depósito de la fianza prevista en el artículo anterior*”.

La cuantía de las fianzas y las finalidades a que responden se determinan en el artículo 12, el cual añade a las finalidades previstas en la Ley (responder de posibles sanciones y tasas fiscales) la de aseguramiento de premios que se deban abonar:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 2/1986, de 19 de abril, las siguientes empresas de juego deberán constituir con carácter indefinido, a favor de la Consejería competente en materia de juego y apuestas y depositarlas en la Caja General de Depósitos radicada en los Servicios provinciales de Tesorería de la Consejería competente en materia de Hacienda, las siguientes garantías, en efectivo o aval bancario o de sociedad de garantía recíproca o seguro de caución, por los importes que se indican:

a) Empresas fabricantes o importadoras: 60.000 euros con la primera solicitud de homologación de un prototipo de modelo.

b) Empresas comercializadoras y de servicios técnicos: 6.000 euros.

[...]

La garantía quedará afectada al pago forzoso de las sanciones pecuniarias, así como al pago de la tasa fiscal correspondiente y de los premios que deban ser abonados.

La falta de prestación de fianza podrá determinar la cancelación de la inscripción según el artículo 10.d) del Reglamento, previa audiencia de los interesados:

Podrá cancelarse la inscripción de una empresa de juego en el Registro de Empresas de Juego mediante resolución de la persona titular de la Dirección General competente en materia de Juego fundada en alguna de las causas siguientes:

d) Previa audiencia de las personas interesadas por el incumplimiento de las obligaciones que, sobre la constitución y el mantenimiento de la fianza, se establecen en el presente Reglamento.

Finalmente, el artículo 42, sobre la inscripción en el Registro de modelos de un modelo de máquina, se refiere también a la fianza a constituir⁴.

II.2) Análisis de la reclamación desde el punto de vista de la LGUM

II.2.1) La Resolución objeto de reclamación

Las resoluciones de 10 de septiembre de 2020 acuerdan la inscripción del interesado en el Registro de Juego supeditando la eficacia de la inscripción a la constitución de fianza en el momento de solicitud de la primera homologación, en los términos de la normativa antes mencionada (se cita la relativa a la inscripción como fabricante):

La eficacia de la presente inscripción estará condicionada a que por la empresa [...] se constituya con carácter indefinido, a favor de la Consejería competente en materia de Juego y Apuestas y deposite en la Caja General de Depósitos radicada en los Servicios Provinciales de Tesorería de la Consejería competente en materia de Hacienda, la garantía por importe de 60.000 euros (SESENTA MIL EUROS) con la primera solicitud de homologación de un prototipo de modelo; de acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 del Decreto citado, en relación con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 2/1986 de 19 de abril.

II.2.2) Alegaciones del reclamante

La reclamante alega la vulneración de la LGUM en este caso por los siguientes motivos:

⁴ Artículo 42, citado: “2. En el caso de que la empresa fabricante no hubiese constituido la fianza a que se refiere el artículo 12 del presente Reglamento, se otorgará en la resolución que acuerde la inscripción del modelo de máquina un plazo de un mes para depositar la misma, surtiendo efectos únicamente la resolución a partir de la fecha en que se aporte ante la Dirección General competente en materia de Juego el correspondiente certificado del depósito de aquélla en cualquier Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía”.

