

La exigencia del consentimiento del titular de la autorización de las máquinas tipo B ubicadas en un local de hostelería en un proceso de autorización de máquinas auxiliares de apuestas, constituye una limitación a la libertad de establecimiento no justificada

Se confirma la sentencia que anuló la resolución de la Xunta de Galicia denegatoria de una autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería, así como el art. 55.2 y 4 f) del Reglamento de apuestas de dicha Comunidad, en lo relativo a la exigencia, en las solicitudes de autorización, como la controvertida, de “documento de conformidad firmado por la persona titular del local, por la empresa comercializadora y explotadora, y, en su caso, por la empresa operadora de máquinas de tipo B”.

Señala el Tribunal que las actividades de juego están incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado -LGUM-, por lo que las restricciones que impone la normativa del juego deben ser respetuosas con los principios de necesidad y proporcionalidad. En el caso de la normativa gallega no se exponen las razones por las que se exige la aprobación del operador de la empresa de la máquina tipo B, respondiendo a singulares intereses de las operadoras de las máquinas, a quienes se les dota de la capacidad de posibilitar o no la nueva instalación. Concluye la Sala que ello implica una restricción no justificada contraria al principio de libertad de acceso a la actividad del juego, que infringe el art. 5 de la LGUM.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.ª

SENTENCIA 1442/2022, DE 08 DE NOVIEMBRE DE 2022

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 500/2021

Ponente Excmo. Sr. MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

En Madrid, a 8 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 500/2021 interpuesto por el procurador de los tribunales D. Argimiro Vázquez Senín en representación de Explomarsa Coruña SL, Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO), Tuimil SL, Iglesias Morrazo SAU y Recreativos Portas SL, asistidos del letrado D. Santiago Moreno Molinero, contra la sentencia de 12 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 20/2017, procedimiento para la Garantía de la Unidad de Mercado.

Se han personado como partes recurridas la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia representada por el Abogado del Estado; y el procurador de los tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén en representación de la Xunta de Galicia, con la asistencia letrada de D.ª Sabela Carballo Marcorte.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Resolución de 16 de mayo de 2017 de la Delegación Territorial de la Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, (confirmada por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado LGUM, según comunicación de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado SECUM de 3 de julio de 2017), se denegó una autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería de Betanzos (La Coruña).

La denegación se fundaba en que la correspondiente solicitud de autorización no cumplía con los requisitos reglamentariamente establecidos, por no acompañar a la misma el documento de conformidad firmado por la empresa operadora de máquina tipo B que exige el art. 55.2 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Planteado recurso contencioso administrativo por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, se tramitó ante la Audiencia Nacional con el núm. 20/2017, procedimiento en el que se dictó sentencia estimatoria de fecha 12 de noviembre de 2020, y anulando la resolución, así como los arts. 2 y 4.f) del Decreto 162/2012 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La Sala puntualiza con carácter previo, que se trata de examinar la resolución con arreglo a los parámetros recogidos en la LGUM y, determinar si se han vulnerado los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los arts. 5 y 3 del mencionado texto legal. En particular: "el conflicto así planteado supone analizar sí, a pesar de que la autoridad autonómica ha aplicado la legislación autonómica sectorialmente aplicable, los principios de necesidad, y de proporcionalidad 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" y determinar sí la Xunta de Galicia "al acordar la referida denegación de la solicitud de autorización de instalación y localización de máquinas auxiliares de apuestas, por no presentar el documento de conformidad de la empresa operadora de máquina tipo B, ha tenido en cuenta, no solo los requisitos previstos en la legislación autonómica 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".

Partiendo de lo anterior, la Sala de instancia concluye que "aunque la Xunta de Galicia se ha apoyado en el artículo 55.2 del citado Decreto 162/2012, 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 ha indicado los motivos por los que la exigencia de la conformidad del titular de una máquina tipo B ya instalado en el local de hostelería en el que se pretende instalar una máquina de apuestas sea necesaria para alcanzar los objetivos perseguido en orden a garantizar el control del número de máquinas, la salud y el orden público".

