TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO [ORD] nº: 4 /000369/2021-OM

N.I.G: 46250-33-3-2021-0002376
Ponente: D/Dª MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO
Demandante/Recurrente: ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE SALONES DE JUEGO Y RECREATIVOS DE LA C.V.
Procurador/Letrado: MARIA ELENA CLIMENT FERRER /NICOLAS GONZALEZ-DELEITO DOMINGUEZ y JORGE BOTELLA CARRETERO
Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE HACIENDA Y MODELO ECONOMICO
Procurador/Letrado: /ABOGADO GENERALITAT VALENCIA

A U T O

Iltmos. Sres.Magistrados:

D. Manuel José Domingo Zaballos (presidente).
D. Miguel Ángel Narváez Bermejo (ponente).
Dña. Estefanía Pastor Delás.

En Valencia, a 26 de septiembre de dos mil veintitrés.

H E C H O S

Primero: En esta Sala y Sección se siguen los autos nº 369/2021, recurso interpuesto por Asociación de Empresarios de Salones de Juego y Recreativos de la Comunidad Valenciana (Anesar-CV) contra el *Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1/2020, de 11 de junio de la Generalitat, de regulación del juego y prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana*, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana de 4 de agosto de 2021.

Segundo.- En el escrito de demanda la parte actora interesó de este Tribunal dictara sentencia con el siguiente pronunciamiento: 1.- Se estime íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto y se acuerde anular los arts. 5, 6, 10, 11, 12, y 13 del Decreto 97/2021, con expresa condena en costas a la administración demandada.

Termina el escrito procesal de la parte actora invocando el artículo 19.3.b del Tratado de la Unión Europea y el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y solicitando de esta Sala que plantee *cuestión prejudicial de interpretación* al Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la compatibilidad del art. 5, 6, 10, 11, 12, 13

del Decreto 97/2021, de 16 de julio, que desarrollan los arts. 45.5) y 6) y las disposiciones transitorias segunda y décima de la Ley 1/2020 con el Derecho de la Unión, en concreto con el artículo 49 y el 56 de dicho Tratado, en relación con el sector del juego. También interesaban el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Tercero.- Seguida la tramitación del procedimiento, incluyendo el recibimiento del pleito a prueba – admitida documental obrante en las actuaciones- y presentados escritos de conclusiones por las partes demandante y demandada, se fijó fecha para deliberación y fallo, decidiendo la Sala dejarla sin efecto y -como diligencia final de fecha 22-6-2023- oír a las partes acerca de la incidencia -en relación con el pedimento de plantear cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE- sobre la supuesta vulneración de los arts. 26 y 49 a 56 del TFUE por parte de los arts. 45.5 y 45.6, disposición transitoria segunda y disposición transitoria décima de la Ley 1/2020, de 11 de junio desarrollados por los arts. 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, y 13 del Decreto impugnado 97/2021, de 16 de julio. Demandante y demandada presentaron sus respectivos escritos de alegaciones.

Terminó deliberándose el asunto en fecha 20 de julio de 2023.

Expresa el parecer de la Sala el Magistrado Ponente, D. Miguel Ángel Narváez Bermejo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Derecho nacional.

En el recurso contencioso administrativo que nos concierne que ha dado lugar al procedimiento ordinario 369/2021, se impugnan los siguientes artículos 5, 6, 10, 11, 12 y 13 del Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat Valenciana de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana, que desarrolla las medidas y reglas introducidas por la Ley 1/2020, de 11 de junio ya mencionada, más concretamente sus arts. 45.5 y 6, la disposición transitoria segunda y la disposición transitoria décima de dicha Ley.

El tenor literal de dichos preceptos es el siguiente:

-Art. 45. 5 y 6 de la Ley 1/2020: "5. Los establecimientos que correspondan a las modalidades mencionadas en los apartados c y e del punto 3 de este artículo no pueden situarse a una distancia inferior a 850 metros de centro educativo acreditado por la Consellería competente en materia de educación para impartir educación secundaria obligatoria, bachillerato, ciclo de formación profesional básica y enseñanzas artísticas

profesionales. Esta restricción de distancia no se aplica a los establecimientos de juego situados fuera de suelo residencial.

6. Los establecimientos que correspondan a las modalidades mencionadas en los apartados *b*, *c* y *e* del punto 3 de este artículo no pueden situarse a una distancia inferior a 500 metros de otro establecimiento que pertenece a alguna de las modalidades mencionadas en los apartados *b*, *c* y *e* del punto 3 de este artículo."

-Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2020: "Las autorizaciones concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley mantienen la vigencia por el período para el cual fueran concedidas. La posible renovación o prórroga de estas autorizaciones posteriores a la entrada en vigor de esta ley se someterá al cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley y en las normas de desarrollo, no obstante no les será de aplicación el requisito de distancia entre establecimientos de juego, regulado en el apartado 6 del artículo 45 de esta ley".

-Disposición transitoria décima de la Ley 1/2020: "Por un período máximo de 5 años desde la entrada en vigor de esta ley se establece la suspensión de nuevas autorizaciones de establecimientos de juego, así como de nuevas autorizaciones de explotación de máquinas de tipo B o recreativas con premio, destinadas a ser instaladas en locales de hostelería o similares.

En caso de que en la tramitación de una renovación de autorización de establecimiento de juego, el emplazamiento actual del mismo no cumpla con el requisito de distancia establecido en el apartado 5 del artículo 45 de esta ley, no es de aplicación la suspensión a la que se refiere el párrafo anterior para tramitar una nueva autorización en otro emplazamiento.

Durante este período, la Conselleria competente en materia de juego debe coordinar un estudio que analice el impacto social y sobre la salud pública de las instalaciones de juego existentes (locales específicos de juego y máquinas de juego en locales de hostelería). A partir del resultado de este estudio, la Conselleria competente en materia de juego debe proponer las limitaciones en el territorio valenciano del número y la distribución admisible de locales de juego y de máquinas de tipo B o recreativas con premio para locales de hostelería o similares, teniendo en cuenta criterios de salud pública, poblacionales, socioeconómicos y territoriales."

-Art. 5 del Decreto 97/2021: " 1. Para la renovación de los establecimientos de juego que no cumplan el requisito de distancia establecido en el apartado 5 del artículo 45 de la Ley 1/2020, a la que se refiere el párrafo segundo de la disposición transitoria décima de la misma, las personas titulares deberán presentar, ante la dirección territorial de la Conselleria competente en materia de juego de la correspondiente provincia, la pertinente documentación para tramitar la autorización correspondiente al nuevo emplazamiento.

