INFORME SOBRE LA INSTALACIÓN DE TERMINALES PARA LA PRÁCTICA DE JUEGOS RESERVADOS DE ÁMBITO ESTATAL EN ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA

I. Planteamiento

1. Este Informe se emite a solicitud del CONSEJO EMPRESARIAL DEL JUEGO y tiene por objeto analizar cuál es el régimen jurídico aplicable a la instalación de terminales para la práctica de juegos reservados de ámbito estatal en establecimientos de hostelería, y en particular si dicha instalación requiere de autorización por parte de la Comunidad Autónoma en la que se ubiquen los citados establecimientos.

2. El CONSEJO EMPRESARIAL DEL JUEGO ha puesto a nuestra disposición, como material relevante a tener en cuenta para emitir este Informe, los siguientes documentos:

    a. Un informe emitido por la ABOGACÍA DEL ESTADO del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, de 13 de julio de 2011, sobre la sujeción a autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente para la instalación de terminales de juego por la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE) en establecimientos tales como bares, cafeterías, restaurantes o similares.

    b. Una resolución dictada el día 7 de junio de 2016, por la DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS de la CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA de la JUNTA DE EXTREMADURA, confirmando en vía de reposición la sanción impuesta por instalar un terminal para juegos de la ONCE en un bar, sin previa autorización autonómica.

c. Dos sentencias del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE MÉRIDA, de fechas 9 de mayo y 15 de noviembre de 2016, que estiman los recursos contencioso administrativos formulados contra dos resoluciones sancionadoras dictadas por la JUNTA DE EXTREMADURA por instalar un terminal para juegos de la ONCE en un bar, sin previa autorización autonómica (una de las resoluciones anuladas por estas sentencias es la identificada en la letra b anterior).

3. Seguidamente exponemos nuestra opinión sobre la cuestión que nos ha sido planteada, teniendo en cuenta las normas vigentes en materia de juego y los documentos a los que se refiere el apartado anterior, que serán objeto de valoración crítica por nuestra parte en el presente Informe.

II. Consideraciones jurídicas

4. La cuestión que se nos plantea es, en concreto, si es preciso o no contar con la previa autorización otorgada por la Comunidad Autónoma correspondiente para instalar terminales para la práctica de juegos reservados de ámbito estatal en establecimientos de hostelería.

5. Para responder de manera fundada a esta cuestión es preciso partir de la base del reparto competencial en materia de juego. En este sentido, y de manera resumida, se ha de tener en cuenta lo siguiente:

a. La Constitución española guarda silencio al respecto del reparto de competencias en materia de juego. El juego no está incluido ni en el artículo 148 ni en el artículo 149 de la Constitución.

b. Las Comunidades Autónomas se atribuyeron expresamente en sus estatutos de autonomía la competencia exclusiva respecto del juego, en virtud de lo previsto en el artículo 149.3 de la Constitución española.

c. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha interpretado la Constitución y los estatutos de autonomía en relación con la distribución de competencias en materia de juego afirmando que las Comunidades Autónomas son competentes en exclusiva respecto del juego que se desarrolle sólo en su ámbito territorial, correspondiendo al Estado la competencia respecto del juego de ámbito estatal, entendido como aquél que afecta a todo el territorio nacional. Citamos por ejemplo la sentencia 35/2012: "*en este caso se trata de una materia, el juego, que según ha quedado señalado es de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial, sin perjuicio de las competencias del Estado cuando su ámbito sea nacional*".

d. De la doctrina constitucional citada se desprende con claridad la competencia autonómica para disciplinar el juego que podríamos denominar como supra autonómico, esto es, aquél cuyo ámbito se contrae a dos o más Comunidades Autónomas determinadas, sin tener alcance nacional. Así lo dice la citada sentencia 35/2012: "*a partir de lo que antecede, procede estimar la causa de inconstitucionalidad que los recurrentes imputan a la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en cuanto al inciso "exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma", al vulnerar el orden constitucional de competencias, por atribuírselas al Estado cuando el juego es de ámbito supra autonómico y, como aquí ocurre, inferior al nacional*".

