JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 de Santander
Procedimiento Abreviado 0000172/2023
NIG: 3907545320230000546
Sección: A1
TX902

Calle Gutierrez Solana s/n Edificio Europa Santander Tfno: 942367323 Fax: 942367325

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón. a través de la sede electrónica.
(Acceso Vereda para personas jurídicas)
https://sedejudicial.cantabria.es/

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones
Fecha: 17/10/2023 11:41
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html
CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

SENTENCIA nº 000137/2023

En Santander, a 10 de octubre de 20232.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Magistrado del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Santander los autos del procedimiento abreviado 172/2023 sobre potestad sancionadora, en el que actúa como demandante D. en nombre y representación de la mercantil , representado y defendido por el Letrado Sr. COBO GUTIÉRREZ siendo parte demandada el AYUNTAMIENTO DE SANTANDER, representado por la Procuradora Sra GONZÁLEZ-PINTO COTERILLO y defendido por la Letrada Sra. DÍEZ ANDREU dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado Sr. COBO GUTIÉRREZ presentó, en nombre y representación indicados, demanda de recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Ayuntamiento de Santander de 27-3-2023 que imponía sanción de 30000 euros por infracción en de la normativa en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas. Solicitó celebración sin vista.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
Juan Varea Orbea,
María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

SEGUNDO.- Admitida a trámite se dio traslado al demandado, que formuló su contestación oponiéndose a la pretensión. A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en 30000 euros y el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante presenta recurso contra la Resolución sancionadora alegando falta de competencia municipal para sancionar los hechos. El actor tiene autorización para explotar la actividad de salón de juego y apuestas y para las máquinas instaladas concedida por la Consejería de Presidencia, Justicia, Interior y Acción exterior del Gobierno de Cantabria. Por tanto, lo desarrollado por la entidad no es un espectáculo público sujeto a autorización o licencia de la Ley de Cantabria 3/2017, de 5 de abril, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria sino una actividad de juego sujeta a la Ley 15/2006 del Juego de Cantabria. Así, la presencia de un menor de edad en el establecimiento sería en su caso una infracción perseguible por la autoridad que ha dado la autorización a la actividad, el Gobierno de Cantabria y no el ayuntamiento.

Frente a dicha pretensión se alza la Administración alegando que no se ha incurrido en infracción alguna, que la prueba es suficiente y no se niega los hechos, el tipo se ha cometido y la sanción es correcta, por cuanto el salón de juegos es una de las actividades recreativas incluidas en el ámbito de la ley 3/2017 correspondiendo la competencia al ayuntamiento.

SEGUNDO.- La potestad sancionadora de la Administración constituye una manifestación del ius puniendi del Estado reconocida en el art. 25 CE y que, como tal, debe estar respaldada por una habilitación legal. Es por ello que se acepte pacíficamente por doctrina y jurisprudencia la necesidad, proclamada reiteradamente por el TC, de aplicar a tal potestad los principios inspiradores y las garantías del Derecho Penal, si bien, con las matizaciones necesarias para adecuarlos a su especial naturaleza, en los términos que ha ido precisando el Alto Tribunal. Así, se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional la aplicación de los principios y garantías derivados del art. 25 CE aplicables al proceso penal, que se recogen en la Ley 40/2015, concretamente, legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad y non bis in idem. De igual manera, se ha declarado la plena aplicación de los derechos y garantías del art. 24 CE,

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones
Fecha: 17/10/2023 11:41
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html
CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

especialmente, el derecho a la presunción de inocencia y la interdicción de la indefensión.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, se hace necesario hacer una breve reflexión sobre el objeto del recurso contencioso administrativo en materia de ejercicio de potestades sancionadoras de la Administración. Como ha señalado la doctrina del TC, no son los Tribunales del orden contencioso administrativo quienes, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, sancionan al administrado, pues la sanción la pone siempre la Administración en el ejercicio de la potestad reconocida por la CE (SSTC 59/2004, 89/1995) sino que su función consiste en el control, como garantía del administrado, del ejercicio de esa potestad, de su adecuación a derecho. Es por ello que la Administración no puede realizar una actividad superior a la de justificar mediante sus alegaciones la juridicidad de su actuación, aunque al administrado, en virtud del derecho de defensa del art. 24 CE y lo establecido en el art. 56 LJ, si se le permitan nuevos alegatos o pruebas con independencia de si se plantearon o no en la fase administrativa previa (SSTC 74/2004). Es por ello que el proceso judicial no pude ser utilizado por la Administración para ejercer sus potestades sancionadoras ni para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (SSTC 59/2004) ni por el órgano judicial para ejercitarlas por aquella (SSTC 161/2003, 193/2003).

TERCERO.- En la resolución recurrida, se sanciona por una infracción muy grave del art. 50.i) Ley 3/2017 de Cantabria de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria en relación a sus arts. 40.2 y 49, se impone sanción mínima de 30000 euros del art. 54.1.

Llama la atención que la multa es de 30 mil euros, cuando el mínimo del art. 54.1 de la ley es de 30001 euros. Puede parecer una nimiedad, pero de haberse impuesto la multa en el mínimo normativo, el presente procedimiento accedería a recurso de apelación, con todo lo que ello supone.