2. Los establecimientos de juego contemplados en el anterior apartado, cuya autorización tenga su vencimiento entre la fecha de entrada en vigor de la nueva ley reguladora del juego y el 31 de octubre de 2021 podrán permanecer, transitoriamente, abiertos y continuar en funcionamiento en su ubicación. Para ello, con anterioridad al momento en que acaezca tal vencimiento, deberán presentar una declaración responsable en la que manifiesten encontrarse en tal coyuntura temporal, su voluntad de mantener la misma actividad en el futuro emplazamiento y la finalización de la actividad de juego en el local en que se encontraban ubicados, que no podrá extenderse más de nueve meses de la fecha de la presentación de tal declaración. En el plazo de un mes tras obtener la renovación de la autorización, sin que en ningún caso pueda rebasarse el límite de los nueve meses, la empresa operadora llevará a cabo el cierre definitivo del antiguo local, comunicándolo a la Subdirección General de Juego que procederá a efectuar la baja del mismo en el correspondiente Registro. En caso de que no se cumpla voluntariamente con el cierre definitivo del antiguo local se procederá a la clausura del establecimiento, sin perjuicio de la imposición de las sanciones a que pudiera haber lugar."

-Artículo 6 del Decreto 97/2021: " 1. La tramitación del expediente de renovación se realizará por la dirección territorial de la Conselleria competente en materia de juego que corresponda al nuevo domicilio donde se quiera ubicar el salón. Si durante la tramitación nuevamente se cambiara la provincia del nuevo local, el expediente se remitirá a la dirección territorial que corresponda por razón del territorio, sin necesidad de formular nueva declaración responsable a que se refiere el apartado 2 del artículo 5.

2. La declaración responsable, mencionada en el artículo precedente, se dirigirá a la dirección territorial de la Conselleria competente en materia de juego en la ubicación del nuevo domicilio, acreditando, si no constare, la representación de la persona o entidad solicitante, en alguna de las formas previstas por la Ley 39/2015, por parte de quien formule la solicitud.

3. En el improrrogable plazo de tres meses, desde la fecha de presentación de dicha declaración responsable, deberán efectuar la solicitud ante la dirección territorial correspondiente para obtener la renovación de la autorización de instalación, a la que se acompañará:

a) Documento público que acredite la disponibilidad del local.

b) Declaración responsable de los metros cuadrados útiles del local.

c) Plano de situación del local donde se pretenda instalar el salón de juego, a escala 1/1000 como mínimo, comprensivo de la distancia de 850 metros medidos conforme determina la Ley 1/2020, e informe emitido por personal técnico competente en el que se relacionen los centros educativos acreditados a los que se refiere el apartado 5, del artículo 45 de la Ley 1/2020, así como los números de policía, calles y población o poblaciones comprendidas en el trayecto y las coordenadas geográficas de las puertas de acceso del salón de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de este decreto.

4. La dirección territorial requerirá informe del ayuntamiento de la población en la que solicita instalar el salón de juego, que deberá ser emitido en el plazo de un mes, reputándose favorable transcurrido dicho plazo sin recibir contestación.

5. Se podrá pedir informe a la Conselleria competente en materia de educación sobre la existencia de centros acreditados a los que se refiere el artículo 45.5 de la Ley 1/2020, así como sobre los que pudieran estar en cualquiera de los estados contemplados en el artículo 10.1.b de este decreto. Transcurrido el plazo de un mes sin que se hubiese emitido aquel, se reputará como favorable.

6. Completado el expediente y verificada la documentación por la dirección territorial, el órgano directivo competente en materia de juego dictará resolución sobre la solicitud.

7. Antes de proceder a la apertura del salón, la persona titular de la autorización de instalación deberá solicitar el permiso de funcionamiento, acompañando los siguientes documentos:

a) Licencia municipal de apertura o documentación equivalente.

b) Declaración responsable de los metros cuadrados útiles del local y de la sala de juego.

c) Documento acreditativo del aforo máximo del local expedido por el órgano administrativo competente.

d) Declaración responsable indicando los números de puestos de juego de que dispone el local, diferenciando los correspondientes a las máquinas de tipo A y B, y los que corresponden a otros juegos autorizados, que nunca podrán ser superiores al aforo del local y que respetarán el porcentaje establecido en el artículo 7 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego.

8. La Conselleria competente en materia de juego podrá girar visita de inspección al local, a fin de comprobar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de juego.

9. Si el examen de los documentos presentados y, en su caso, el resultado de la inspección fueran satisfactorios, el órgano directivo de la conselleria competente en materia de juego extenderá el oportuno permiso de funcionamiento y efectuará la inscripción procedente.

10. Si se denegara el permiso de funcionamiento, por tener algún defecto no subsanado, se pondrá en conocimiento del órgano competente dicha circunstancia para dejar sin efecto la autorización de instalación concedida.

11. Una vez otorgado el permiso de funcionamiento, la apertura de nuevos centros educativos acreditados de los señalados en el apartado 5 del artículo 45 de la Ley 1/2020, no determinará el cierre de los salones de juego que se vieren afectados sobrevenidamente por la limitación de

distancias. No obstante, su renovación quedará sujeta a lo establecido en la citada ley.”

-Art- 10 del Decreto 97/2021: “ 1. Al designar el local para el establecimiento de juego se deberán medir las distancias existentes entre el mismo y los siguientes centros y establecimientos:

a) Los establecimientos de juego a los que se hace referencia en los apartados 5 y 6 del artículo 45 de la Ley 1/2020, según proceda, más próximos que estén en funcionamiento o que, no estándolo todavía, hubieran obtenido o solicitado, conforme a la normativa anteriormente vigente, la autorización de instalación.

b) Los centros educativos acreditados por la Consellería competente en materia de educación para impartir educación secundaria obligatoria, bachillerato, ciclo de formación profesional básica y enseñanzas artísticas profesionales, a los que se refiere el artículo 45.5 de la Ley 1/2020, que se encuentren en funcionamiento así como los que estén en fase de proyecto, construcción e incluso aquellos para los que se disponga de los terrenos, solares o locales donde esté previsto su construcción. En el caso de que el centro educativo de naturaleza pública no se encuentre aún en funcionamiento, ni en fase de proyecto o construcción, se considerará como existente a la fecha de la solicitud de autorización del local designado para la apertura del establecimiento de juego, debiéndose medir con él, una vez se haya producido la aceptación de la cesión de los bienes inmuebles donde este prevista la construcción del centro educativo por el órgano competente en materia de patrimonio. Caso de no existir la referida cesión, desde que se adscriban a la Consellería competente en materia de educación igualmente para la construcción de un centro educativo. Los centros educativos de naturaleza no pública, que todavía no hayan sido acreditados, deberán considerarse como existentes a partir de la fecha en la que hayan presentado la solicitud de acreditación o inscripción.