- Que al tener la inscripción carácter habilitante, le sería de aplicación el principio de necesidad y proporcionalidad previsto en la LGUM. La Resolución vincula la eficacia de la inscripción a la constitución de la fianza, de modo que si no se constituye dicha fianza no se tendrá por inscrito al interesado como fabricante.
- Que en la Comunidad Autónoma de Cataluña no se exigió inscripción ni fianza por la comercialización del dispositivo. En cambio, en otras comunidades autónomas se ha dado la casuística más diversa en orden a la exigencia o no de fianza, no exigiéndose en muchos casos.
- Que exigir una fianza de 60.000 euros para la efectividad de la inscripción vulnera el principio de necesidad. El que se posponga a la primera solicitud de homologación no altera la naturaleza de la fianza como requisito de acceso, y no de ejercicio.
- Que si bien la normativa autonómica no señala la razón imperiosa de interés general que justifica la exigencia de fianza a los fabricantes para obtener la inscripción en el registro autonómico, el artículo 12 de la Ley del Juego y el artículo 20 del Reglamento, señalan que las fianzas quedan afectas al pago de sanciones pecuniarias y al pago de la tasa fiscal correspondiente, así como de los premios que deban ser abonados. Tales motivos no se corresponden con ninguna de las razones imperiosas de interés general que permiten justificar la garantía.
- Que, en ese sentido, la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2020 (recurso 244/2016) anuló la denegación de la inscripción de un operador por no constituir fianza con el argumento de que la fianza exigida *“Solo se justifica como aseguramiento de las consecuencias punitivas, ajenas al interés general que debería presidir la exigencia de garantías adicionales. La fianza exigida no lo es para proteger o prevenir los efectos de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero [...] su finalidad se explicita para garantizar el resultado de la potestad sancionadora de la Administración. Y para ello se exige que se constituya sobre bienes realizables dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, lo que constituye un requisito incompatible con los principios previstos en el artículo 3 y 18.2.d) de la LGUM”*.
- Que si ya es dudoso que la fabricación de máquinas constituya un riesgo directo para los usuarios de los servicios de juego, aún lo es más el caso de un dispositivo que sustituye dinero por otro soporte (tickets), el cual no interfiere en la dinámica de juego, ni altera el precio de la partida o los

premios. Al contrario, protege a los usuarios frente al COVID pues sustituye el dinero en metálico por tickets de uso individual.

- Que la fianza de 60.000 euros es asimismo desproporcionada para los fabricantes si ponderamos la restricción con genera con la escasa incidencia en la salud y seguridad de los destinatarios o terceros.
- Que el producto fabricado tiene un valor de entre 500 y 1.000 euros por unidad, mientras el valor de una máquina recreativa o de azar oscila entre los 10.000 y los 18.000 euros, dependiendo del modelo (y pudiendo llegar en algún caso a los 240.000 euros).
- Que hay fabricantes que diseñan las máquinas con un dispositivo similar de modo que carece de sentido que se exija la misma fianza al fabricante que incluye el dispositivo en su máquina que al que fabrica el dispositivo aislado. Ambas actividades no pueden tener los mismos riesgos para la salud.
- Que en la normativa de Andalucía existen otros medios de garantizar la seguridad, como la homologación a través de ensayos previos de un laboratorio autorizado, así como la fianza para otras actividades que sí suponen una relación directa con el destinatario o con terceros, como la explotación de máquinas o material de juego, que sí puede constituir un riesgo para el usuario.
- Que la resolución vulnera asimismo los principios de simplificación de cargas administrativas y no discriminación. De un lado, dicho requisito constituye una barrera para los operadores, especialmente los dedicados a la fabricación de dispositivos de impresión de tickets. Adicionalmente, la interesada está inscrita como empresa comercializadora, para lo que ha constituido una fianza de 6.000 euros. De otro lado, en vista del precio de los dispositivos tendría que vender unas 100 unidades para hacer frente al importe de la fianza, mientras para los fabricantes de máquinas bastaría con vender 4 o 5 unidades. A ello hay que añadir que la exigencia de sucesivas fianzas en una misma comunidad autónoma supone una barrera de entrada adicional.
- Que, finalmente, la resolución vulnera el principio de libertad de establecimiento y circulación en tanto se establecen garantías equivalentes o comparables a otras ya prestadas. El operador ha prestado fianzas en otros territorios por importe total de 65.701,32 euros. En tal sentido, no puede exigirse la constitución de una fianza adicional de 60.000 euros en tanto el interesado ya ha constituido otras en otros territorios nacionales que dan cobertura a las mismas obligaciones.

II.2.3) Precedentes sobre asuntos tramitados en vía administrativa de unidad de mercado en materia de fianzas de juego

Como se viene señalando, el presente asunto cuenta con ciertos precedentes entre los que figura el UM/058/15 en el que emitieron informe tanto la SECUM como otros puntos de contacto, incluidos la Dirección General de Ordenación del Juego (DGOJ) y la CNMC.