El art. 50.i) de la Ley tipifica como muy grave "*i) La admisión o participación de menores en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos e instalaciones portátiles o desmontables donde tengan prohibida su entrada o participación.*".

El art. 40.2 dispone que *"Protección de la infancia y de la adolescencia.*

1. Sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la legislación específica en materia de protección a la infancia y la adolescencia, reglamentariamente podrá prohibirse el acceso a determinados espectáculos y actividades a los menores de dieciocho años, o condicionar su

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html

CSV: 390754500l-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

participación en los mismos, en especial los que puedan afectar a su integridad física o psíquica, siempre que ello no suponga limitación de los derechos proclamados en el artículo 20 de la Constitución.

2. Se establecen las siguientes limitaciones de acceso y permanencia en los establecimientos públicos e instalaciones portátiles o desmontables, donde se celebren espectáculos públicos y actividades recreativas, respecto de los menores de dieciocho años:

a) Queda prohibida, con carácter general, su entrada y permanencia en salas de fiesta, discotecas, macrodiscotecas, salas de baile, pubs, whiskerías y locales asimilados, con las siguientes excepciones cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente:

1.º Que estos establecimientos cuenten con autorización de sesiones para menores de edad, en los que se permitirá la entrada y permanencia de mayores de catorce años y menores de dieciocho, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley de Cantabria 5/1997, de 6 de octubre, de Prevención, Asistencia e Incorporación Social en materia de drogodependencia.

2.º Que la actividad que se vaya a desarrollar en las salas de fiesta, salas de baile, pubs, whiskerías y locales asimilados sea compatible con la integridad moral y física de los menores, mientras dure la misma y siempre que vayan acompañados de un adulto responsable cuando sean menores de dieciséis años.

b) En las sesiones autorizadas para menores sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones generales y de la aplicación de las normas vigentes en materia de protección de la infancia y la adolescencia, se deberán cumplir, además, las siguientes condiciones:

1.º No podrán explotarse máquinas de juego o azar.

2.º No podrán desarrollarse espectáculos, ni instalarse elementos decorativos o propaganda que pongan en peligro la integridad física o psíquica de los menores.

3.º Tendrán horarios y señalización diferenciada.

4.º Estará prohibido el suministro de tabaco y bebidas alcohólicas, así como la exhibición de bebidas alcohólicas y de su publicidad.".

El art. 49 señala que *"1. Serán responsables de las infracciones administrativas previstas en esta ley las personas físicas o jurídicas que incurran en acciones u omisiones tipificadas en la misma.*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a85323216l89d82283dc872141pGLSAA==

2. Los titulares de los establecimientos públicos y de las instalaciones portátiles o desmontables y los organizadores de espectáculos públicos y actividades recreativas, serán responsables solidarios de las infracciones administrativas reguladas en la presente ley que se cometan en los mismos por quienes intervengan en el espectáculo o actividad, y por quienes estén bajo su dependencia, cuando incumplan el deber de prevenir la infracción.

3. Los citados titulares y organizadores, serán asimismo responsables solidarios, cuando por acción u omisión, permitan o toleren la comisión de dichas infracciones por parte del público o usuarios.

4. En el caso de que se haya producido un cambio de titular del establecimiento público o instalación portátil o desmontable y no se haya formalizado el preceptivo cambio en la licencia o autorización, se considerara titular del mismo al que figure en alguno de los Registros regulados en esta ley en el momento de la comisión de la infracción, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del titular real que actúe como tal en la práctica".

Los hechos declarados probados consisten en que en fecha 12-1-2020 sobre las 22:59 horas, en el establecimiento sito en C/ Francisco Tomás y Valiente nº 19 39011, en el que se desarrolla la actividad de salón de juegos, se identifica a un menor de edad, nacido el 15-7-2002, jugando a la ruleta.

CUARTO.- La demanda se fundamenta en un único motivo: la falta de competencia del ayuntamiento para instruir y sancionar los hechos. Sin embargo, como se verá, a la par que el problema competencial, surge, realmente, un problema de subsunción de la conducta, cuya concurrencia no se niega, en el tipo infractor correcto. Porque, además del problema de la competencia según la Ley 3/2017 de Cantabria de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria, además, se plantea si la presencia el menor en el establecimiento de juegos es subsumible en la Ley 3/2017 de Cantabria de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Cantabria o en la entonces vigente Ley de Cantabria 15/2006, de 24 de octubre, de Juego de Cantabria ahora derogada por la vigente Ley Cantabria 4/2022 de 24 junio de 2022.