2. La medición de las distancias entre tales establecimientos de juego o entre estos y los centros educativos acreditados por la Consellería competente en materia de educación para impartir educación secundaria obligatoria, bachillerato, ciclo de formación profesional básica y enseñanzas artísticas profesionales, se practicará por el camino más corto

siguiendo una línea ideal de medición de conformidad con las presentes normas.

3. El itinerario deberá transcurrir en su totalidad por viales de dominio público quedando excluidas las rutas de carácter provisional, las de emergencia y las artificiosas.

Asimismo, se excluyen del itinerario las rutas que transcurran por terrenos de titularidad privada, aunque sobre ellos se prevea, por razones de planeamiento, la existencia de una vía pública o esté tolerado su uso para el paso de viandantes.

4. Las circunstancias a considerar para la práctica de la medición serán las existentes en el momento en que se produzca la designación del local del establecimiento de juego dentro del procedimiento en el que se realice. Si se estuvieran realizando obras o similares en los viales, se reputarán como inexistentes.

-Artículo 11 del Decreto 97/2021, de 16 de julio: "1. La medición entre establecimientos de juego se practicará tomando como referencia el punto central de las puertas de acceso del establecimiento de juego (desde el punto de referencia inicial del local designado para el establecimiento de juego) hasta el punto central de las puertas de acceso (el punto de referencia final) de los locales de los establecimientos de juego más próximos con los que debe medirse.

2. La medición respecto a los centros educativos acreditados se practicará desde el punto central de las puertas de acceso (el punto de referencia inicial) del local designado para el establecimiento de juego hasta el punto más cercano del perímetro del terreno o parcela del recinto de los centros educativos con los que deba medirse, con independencia de los accesos de estos.

3. Si las puertas de acceso son varias, se tomará en consideración el punto central de la puerta de acceso del local designado para el establecimiento de juego que ofrezca el itinerario más corto respecto al punto central de cualquiera de las puertas de acceso de los establecimientos de juego ya instalados o, en tanto en cuanto no esté construido, hasta el punto más cercano del perímetro del terreno o parcela del recinto de los

centros educativos acreditados más próximos con los que deba medirse.

4. A partir del punto inicial de medición, el itinerario deberá seguirse por una línea perpendicular al eje de la vía pública en la que se sitúa dicho punto.

La medición debe continuar por este eje, cualesquiera que sean las características de la vía pública, hasta la confluencia con el eje de la siguiente vía o vías públicas.

La medición se prolongará por el citado eje hasta el punto en que coincida con la intersección de la línea perpendicular que se pueda trazar desde el punto final de medición hasta el eje de la vía pública por la que se venía efectuando la medición.

Se continuará por la citada línea perpendicular hasta el punto final de medición determinado de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores."

-Artículo 12 del Decreto 97/2021: " La medición a que se refiere el artículo anterior atenderá a las siguientes precisiones:

a) Cuando en el itinerario a seguir no sea necesario atravesar la vía pública a la que da frente el punto de referencia considerado, no se incluirá en la medición de las distancias la línea perpendicular a la que alude el apartado 4 del artículo 11. Esta regla será aplicable al local inicial de la medición, al local final de la medición o a ambos, según la configuración del itinerario trazado.

b) Si el itinerario de la medición debe pasar por chaflanes, la línea de medición no debe separarse de la fachada del chaflán más de la distancia existente entre el eje de la vía pública de menor amplitud de las que confluyan en el chaflán y la esquina de este.

c) Si el itinerario de la medición debe transcurrir, total o parcialmente, por una plaza, parque público o cualquier otro espacio abierto, debe practicarse por el camino peatonal más corto existente en dicho espacio. En este caso, la medición debe realizarse por el eje de la acera y por los de los pasos destinados a la circulación de viandantes. Si estos no existen, debe medirse por el camino más corto que el viandante pueda seguir por terrenos de uso público autorizado. Si para cruzar una

plaza u otro espacio abierto las ordenanzas municipales permiten hacerlo por su centro, la medición debe practicarse en línea recta, o, en su caso, por la línea que permita realizar el itinerario más corto.
A estos efectos, no se considerarán para la medición de distancias aquellos itinerarios que transcurran atravesando vallas, setos, parterres u otros obstáculos que impidan de forma permanente el tránsito de viandantes.

d) Las mediciones que deban transcurrir a través de escaleras y pasos elevados o subterráneos se realizaran por su eje, teniendo en consideración su pendiente y siempre que puedan considerarse aptos como caminos viales para viandantes."

-Artículo 13 del Decreto 97/2021:

"1. La medición de las distancias se acreditará mediante plano de la zona a escala 1:1000, elaborado por personal técnico competente, sobre el que se represente gráficamente la medición de distancias a tales establecimientos de juego y a los citados centros acreditados más próximos. Con el plano se acompañará un informe técnico en el que se hará constar el resultado parcial de la medición de cada uno de los tramos que componen la totalidad del recorrido a realizar, así como una descripción de los mismos. Tanto los planos como el informe sobre distancias se presentarán certificados por el personal técnico competente.

2. Cuando la escala referida en el apartado 1 resulte insuficiente para la comprobación adecuada de las distancias, se aumentará la misma hasta conseguir la claridad precisa.

3. El sistema de representación será la proyección Universal Transversa de Mercator (UTM) en el huso que corresponda.
4. Toda la información geográfica a la que se hace referencia en el presente decreto estará referida al actual sistema de referencia oficial de España (ETRS89), según el Real decreto 1071/2007, de 27 de julio, por el que se regula el sistema geodésico de referencia oficial en España. "

Segundo.- Disposiciones de la Unión Europea.

-El art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre mercado interior: "1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar el funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.

2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.

3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados."

-El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): Derecho de establecimiento: " En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales."

-El artículo 56 del mismo Tratado. Servicios Libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea: " En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión."

-Art. 106.1: "Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente previstas en los arts. 18 y 101 a 109, ambos inclusive."

-Art. 107.1: " Serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados

miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones."

Tercero.- Argumentos de las partes.