El informe de la DGOJ concluyó que no debería exigirse fianza adicional a la ya prestada para la inscripción de operadores en otro territorio, en atención al artículo 18 de la LGUM, debido a que serían redundantes:

Las fianzas de inscripción en los correspondientes Registros autonómicos de juego, de resultar exigidas en las Comunidades Autónomas de destino, deben ser consideradas contrarias al artículo 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en atención a su potencial redundancia.

[...] en la medida en que la fianza que se exija a [...] sea de inscripción, resulta contraria a lo dicho en el Acuerdo de la Comisión Bilateral Estado – Comunidad de Illes Balears, y la LGUM.

El Informe SECUM de 30 de octubre de 2015 (28.52) comenzó por distinguir las fianzas de inscripción, asimilables a requisitos de acceso, y las de explotación, que habilitan para el ejercicio de la actividad⁵. La necesidad de una fianza podría encontrar justificación en el caso del ejercicio de la actividad, pero no en el mero acceso a un registro⁶. Por ello, debían cuestionarse las fianzas a fabricantes de máquinas:

En conclusión, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado considera que no son compatibles con la LGUM las fianzas exigidas por la mera inscripción en un registro, como parece ser el caso objeto de informe, por no ajustarse al principio de necesidad que establece el artículo 5.

Por otro lado, cabría también cuestionarse la necesidad de la exigencia de un requisito de fianza ligada al acceso o ejercicio de un operador cuya actividad es la fabricación, (según declara el interesado en el caso en análisis), de máquinas tipo “B”, dado que estas empresas no tienen una relación directa con los usuarios

⁵ “[...] en este sector vienen aplicándose por algunas Comunidades Autónomas dos tipos de fianza: la fianza de inscripción y la fianza de explotación. La fianza exigible a un operador económico para su inscripción en un Registro de empresas, que exclusivamente le acredita jurídicamente como operador en el sector del juego, es una fianza de inscripción asimilable a un requisito de acceso. Por otro lado, la fianza exigible a un operador al solicitar la licencia de explotación de juego que le habilita para el ejercicio de esa actividad, es una fianza de explotación asimilable a un requisito de ejercicio”.

⁶ “[...] no es la inscripción sino el ejercicio de la actividad económica el que podría conllevar un riesgo directo y concreto para la seguridad o salud del destinatario o de terceros”.

de los servicios de juego que conlleve riesgos para su salud, o seguridad financiera.

El informe señaló que existía asimismo falta de proporcionalidad en la exigencia de fianza al fabricante al exigirse también a los explotadores de máquinas:

En este caso cabría cuestionarse el nexo causal entre la razón imperiosa de interés general que se pretende salvaguardar y la medida impuesta, sobre todo teniendo en cuenta que esa fianza se exige también a los operadores que prestan directamente el servicio de juego y que son los que tendrían que responder con sus fianzas por los riesgos invocados, de modo que la exigencia de fianza adicional al fabricante podría, en su caso, considerarse no proporcionada.

En definitiva, la fianza para la inscripción de un fabricante en un registro, en cuanto modo de acceso a la actividad, resultaba un requisito prohibido por la LGUM:

Dado que la fianza exigida al operador por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es una mera fianza de inscripción, ligada exclusivamente al acceso del operador a la actividad, y que no responde al ejercicio de la misma, ni a riesgos o sumas aseguradas adicionales a los de las fianzas ya constituidas en otras Comunidades Autónomas, dicha fianza sería redundante y contraria a la LGUM, por tratarse de un requisito prohibido por el artículo 18.2.d).

Si bien otras consideraciones del informe de SECUM relativas a la vigencia del principio de eficacia nacional han quedado desvirtuadas por la anulación de tal principio en vía constitucional, el punto de contacto de Islas Baleares reconoció finalmente la no exigibilidad de fianza al operador reclamante, como recogió el informe de la SECUM⁷.

II.2.4) La STS de 22 de octubre de 2019

La STS de 22 de octubre de 2019 (recurso 4238/2018) confirmó en casación la sentencia de instancia que consideró contrario a la LGUM un reglamento de Valencia sobre distancias mínimas entre salones de juego que establecía dicha distancia en 800 metros.