El argumento del actor es que, de la misma prueba del expediente administrativo, resulta que los hechos ocurren en un salón de juegos y con unas máquinas allí instaladas que cuentan con todas las autorizaciones administrativas concedidas por el Gobierno de Cantabria. El Estatuto de Autonomía de Cantabria en su art. 24.25 atribuye a la Comunidad Autónoma, en exclusiva, la competencia sobre casinos, juegos y apuestas. Fruto de esa competencia se dictó la Ley del juego 15/2006. La autorización

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

administrativa para la explotación y práctica de los juegos y apuestas incluidos en el ámbito de la ley corresponde a la Consejería del Gobierno de Cantabria. Tal es así que, en su catálogo de infracciones y sanciones, en el art. 32 tipifica como infracciones muy graves, precisamente, la de permitir la entrada en los establecimientos de juego y apuestas a las personas que tengan prohibido en virtud de la presente ley. Es este tipo que debería haberse aplicado, competencia de la comunidad autónoma, y en concreto, según el art. 38, al Consejo de Gobierno. Esta materia se encuentra desarrollada en el Decreto 23/2008 de 6 de marzo. Por lo que respecta a la Ley de espectáculos públicos es una normativa subsidiaria respecto de la ley especial, que es la ley del juego hasta tal punto que la misma norma declara su compatibilidad respecto a las normas sectoriales. Por lo que respecta al anexo en su apartado B-8), establece que se regularán por su normativa específica. Finalmente entiende que de existir un concurso de normas debería resolverse con el principio de especialidad de aplicación de la norma más favorable, pues la ley del juego determinaría una multa de cuantía de 4000 €.

Frente a este argumento al ayuntamiento sostiene que si es competente por aplicación de la ley 3/2017 ya que la actividad está incluida en el anexo B-8) en relación al art. 1 del texto legal. La competencia se regula en el artículo 61.1.

Como puede observarse, la discusión gira en torno a dos cosas: la competencia para sancionar en la citada ley de espectáculos de Cantabria; la aplicación de ésta frente a la Ley del juego, por un concurso de normas.

Del expediente administrativo resulta la denuncia de los hechos formulada por la Policía Local, en concreto tres agentes, haciendo constar que tampoco se presenta la licencia de apertura de la ley 3/2017. Sin embargo, después, se aporta fotografía en el que aparece la licencia municipal de apertura número 38377 concedida por Decreto de alcaldía de 28-3-2018. Tras la incoación del expediente se confiere trámite de alegaciones al interesado que presenta escrito alegando la falta de competencia municipal por aplicación de la Ley del juego de Cantabria tras lo cual se dicta la resolución recurrida que rechaza esa alegación. Junto con la demanda se aporta resolución de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria de 6-4-2018 estimando la solicitud de la entidad actora para la inscripción en el registro de juegos de Cantabria como empresa de salones, quedando facultada para explotar los mismos. También se aporta resolución de la Secretaría General de 12-4-2018 autorizando el funcionamiento del salón de juegos y el uso de las máquinas que indica. Por último, se acompaña resolución de la citada Secretaría General también de 12-4-2018, autorizando la realización de apuestas.

QUINTO.- La Ley 3/2017, en su art. 1 define los siguientes conceptos:

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

e) Establecimiento público: será aquel edificio, local, cerrado o abierto, o instalación permanente en el que se celebren o practiquen espectáculos públicos o actividades recreativas de pública concurrencia.

a) Espectáculos públicos: serán aquellos acontecimientos que congregan a un público que acude con el objeto de presenciar una representación, actuación, exhibición, proyección o distracción de naturaleza artística, cultural, deportiva o análoga que le es ofrecida por los organizadores o por artistas, intérpretes, actores, deportistas o ejecutantes que intervengan por cuenta de aquellos, bien en un local cerrado o abierto, o en recintos al aire libre, espacios abiertos o en la vía pública.

b) Actividades recreativas: serán aquellas que congregan a un público o a espectadores que acuden con el objetivo principal de participar en la actividad o recibir los servicios desarrollados por una persona o conjunto de personas físicas o jurídicas, tendentes a ofrecer o procurar al público aislada o simultáneamente con otra actividad distinta, situaciones de ocio, diversión, deporte, esparcimiento o consumición de bebidas y alimentos.

c) Espectáculos públicos y actividades recreativas de carácter extraordinario: serán aquellos espectáculos públicos o actividades recreativas que no se encuentran amparados por la licencia municipal del establecimiento público donde se pretendan celebrar, de manera inhabitual o inusual con la finalidad de entretenimiento o ambientación y con un determinado motivo o causa que lo justifique.

3. Los espectáculos públicos y actividades recreativas definidos en los apartados anteriores, a su vez pueden ser: a) Permanentes: aquellos que, debidamente autorizados, se celebren de forma habitual e ininterrumpidamente en establecimientos públicos, definidos en el artículo 1.2.e) de la presente ley. b) De temporada: aquellos que, debidamente autorizados, se celebren en establecimientos públicos o instalaciones portátiles o desmontables durante determinados períodos de tiempo, definidos en artículo 1.2 apartados f).

El art. 2 regula los supuestos excluidos de la Ley.

Respecto a su objeto, es el art. 1.1 el que dispone que "1. La presente ley tiene por objeto, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la regulación de todas las actividades relativas a la organización y celebración de los espectáculos públicos y actividades recreativas, así como de las condiciones que deben reunir los establecimientos públicos y las instalaciones portátiles o desmontables donde aquellos se celebren, con independencia de que sus titulares u organizadores sean entidades públicas o privadas, personas físicas o jurídicas, tengan o no finalidad lucrativa.". Y, respecto de su finalidad, es el art. 3 el que señala que "1. La presente ley tiene por finalidad asegurar que los espectáculos públicos y las actividades recreativas se desarrollen garantizándose la seguridad e integridad de los espectadores, participantes y usuarios, así como la convivencia ciudadana, sin que se altere el orden público."