Añade que no se cuestiona con este pronunciamiento la competencia ni la regulación de la Xunta de Galicia en materia de juego, pero que 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, lo que no se ha realizado en este caso.

En segundo lugar, la Sala recuerda que el art. 18.2.g) LGUM prohíbe la intervención directa o indirecta de competidores en los procedimientos de otorgamiento de nuevas autorizaciones, remitiéndose a tal efecto al art. 10.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio, según cuyo tenor "En ningún caso se supeditarán el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: intervención directa o indirecta de competidores (...)". Y teniendo en cuenta el informe de la Dirección General de Juego que considera que la explotación de máquinas tipo B y de máquinas de apuestas son actividades competidoras, conviene con el Abogado del Estado, que el art. 55 del Decreto autonómico, al supeditar la concesión de una autorización administrativa a la intervención del titular de la máquina de juego tipo B, ya instalada en el local, incurre en la prohibición contenida en el art. 18.2.g) de la LGUM.

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia se preparan recursos de casación por parte de Iglesias Morrazo SAU, Explomarsa Coruña SL, Recreativos Portas SL, Tuimil SL, y la Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO), representada por el mismo procurador de los tribunales y con un contenido idéntico.

La Sala mediante Auto de 18 de enero de 2021, tiene por preparado los recursos de casación, con emplazamiento a las partes para comparecer ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personadas las partes en tiempo y forma ante este Tribunal, mediante Auto de 17 de noviembre de 2021 se admitieron los recursos de casación preparados bajo el núm. 500/2021, declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

"completar, matizar, precisar o, en su caso corregir la jurisprudencia en las SSTs de 20 de junio de 2018 (casación 1810/2016) y de 22 de octubre de 2019 (RCA 4238/2018) en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería), desde la perspectiva de la intervención de un tercer competidor en el procedimiento de autorización de la actividad (en este caso, intervención del titular de una máquina B respecto de la solicitud de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en el mismo establecimiento)".

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, los artículos 5 y 18.2.g) de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado en relación con los artículos 3.11 y 10.2.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios.

CUARTO.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Senin en representación de las recurrentes Explomarsa Coruña SL, Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGO), Iglesias Morrazo, Tuimil SL, y Recreativos Portas SL, en su escrito de interposición, invoca las siguientes infracciones:

1.- Infracción del art. 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), al considerar la sentencia que la Xunta de Galicia, al dictar la resolución administrativa impugnada por la CNMC, no tuvo en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en dichos artículos, así como considerar la no existencia de razones imperiosas de interés general.

Considera la sentencia que no se ha motivado la concurrencia de razones imperiosas de interés general, por parte de la Xunta de Galicia, que justifiquen la denegación de la solicitud de autorización administrativa, cuando en realidad sí existía tal justificación fundamentada en razones de salud pública y orden público. Con la medida planificadora de referencia, lo que realmente, pretende y consigue, es que el juego a través de Máquinas Auxiliares de Apuestas, no proliferen de manera indiscriminada, en locales de hostelería, que no tenían Máquinas de Tipo B instaladas, en el momento

de la publicación del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de Galicia.

La Sentencia tampoco ha tenido en cuenta que la resolución recurrida y los apartados 2 y 4.f) del art. 55 del Reglamento de Apuestas de Galicia, no conculcan el art. 5 de la LGUM en cuanto al principio de proporcionalidad, dado que, por un lado, permite la instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería y, por otro lado, establece que un 20 %, del parque de máquinas Auxiliares de Apuestas (720) pueden instalarse en locales de hostelería donde no haya una máquina de tipo B.

2.- Infracción del artículo 18.2.g) LGUM al considerar la sentencia que la resolución administrativa de 16 de mayo de 2017 de la Xunta de Galicia y los apartados 2 y 4.f) del artículo 55 del Reglamento de Apuestas de Galicia, incurren en la prohibición en él establecida de intervención de competidores en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones administrativas.