A.- La tesis de la parte demandante, expresada en síntesis, contra el Decreto del Consell 97/2021, que desarrolla la Ley del Juego y Prevención de ludopatías en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana 1/2021 apoya su fundamentación contra las medidas restrictivas de la actividad en el ámbito de las apuestas y juegos contemplados en tales disposiciones en los siguientes motivos de impugnación desarrollados en su escrito de demanda a la que acompaña el dictamen del catedrático de Derecho Constitucional D. Enrique Arnaldo Alcubilla: 1º Los arts. 6,10,11,12 y 13 del Decreto 97/2021 son manifiestamente ilegales por exceder y contradecir la habilitación de la Ley 1/2020 en cuanto a los criterios establecidos para la medición de las distancias entre locales y con relación a centros educativos y por lo que hace a los requisitos para solicitar los cambios de ubicación; 2º El art. 5 del Decreto 97/2021 es inconstitucional al igual que los arts. 45.5 y 45.6 y las disposiciones transitorias segunda y décima de la Ley 1/2020, que desarrolla, por infracción de los arts. 9.3, 14, 33, 38 de la Constitución Española y el bloque de la constitucionalidad (la Ley de Garantía de la unidad de mercado); 3º Nulidad del art. 5 del Decreto 97/2021 en la medida en que restringe injustificadamente los derechos consagrados en los arts. 49 y 56 del TFUE como son la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, estableciendo medidas restrictivas que se consideran desproporcionadas, inidóneas e innecesarias que discriminan a los establecimientos privados con relación a las ventajas que obtienen los establecimientos públicos que desarrollan actividades de juego y apuestas con grave perjuicio para dichos negocios privados; 4º Conforme al principio de primacía del derecho de la Unión europea procede que la Sala no aplique el derecho nacional, lo que nos lleva necesariamente a la anulación del art. 5 del Decreto 97/2021 y a la inaplicación de la Ley 1/2020 o, en caso contrario, al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

B.- En contraste, y también en síntesis, el Abogado de la Generalitat alega lo siguiente acerca del respeto a la normativa de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico nacional: 1º Los arts. 10,11, 12 y 13 del Decreto 97/2021 son conformes al principio de reserva de Ley y no exceden ni contradicen la habilitación concedida por la Ley 1/2020; 2º Los requisitos regulados para solicitar el cambio de ubicación de los locales y establecimientos de juegos y apuestas previstos en los arts. 5,6 y 7 del Decreto 97/2021 son proporcionados y están justificados por razones de interés general; 3º El art. 5 del Decreto 97/2021 y los arts. 45.5 y 45.6 así como las disposiciones transitorias segunda y décima de la Ley 1/2020 son conformes a los arts. 9.3, 14, 33 y 38 de la Constitución

Española y al bloque de la constitucionalidad; 4º Las medidas controvertidas son totalmente compatibles con el derecho de la Unión europea y superan el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) aludido por la parte demandante; 5º Las medidas controvertidas no producen discriminación de los establecimientos de juego privado respecto de los públicos y son idóneas aunque no establezcan regulación sobre el juego " on line". La regulación de esta clase de juego y del juego público no es competencia de la Generalitat Valenciana.

La defensa letrada de la Administración autonómica valenciana no se opuso a la suspensión del procedimiento por causa del planteamiento de la cuestión prejudicial suscitada.

Cuarto: La doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo como referentes para el planteamiento de la cuestión.

El TJCE ha establecido límites a la discrecionalidad conferida a los Estados miembros para determinar los objetivos e instrumentos de su política en materia de juego, al exigir que las restricciones que impongan las autoridades nacionales cumplan los siguientes requisitos:

a) las restricciones deben aplicarse, en todo caso, de modo no discriminatorio.

b) las medidas restrictivas deben ser coherentes y adecuadas para garantizar la realización de los objetivos invocados por las autoridades nacionales.

c) las restricciones impuestas deben ser proporcionadas, y no deben ir más allá de lo necesario para la consecución del objetivo u objetivos en que se fundamenta su adopción;

d) las autoridades estatales no pueden actuar de modo arbitrario y están sometidas, en particular, a una obligación de transparencia que tiene ciertas excepciones.

a) La prohibición de discriminación.

La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad es un valor de la Unión Europea y un principio fundamental del Derecho Comunitario, tal y como establecen los artículos 2 y 3 del TUE y 18 y siguientes del TFUE, e igualmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce expresamente este principio en su artículo 21.

Ello explica que el TJCE se haya mostrado particularmente riguroso a la hora de exigir que las eventuales restricciones que impongan los Estados no sean discriminatorias por razón de la nacionalidad, y sólo se consideran legítimas las que afecten indistintamente a los interesados que estén establecidos en cualquier Estado miembro.

Aunque en casi todos los asuntos sometidos al TJCE en materia de juegos de azar las restricciones impuestas por las reglamentaciones estatales respetaban el mencionado principio, en alguna ocasión se ha constatado que ello no era así. En este sentido, el Tribunal ha declarado la incompatibilidad de la normativa estatal con el Derecho Comunitario en algunos litigios relativos a la fiscalidad del juego. Así, en el asunto C-42/2002, Lindman61, el Tribunal declaró el carácter discriminatorio de la legislación fiscal finlandesa que reconocía la exención fiscal de los premios de loterías organizados en Finlandia, al tiempo que sometía a gravamen los premios obtenidos en otros Estados, concretamente en Suecia. Aunque el Tribunal de Luxemburgo reconoce que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, añade que dicha competencia debe ejercerse respetando el Derecho de la Unión Europea; por ello, y tras constatar que las loterías extranjeras recibían un trato fiscal distinto del que se aplicaba a las loterías finlandesas, apreció el carácter discriminatoria de la normativa controvertida y declaró su incompatibilidad con el Derecho Comunitario.

Esta línea argumental se reitera en el asunto C-153/08, Comisión/ España, donde se cuestionaba la compatibilidad de la Ley española del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que contemplaba una exención fiscal aplicable a los premios repartidos únicamente por ciertos organismos públicos y entidades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro establecidas en España. El Tribunal consideró que dicha normativa constituía una restricción discriminatoria y contraria a la libre prestación de servicios, porque perjudicaba a prestadores de servicios de juegos de azar establecidos en Estados miembros distintos de España.

Además de considerar que tal restricción no era aplicable indistintamente, sino que tenía carácter discriminatorio, señaló que no era posible justificarla invocando razones imperiosas de interés general, como la protección del orden social o la protección de los consumidores. No obstante, la sentencia matiza que esa conclusión no se aplica a todos organizadores de loterías, juegos y apuestas establecidos en Estados miembros distintos de España, sino únicamente a los prestadores de servicios de apuestas que tengan objetivos idénticos a los perseguidos por los organismos y entidades enumerados en dicha disposición.

Más trascendencia reviste la problemática suscitada en el asunto C-64/08, Engelmann, donde se examina la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la legislación austriaca que exigía a los concesionarios que exploten casinos adoptar la forma jurídica de sociedad anónima y les obligaba a tener su domicilio social en Austria. El Tribunal constata que esta última obligación restringe la libertad de establecimiento en el sentido

del artículo 49 TFUE, y discrimina a los operadores con domicilio social en otros Estados miembros puesto que les impide explotar establecimientos de juego en Austria a través de una agencia, una sucursal o una filial. Y añade que si bien esa obligación no impide optar a la concesión, pues sólo es exigible a quien resulte adjudicatario, puede desplegar efectos disuasorios en los prestadores de servicios establecimientos en otros Estados miembros. El Tribunal considera que el objetivo invocado por las autoridades austriacas para justificar tal restricción (permitir un control eficaz de los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar con objeto de evitar la explotación de tales actividades con fines delictivos o fraudulentos) no está justificado, resultando desproporcionada y discriminatoria la exclusión con carácter general de los operadores que tienen su domicilio en otro Estado.

b) La adecuación de las restricciones a los objetivos de la política en materia de juego.