La STS, tras declarar que la LGUM resulta aplicable al sector del juego, analizó la norma objeto de recurso desde la perspectiva del principio de legalidad y

⁷ El informe SECUM concluyó lo siguiente: “[...] en el presente supuesto y a raíz del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado – Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 2 de junio de 2015, se atenderán las pretensiones de la entidad y no se le exigirá fianza para la inscripción como fabricante de máquinas tipo “B” en el registro de empresas de juego”.

proporcionalidad. En tal sentido, consideró que la necesidad de la norma se había justificado de manera suficiente en virtud de la interpretación coordinada e integradora de la misma con la normativa de la comunidad autónoma y la del Estado en materia de juego.

En cambio, añadió, “*resulta cuestionable que en el caso presente haya quedado debidamente justificada la idoneidad y proporcionalidad de la concreta medida impuesta*”. En particular, sobre la falta de justificación de tales idoneidad y proporcionalidad de la medida establecida, la sentencia declaró lo siguiente:

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.

En definitiva, a tenor de esta STS, las autoridades competentes deben justificar las limitaciones establecidas a la actividad de juego tanto en términos de necesidad como también de idoneidad y proporcionalidad de las medidas impuestas.

II.2.5) La SAN de 14 de junio de 2020

El recurso resuelto por la SAN de 14 de junio de 2020 se dirigió contra la denegación de una autorización de inscripción en el Registro de Juego de Cantabria por no haberse constituido la fianza exigida por la normativa vigente que, como en este caso, suponía un importe de 60.000 euros.

La sentencia comenzó fijando en los siguientes términos los parámetros en los que debía llevarse a cabo el control, destacando que la LGUM no puede impedir que, en ejercicio de sus legítimas competencias, una comunidad autónoma solicite fianzas para la actividad de juego:

En primer lugar, no se está cuestionando su competencia en materia de juego ni se está sometiendo a debate el alcance de la Ley 15/2006, de 24 de octubre, de Juego de Cantabria, cuestiones que quedan fuera de la jurisdicción de este Tribunal. En segundo lugar, tampoco se cuestiona que la Comunidad Autónoma pueda y deba hacer los controles necesarios y que legalmente le han sido estatutariamente establecidos respecto de las actividades que sean llevadas a cabo por particulares o empresas en su ámbito territorial, incluida la posibilidad de que sean prestadas fianzas. En tercer lugar, tampoco se pretende en una competencia propia de la Comunidad Autónoma como el juego, su eventual desplazamiento por la LGUM, como proscribió el propio Tribunal Constitucional

en sus sentencias 79/2017, FJ 13, y 235/2012, de 13 de diciembre, FJ 9, «el hecho de que determinadas actividades económicas tengan un alcance territorial superior al autonómico -fenómeno cada vez más común en el mundo actual- no permite sin más desplazar la titularidad de las competencias controvertidas al Estado». En cuarto lugar, lo único que se está analizando es el alcance de la resolución de la Administración autonómica que vinculó y denegó la inscripción en su registro de una empresa fabricante por el hecho de no haber constituido una garantía vinculada al pago de eventuales sanciones, fianza que fuera de fácil ejecución dentro del territorio de Cantabria.

A continuación, la SAN, tras descartar la aplicación del principio de eficacia nacional anteriormente previsto en la LGUM (y por aquel entonces ya anulado por el TC), señaló que el objeto de análisis debía referirse a la denegación de la inscripción por exigencia de unas garantías adicionales a las ya prestadas en otros territorios con la justificación de asegurar el pago de posibles sanciones con bienes realizables dentro del territorio de la Comunidad Autónoma.

En tal sentido, la sentencia analizó la compatibilidad de la fianza desde la perspectiva del artículo 18.2.d) LGUM, relativo a la prestación de garantías con finalidades y coberturas comparables con las del lugar de origen⁸; y del artículo 5 LGUM, referido al principio de necesidad y proporcionalidad. Consideró que la finalidad de asegurar el pago de eventuales sanciones no constituye una razón imperiosa de interés general, pues no tiene relación directa con los efectos de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o de un tercero, ni va destinada a cubrir posibles efectos perjudiciales de la actividad:

En el presente caso, la fianza exigida como requisito para practicar la inscripción, se justificó como garantía fácilmente realizable dentro del territorio de la Comunidad, a fin de asegurar el pago de las sanciones que le pudieran ser impuestas a la empresa. Nada tiene que ver con razones o restricciones de interés general recogidas 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, al que nos referimos en el fundamento tercero. Solo se justifica como aseguramiento de las consecuencias punitivas, ajenas al interés general que debería presidir la exigencia de garantías adicionales. La fianza exigida no lo es para proteger o prevenir los efectos de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero. No va destinada la fianza a

⁸ Art. 18 LGUM: “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: [...] Requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente”.

cubrir los posibles efectos perjudiciales que para los destinatarios del servicio pudieran generarse con la actividad, su finalidad se explicita para garantizar el resultado del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Y para ello se exige que se constituya sobre bienes realizables dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, lo que constituye un requisito incompatible con los principios previstos en el artículo 3 y 18.2.d) de la LGUM, sobre la no discriminación por razón del lugar de residencia o establecimiento, en el artículo 5.2 de ese mismo cuerpo legal, sobre los límites que deberán «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.».

Junto a ello, la SAN, con cita de la jurisprudencia del TJUE (entre otras, sentencia de 24 de marzo de 2011, Comisión/España (C-400/08), apartado 83), recordó que las medidas que limitan la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de oportunidad y proporcionalidad de la medida adoptada, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación. Desde tal punto de vista, no cabía justificar la exigencia de fianza para el pago de sanciones por razones de interés general.

Ello llevó al acogimiento parcial de la demanda, pues a la declaración de que no cabía condicionar la inscripción de la actividad en el Registro de Juego de la Comunidad Autónoma de Cantabria a la prestación de una fianza sobre bienes realizables en su territorio, para garantizar el eventual pago de sanciones, se añadió que *“la Sala no considera contrario a Derecho la posibilidad de que con otras razones o motivos pudiera ser exigida por la Comunidad Autónoma y dentro de su marco competencial cualquier otro tipo de fianza”*.

En definitiva, a tenor de la sentencia recién señalada:

- Las comunidades autónomas podrán exigir fianzas dentro de su marco competencial.
- Las fianzas no podrán justificarse en el aseguramiento de posibles sanciones a imponer por la comunidad autónoma.
- Para que una fianza se considere proporcionada y no discriminatoria debe proteger o prevenir los efectos de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, es decir, cubrir los posibles efectos perjudiciales que para los destinatarios del servicio pudieran generarse con la actividad.
- Las fianzas no podrán exigirse de modo adicional a otras ya prestadas para cubrir riesgos ya asegurados en otros territorios.

II.5.6) Fianza y principios de la LGUM en el presente caso

La reclamación objeto de este informe versa sobre la fianza exigida por la Comunidad Autónoma de Andalucía al fabricante de un dispositivo de cobros y pagos para máquinas recreativas para su inscripción en el Registro de juego de Andalucía (sección fabricantes). La Ley de Juego de Andalucía señala que la finalidad de la fianza es garantizar el pago de eventuales sanciones y tributos. El Reglamento de desarrollo añade la finalidad de cubrir los premios que deban ser abonados. El importe de la fianza es de 60.000 euros.

El análisis de dicha medida limitativa deberá atender esencialmente a la interpretación efectuada por la jurisprudencia en relación con la aplicación de la LGUM a la actividad de juego. En esencia, a tenor de las sentencias dictadas en dicho ámbito:

- La LGUM resulta aplicable a la actividad de juego.
- Si bien las comunidades autónomas podrán exigir fianzas de juego, tales fianzas no se podrán referir al aseguramiento de eventuales sanciones.
- Una fianza se considera proporcionada y no discriminatoria cuando proteja o prevenga los efectos perjudiciales que, de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, pudieran generarse con la actividad, sin que puedan exigirse fianzas comparables en cuanto a su finalidad adicionales a las prestadas en otros territorios.

Así pues, el análisis de la medida establecida deberá efectuarse en términos del principio de necesidad y proporcionalidad establecido en el artículo 5 LGUM:

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.

El listado tasado de razones de interés general figura 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:

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 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.