La sentencia realiza una indebida aplicación o una impropia interpretación al considerar que las empresas operadoras de máquinas de tipo B y de apuestas deportivas son competidoras, cuando no es así. La situación de empresa competidora solo se daría, en términos mercantiles, cuando dos unidades empresariales ofrecen el mismo producto en el mismo mercado y tienen, por tanto, idéntica clientela potencial pudiendo resultar intercambiables y sustituibles entre sí, La conclusión del Abogado del Estado es que se trata de empresas competidoras porque ambas se refieren a la actividad de juego, pero no toma en consideración los fines y características del juego, de los potenciales jugadores y de las empresas. Argumenta sobre la gran diferencia entre el jugador aportante y el jugador de máquinas B para razonar que no se aprecia al sustituibilidad o intercambiabilidad de los productos/servicios.

La Sala de instancia falla con base en una serie de informes y criterios presentados por la Abogacía del Estado, que manifiestan un claro desconocimiento del Sector del juego privado, y sin la más mínima argumentación empírica al respecto.

Las máquinas de juego de tipo B, están reguladas, en la Comunidad Autónoma de Galicia, por el Decreto 39/2008, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar. Por su parte, las Apuestas Deportivas, están reguladas en la Comunidad Autónoma de Galicia, por el Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas. Normativamente y a través de una regulación claramente diferenciada, nos encontramos ante dos actividades, el juego a través de Máquinas tipo B y las Auxiliares de Apuestas, que poco o nada tienen en común, con todo lo que ello conlleva.

Por tanto, el jugador que se pone delante de una Máquina de tipo B, y el apostante que lo hace delante de una Máquina Auxiliar de Apuestas, poco o nada tiene que ver, en cuanto a sus fines y características, y por ende las empresas que operan uno y otro juego.

Y termina enumerando las siguientes pretensiones:

1.º.- Estime el recurso de casación,

2.º.- Case y anule la sentencia recurrida,

3.º.- Fije, complete, matice, precise o en su caso corrija la jurisprudencia en las SSTS de 20 de junio de 2018, y de 22 de octubre de 2019, en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas de limitación del ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería) desde la perspectiva de la intervención de un tercer competidor en el procedimiento de autorización de la actividad (en este caso intervención del titular de una máquina B respecto de la solicitud de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en el mismo establecimiento).

4.º.-Resuelva las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, desestimando el recurso Contencioso Administrativo interpuesto por la CNMC contra la Resolución de 16 de mayo de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Jefatura Territorial de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, y en cuanto a los apartados 2 y 4.f) del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio de la Xunta de Galicia por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas, por ser conformes a Derecho.

QUINTO.- El Abogado del Estado en representación de la CNMC, presentó su escrito de oposición, en el que manifiesta en relación a las cuestiones del recurso de casación:

1. - 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 Unidad de Mercado.

Considera que a la actividad del juego le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los arts. 3 a 19 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Además, 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 delimitaciones 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.

En este caso no se trata de la actividad autorizadora, sino del establecimiento de un concreto requisito que la condiciona hasta el punto de excluir el propio ejercicio de la actividad económica solicitada.

En definitiva, se establece como requisito necesario para otorgar la autorización el consentimiento expreso de la empresa operadora de la máquina tipo B ya instalada en el establecimiento de hostelería de que se trate. Considera que hay dos elementos que deben analizarse de forma diferenciada, (1) no se trata de la justificación de la necesidad de la actuación administrativa sino (2) de la justificación de la idoneidad y proporcionalidad de un concreto requisito para otorgar la autorización.

La exigencia de que por la solicitud de la autorización de instalación y ubicación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería que cuente con una autorización de instalación y ubicación para máquina de tipo B vigente, se acompañe el documento de conformidad de la empresa operadora de máquina tipo B, constituye, en efecto, una limitación al ejercicio de una actividad económica por cuanto el incumplimiento de dicho requisito determina la denegación de la solicitud, con la consiguiente restricción de la posibilidad de ejercer la actividad económica correspondiente.