Como hemos indicado, la facultad otorgada a los Estados miembros para establecer los objetivos de sus respectivas políticas nacionales en materia de juego comprende, asimismo, la determinación de las medidas necesarias para la consecución del fin perseguido. Para ello los Estados disponen de un margen de apreciación ciertamente amplio, aunque dicho margen está limitado por los requisitos de adecuación y proporcionalidad que ha establecido la jurisprudencia comunitaria.

De acuerdo con el requisito de la adecuación, se exige que las reglamentaciones nacionales que establezcan medidas restrictivas u obstáculos al mercado interior resulten coherentes con la finalidad perseguida y puedan justificarse a la luz del objetivo que inspira la restricción en cuestión. Con carácter general, una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño en hacerlo de forma congruente y sistemática. El Tribunal de Luxemburgo tiene establecido que corresponde a los jueces nacionales evaluar la coherencia y congruencia de las reglamentaciones nacionales, indicando que deben valorar si las medidas son apropiadas a los fines de interés general que las motivan. A estos efectos, el Tribunal señala que dicha apreciación ha de hacerse de acuerdo con una lógica que exige (1º) tomar en consideración de forma global o conjunta los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales del Estado miembro en cuestión; (y 2º) examinar separadamente cada una de las restricciones impuestas por una normativa nacional con el fin de determinar si son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos invocados.

Y aunque haya precisado con reiteración que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales asegurarse de que las restricciones controvertidas en cada caso responden verdaderamente a los objetivos en que se basan, el TJCE suele inclinarse por considerar coherentes las medidas adoptadas por las autoridades nacionales. No obstante, en ciertas ocasiones se cuestiona abiertamente la congruencia de las restricciones impuestas, como en el asunto Gambelli en el que el Tribunal señaló que *«en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otros juegos de apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, las autoridades de dicho Estado no están legitimadas para invocar como razón de orden público social la necesidad de reducir las oportunidades de juego con el fin de justificar medidas como las litigiosas en el asunto principal»*. También se consideró que no respondía al objetivo de evitar la realización de actividades fraudulentas o delictivas por parte de los operadores del juego, la decisión adoptada por las autoridades italianas de renovar automáticamente, sin licitación, las concesiones exigidas para gestionar y explotar apuestas hípicas.

En la sentencia dictada en el asunto Markus Stoß y otros (asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07), el TJCE ha cuestionado la coherencia de los monopolios públicos sobre apuestas deportivas, instituidos por los Länder alemanes de Hesse y Baden-Württemberg con el objetivo de prevenir la incitación al gasto excesivo en juego y luchar contra la ludopatía. En este sentido, el Tribunal comparte el planteamiento realizado por los órganos jurisdiccionales que remitieron las cuestiones prejudiciales, y que dudaban de que dicho monopolio fuera coherente con los objetivos de la normativa que lo amparan, al constatar que (1º) la publicidad de otro tipo de juegos de azar que desarrollaba el titular del monopolio de apuestas deportivas no se limitaba a lo necesario para canalizar adecuadamente el juego, sino que fomentaba la propensión de los consumidores al juego e incentivaba su participación activa con el fin de maximizar los ingresos derivados de estas actividades; (2º) la explotación de otros juegos de azar con mayor potencial adictivo que las apuestas deportivas explotadas en régimen de monopolio quedaba a cargo de operadores privados autorizados; (y 3º) las autoridades nacionales llevaban a cabo o toleraban políticas de ampliación de la oferta de otro tipo de juegos de azar con un potencial adictivo superior al de las apuestas deportivas sometidas al monopolio cuestionado.

En relación con el requisito de la adecuación, resulta muy ilustrativo el tratamiento que se realiza en la sentencia dictada el 3 de junio de 2010 en el asunto C-258/08, Ladbrokes, que analiza la compatibilidad

con el Derecho Comunitario de la normativa holandesa que establece un régimen de exclusividad en favor de un único operador para organizar o promover juegos de azar. En el citado asunto, el Tribunal Supremo holandés expresaba ciertas dudas sobre el carácter coherente y sistemático de una normativa que, pese a tener como objetivos la protección de los consumidores y la lucha contra la ludopatía y el fraude, permite a los titulares de derechos exclusivos ampliar su oferta de juegos de azar y utilizar mensajes publicitarios para hacer más atractiva dicha oferta.

Para disipar tales dudas el TJCE señala que la concurrencia simultánea de dos objetivos (la protección de los consumidores y la prevención del fraude y la criminalidad en el ámbito de los juegos de azar) exige encontrar un justo equilibrio entre ambos objetivos. Como ya se indicara en Placanica, el desarrollo de una política de expansión controlada que se dirija efectivamente a encauzar la propensión al juego en circuitos legales, es coherente con el objetivo de prevenir el fraude y la criminalidad.

Y para ello los operadores autorizados han de ser una alternativa fiable y atractiva frente al juego clandestino, para lo que han de poder ofrecer una amplia gama de juegos, realizar una publicidad de cierta magnitud y recurrir a nuevas técnicas de distribución. Sin embargo, esa política de expansión controlada en el sector de los juegos de azar es difícilmente compatible con el objetivo de proteger a los consumidores frente a la ludopatía; por lo que tal política sólo puede considerarse coherente si las actividades ilegales tienen una dimensión considerable, y si las medidas adoptadas se dirigen a encauzar la propensión al juego de los consumidores hacia circuitos legales y no a incrementar la recaudación procedente de los juegos de azar autorizados que sólo constituye un beneficio accesorio.

c) El principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad es uno de los principios informadores del Derecho comunitario y su aplicación opera en dos planos diferenciados: por un lado, contribuye a definir el alcance de las competencias comunitarias y las condiciones de su ejercicio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5.4 del TUE; y por otra parte, se proyecta sobre el contenido y límites de los derechos fundamentales, aspecto sobre el que se ha pronunciado con profusión el TJCE, y al que alude expresamente el artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta dimensión de límite frente a la intervención pública hace que el principio de proporcionalidad quede integrado, de acuerdo con el citado autor, por los siguientes elementos:

– la idoneidad, por el que las medidas adoptadas a nivel estatal deben ser adecuadas para la consecución de la finalidad perseguida;

– la necesidad, que demanda que no haya otra medida menos restrictiva para la consecución del fin buscado y, en caso de que existan varias alternativas, precisa escoger la menos restrictiva;

– y la proporcionalidad en sentido estricto, en cuya virtud los beneficios que conlleve la medida para el interés general deberán ser en todo caso superiores a los perjuicios que ocasiona sobre otros derechos.

