



Roj: **SAN 1198/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1198**

Id Cendoj: **28079230062021100113**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/03/2021**

Nº de Recurso: **1/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000001 /2019

**Tipo de Recurso:** PROC PARA LA GARANTIA DE LA **UNIDAD DE MERCADO**

**Núm. Registro General:** 06912/2019

**Demandante:** Comisión Nacional de los **Mercados** y la Competencia

**Demandado:** GENERALITAT VALENCIANA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitres de marzo de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **1/2019**, promovido por los trámites del procedimiento especial para la protección de la garantía de la **unidad de mercado**, e interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, contra la Resolución dictada en fecha 29 de noviembre de 2018 por la Subdirección General del Juego de la Conselleria de Hacienda de la Generalitat Valenciana que deniega a un operador la autorización para la instalación de una maquina auxiliar de apuestas en el establecimiento Bar "La Teja" en la localidad de Burriana (Castellón). Ha comparecido como Administración demandada la Generalitat Valenciana asistida y representada por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que presentara la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que *"estimando el recurso interpuesto, anulando la Resolución de 29 de noviembre de 2018 de la Subdirección General de Juego de la Generalitat Valenciana, por la que se denegó a un operador la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería situado en Burriana (Castellón), así como los apartados 4 y 5 del artículo 38 del Reglamento de Apuestas de la Comunidad Valenciana, aprobado por Decreto 42/2011, de 15 de abril, relativos a la conformidad del explotador de una máquina de tipo B de un local de hostelería para la instalación de una máquina de apuestas en ese mismo local, con expresa condena en costas a la demandada"*.

**SEGUNDO.-** El Letrado de la Generalitat Valenciana contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se *"acuerde la terminación del procedimiento por perdida sobrevenida del objeto"* del presente recurso contencioso administrativo. Y ello porque la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía, ha derogado el artículo 38.4 y 38.5 del Reglamento de Apuestas de la Comunitat Valenciana aprobado por Decreto 42/2011, de 15 de abril. Precepto reglamentario que constituía la base jurídica de la denegación de la autorización ahora impugnada.

**TERCERO.-** Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 17 de marzo de 2021.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Abogado del Estado, en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los **Mercados** y la Competencia, ha interpuesto recurso contencioso administrativo, al amparo del procedimiento especial para la garantía de la **unidad de mercado**, contra la Resolución de 29 de noviembre de 2018 de la Subdirección General del Juego de la Conselleria de Hacienda de la Generalitat Valenciana que deniega a un operador la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en el establecimiento Bar "La Teja" en la localidad de Burriana (Castellón). Y ello porque en la solicitud presentada no se había incorporado la firma y el consentimiento de la empresa operadora de máquinas tipo B que ya tenía instaladas en ese mismo establecimiento. Requisito exigido en el artículo 38.4 y 38.5 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunitat Valenciana al especificar:

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

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

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

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

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda presentado por el Abogado del Estado en defensa de la CNMC solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada así como la del artículo 38, en sus apartados 4 y 5, del Decreto 42/2011 por cuanto implica el establecimiento de obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los **mercados** y ello es contrario a los principios de necesidad y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la **Unidad de Mercado**, al principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la misma Ley, así como al principio de la prohibición de la intervención de competidores en materia de autorizaciones.

Apoya su solicitud de nulidad indicando que la resolución recurrida, al supeditar la concesión de una autorización administrativa (la autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas) a la intervención, en este caso directa, de un competidor en el **mercado** del juego y las apuestas, vulnera el artículo 18.2 g) de la LGUM porque impone un límite o requisito para el acceso o ejercicio de una actividad económica que no aparece justificado por alguna razón imperiosa de interés general, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la LGUM. Precisa, además, que el artículo 18.2.g) LGUM prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de otorgamiento de nuevas autorizaciones, remitiéndose a tal efecto al

artículo 10.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio.

Por lo demás, reprocha a la resolución recurrida el incumplimiento del artículo 5 de la LGUM, dado que la Resolución recurrida impone un límite o requisito para el acceso o ejercicio de una actividad económica que no aparece justificado por alguna razón imperiosa de interés general, siendo en todo caso desproporcionada, contraviniendo el artículo 8 de la misma ley. Y añade que, en este supuesto, la presentación de un documento de conformidad del explotador de máquinas tipo B del mismo local no obedece a razón de salud pública alguna, sino que su única finalidad es la protección de la situación económica de este último operador de máquinas tipo B.

En definitiva, según expone el Abogado del Estado, los principios de proporcionalidad y de necesidad previstos en el artículo 5 de la LGUM deben tenerse en cuenta antes de introducir medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. Principios que no se respetan por el indicado artículo 38.5 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunitat Valenciana que ha servido de base jurídica para la resolución administrativa que se impugna.