Sin perjuicio de ello, el artículo 17 de la misma Ley instrumenta tales principios estableciendo los requisitos necesarios para que un régimen autorizador se considere necesario y proporcionado, y añade que la inscripción en un registro se debe equiparar a una autorización:

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

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

Las inscripciones en registros con carácter habilitante tendrán a todos los efectos el carácter de autorización.

En el presente caso, la inscripción en el Registro de Juego del operador interesado tiene carácter habilitante. De este modo, se está en presencia de un régimen autorizador cuya eficacia se condiciona a la prestación de una fianza con la solicitud de primera homologación de un prototipo. Ello determina que las razones imperiosas de interés general que puedan justificar la inscripción (autorización) y la prestación de fianza a tal efecto, estarán limitadas a las de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

Finalmente, el artículo 3 LGUM prohíbe la discriminación de operadores por razón de su lugar de establecimiento, a lo que se unen las prohibiciones del artículo 18.2.d) LGUM a ciertas actuaciones que se consideran contrarias a la libertad de establecimiento, entre las que figura la siguiente:

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 [...]

d) Requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente.

Desde la perspectiva de dichos artículos de la LGUM se examina la justificación de la necesidad, proporcionalidad (adecuación y mínima restricción) y no discriminación de la fianza exigida.

- **Necesidad de la medida**

La justificación de la medida impuesta (fianza de 60.000 euros para la inscripción del interesado en la sección de fabricantes del Registro de Juego) es el aseguramiento de sanciones, tasas y posibles premios que deban abonarse. En este caso, el operador fabrica, no máquinas de juego, sino un dispositivo que sustituye los pagos y cobros en dichas máquinas por un ticket.

De entrada, deben señalarse las dudas que suscita la justificación de la exigencia de fianza a este operador en atención al producto que fabrica (un dispositivo que sustituye el dinero en metálico por un ticket).

Aunque la normativa de Andalucía no lo establezca expresamente, la fianza en materia de juego podría considerarse justificada en razones de protección de la salud pública, una de las razones imperiosas de interés general que, según el artículo 17 LGUM, permiten el establecimiento de una autorización.

Desde tal perspectiva, resulta dudoso que la fianza esté justificada en este caso, pues no aseguraría el daño que pudiera causarse a los usuarios o a un tercero, tal como señaló la SAN de 14 de junio de 2020, la cual rechazó expresamente la finalidad del pago de posibles sanciones, como aquí sucede:

La fianza exigida no lo es para de proteger o prevenir los efectos de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero. No va destinada la fianza a cubrir los posibles efectos perjudiciales que para los destinatarios del servicio pudieran generarse con la actividad, su finalidad se explicita para garantizar el resultado del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

El mismo razonamiento debe llevar a rechazar el aseguramiento del pago de tasas: se trata también del aseguramiento del pago de eventuales deudas a favor

de la Administración, y no de la seguridad y salud de los destinatarios de la actividad. Esto último llevaría también a rechazar que el aseguramiento de posibles premios responda a la protección de una razón de interés general, pues ello no parece directamente vinculado a la salud o seguridad del usuario de los servicios, en los términos del artículo 17.1 LGUM.

La necesidad de que la fianza responda a un riesgo directo para el usuario de los servicios se estableció ya en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de interpretación de la LGUM entre el Estado y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares⁹. En atención a tal normativa básica, la fianza, de un lado, debería quedar circunscrita a las condiciones de ejercicio de la actividad y, de otro, se exigirá en aquellas actividades que supongan un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero¹⁰.

En sentido similar se pronunció el [Informe N 14/2017](#) del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía relativo al proyecto de decreto por el que se modifican determinados artículos de los reglamentos aplicables en materia de juego. Con relación a la modificación del Decreto 250/2005, de 22 de noviembre, ya citado, y particularmente en lo referente a la exigencia de fianzas, el informe

⁹ El Acuerdo de la Comisión Bilateral AGE-Islas Baleares estableció el necesario cumplimiento por la autoridad balear de la normativa básica estatal prevista tanto en el artículo 21 de la Ley 17/2009 como los artículos 5 y 17 de la LGUM. El art. 21 Ley 17/2009 establece: “1. Se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario. [...] La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto [...]. 2. Cuando un prestador que se establezca en España ya esté cubierto por un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía en otro Estado miembro en el que ya esté establecido, se considerará cumplida la exigencia a la que se refiere el apartado anterior. Si la equivalencia con los requisitos es sólo parcial, podrá exigirse la ampliación del seguro u otra garantía hasta completar las condiciones que se hayan establecido en la norma que lo regula”.