La jurisprudencia comunitaria sobre juegos de azar ha insistido en que la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas por un Estado miembro, deben apreciarse únicamente a la luz de los objetivos perseguidos y del nivel de protección que pretendan garantizar las autoridades nacionales correspondientes. En este sentido, el Tribunal considera que el criterio de proporcionalidad no requiere que una medida restrictiva responda a una concepción compartida por todos los Estados miembros en lo tocante a las modalidades de protección del interés legítimo.

Esta conclusión es totalmente coherente con la concepción del juego que mantiene el Tribunal de Luxemburgo, y en particular, con el reconocimiento a los Estados de la facultad de diseñar e implementar sus propias políticas nacionales en este campo. De ahí que resulte extraordinariamente complicado extraer conclusiones generales respecto a la proporcionalidad de las restricciones impuestas en cada caso por los Estados, ya que la casuística que impera en este punto es notable y el TJCE recuerda que son las autoridades judiciales del Estado en cuestión quienes han de evaluar la proporcionalidad.

En un primer momento, el Tribunal de Luxemburgo optó por no analizar de forma minuciosa la proporcionalidad de medidas concretas, absteniéndose de realizar juicios explícitos sobre tal extremo. En este sentido, en los asuntos Schindler y Läärä no se consideraron desproporcionados el monopolio de loterías establecido por la legislación británica, ni el otorgamiento de derechos exclusivos para la explotación de máquinas tragaperras previsto en la normativa finlandesa. No obstante, a partir del asunto Gambelli y sobre todo de la sentencia Placanica, el Tribunal realiza un examen más detallado y sistemático de esta cuestión y, en ocasiones, llega a cuestionar la proporcionalidad de algunas medidas impuestas por los Estados. En Placanica, el Tribunal consideró totalmente proporcionada con el objetivo perseguido (evitar que tales operadores se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas) la exigencia de una autorización de policía, considerando adecuada dicha medida, al someter a un control inicial y a una vigilancia continua a los operadores.

Sin embargo, tanto en Placanica como en Gambelli se estimó desproporcionada la prohibición de que las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de otros Estados pudieran ser concesionarias de apuestas deportivas, al considerar que esa medida iba más allá de lo necesario para cumplir el objetivo de prevenir que los operadores de juegos se vean implicados en actividades fraudulentas o delictivas. En particular, el Tribunal señaló que existían medios menos restrictivos para controlar las cuentas y las actividades de dichas sociedades, y que las dificultades para identificar a quienes ejerzan el control sobre dichas sociedades podrían soslayarse con la recopilación de información sobre sus representantes o sus principales accionistas.

Esa mayor determinación del Tribunal a la hora de evaluar la proporcionalidad de las restricciones impuestas por las regulaciones nacionales de los juegos de azar, le ha llevado a poner en cuestión el cumplimiento de dicho requisito en sentencias posteriores. Así, en el asunto C-260/04, Comisión contra Italia, se juzgó desproporcionada la renovación sin licitación de concesiones de explotación de apuestas hípicas por las autoridades italianas; mientras que en el asunto C-153/08, Comisión contra España, también se consideró desproporcionada una normativa que contemplaba exenciones fiscales por premios otorgados por ciertos operadores nacionales, pero no para los concedidos por instituciones similares establecidas fuera de España. Y en una de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en este campo, en el asunto C-64/08, Engelmann, el Tribunal ha considerado desproporcionado el requisito establecido por la legislación austriaca por el que se exige a los concesionarios que exploten casinos tener su domicilio social en Austria.

Este enfoque más detenido y exhaustivo no ha impedido que el Tribunal haya avalado la proporcionalidad de otras restricciones impuestas en este ámbito por las autoridades nacionales. Cabe citar, en este sentido, el respaldo que ha obtenido el sistema holandés de licencias exclusivas para la explotación de apuestas deportivas en la sentencia dictada en el asunto C-203/08, Sporting Exchange, en la que se destaca que la decisión de autorizar a un único operador simplifica el control y evita una mayor competencia entre operadores que pudiera provocar un aumento de la ludopatía.

Para concluir con el análisis de esta cuestión, es interesante mencionar las pautas e indicaciones que se dirigen a las autoridades nacionales en la sentencia de 8 de septiembre de 2010, en los asuntos Stoß y otros, en relación con el monopolio de apuestas deportivas establecido por varios Länder alemanes. El Tribunal señala, en primer lugar, que el establecimiento de un monopolio no exige que las autoridades del Estado

miembro demuestren, antes del establecimiento del monopolio en cuestión, haber efectuado un estudio sobre la proporcionalidad de esa medida. Añade, asimismo, que un régimen de autorización a un único operador (monopolio o derechos exclusivos) simplifica el control de la oferta de juegos de azar y ofrece mayores garantías de eficacia que los sistemas de explotación por operadores privados en situación de competencia.

No obstante, las virtudes que ofrece este modelo de regulación, el Tribunal recuerda que el establecimiento de un monopolio es una medida sumamente restrictiva, que sólo está justificada cuando el objetivo a lograr sea ofrecer un nivel de protección de los consumidores particularmente elevado; y consecuentemente subraya que el marco normativo debe garantizar que el titular del monopolio puede conseguir el objetivo mediante una oferta cuantitativamente moderada, cualitativamente orientada a dicho objetivo y sometida al estricto control de las autoridades públicas.

A la hora de afrontar la cuestión relativa al planteamiento de la cuestión prejudicial que se suscita también debemos partir de la relevancia de la doctrina sentada por la sentencia del T.S. de 22-10-2019, nº 1408/2019, recurso 4238/2018, que confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional de 8-3-2018 que había anulado el art. 4.1 del Decreto 55/2015 que imponía la distancia de 800 metros entre salones de juego por su falta de justificación y desproporción, razonando lo siguiente: "Como hemos visto, el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013 exige, en lo que ahora interesa, que la Administración actuante justifique que limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón de interés general invocada para el establecimiento de restricciones. Y debe destacarse que la concreta restricción a la que se refiere la controversia (distancia mínima de 800 metros entre establecimientos de juego) no solo constituye una indudable limitación sino que supone un significativo agravamiento de la restricción que imponía la reglamentación valenciana precedente, pues, como señala la sentencia recurrida, el anterior decreto 44/2007, de 20 de abril, establecía en su artículo 4.1 una distancia mínima de 200 metros.