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

Y, respecto de la legislación sectorial, es el art. 4 el que da la norma: Artículo 4. Relaciones con normativas sectoriales. 1. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán sin perjuicio de las demás normas que sean de aplicación para los espectáculos públicos y actividades recreativas, que incidan en aspectos distintos a los regulados por ella. 2. La presente ley será de aplicación supletoria a toda clase de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos e instalaciones portátiles o desmontables donde se celebren aquellos, en todo lo no previsto en la legislación correspondiente.

Las competencias de las distintas administraciones se desarrollan en el art. 7 para la CA y el art 8, para los municipios.

El art. 8 dispone que "*Artículo 8. Competencias municipales. Corresponden a los municipios las siguientes competencias en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas:*

*a) La concesión de las **licencias urbanísticas, medioambientales y de apertura de cualquier establecimiento público** dentro de su ámbito territorial que **haya de destinarse a** la celebración de espectáculos públicos o a **la práctica de actividades recreativas sometidas a la presente ley**, de conformidad con la normativa aplicable.*

b) La concesión de autorizaciones, conforme a lo dispuesto en la presente ley, a las instalaciones portátiles o desmontables, destinadas a la celebración de espectáculos públicos o al desarrollo de actividades recreativas que se celebren íntegramente en su término municipal.

c) La concesión de autorizaciones para la celebración de espectáculos públicos o de actividades recreativas extraordinarias dentro de su ámbito territorial, en establecimientos públicos no destinados o previstos para albergar dichos eventos.

d) La concesión de autorizaciones para la celebración de espectáculos públicos, de actividades recreativas incluidos los de carácter conmemorativo, cuando se pretenda su celebración y desarrollo en establecimientos públicos, instalaciones portátiles o desmontables, o en vías públicas o zonas de dominio público del término municipal.

e) La autorización de las actividades deportivas que discurran exclusivamente por vías de su término municipal, sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado en materia de tráfico y seguridad vial.

f) Los municipios mediante sus correspondientes ordenanzas municipales podrán, dentro de sus competencias, y sin perjuicio de las que corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, añadir requisitos, condiciones o límites para la apertura de

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

establecimientos públicos e instalaciones portátiles o desmontables y a la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas.

g) La prohibición o suspensión de espectáculos públicos o actividades recreativas, no sujetos a la intervención de la Administración autonómica, que se desarrollen sin sujeción a los requisitos establecidos en esta ley, sus normas de desarrollo y los requisitos establecidos por la normativa local.

h) La inspección y control de los horarios de apertura y cierre de establecimientos públicos e instalaciones portátiles y desmontables, y de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas dentro del término municipal.

i) Las funciones de inspección, control y sancionadora de los establecimientos públicos, e instalaciones portátiles o desmontables, de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas sujetos a licencia o autorización municipal. *No obstante lo anterior, la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria podrá sustituir de forma subsidiaria la actividad de inspección, control y sancionadora de los municipios cuando estos se inhibiesen, en los términos previstos por la legislación local.*

j) Cualquier otra que le otorguen las disposiciones sobre establecimientos públicos e instalaciones portátiles o desmontables, espectáculos públicos y actividades recreativas, de conformidad con la presente ley.".

SEXTO.- Respecto al régimen de control administrativo, el art. 17 señala que todas las categorías o actividades del catálogo precisarán o bien licencia o bien las autorizaciones correspondientes. El apartado tercero señala que los municipios a través de sus ordenanzas podrán sustituir el régimen de licencias y autorización municipal por el de comunicación previa. La sección segunda regula **las licencias** en los artículos 21 y siguientes. Concretamente y, por lo que respecta a los establecimientos públicos, se refiera a las licencias municipales sin perjuicio de otras autorizaciones sectoriales que les fueran exigibles. Y señala que los municipios deberán efectuar una previa comprobación de que el establecimiento se ajusta el proyecto presentado por la obtención de la licencia, así como, de la adopción de las medidas correctoras. También regula el art. 22 las denominadas licencias excepcionales y es la **sección tercera la que regula las autorizaciones**. Estas últimas en el art. 23 se refieren a las actividades recreativas y espectáculos públicos que exijan **instalaciones portátiles o desmontables**. El art. 24 exige la autorización municipal para los de carácter **extraordinario** y el art. 25, para actividades **deportivas**. Finalmente, el art. 26 se refiere a las actividades **conmemorativas**. Es decir, la ley prevé, por un lado, las licencias municipales para las actividades permanentes y por otro lado, las