6. Podemos concluir esta introducción, por lo tanto, afirmando que las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular todo el juego que se desarrolla en su ámbito territorial exclusivamente, en particular el conocido como juego presencial,

esto es, el que se lleva a cabo en establecimientos físicos, tanto locales de juego (salones, casinos) como locales de hostelería. Esta competencia se extiende a aquellos juegos de ámbito supra autonómico que no alcance a todo el territorio nacional, como de modo expreso ha afirmado el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL en su sentencia 35/2012.

7. No es discutible que el juego de ámbito que trasciende al territorio de Comunidades Autónomas determinadas y abarca todo el territorio nacional, que tiene por ende ámbito estatal, es de competencia del Estado, esto es, no está sujeto a la regulación del juego aprobada por las Comunidades Autónomas, sino a la aprobada por el Estado. Ello significa que la competencia para autorizar y para regular la práctica de estos juegos de alcance nacional corresponde a la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con carácter general y sin perjuicio de que a determinados efectos pueda resultar exigible una autorización autonómica en concreto, precisamente por mandato de la propia regulación estatal, como analizamos en este Informe.

8. La 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego (LRJ), se adapta como veremos a este marco constitucional de distribución de competencias, salvaguarda de manera expresa las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de juego, y además atribuye explícitamente competencia en materia de autorización a las Comunidades Autónomas respecto de determinados extremos relacionados con el juego de ámbito estatal.

9. Son juegos de ámbito nacional, y por lo tanto sujetos a la regulación estatal, los juegos (loterías) reservados a determinadas entidades, en particular la SOCIEDAD ESTATAL DE LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A. (SELAE) y la ONCE. La competencia para autorizar y para disciplinar estos juegos no es autonómica, sino estatal. En este sentido, el artículo 4 de la LRJ dispone que "*las loterías de ámbito estatal quedarán reservadas a los operadores designados por la Ley*", y que

"*corresponde al titular del Ministerio de Economía y Hacienda la autorización para la comercialización de loterías de ámbito estatal*".

10. La disposición adicional primera de la LRJ se dedica específicamente a regular la reserva de la actividad del juego de loterías, en los términos siguientes:

> "*Uno. La Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) son los operadores designados para la comercialización de los juegos de loterías regulados en esta Ley.*
>
> *Dos. Las autorizaciones en virtud de las cuales la ONCE y la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado desarrollan las actividades de juego en la modalidad de loterías se inscribirán en una sección especial del Registro General de Licencias de Juego a efectos de mera publicidad.*
>
> *Tres. Excepcionalmente, el titular del Ministerio de Economía y Hacienda podrá autorizar la gestión y comercialización de juegos de lotería, siempre que se desarrollen por entidades sin fines lucrativos con finalidad benéfica, tengan carácter esporádico y, en aras a garantizar la seguridad en los procesos y la colaboración con el Estado, acrediten que cumplen con los requisitos que, en su caso, reglamentariamente se establezcan.*
>
> *Cuatro. Los juegos gestionados por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y la ONCE se comercializarán en billetes, boletos o cualquier otra forma de participación cuyo soporte pueda ser material, informático, telemático, telefónico o interactivo, directamente o a través de cualquier establecimiento de su red comercial externa.*
>
> *Los juegos de loterías gestionados por las entidades a las que se refiere el párrafo anterior no estarán sujetos al cumplimiento de las obligaciones a las que se refiere el Título III de esta Ley.*
>
> *Cinco.* ***La apertura de establecimientos accesibles al público por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y por la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos que gestionan estas entidades hasta la entrada***

en vigor de esta Ley y de los juegos sujetos al régimen de reserva, no requerirá autorización de las Comunidades Autónomas".

11. La disposición adicional transcrita establece, en lo que aquí interesa, tres reglas que deben tenerse muy presentes:

    a. Que los juegos reservados de ámbito estatal se pueden comercializar por las entidades titulares de los mismos bien directamente, bien a través de cualquier establecimiento de su red externa. La referencia a la red comercial externa (término que no está definido legalmente) se efectúa en la LRJ a efectos de comercialización de los juegos, no a efectos de autorización.

    b. Que estos juegos no se someten, con carácter general, a las obligaciones establecidas en el Título III de la LRJ, que regula los títulos habilitantes de la actividad de juego de ámbito estatal.

    c. Que las entidades titulares de los juegos reservados de ámbito estatal pueden abrir establecimientos accesibles al público para comercializar sus juegos sin que sea necesaria la autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente, que será aquélla en la que se ubique el establecimiento.