Concluye así el Abogado del Estado señalando que este requisito genera en el caso concreto injustificadas barreras efectivas al acceso y ejercicio de la actividad económica analizada.

**TERCERO.-** Por el contrario, la Generalitat Valenciana en su escrito de contestación a la demanda solicita que se dicte sentencia acordando la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida del objeto del presente recurso contencioso administrativo. Y ello porque la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía, ha derogado, entre otros, el artículo 38 del Reglamento de Apuestas de la Comunitat Valenciana aprobado por el Decreto 42/2011, de 15 de abril. Precepto reglamentario que constituía la base jurídica de la denegación de la autorización ahora impugnada.

Expone que la nueva normativa ha eliminado la posibilidad de instalar nuevas máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería y en recintos deportivos de tal manera que, con la nueva regulación solo se permite instalar máquinas tipo B en esos establecimientos y en un máximo de dos. Justifica la Ley dicho cambio normativo en la protección de los menores de edad y en la restricción del acceso a las máquinas.

Y en este sentido destaca que, ante ese nuevo panorama normativo - suprime la posibilidad de instalar máquinas de apuestas en los establecimientos de hostelería y similares- el régimen de autorización previsto en el Decreto 42/2011, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Valenciana, y en particular el artículo 38 queda derogado. Esta derogación, según expone, implica que el presente recurso en lo sustancial ha perdido su objeto.

**CUARTO.-** Expuestas las distintas alegaciones formuladas por las partes personadas en este proceso debemos destacar que el artículo 38.5 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunitat Valenciana -que ha sido la base jurídica de la resolución administrativa dictada por la Generalitat Valenciana- se ha derogado por la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat Valenciana, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía.

Sin embargo, ello no implica una pérdida del objeto del presente recurso como así plantea la Administración demandada. Y ello porque la citada derogación legislativa que ha afectado al Decreto 42/2011 no tiene efectos retroactivos que pudiera implicar la nulidad "ex tunc" de la resolución administrativa que se ha dictado durante su vigencia y que se ha impugnado en este proceso por el Abogado del Estado.

Por ello, el presente procedimiento debe seguir adelante.

**QUINTO.-** Conviene desde un principio destacar que la impugnación efectuada por la CNMC se ha realizado con arreglo al procedimiento especial de garantía de la **unidad de mercado** lo cual implica que la adecuación de los acuerdos impugnados deba hacerse con arreglo a los parámetros recogidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la **unidad de mercado**. Y especialmente si los mismos vulneran los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los artículos 5 y 3, respectivamente, de la Ley 20/2013, de Garantía de la **Unidad de Mercado**.

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la **Unidad de Mercado**, "esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la **unidad de mercado**". Y se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la **unidad de mercado** en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este **mercado** mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación.



E introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el **mercado** único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la **Unidad de Mercado**, afirma que "... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella".

El conflicto así planteado supone analizar si, a pesar de que la autoridad autonómica ha aplicado la legislación autonómica sectorialmente aplicable, no obstante, los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la **Unidad de Mercado** aconsejaban un análisis más abierto a la libertad de empresa para crear así un entorno más favorable a la competencia y a la inversión. Principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la **Unidad de Mercado** que deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias tal como así dispone el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Precepto que dispone: "*Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia*". Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con las autorizaciones, así como con los requisitos exigidos para su otorgamiento respecto del ejercicio de las actividades económicas - art. 9.2.b) de la Ley 20/2013-. Además, el artículo 16 de la Ley 20/2013 dispone que "*el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo 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*".

**SEXTO.-** Debemos, por tanto, analizar si la Generalitat Valenciana al dictar las resoluciones administrativas ahora impugnadas ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la **unidad de mercado**. Dicho precepto dispone:

*"1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*

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

Y 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 prevé como "*razones imperiosas de interés general*": "*...razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a 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*".

Los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la **Unidad de Mercado** se han declarado conformes a la CE por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 y respecto de estos ha señalado que:

*"El artículo 5 supone:*

*i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica,*



cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 .

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE , pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política ( STC 53/2014, de 10 de abril , FJ7º " .

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013 , una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen... Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad.....

....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013 , y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

**SÉPTIMO.-** A la vista de este planteamiento únicamente corresponde a esta Sala examinar si los acuerdos impugnados adoptados por la Generalitat Valenciana, que deniegan la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un bar por no presentar el documento de conformidad de la empresa operadora de máquinas tipo B, han respetado los principios de necesidad y de proporcionalidad aludidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la **Unidad de Mercado**.

Debemos, por tanto, examinar si la Generalitat al denegar la referida autorización ha tenido en cuenta, no solo los requisitos previstos en la legislación autonómica sectorialmente aplicable, sino si esos requisitos se han examinado atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la **unidad de mercado**. Y ello porque las autoridades competentes están obligadas a observar y a respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad en las actuaciones administrativas adoptadas en su ámbito de actuación - art. 9 de la Ley 20/2013-; y, además, porque las autoridades administrativas están obligadas a la observancia de esos principios cuando, como es el caso, se trata de autorizaciones exigibles para el ejercicio de las actividades económicas.