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

autorizaciones para las excepcionales, desmontables, deportivas o conmemorativas. El artículo 28 regula expresamente el horario de los establecimientos públicos. Respecto a las potestades de inspección y control, el art. 41 y siguientes regulan las competencias autonómicas y municipales. Y en los artículos 47 y siguientes se regula el régimen sancionador. Por lo que atañe a la competencia el art. 61.1 señala que *"Los Municipios serán competentes para incoar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores y asimismo, adoptar las medidas provisionales y cautelares que procedan cuando les corresponda la competencia para otorgar las autorizaciones y licencias reguladas en esta ley. Los órganos municipales competentes para la imposición de las sanciones serán aquellos que establezcan la legislación básica de régimen local y su régimen organizativo municipal específico. 2. La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria será competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores y asimismo, adoptar las medidas provisionales y cautelares que procedan, cuando: a) Le corresponda la competencia para otorgar las autorizaciones reguladas en esta ley. b) Por incumplimiento de horarios de cierre de establecimientos públicos, espectáculos y actividades recreativas. c) Así como en aquellos casos en los que se proceda por subrogación en el ejercicio de las competencias sancionadoras municipales. 3. Los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria competentes para ejercer las potestades sancionadoras que le atribuye la presente ley son: a) El Consejo de Gobierno para resolver los expedientes incoados por infracciones muy graves. b) El titular de la Consejería competente en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas por infracciones graves. c) El titular de la Secretaria General de la Consejería competente en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas por infracciones leves."*

En cuanto a las actividades incluidas en el ámbito de esta ley, y sin carácter exhaustivo, el anexo establece un catálogo que incluye las actividades recreativas o de azar señalando que los juegos recreativos y azar son los definidos así en la normativa sectorial del juego. Este mismo catálogo incluye también otros locales públicos como los de restauración en el punto 2, que incluyen bodegas, cafeterías, bares, restaurantes, licorerías, karaokes. Y él punto 9, hace referencia a otras actividades a desarrollar en locales como discotecas, salas de fiestas, pubs, etc.

SÉPTIMO.- A la fecha de los hechos, 12-1-2020, estaba vigente la Ley 15/2006 del Juego de Cantabria posteriormente derogada por la Ley 4/2022, de 24 de junio, de Regulación del Juego de Cantabria que entró en vigor el 2-7-2022. El objeto de esta ley es regular la actividad del juego en Cantabria, y de su articulado resulta la definición de lo que es juego, sus distintas modalidades, apuestas, etc. También se regulan conceptos como los de máquinas de juegos, cubo de boletos y loterías casinos salas, etc. Por lo que respecta a las competencias, los artículos 8 a 10 regular las competencias relativas a la planificación del régimen de juegos y apuestas, aprobación del catálogo de juegos y apuestas, aprobación de los reglamentos de cada

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

Fecha: 17/10/2023 11:41

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

modalidad de juego. También la elaboración de normas para el control y dirección de los juegos, gestión y explotación de los mismos vigilancia y control, condiciones de publicidad, etcétera. Es decir, el objeto de la ley es la regulación del juego en sí pero no dio otros aspectos como son los que regula la ley de espectáculos públicos de Cantabria relativos a la seguridad ciudadana, convivencia, orden público y protección de la infancia. Por lo que respecta a los establecimientos y modalidades del juego es el art. 11 el que regula los requisitos generales y a continuación establece los requisitos específicos para cada modalidad, incluyendo los salones de juego y salones recreativos a los artículos 14 y 15. En cuanto al régimen de autorizaciones es el art. 7 el que establece la necesaria autorización previa administrativa para la organización, explotación y práctica de los juegos. Posteriormente, para cada modalidad de juego la ley establece la duración de esas autorizaciones. De conformidad con el art. 9.1 la concesión de las autorizaciones para gestionar y explotar los juegos y apuestas corresponde a la Consejería competente. Esta ley, efectivamente también contempla un catálogo de infracciones y sanciones. Concretamente, el art. 32 tipificada como muy grave: *ñ) Permitir la entrada en los establecimientos de juego o apuestas a las personas que lo tengan prohibido en virtud de la presente Ley.*

Es el artículo 28.1 a) el que establece la prohibición de acceso a los locales y al uso de las máquinas recreativas de los menores de edad salvo que se trate de salones tipo A.

Ahora bien, una cosa es la aplicación de la norma sancionadora en el tiempo y otra la aplicación de la norma reguladora de competencias. Esto último supone una normativa procedimental donde el principio que debe aplicarse es el de tempus regi factum. Es decir, debe aplicarse la norma relativa al procedimiento y competencia en vigor en el momento de la incoación del expediente. Actualmente está en vigor la Ley 4/2022, de 24 de junio, de Regulación del Juego de Cantabria. Por lo que respecta a la normativa sancionadora rige el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables. Por lo tanto, deberá aplicarse la normativa vigente al momento de los hechos salvo que la posterior será más favorable. El art. 55 e) sigue considerando como infracción muy grave permitir el acceso a los establecimientos del juego a menores de edad. Para estas infracciones se prevé en el art. 59, multa entre treinta mil euros y un céntimo a ciento cincuenta mil euros. En el art. 36 de la anterior ley, sin embargo, la multa era menor, siendo de diez mil euros y un céntimo a ciento cincuenta mil euros.