       Esto quiere decir, a contrario sensu, que dichas entidades sí precisarán de autorización autonómica para comercializar sus juegos en otro tipo de establecimientos distintos, ya que en otro caso (es decir, si no hiciera falta autorización en ningún supuesto) la disposición adicional primera no tendría esta redacción, que sólo tiene sentido si asumimos que la autorización es necesaria en el ámbito no cubierto por la excepción contenida en el apartado quinto de la disposición adicional primera. Es decir: en la propia disposición adicional primera apartado quinto de la LRJ se encuentra implícita (no por ello con menos claridad) la regla general de autorización autonómica.

12. El apartado quinto de la disposición adicional primera de la LRJ se debe poner en conexión con el artículo 9.1 tercer párrafo de la misma Ley, que establece:

> "*La instalación o apertura de locales presenciales abiertos al público o de equipos que permitan la participación en los juegos exigirá, en todo caso, autorización administrativa de la Comunidad Autónoma cuya legislación así lo requiera. Estas autorizaciones se regirán por la legislación autonómica de juego correspondiente*".

13. Es decir: nos encontramos con que la LRJ regula de manera expresa la apertura de locales en los que puedan practicarse presencialmente los juegos de ámbito estatal, así como la instalación de terminales para la práctica de juegos de ámbito estatal en locales ya abiertos, estableciendo una regla general en el artículo 9.1, que es que esta apertura requerirá de autorización de la Comunidad Autónoma si su legislación específica la prevé (regla que está enunciada en la Exposición de Motivos de la LRJ: "*la concesión de cualquier título habilitante exigirá, para la instalación o apertura de locales presenciales abiertos al público o de equipos que permitan la participación de los juegos, autorización administrativa de la Comunidad Autónoma, que se otorgará de acuerdo con las políticas propias de dimensionamiento de juego de cada una de ella*"), y también implícitamente en la disposición adicional primera, y una excepción contenida en esta misma disposición adicional, que es que no se podrá exigir esa autorización autonómica en el supuesto concreto al que se refiere dicha disposición: la apertura de locales por la SELAE o la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos gestionados por esas entidades.

14. La legislación autonómica en materia de juego es la que está llamada por expresa habilitación de la LRJ, por lo tanto, a prever de manera específica la necesidad de contar con autorización de la Comunidad Autónoma para proceder a la apertura de

locales destinados a la práctica de juegos de ámbito estatal, o bien a la instalación de terminales para la práctica de estos juegos en los locales ya abiertos, salvo en el específico supuesto del apartado quinto de la disposición adicional primera de la LRJ en el que no cabe esa autorización. Algunas de las Leyes autonómicas ya se refieren a esta expresa autorización:

a. El artículo 17.4 de la Ley 2/2013, de 25 de abril, del Juego y las Apuestas de Castilla La Mancha (redacción dada por la Ley 3/2016) dispone que "*necesitarán autorización administrativa previa de esta Comunidad Autónoma en los términos que se establezcan reglamentariamente, la instalación y apertura de locales presenciales abiertos al público para la explotación de juegos y apuestas de la competencia estatal, con exclusión de los supuestos previstos en el apartado quinto de la disposición adicional primera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, así como la instalación en cualquier local de terminales, aparatos o equipos que expresamente por medio de conexión a internet permitan el acceso a juegos o apuestas*".

b. El artículo 7.4 de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego de la Comunidad de Madrid (redacción dada por la Ley 9/2015) establece que "*la instalación de medios presenciales para la práctica de juegos a distancia desarrollados a través de canales electrónicos, telemáticos, informáticos e interactivos, solo podrá llevarse a cabo, previa autorización por la Consejería competente en materia de Juego, en los establecimientos regulados en la presente Ley y para los tipos de Juego permitidos en cada uno de ellos, de conformidad con los requisitos que se determinen reglamentariamente*".