¹⁰ Señala el Acuerdo citado: “El artículo 18 relativo a la constitución de fianzas por empresas y personas empresarias que realicen actividades relacionadas con el juego, debe interpretarse en relación con el artículo 21 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, referente a las garantías que se pueden exigir a los prestadores de servicios, en conexión con los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que regula los principios de necesidad y proporcionalidad. [...] En este sentido, ambas partes consideran que, de conformidad con la legislación básica estatal, la constitución de fianzas queda circunscrita a las condiciones de ejercicio de la actividad, y para aquellas actividades que supongan un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario”.

recomendó suprimir la fianza para la inscripción de fabricantes con base en las siguientes consideraciones:

El requisito establecido [prestación de fianzas] podría encuadrarse en la razón imperiosa de interés general más amplia relativa a la lucha contra el fraude que contempla el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Sin embargo, las obligaciones y responsabilidades invocadas estarían relacionadas con los posibles perjuicios que se deriven del ejercicio de la actividad por parte del operador económico y no parecerían responder en ningún caso a los efectos ocasionados de la mera inscripción del operador económico en un Registro, puesto que no es la inscripción sino el ejercicio de la actividad económica el que podría conllevar un riesgo directo y concreto en materia de fraude.

En definitiva, solo podrán considerarse necesarias, de conformidad con el artículo 5 de la LGUM, las fianzas conectadas al ejercicio de la actividad económica, siempre que de dicho ejercicio deriven riesgos, y exista nexo causal entre el objetivo que se persigue y la medida adoptada, es decir, la fianza.

Así pues, es dudoso que se pueda exigir fianza por la inscripción en un registro de un fabricante. Ello no supone la prestación efectiva del servicio ni la relación directa con un consumidor. Expresado en términos de la SAN de 14 de junio de 2020,

La fianza exigida no lo es para proteger o prevenir los efectos de un posible riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero.

Un fabricante no tiene relación directa con el usuario, de manera que no parece existir un riesgo directo y concreto para el usuario derivado de dicha actividad. Ello es especialmente aplicable a este caso, el cual presenta la particularidad de que lo fabricado no es una máquina de juego, sino un dispositivo que no interfiere en el funcionamiento del juego, sino que sustituye el dinero en efectivo por un ticket.

Finalmente, debe señalarse que la circunstancia de que diversas comunidades autónomas no hayan establecido fianza para el operador, e incluso una de ellas (Cataluña) no haya exigido inscripción, pone en duda la necesidad de la medida.

- **Proporcionalidad (adecuación y mínima restricción)**

A las dudas sobre la necesidad de la medida se une que la fianza parece en este caso inadecuada y desproporcionada. Las resoluciones sobre la inscripción del operador, que condicionan la eficacia de la misma a la prestación de fianza en el momento de la homologación del producto, no justifican tal adecuación de la fianza a la finalidad a proteger ni su proporcionalidad.

La adecuación de la fianza supone acreditar el nexo causal entre el interés a proteger y la medida impuesta. En este caso, es dudoso que los intereses a proteger (aseguramiento de sanciones, tasas y premios) estén justificados en los términos de la LGUM, según la interpretación efectuada de la Audiencia Nacional: el aseguramiento de riesgos o efectos perjudiciales concretos y directos para el usuario. Para el caso hipotético de que se considere que concurre un interés a proteger, la resolución de la autoridad competente debería haber explicado los motivos por los que la fianza constituye un medio adecuado para garantizar tal interés. De las alegaciones del operador resultaría que la funcionalidad de tal dispositivo, que se limita a sustituir el dinero por un ticket, sin afectar al desarrollo del juego, tiene más bien una incidencia indirecta y difusa en el usuario de las máquinas de juego. En particular, el operador ha señalado que no interfiere en la dinámica de los juegos y de los premios, pues solo sustituye el dinero en metálico por un ticket. Desde tal punto de vista, la exigencia de fianza no parecería adecuada a la finalidad de proteger la salud o la seguridad de los usuarios, o de evitar efectos perjudiciales derivados de la actividad de juego. En definitiva, existiría una falta de adecuación de la medida impuesta incluso en el caso de las fianzas destinadas al aseguramiento de premios, pues el dispositivo no interfiere en el juego ni, por tanto, en las circunstancias en que tales premios se conceden.