OCTAVO.- Con esta regulación es posible afirmar que, efectivamente la actividades de juego explotadas por la entidad actora no son un espectáculo público recogido en la ley 3/2017. Sin embargo, no hay ninguna duda de que se trata de un establecimiento abierto al público de los definidos y contemplados en la norma y en el cual se desarrolla una actividad recreativa de las también reguladas en la citada ley. El hecho de que se desarrolle con carácter permanente, como se ha expuesto, no es ningún

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

obstáculo. La norma distingue con toda claridad las actividades recreativas sujetas a licencia de carácter permanente de aquellas otras actividades recreativas, más o menos puntuales, sujetas al régimen de la autorización.

Y en relación a la competencia municipal, el artículo 61 atribuye a los ayuntamientos la competencia para tramitar expedientes sancionadores e imponer sanciones, cuando sean las administraciones competentes para conceder las licencias y autorizaciones previstas en la norma. Pues bien, no cabe ninguna duda de que en el salón de juegos ha obtenido las autorizaciones sectoriales del Gobierno de Cantabria. Pero tampoco existe ninguna duda de que la licencia de apertura con la que cuenta es una licencia municipal, también indispensable para desarrollar la actividad. Y ello sin perjuicio de la eventual licencia actividad clasificada del anexo C Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de control ambiental integrado, punto 25 d), *Salones recreativos o de juegos, bingos*. Es decir, como sucede con muchas actividades concurren varias administraciones que tienen que conceder varias autorizaciones y licencias. Por un lado, está la autorización relativa a la explotación de la actividad de juego correspondiente a la Comunidad Autónoma y, por otro lado, la licencia municipal para el desarrollo de esa actividad recreativa en establecimientos públicos, licencia de apertura de actividades clasificadas o ambas, que correspondería al municipio.

Como se puede observar, desde esta perspectiva, no queda resuelto el conflicto pues en principio concurrirían dos administraciones perfectamente competentes para la tramitación del expediente y la sanción. Y es que, una cosa es la ordenación de una determinada actividad de especial incidencia social como es el juego y otra, el control de las actividades dentro del término municipal de contenido económico o por ser actividades consideradas clasificadas. Lo primero está sujeto a autorización autonómica y, lo segundo, a control municipal.

Realmente lo que se suscitaría aquí, a la vista de que existen dos tipos que en principio sancionan la misma conducta, es si se trata de un concurso de infracciones o de un concurso de normas. El primero de los casos implicaría que se están infringiendo dos normas diferentes susceptibles de generar dos infracciones distintas, con independencia de que se considere un concurso ideal, en cuyo caso sólo cabe una sanción por la más grave de las cometidas o, un concurso real, que permitiría imponer dos sanciones. Desde esta perspectiva lo cierto es que las dos leyes, la del juego y la de espectáculos públicos, tienen por objeto la protección de bienes jurídicos diferenciados. La primera, tiene un objeto muy específico la ordenación de una actividad susceptible de generar un riesgo social como es el juego. Mientras que la segunda tiene por objeto preservar valores como la convivencia ciudadana, la seguridad y del orden público.

En el caso del concurso de normas debería resolverse en aplicación de los principios que, supletoriamente, recoge el derecho penal en el art. 8 CP. Esto significaría que sólo en apariencia concurren dos normas, porque solo se

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d822830c872141pGLSAA==

estaría infringiendo una de ellas. Evidentemente, la apreciación de un concurso de normas en un caso como el presente plantearía el problema de la exclusión del ámbito de competencias de una de las administraciones concurrentes.

Vaya por delante, que en este caso no se ha planteado ningún problema de concurrencia de expedientes que pudiera dar lugar a hablar del bis in idem, o del concurso real o ideal. Lo que la parte actora invoca es el principio de especialidad, en virtud del cual la norma especial debe aplicarse con preferencia la general. En este sentido, evidentemente, la ley de espectáculos de Cantabria es una norma que regula con carácter general todas aquellas actividades recreativas que puedan tener esa consideración. Evidentemente esto no excluye la existencia de normas sectoriales más específicas, como por ejemplo la que regula la actividad recreativa del juego. En este sentido el anexo B) de la ley señala lo siguiente: *"Actividades recreativas: Aquellas que congregan a un público o a espectadores que acuden con el objetivo principal de participar en la actividad o recibir los servicios que les son ofrecidos por el empresario con fines de ocio, entretenimiento y diversión, y se regularán por su normativa específica."*.

Ahora bien, esta norma no hace más que remitir a la regulación específica de la actividad, a esa normativa sectorial. Es evidente que la ley 3/2017 no tiene por objeto regular el contenido de determinadas actividades como pudiera ser el juego. Y es a esto a lo que se refiere esta norma. Aquí, el problema lo plantea el ejercicio de potestades sancionadoras por la concurrencia de competencias entre distintas administraciones territoriales. Esa relación concreta con otras normativas sectoriales de la regula el art. 4 disponiendo *que "Relaciones con normativas sectoriales. 1. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán sin perjuicio de las demás normas que sean de aplicación para los espectáculos públicos y actividades recreativas, que incidan en aspectos distintos a los regulados por ella. 2. La presente ley será de aplicación supletoria a toda clase de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos e instalaciones portátiles o desmontables donde se celebren aquellos, en todo lo no previsto en la legislación correspondiente."*

Pero este precepto tampoco despeja la duda. En su apartado primero lo único que establece es que la nueva ordenación no excluye la específica y sectorial. Y respecto del segundo punto, lo que prevé es la aplicación supletoria en lo no previsto de la legislación correspondiente. No es este el supuesto que se plantea aquí, de laguna en la legislación sectorial, sino de doble regulación.