2.- La actividad económica relacionada con el juego está sujeta a 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, en particular la prohibición de la intervención directa de competidores en el otorgamiento de autorizaciones administrativas.

La denegación de la autorización de instalación de una máquina auxiliar de apuestas se fundamentó en el art. 55, apartados 2 y 4.f) Reglamento de apuestas de Galicia. El primer apartado exige que con la solicitud de autorización de instalación de una máquina de apuestas en un local de hostelería se aporte el documento de conformidad del titular de una máquina de tipo B que ya opere ese local, Y el segundo se refiere específicamente al documento de conformidad del operador de la máquina tipo B ya instalada en el local.

La exigencia anterior se subsume de manera exacta en la prohibición establecida por el art. 18.2.g) de la LGUM en relación con el art. 10.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio.

Y solicita se dicte sentencia, que, al resolver la cuestión planteada y aplicar a la misma y a dicho efecto la doctrina fijada, desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida por no haber quedado acreditadas las razones imperiosas de interés general alegadas para justificar una limitación a la actividad económica y su necesidad y proporcionalidad, y porque el art. 55 del Decreto 162/2012, al supeditar la concesión de una autorización administrativa (la autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas regulada en el apartado primero del art. 55) a la intervención del titular de la máquina de juego tipo B, ya instalada en el local, incurre en la prohibición contenida en el art. 18.2.g) de la LGUM.

SEXTO.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, actuando en nombre y representación de la Xunta de Galicia presenta escrito y solicita se tenga por no formulada oposición al recurso interpuesto, habida cuenta de que son las partes codemandadas las que interponen el recurso de casación.

SÉPTIMO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 25 de octubre de 2022, en que se ha llevado a efecto, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las sociedades mercantiles "Iglesias Morrazo S.A.U.", "Explomarsa Coruña S.L", "Recreativos Portas S.L", "Tuimil S.L" y la "Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO)" interponen el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2012 que estima el recurso contencioso-administrativo n.º 20/2017 formulado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la resolución de fecha 16 de mayo de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Xefatura Territorial da Vicepresidencia e Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xusticia de la Xunta de Galicia, que denegó una autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería en la localidad de Betanzos (A Coruña).

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional de la Competencia por el cauce procesal contemplado en el artículo 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, anula la resolución administrativa de la Xunta de Galicia y asimismo, anula los apartados 2 y 4,f) del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, que aprueba el Reglamento de apuestas de la referida Comunidad Autónoma, en lo relativo a la exigencia, en las solicitudes de autorización de instalación de una máquina auxiliar de apuestas, del "documento de conformidad firmado por la persona titular del local, por la empresa comercializadora y explotadora y, en su caso, por la empresa operadora de máquinas de tipo B".

SEGUNDO.- Posición de las partes procesales.

El recurso de casación promovido por las indicadas mercantiles denuncia la vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía para la Unidad del Mercado (LGUM), por la quiebra de los artículos 5 y 3 de la reseñada Ley en relación al principio de necesidad por cuanto la Sentencia no expresa la concurrencia de razones imperiosas de interés general, cuando en realidad, sí existe una justificación de la medida cuestionada fundada en razones de salud y orden público pues la finalidad que se persigue es que no proliferen de manera indiscriminada el juego a través de máquinas auxiliares de apuestas en los locales de hostelería que no contaban con máquinas de tipo B instaladas en el momento de la publicación del Decreto 162/2012, de 7 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de Galicia.

Tampoco se vulnera el artículo 5 LGUM en su vertiente de la proporcionalidad, dado que permite la instalación de estas máquinas auxiliares en establecimientos de hostelería -que no se permite en todas las Comunidades Autónomas- y establece que un porcentaje del 20% del parque de máquinas auxiliares de apuestas pueden instalarse en locales de hostelería donde no haya una máquina de tipo B, de modo que la medida adoptada resulta proporcionada al fin perseguido, la especial naturaleza de la actividad del juego y los riesgos que implica.