Por eso, en ese conflicto, el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la **unidad de mercado**, exige que cualquier límite 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. Sin embargo, en el caso analizado, aunque la Generalitat Valenciana se ha apoyado en el artículo 38.5 del citado Decreto 42/2011, lo cierto es que se ha limitado el ejercicio de actividades económicas sin tener en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad por cuanto, no se han indicado los motivos por los que la exigencia de la conformidad del titular de una máquina tipo B ya instalada en el local de hostelería en el que se pretende



instalar una máquina auxiliar de apuestas es necesaria para alcanzar los objetivos perseguidos en orden a garantizar el control del número de máquinas, la salud y el orden público.

No se cuestiona con este pronunciamiento la competencia ni la regulación de la Generalitat valenciana en materia de juego. Revisamos exclusivamente que la autoridad autonómica ha dictado la resolución impugnada apoyándose únicamente en las exigencias previstas en la legislación autonómica sectorial sin tener en cuenta que la Ley 20/2013, de Garantía de la **Unidad de Mercado**, impone que la fijación de cualquier límite al acceso a una actividad económica deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y deberá ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Consecuentemente, en atención al principio de proporcionalidad, debían justificarse las razones por las que otro tipo de medidas no eran posibles o no permitían atender adecuadamente a la protección de las posibles razones imperiosas de interés general existentes.

Como expone el Tribunal Constitucional en la sentencia 79/2017, de 22 de junio: *"En efecto, y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes podrán imponer requisitos, deberes, prohibiciones, restricciones y limitaciones a las actividades económicas siempre que se justifiquen en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad"*.

Pues bien, en el caso que examinamos, no ha quedado justificada la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la imposición de la exigencia que analizamos en la solicitud de la autorización y que aquella sea imprescindible para garantizar el control del número de máquinas, la salud y el orden público, sin que existan otros medios para la consecución de dichos objetivos.

Por otra parte, el artículo 18.2.g) LGUM prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de otorgamiento de nuevas autorizaciones, remitiéndose a tal efecto al artículo 10.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio. Así, el citado artículo 18.2 prohíbe la intervención directa o indirecta de competidores mediante su remisión a la Ley 17/2009 del siguiente modo: *"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 naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio"*.

Y el mencionado apartado f) del artículo 10 de la Ley 17/2009 reitera tal prohibición en los siguientes términos: *"En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: Intervención directa o indirecta de competidores (...)"*.

En virtud de todo lo expuesto, esta Sala comparte con el Abogado del Estado que el artículo 38.5 del Decreto 42/2011, en cuanto exige un documento de conformidad del explotador de máquinas tipo B del mismo local, contraviene lo dispuesto en el artículo 18.1.g) de la LGUM porque, al tratarse ambos casos de máquinas relativas a la actividad de juego y apuestas, las empresas que explotan tal tipo de máquinas serían competidoras. Resulta evidente que el titular de la máquina B instalada en el local concreto resulta un competidor relativamente próximo al del terminal de apuestas a instalar en el mismo local (a no ser, evidentemente, que ambos titulares sean el mismo).

Así las cosas, concluimos que el artículo 38.5 del Decreto 42/2011, al supeditar la concesión de una autorización administrativa (la autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas) a la intervención del titular de la máquina de juego tipo B, ya instalada en el local, incurre en la prohibición contenida en el artículo 18.2 g) de la LGUM.

En consecuencia, debemos estimar el presente recurso a los efectos de anular la resolución recurrida en cuanto deniega la autorización para la instalación de una máquina de apuestas por la falta de la conformidad del titular de la máquina de juego tipo B ya instalada en el establecimiento hotelero, así como los apartados 4 y 5 del artículo 38 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Valencia, en cuanto que dicha exigencia constituye una limitación al ejercicio de una actividad económica ya que el incumplimiento de dicho requisito ha determinado la denegación de la solicitud, con la consiguiente restricción de la posibilidad de ejercer la actividad económica correspondiente. Criterio este que esta misma Sección ya ha seguido en la sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2020 en el GUM nº 20/2017.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la Administración demandada.

**FALLAMOS**

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. **1/2019** promovido por el Abogado del Estado en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia** por los trámites del procedimiento especial para la protección de la garantía de la **unidad de mercado** contra la Resolución dictada en fecha 29 de noviembre de 2018 por la Subdirección General del Juego de la Conselleria de Hacienda de la Generalitat Valenciana que deniega a un operador la autorización para la instalación de una maquina auxiliar de apuestas en el establecimiento Bar "La Teja" en la localidad de Burriana (Castellón) y, en consecuencia, anulamos la actuación administrativa impugnada por no ser conforme a derecho.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.