NOVENO.- Pues bien, la prohibición de la entrada de menores de locales públicos destinados a la actividad del juego y del azar tiene como finalidad la protección de esos menores frente a actividades potencialmente perjudiciales. Es por esa razón que tal prohibición perfectamente se puede considerar parte de la ordenación de la misma actividad del juego. Pero desde esa misma perspectiva, también se puede considerar como parte del

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

bien jurídico protegido de la convivencia ciudadana, de la seguridad y del orden público.

Este juzgador entiende que en ningún caso cabría la imposición de dos sanciones por la afectación de dos tipos distintos. Esencialmente se trata de idéntica conducta regulada dos veces en dos normas diferentes, como por desgracia sucede en muchas ocasiones. Y los bienes jurídicos de la ley de espectáculos, la protección de la infancia frente al juego, claramente se protegen también en la otra. En principio, esto supone admitir que estamos ante un concurso de normas.

Los criterios en el CP se recogen el art. 8 y se corresponden con otros tantos principios generales asentados en el derecho, razón por la cual existe ningún problema para poder aplicar los al ámbito del derecho administrativo sancionador. Tales principios son los siguientes:

- principio de especialidad: el precepto especial se aplica con preferencia al general (lex especialis derogat legi generale). Cuando los requisitos de la conducta típica se encuentran en un precepto más global pero también en otro más específico que añade elementos a los que contiene aquél (ley del comercio de Cantabria respecto a la de Comercio minorista, leyes autonómicas de protección de consumidores respecto a las estatales, normas medioambientales, en las tres administraciones, etc). Siempre prevalece la norma especial, aunque ello suponga una menor pena.

-principio de subsidiariedad: mediante una segunda norma se sancionan conductas menos graves que las descritas en otra principal, evitando su impunidad. Se aplica la subsidiaria solo en defecto de la principal. Es el caso de la pena a quien hace uso de un documento falso que él no ha falsificado respecto del falsificador. La norma principal se incluye en la segundo, pero no al revés (el falsificador será castigado por el tipo de falsificación, no por los dos, al comprender el propio uso). O cuando la norma dice que se sancionan como leves, el resto de infracciones de la ley no tipificadas como graves o muy graves o cuando el perjuicio sea de menor entidad.

- principio de absorción: lo menos se absorbe en lo más en la progresión delictiva. Así, homicidio absorbe a las lesiones provocadas para generarlo; el robo con fuerza absorbe los daños generados para hacer esa fuerza, etc.

- principio de alternatividad: si una conducta encaja en varias normas y no puede resolverse de otra forma por los previos criterios, se aplica el precepto que imponga sanción más grave.

DÉCIMO.- Pero como se dice, el problema es también competencial. Es decir, para poder aplicar los principios propios del concurso de normas es necesario que el órgano que va a resolver pueda dictar la resolución al amparo de los mismos. En este caso, lo que se invoca por la parte actora es el principio de especialidad.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

Dicho esto, desde luego la solución a la cuestión difiere según que se aplique el principio de especialidad que llevaría a aplicar la ley del juego que prevé una sanción menor, pero sobre todo determinaría la falta de competencia o sea se aplica el principio de alternatividad, en cuyo caso habría que entender aplicable la norma sancionadora más grave, con el mismo efecto de exclusión de la competencia autonómica en relación a este concreto tipo.

Lo que sucede es que la administración que ha actuado, la municipal, no puede imponer una sanción conforme a la ley del juego. No puede resolver sobre la base del principio de especialidad lo que le obligaría a declinar su competencia. La cuestión podría suscitarse si se hubiera tramitado y sancionado en primer lugar la administración autonómica. Pero aquí solo intervenido una administración que ha impuesto una sanción en virtud de la norma que le atribuye competencia, tipifica la conducta y fija la sanción. Desde esta perspectiva, se trataría de dos normas que tipifican, en distintos ámbitos competenciales, la misma infracción. Se trataría de dos normas sancionadoras iguales, pero en ámbitos territoriales distintos.

Pues bien, desde la perspectiva del argumento de la falta de competencia en aplicación de la ley de espectáculos públicos de Cantabria, debe concluirse en este caso, que en principio el ayuntamiento sí es competente, en principio, para instruir, tramitar y sancionar las conductas tipificadas en esa ley conforme al art. 61 dado que, para el funcionamiento del salón de juegos, es necesaria una licencia municipal.