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

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

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

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

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

En fin, esta apreciación de falta de justificación suficiente queda corroborada por la constatación de que la Administración valenciana ha

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

Asimismo la citada sentencia a la luz de la normativa de la Unión Europea y con el fin de garantizar la unidad de mercado razona que las medidas restrictivas de la actividad desarrollada por los salones de juego están sujetas a la necesidad de su justificación y su proporcionalidad en cuanto pueden afectar a su libertad de establecimiento, expresando lo siguiente:

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

La actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y fuera también del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio); pero sí resultan en cambio de aplicación a las actividades del juego los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado".

La fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un

lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada."

Quinto: Las razones que justifican el planteamiento por la Sala de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Con los antecedentes y presupuestos del fundamento anterior la Sala debe afrontar el compromiso de razonar y motivar adecuadamente la justificación del planteamiento de la cuestión en función de los concretos interrogantes y preguntas que se suscitan ante el Tribunal de Justicia de la Unión.

La Sala estima necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder emitir el fallo en el presente procedimiento, cuyo objeto es el Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, que desarrolla la Ley Valenciana 1/2021, de 11 de junio, reguladora del juego y prevención de la ludopatía en el ámbito de la Comunidad Valenciana que por la pretensión de las partes demandantes, acogida por la Sala, este órgano jurisdiccional debe ineludiblemente declarar si se ajusta o no a derecho y, en consecuencia, acoger o no el pedimento de nulidad de dicha disposición administrativa. De manera manifiesta el pronunciamiento de este Tribunal Superior de Justicia pende de si la correcta interpretación de las normas comunitarias permite juzgar acomodada la *norma nacional* (en nuestro caso, normativa autonómica valenciana) a los principios y prescripciones del Derecho de la Unión Europea. Con este objetivo debemos traer a colación básicamente los principios axiomáticos de tal ordenamiento que nos deben ayudar a sostener la cuestión prejudicial, examinando si han sido observados por las disposiciones impugnadas, análisis del que depende el juicio de validez de tales normas impugnadas.

Concretamente estos principios del derecho de la Unión Europea, que entran en liza para justificar la cuestión se deben respetar con el fin de que las medidas restrictivas de las actividades recreativas en pro de la consecución de los objetivos económicos, de salud, y sociales que las inspiran y de los niveles de protección de los consumidores que se prefieren otorgar, resulten compatibles con la preservación de tales directrices, para de esta manera no empañar la primacía que se debe otorgar al Derecho de la Unión sobre las normativa nacional de los Estados miembros, son los siguientes : A) El principio de proporcionalidad, en relación con la idoneidad, adecuación y necesidad de las medidas y su carácter no discriminatorio; B) Los principios de libertad de empresa, establecimiento y acceso al mercado y ejercicio de actividades; C) El principio de unidad de mercado y trato uniforme independiente de la cualidad de público o privado que tenga el operador económico, prohibiéndose cualquier tipo de ventajas que falseen la competencia y

favorezcan al sector público; D) En conexión con la prohibición de discriminación la interdicción de ventajas que falseen la competencia o supongan formas encubiertas de monopolio estatal.

Deben quedar al margen de nuestro planteamiento de la cuestión prejudicial todo lo relativo a la justificación de las restricciones que amparan las disposiciones impugnadas de acuerdo con la explicación que se ofrece en la exposición de motivos del Decreto atacado, así como las consecuencias o efectos negativos que surjan como resultado de la aplicación de dicha normativa según las pruebas que las partes han aportado en el procedimiento. Sugerir la resolución de estas cuestiones a través del planteamiento de la prejudicialidad supondría la confusión de planos sobre los que actúan los tribunales nacionales y el que corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A éste se le atribuye a través de este mecanismo accesorio de un litigio principal la garantía de una correcta aplicación uniforme y homogénea de las normas del Derecho de la Unión, evitando interpretaciones distintas de las mismas, pero no la solución que se le debe dar al caso, que debe tener en cuenta no solo esa interpretación sino, entre otros factores o elementos, también las alegaciones y pruebas practicadas en el procedimiento cuya valoración le corresponde al Tribunal nacional que sostuvo la cuestión.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad, adecuación, idoneidad y necesidad de las medidas de implantación de un régimen de distancias mínimas que se establecen en 500 metros entre salones de juegos y de 850 metros de distancia entre salones de juego y centros educativos, la Sala aprecia que resultan incompatibles con tal principio cuando ya están previstas y establecidas otras menos restrictivas pero que se pueden considerar igualmente idóneas y efectivas para la protección de los consumidores y particularmente para los menores de edad como son las siguientes: a) la prohibición de acceso y participación a menores de edad, personas legalmente incapacitadas por sentencia judicial firme, directivos de entidades deportivas y árbitros de actividades sobre las que se hacen apuestas, directivos y accionistas de las empresas de apuestas, las personas portadoras de armas, embriagadas o influenciadas por el consumo de sustancias psicotrópicas, que perturben el desarrollo de los juegos, las personas que figuren inscritas en el Registro de personas excluidas de acceso al juego (arts. 18 y 19 de la Ley 1/2020); b) la interdicción de publicidad, promoción o patrocinio y cualquier tipo de promoción comercial, incluidas las telemáticas a través de las redes de comunicación social, así como la promoción del juego en el exterior de los locales, la publicidad estática en vía pública y medios de transporte , cartelería o imágenes en cualquier soporte (art. 18 de la Ley 1/2020, de 11 de junio). No se juzga conveniente la necesidad de reduplicar las medidas restrictivas existentes que hemos señalado cuando las mismas se juzgan idóneas para conseguir los objetivos pretendidos por la norma, estimándose menos lesivas y más tolerantes con los principios de libertad de empresa, establecimiento y acceso al mercado y ejercicio de actividades que se tratan de preservar a través de los preceptos del Derecho de la Unión Europea que los priorizan (arts. 26, 49 y 56 del

TFUE) y que sirven como instrumentos útiles para conseguir los mismos fines sin dañar ni sacrificar derechos.

Si estas medidas restrictivas que consisten en la observancia de las distancias que deben respetar los establecimientos de apuestas y juegos no cumplen con la regla de la proporcionalidad exigida, el mismo juicio cabe con relación a las soluciones que determinan la distancia de 850 metros, que debe existir entre los salones de juego y los centros educativos para los establecimientos ya instalados sin cumplir tal distancia, cuando soliciten la renovación de su licencia o autorización tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 1/2020 al disponerse con carácter retroactivo una distancia de 850 metros, ya de por sí desmesurada según apreció la sentencia del T.S. de 22-10-2019 ya citada. El mismo juicio merece la moratoria de 5 años desde la entrada en vigor de la Ley ya mencionada 1/2020 para la concesión de nuevas licencias para establecimientos de juegos y nuevas autorizaciones para la explotación de "máquinas tragaperras", prevista en la disposición transitoria décima de tal legislación, por suponer tal suspensión durante un periodo tan espacioso en el tiempo una suerte de ablación de un derecho consistente en el ejercicio de una actividad lícita. Tales medidas por su nocividad y contundencia suponen la supresión de auténticos derechos como son la libertad de acceso a los mercados y de establecimiento de empresas y negocios, que entran en confrontación con los preceptos del TFUE que justifican esta cuestión prejudicial, en cuanto los niegan.