En cuanto a la proporcionalidad de la fianza, el interesado ha puesto de manifiesto las diferencias de precio entre el dispositivo (entre 500 y 1.000 euros), y las máquinas de juego (entre 10.000 y 18.000 euros). Las resoluciones cuestionadas no justifican los motivos por los que en el caso del dispositivo cuya homologación se pretende, el cual forma parte de una máquina de juego, la fianza debe ser de la misma cuantía que para la máquina completa. Asimismo, la proporcionalidad de una fianza de 60.000 euros en este caso debe ponerse en duda en vista de que, según señala el reclamante, diversas comunidades autónomas no han requerido fianza para la inscripción, según lo anteriormente señalado.

- **No discriminación**

Finalmente, la exigencia de fianza debe examinarse desde la perspectiva del principio de no discriminación y de prohibición de limitaciones al acceso a una actividad. En tal sentido, las resoluciones deberían haber considerado las fianzas prestadas por el operador en el territorio de otras comunidades autónomas, tal como exige el artículo 18.2.d) LGUM

En sentido similar se pronunció tanto la SAN de 14 de junio de 2020, ya citada, como el [Informe N 14/2017](#) del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía relativo al proyecto de decreto por el que se modifican determinados artículos de los reglamentos aplicables en materia de juego. El informe señaló que *“en el momento en que no se reconozca por la autoridad de destino una*

fianza que coincide en causa y objeto, dicha fianza se entendería redundante y contraria a la LGUM, por tratarse de un requisito prohibido por el artículo 18.2.d) de dicha Ley”.

A ello habría que añadir que la fianza viene exigida también a los comercializadores y a los operadores que explotan de manera efectiva las máquinas en lugares autorizados a tal fin, lo cual constituye una protección adicional para eventuales intereses públicos¹¹.

III. CONCLUSIONES

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha condicionado la inscripción en el Registro de Juego del fabricante de un dispositivo de cobro y pago en máquinas de juego a la prestación de una fianza de 60.000 euros en el momento de llevar a cabo la primera homologación de un prototipo.

El ejercicio de competencias autonómicas exclusivas sobre juego presencial debe ser conforme con los principios previstos en la LGUM, entre los que figuran el de necesidad y proporcionalidad, así como el de no discriminación. A tenor de dichos principios, la exigencia de fianza en este caso, el cual presenta la particularidad de referirse a un dispositivo de máquinas de juego (y no a la máquina en su totalidad), pudiera no estar justificada en vista de lo siguiente:

- La necesidad de la fianza resulta cuestionable en tanto la inscripción en un registro no constituye una actividad con riesgo concreto y directo para los usuarios de la actividad de juego, no estando justificado que se exija para asegurar el pago de sanciones o tasas. A ello se une que sería también dudoso que pueda exigirse, desde la perspectiva de la seguridad o salud de los usuarios para el pago de posibles premios, sin que su eventual necesidad por tal motivo se haya justificado en este caso.
- La resolución no ha justificado que la fianza por la inscripción del fabricante sea adecuada para la protección de la salud o seguridad de los usuarios pues según señala el operador tal dispositivo no interfiere en la dinámica del juego o de los premios, sino que se limita a sustituir en dinero en metálico por un ticket. Tampoco ha justificado que su importe (60.000 euros) sea proporcionado al posible interés que se pretende proteger en este caso.

¹¹ Las fianzas correspondientes vienen previstas en los artículos 35 y 36 del Decreto 23/2008, que exigen fianza de 60.000 euros para empresas operadoras de máquinas tipo B y C, así como fianzas adicionales en función del número de máquinas que se operen.

- Desde la perspectiva del principio de no discriminación, la resolución no ha justificado que se hayan tenido eventualmente en cuenta fianzas equivalentes prestadas por el operador en otros territorios que podrían responder a la misma finalidad.