En segundo lugar, también consideran infringido el artículo 18.2 g) de la aludida Ley de Garantía de Unidad de Mercado, al considerar la Sentencia impugnada que la resolución recurrida y los artículos 2 y 4 f) del Decreto Autonómico incurren en la prohibición contenida en el citado precepto, realizando una indebida aplicación o una impropia interpretación al considerar que las empresas operadoras de máquinas de tipo B y de apuestas deportivas son competidoras, cuando no es así. La situación de empresa *competidora* solo se daría, en términos mercantiles, cuando dos unidades empresariales ofrecen el mismo producto en el mismo mercado y tienen, por tanto, idéntica clientela potencial pudiendo resultar intercambiables y sustituibles entre sí,

Y añaden que los dos tipos de máquinas de juego en liza, la tipo B y las máquinas auxiliares de apuestas presentan notables diferencias en lo que se refiere al tipo de juego, como también al público al que van destinadas, de modo que no pueden considerarse competidoras como afirma la sentencia recurrida.

La Xunta de Galicia se persona en el recurso de casación si bien manifiesta que "no se formaliza oposición al recurso de casación", sin presentar alegaciones.

El Abogado del Estado se opone al recurso de casación alegando que 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 añade que, el establecimiento de limitaciones en la regulación del juego cuenta asimismo con el respaldo de la legislación interna, tanto estatal como autonómica. En este caso no se trata de la actividad autorizadora, sino del establecimiento de un concreto requisito que la condiciona hasta el punto de excluir el propio ejercicio de la actividad económica solicitada. En definitiva, se establece como requisito necesario para otorgar la autorización el consentimiento expreso de la empresa operadora de la máquina tipo B ya instalada en el establecimiento de hostelería de que se trate. Existen dos elementos que en puridad deben analizarse de forma diferenciada: (1) de un lado, no se trata de la justificación de la necesidad de la actuación administrativa, sino (2) de la justificación de la idoneidad y proporcionalidad de un concreto requisito para otorgar la autorización. Considera que la jurisprudencia ya ha establecido el criterio para la delimitación, y que la inclusión de las actividades del juego en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado requiere que el establecimiento de límites a la instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería ha de 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 que esté suficientemente justificado.

TERCERO.- Cuestiones de interés casacional.

Delimitadas las posiciones de las partes procesales, procede entrar a examinar las cuestiones que revisten interés casacional objetivo señaladas en el Auto de la Sección Primera de la Sala de 17 de Noviembre de 2001, que es completar, matizar, precisar o en su caso, corregir la jurisprudencia en torno a la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego, desde la perspectiva de la intervención de un tercer competidor en el procedimiento de autorización de la actividad.

Hemos de partir en nuestro examen de la inclusión de las actividades de juego en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, pues como dijimos en la Sentencia de 22 de Octubre de 2019 (RC 4238/2018) aun cuando es cierto que actividad de juego por dinero es una actividad regulada y que su reglamentación establece requisitos y restricciones de diversa índole, no hay razón para excluir que esa regulación deba operar dentro de los límites que marca la Ley 2/2013, de manera que las restricciones que impone la normativa del juego deben ser respetuosas con los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 a 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013. (FJ.º 5 *in fine*)

Sentado lo anterior, nos corresponde determinar si la Sentencia de la Audiencia Nacional ha interpretado y aplicado de forma correcta los principios de necesidad y proporcionalidad contemplados en el artículo 5 la referida Ley de Garantía de Unidad de Mercado, y si, como declara la Sala de instancia, la exigencia -en la autorización de una máquina auxiliar de apuestas- de la intervención del titular de una empresa explotadora u operadora de máquinas tipo B, prevista en el Decreto gallego del juego implica un límite injustificado a la libertad de establecimiento, a la libertad de circulación.