Por último, en cuanto a la igualdad de trato y congruencia de las restricciones impuestas que se debe garantizar, en el asunto Gambelli el TJUE señaló que *«en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otros juegos de apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, las autoridades de dicho Estado no están legitimadas para invocar como razón de orden público social la necesidad de reducir las oportunidades de juego con el fin de justificar medidas como las litigiosas en el asunto principal»*.

Estos principios, que deben ser observados por todas las Administraciones Públicas integrantes de los Estados de la Unión Europea, que suponen la proscripción de todo tipo de discriminación, no quedan suficientemente garantizados por cuanto solo se contemplan restricciones para los salones de juego de titularidad privada pero no para los que se conceptúan como establecimientos públicos (loterías del Estado, quinielas y apuestas deportivas, ONCE…), que también se libran de las limitaciones en materia de publicidad y controles de acceso a los que están sometidos los primeros. Recordemos que los condicionamientos que se les imponen a los locales privados en el ejercicio de la actividad son los siguientes: a) la observancia de un régimen de distancias mínimas de 500 metros entre salones de juegos y de 850 metros de distancia entre salones de juego y centros educativos; b) el establecimiento con carácter retroactivo de la distancia de 850 metros, que debe existir entre los salones de juego y los

centros educativos para los salones de juego ya instalados sin cumplir tal espacio, cuando soliciten la renovación de su licencia o autorización tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 1/2020; c) el respeto de la moratoria por un periodo máximo de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley ya mencionada 1/2020 para la concesión de nuevas licencias relativas a establecimientos de juegos y para la explotación de máquinas tipo B).

Este tipo de restricciones que no se conciben para los establecimientos públicos presenta la vertiente del falseamiento de la competencia, tendiendo hacia un monopolio estatal del juego, fomentando ventajas injustificadas para el sector público, que reporta ingresos directos considerables para el Estado en detrimento de la libertad de mercado, ocasionando pérdidas, que complican la subsistencia de establecimientos privados en este sector de servicios de la economía, y perjudica una unidad de mercado con igualdad de condiciones en el tratamientos de los agentes, entrando en colisión con los arts. 106.1 y 107.1 del TFUE, así como la libre circulación de mercancías y capitales por todo el territorio de la Unión Europea a la vista de las limitaciones que en esta materia del juego se establecen en nuestro país.

En atención a todo lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: **Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al amparo del artículo 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales,** en interpretación de los artículos 26, 49 y 56 del TFUE, relativas a los servicios en el sector del juego:

1). Los artículos 26, 49 y 56 del TFUE que recogen los principios de libertad de empresa y establecimiento y libre prestación de servicios ¿ deben interpretarse en el sentido de que resultan compatibles con una normativa nacional que (como sucede con el art. 5 del Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, que desarrolla los arts. 45.5 y 45.6 de la Ley 1/2020 Valenciana, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana) establece un régimen de distancias mínimas de 500 metros entre salones de juegos y de 850 metros de separación entre salones de juego y centros educativos, cuando dicha normativa ya dispone asimismo otras medidas menos restrictivas pero que se pueden considerar igualmente efectivas para la protección de los consumidores, el interés general, y particularmente para los menores de edad: a) como la prohibición de acceso y participación a menores de edad, personas legalmente incapacitadas por sentencia judicial firme, directivos de entidades deportivas y árbitros de actividades sobre las que se hacen apuestas, directivos y accionistas de las empresas de apuestas, las personas portadoras de armas, embriagadas o influenciadas por el consumo de sustancias psicotrópicas, que perturben el desarrollo de los juegos, las personas que figuren inscritas en el Registro de personas excluidas de acceso al juego ; y b) como el veto de la publicidad, promoción o patrocinio y cualquier tipo de promoción comercial, incluidas

las telemáticas a través de las redes de comunicación social, así como la promoción del juego en el exterior de los locales, la publicidad estática en vía pública y medios de transporte , cartelería o imágenes en cualquier soporte?

2). Con independencia de la respuesta a la anterior cuestión planteada ¿Los artículos 26, 49 y 56 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la prevista en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2020, de 11 de julio de la Generalitat Valenciana, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana, al establecerse con carácter retroactivo la distancia de 850 metros, que debe existir entre los salones de juego y los centros educativos para los salones de juego ya instalados sin cumplir tal separación, cuando soliciten la renovación de su licencia o autorización tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 1/2020, al ser incompatible tal exigencia con los principios ya señalados de libertad de empresa y establecimiento así como del libre ejercicio de actividades ?

3). Con independencia de las respuestas a las anteriores cuestiones ¿Los artículos 26, 49 y 56 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la prevista en la disposición transitoria décima de la Ley 1/2020, de 11 de julio, de la Generalitat Valenciana, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana, al establecer una moratoria de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley ya mencionada 1/2020 para la concesión de nuevas licencias o autorizaciones para establecimientos de juegos , al ser incompatible tal suspensión de permisos durante un periodo máximo de cinco años, con los principios ya señalados de libertad de empresa y establecimiento así como del libre ejercicio de actividades ?

4).Con independencia de las respuestas a las anteriores cuestiones ¿Los artículos 26, 49 y 56 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la prevista en los arts. 45.5 y 45.6 de la ley 1/2020 Valenciana, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana, por cuanto obligan solo a los salones de juego de titularidad privada pero no a los que son establecimientos públicos, que también se libran de las restricciones a la publicidad y controles de acceso a los que están sometidos los primeros, exonerándoles del cumplimiento de los siguientes deberes: a) La observancia de un régimen de distancias mínimas de 500 metros entre salones de juegos y de 850 metros de separación entre salones de juego y centros educativos; b) El respeto con carácter retroactivo de la distancia de 850 metros, que debe existir entre los salones de juego y los centros educativos para los salones de juego ya instalados sin cumplir tal espacio, cuando soliciten la renovación de su licencia o autorización tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 1/2020; c) El sometimiento a una moratoria por un periodo máximo de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley ya mencionada 1/2020 para la concesión de nuevas licencias o autorizaciones para establecimientos de juegos y apuestas y la explotación de máquinas tragaperras?.

¿ Se oponen los principios de unidad de mercado, de igualdad y uniformidad de trato y no discriminación, entre y para los agentes del sector a estas determinaciones de la normativa interna?. ¿La situación descrita constituye una ventaja que perjudica y falsea la competencia en el sector?.

Remítase testimonio de la presente resolución – y de los autos- al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la "Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo" y copia simple del auto al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos Sres. Magistrados anotados al margen. Doy fe.