Pero desde la perspectiva de la concurrencia de los tipos, es evidente que ambas leyes sancionan el mismo hecho y que en ningún caso podrían imponerse dos sanciones. Si la administración que hubiera incoado el expediente hubiera sido la autonómica, este juzgador no tiene ningún tipo de dudas de que la norma aplicable sería la ley del juego en virtud del principio de especialidad. Efectivamente, frente a la regulación genérica de las actividades recreativas en la ley de espectáculos públicos, la ley del juego constituye una normativa especial de una de esas actividades recreativas contempladas con carácter general en la primera. Es decir, el problema sería de concurrencia o concurso de normas a resolver por el principio de especialidad. La cuestión se complica desde el momento en que la administración local, que en principio tiene competencia también al ser la administración competente para conceder la licencia de actividad o de apertura, en ningún caso puede resolver el conflicto por aplicación de las reglas del concurso de normas. Ello, sencillamente porque carece de competencia para aplicar la ley especial, la del juego. Esto lleva a plantearse si, en casos como éstos, en los que existen dos normas que atribuyen competencia a dos administraciones distintas que concurren para sancionar la misma conducta, la atribución de la competencia genera la existencia de dos infracciones distintas, de manera que el problema de la posible concurrencia de infracciones debería resolverse con el principio de aplicación del non bis in ídem.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
Juan Varea Orbea,
María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

Y la conclusión a que llega este juzgador es que debe resolverse el conflicto como un conflicto de normas aplicando el principio de especialidad. No estamos ante un supuesto o en que está en juego la autonomía local, por la aplicación de una ordenanza municipal que contenga un tipo frente a una norma de otra administración territorial. Estamos ante dos leyes autonómicas que para un mismo hecho establecen dos posibilidades competenciales que pueden llegar a enfrentarse de modo contradictorio. Dado que se trata de un mismo hecho y de un mismo tipo, debe prevalecer la ley que es especial. Es decir, en el caso de que la actividad recreativa contemplada en la ley de espectáculos será el salón de juegos, la conducta consistente en permitir el acceso a menores debe subsumirse en el tipo contemplado en la ley del juego de Cantabria y con ello la competencia corresponderá a la Comunidad Autónoma. Esto o no contradice la regla competencial del art. 61 de la ley de espectáculos públicos que también atribuye competencia, en general, a la Comunidad Autónoma. Dependerá de la normativa sectorial referida a la competencia para el otorgamiento de las licencias autorización es y el consiguiente control de esa actividad la determinación de la competencia. Pudiera afirmarse que la ley de espectáculos públicos de Cantabria es una norma posterior respecto a la ley del juego de 2006 respecto de la cual introduciría una modificación competencial. Pero cualquier duda en torno a la verdadera voluntad del legislador queda disipada con la vigente y posterior Ley 4/2022, de 24 de junio del juego que vuelve a tipificar la misma conducta igual le atribuye la competencia al Gobierno de Cantabria en los arts. 55.e) y 64.

Este criterio de resolver el conflicto en el ámbito de la potestad sancionadora por aplicación del principio de especialidad aun cuando con ello se determine también no sólo el tipo sino la competencia ha sido aplicado, por ejemplo, en la STSJ Andalucía (Sevilla) (Contencioso), sec. 2ª, S 04-02-2016, rec. 251/2014 que razonaba, en su caso, que *"Asiste razón derecha a la parte actora, en su consideración de la falta de competencia objetiva de la Junta de Andalucía para el ejercicio de la potestad sancionadora, por mor del principio de especialidad. Efectivamente el conflicto de normas para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, ha de resolverse con la ayuda del mentado principio de especialidad. No se trata de la protección de consumidores y usuarios en general, sino a través de una ley especial de la protección de los inversores."*

En definitiva, la demanda debe ser estimada.

UNDÉCIMO.- En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho Véanse arts. 61.5, 68.2 y 74.6 de la presente Ley▼ art.61.5 EDL 1998/44323 art.68.2 EDL 1998/44323 art.74.6 EDL 1998/44323 ..

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

No obstante, dado el carácter estrictamente jurídico del pleito, y las serias dudas que suscita la solución final se decide no imponer las costas.

FALLO

SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Letrado Sr. COBO GUTIÉRREZ, en nombre y representación de D. en nombre y representación de la mercantil contra la Resolución del Ayuntamiento de Santander de 27-3-2023 que imponía sanción de 30000 euros por infracción en de la normativa en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas y, en consecuencia, **SE ANULA** la misma, dejando sin efecto la sanción y **SE CONDENA** al Ayuntamiento de Santander a estar y pasar por tal declaración.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciendo constar que la misma es firme y no cabe recurso alguno contra la misma.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Firmado por: Juan Varea Orbea, María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo Sr. Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.

Firmado por:
Juan Varea Orbea,
María Victoria Quintana García de los Salmones

Fecha: 17/10/2023 11:41

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://portalprofesional.cantabria.es/SCDD/Index.html

CSV: 3907545001-2aa1782a8532321689d82283dc872141pGLSAA==

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, las partes e intervinientes en el presente procedimiento judicial quedan informadas de la incorporación de sus datos personales a los ficheros jurisdiccionales de este órgano judicial, responsable de su tratamiento, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo la tramitación del mismo y su posterior ejecución. El Consejo General del Poder Judicial es la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.