Cabe recordar que el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad del Mercado 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."

El Decreto de Galicia 162/2012, de 7 de Junio, que aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Autónoma, contiene una regulación general de las modalidades de apuestas basadas en actividades deportivas o de competición, incluidas las hípicas, con excepción de las mutuas deportivo-benéficas. En su Título IV, capítulo III regula las apuestas en locales de hostelería. Y en su artículo 55, la "Autorización de instalación y ubicación de máquinas de apuestas". Dispone en sus apartados 2.º y 4.º lo siguiente:

"2. La instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería que cuente con una autorización de instalación e localización para máquina de tipo B vigente requerirá la solicitud previa de autorización de instalación e localización, a la que se acompañará un documento conforme al modelo normalizado firmado conjuntamente por la empresa titular de la autorización de comercialización y explotación de apuestas, por la persona titular del negocio y por la empresa operadora de máquinas de tipo B.

(...)

4. Junto con la solicitud deberían aportarse, además, los siguientes documentos (...)

f) Documento de conformidad firmado por la persona titular del local, por la empresa comercializadora y explotadora y, en su caso, por la empresa operadora de máquinas de tipo B."

El requisito que se contempla en los indicados apartados 2 y 4 f) del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, consiste en que en los procedimientos de autorización de instalación de máquinas auxiliares de apuestas en locales de hostelería en los que previamente se encontraba instalada una máquina de juego tipo B, la necesaria intervención -y conformidad- de la empresa operadora de la

máquina tipo B. Esto es, para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería que alberga una máquina tipo B, es imprescindible, además de la aceptación del titular del local, la conformidad documental del operador de esta última máquina tipo B.

Así las cosas, es claro que la imposición de la aprobación del operador de la empresa de la máquina tipo B constituye en principio, una limitación o restricción a la libertad de establecimiento en cuanto sujeta la autorización de la máquina auxiliar al necesario y previo consentimiento de un tercero titular de la máquina tipo B, con intereses económicos propios.

Precisamente el alegato de las partes recurrentes -que no es seguido por la Xunta de Galicia- radica en que la exigencia controvertida se encuentra justificada en las especificidades y singularidades de la regulación del juego y en la capacidad planificadora de la Administración autonómica en defensa del interés general, la salud pública de los consumidores y usuarios, con especial mención a los menores de edad y al orden público.

Pero tales genéricas e imprecisas explicaciones resultan claramente insuficientes en orden a la justificación de la concreta medida consistente en el necesario consentimiento del titular de la máquina tipo B que se encuentra en el mismo local de hostelería.

En el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia no se exponen las razones por las que se adopta la aludida medida como requisito imprescindible para la autorización de la instalación de las máquinas auxiliares, nada se dice en el Preámbulo que no se refiere en absoluto a este extremo. Únicamente el Título IV que se refiere a "de los locales de apuestas y sus condiciones" recoge los establecimientos autorizados para dicha actividad, relacionando las condiciones que deben cumplir en los distintos espacios de apuestas, sin más especificaciones, siendo así que la Xunta de Galicia, que se persona en autos, no aporta razones al respecto y no formula oposición al recurso casación.

Vemos que ni en el Preámbulo del Decreto Gallego 162/2012, de 7 de junio, ni a lo largo de su articulado se advierten las razones que puedan justificar la necesaria intervención del titular de la máquina tipo B ya emplazada en el local de hostelería en la que se pretende ubicar la máquina auxiliar de apuestas. Tampoco son suficientes las distintas razones esgrimidas por las operadoras recurrentes para justificar la medida restrictiva, como son la finalidad de evitar la proliferación de locales con juego, el orden público o la salud pública ni, en fin, la salvaguarda del interés general, pues, amén de su carácter vago, ninguna viene a sustentar la participación y conformidad de un sujeto tercero para la autorización de la instalación de estas máquinas auxiliares de apuestas.

La medida acordada no tiende objetivamente a garantizar la salud, el orden público, ni tampoco garantiza *per se* la proliferación indiscriminada de locales en los que se autoriza el juego y más bien parece responder a los singulares intereses de las operadoras de máquinas tipo B establecidas en los locales de hostelería, a quienes, en definitiva, se les dota de la capacidad de posibilitar o no la nueva instalación, al configurarse su conformidad como un elemento imprescindible para la tramitación de la solicitud de la nueva instalación de las máquinas de apuestas.

En fin, ni las explicaciones relativas a la salud pública y al orden público, que presentan un carácter excesivamente genérico y lacónico, ni la conveniencia de concentración del juego en los locales donde ya existe juego -que no se proyecta sobre la medida controvertida- constituyen una justificación suficiente de la necesidad de la medida restrictiva con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. El *déficit* de justificación se confirma por la constatación de que la Administración autonómica no ha ofrecido ninguna explicación aceptable sobre la exigencia de la intervención de un tercero titular de otro tipo de máquinas, con intereses propios, en un procedimiento de autorización de las máquinas auxiliares. En conclusión, no se proporciona ningún argumento de carácter sustancial que justifique que para la autorización de una máquina auxiliar de

apuestas sea imprescindible el consentimiento del operador de la máquina tipo B primeramente alojada en el local de hostelería.

Aún admitiendo, como indican los recurrentes, que la actividad del juego está sometida a una amplia regulación, es cierto que una restricción como la analizada, consistente en la aprobación o avenencia de un tercero no responde al propósito o finalidad de salvaguardar intereses generales, sino que tiende a la protección de intereses particulares y comerciales concernientes a los titulares de las máquinas originariamente instaladas, de cuya aquiescencia o permiso se hace depender la autorización de una nueva terminal de apuestas en el mismo local.

Por consiguiente, la intervención en el procedimiento de autorización de un tercer sujeto ajeno a la propia instalación -como sería el titular del local de hostelería- que ejerce actividades de juego en el mismo establecimiento y que tiene intereses económicos propios -ya sea o no competidor- que ha de prestar su aceptación expresa y documentada a la instalación de la nueva máquina, significa e implica una restricción no justificada al principio de libertad de acceso a la actividad del juego, contraria a lo dispuesto en el artículo 5.º LGUM.

Finalmente, la parte recurrente indica en su recurso que no nos hallamos ante sujetos competidores, por cuanto las máquinas tipo B y las auxiliares de apuestas presentan diferentes características y funcionamiento, se refieren y operan en distintos sectores -el juego y las apuestas- a la vez que están dirigidas a un diferente público. Pues bien, con independencia de su consideración de sujetos "competidores" a los efectos de lo establecido en el artículo 18.1 g) de la LGUM, es lo cierto que una vez establecida la falta de acreditación de la necesidad y justificación de la medida examinada ex artículo 5 de la mencionada Ley, no resulta necesario dilucidar si concurre tal condición de competidores o no entre los titulares de las diferentes máquinas, ni tampoco examinar los criterios de sustituibilidad o intercambiabilidad de las ofertas de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE.

CUARTO.- 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:

Reiteramos la jurisprudencia de la STS n.º 1408/2019, de 22 de octubre, dictada en el RCA 4238/2018, de 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, 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 exigencia del consentimiento del titular de la autorización de las máquinas tipo B previamente ubicadas en un local de hostelería en un proceso de autorización de máquinas auxiliares de apuestas, constituye una limitación a la libertad de establecimiento no justificada, contraria a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, en el sentido de que no es necesaria para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general.

QUINTO.- 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,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto:

1.- No ha lugar al recurso de casación número 500/2021 interpuesto por Explomarsa Coruña SL, Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO), Tuimil SL, Iglesias Morrazo SAU y Recreativos Portas SL, contra la sentencia de 12 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 20/2017, procedimiento para la Garantía de la Unidad de Mercado, que se confirma.

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que refiere a las costas del proceso de instancia.

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

Así se acuerda y firma.