15. Por otro lado, todas las Leyes autonómicas en materia de juego someten a autorización previa de la Comunidad Autónoma la instalación de terminales de juego en establecimientos de hostelería. Algunas normas se refieren explícitamente a las loterías de competencia estatal. Por ejemplo:

a. Artículo 7.3 de la Ley 6/1998, de 18 de junio, del Juego de Extremadura (redacción dada por la Ley 2/2012): "*corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura autorizar la instalación y explotación de las máquinas de juego o apuestas y demás terminales y aparatos auxiliares necesarios para la práctica del juego de boletos, loterías o similares, cualesquiera que sea su titularidad pública o privada, que se emplacen en los establecimientos de hostelería destinados a bares, cafeterías, restaurantes o similares y en los recintos o espacios habilitados para la celebración de juegos, apuestas, rifas o tómbolas y combinaciones lucrativas*".

b. Artículo 11 de la Ley 14/1985, de 23 de octubre, del Juego de Galicia (redacción dada por la Ley 12/2011): "*en los bares, cafeterías, establecimientos de hostelería y análogos tan solo se podrá instalar una máquina de cada uno de los tipos A especial y B. En ningún caso la instalación de máquinas de juego podrá desvirtuar ni impedir el desarrollo normal de la actividad propia del establecimiento. Asimismo, podrá autorizarse la instalación de terminales de juego de acuerdo con lo que se disponga en la normativa reglamentaria correspondiente y en los términos de planificación que en la misma se fijen. Reglamentariamente podrá limitarse el número total de los aparatos anteriormente citados en este tipo de establecimientos*".

c. Artículo 6.5 de la Ley 15/1984, de 20 de marzo, del Juego de Cataluña (redacción dada por la Ley 6/2014): "*los terminales, los aparatos dispensadores de billetes, boletines o justificantes de loterías o de apuestas y los terminales de cualquier modalidad de juegos que quieran instalarse en establecimientos públicos, situados dentro del ámbito territorial de Cataluña, requieren siempre la autorización previa del órgano de la Generalidad competente en materia de juegos y apuestas*".

16. Encontramos alguna Ley autonómica que va incluso más allá y prohíbe de manera más o menos explícita la instalación de terminales de juego (distintos de las máquinas) en establecimientos de hostelería (si bien es cierto que estas normas son anteriores a la LRJ, lo que podrá dar lugar a un conflicto entre Leyes en la medida en que lo dispuesto en ellas no sea compatible):

    a. El artículo 12.3 de la Ley 2/1995, de 15 de marzo, de Juegos y Apuestas de Murcia establece que "*de igual forma, podrá autorizarse la explotación de máquinas recreativas y de azar de tipo B en establecimientos hosteleros, clubes y demás locales análogos, en las condiciones que se determinen reglamentariamente. En estos establecimientos no podrán concurrir juegos de los citados anteriormente con cualquier otro tipo de juego, sea público o privado. Si los titulares de estos establecimientos optaran por la realización de modalidades de juego público o privado distintas a las máquinas recreativas y de azar de tipo B, éstas no podrán ser autorizadas*".

    b. El artículo 11.5 de la Ley 4/1988, de 3 de junio, del Juego de la Comunidad Valenciana dispone que "*en los locales autorizados para la instalación de máquinas recreativas y de azar, sólo podrán explotarse juegos autorizados por la Consejería competente en materia de juego*".

17. Las propias normas autonómicas en materia de juego tipifican como infracción administrativa la instalación de los terminales de juego en establecimientos de hostelería sin contar con la oportuna autorización de la Comunidad Autónoma. Así, por ejemplo, podemos citar el artículo 31.1 a) de la Ley del Juego de Extremadura (es infracción muy grave "*la organización, instalación, gestión o explotación de juegos y apuestas, así como permitir estas actividades, sin haber obtenido la correspondiente autorización o inscripción o los documentos exigidos en las normas, o con incumplimiento de los requisitos y condiciones en ellas establecidos*"). O el artículo 26 b) de la Ley del Juego de Castilla La Mancha (es

infracción muy grave "*la instalación o explotación de máquinas de juego o apuestas careciendo de la preceptiva autorización*").

18. Llegados a este punto ya podemos responder a la cuestión que nos ha sido planteada, esto es, si resulta necesaria la autorización de la Comunidad Autónoma para instalar terminales para la práctica de juegos reservados de ámbito estatal en establecimientos de hostelería.

19. A nuestro juicio la respuesta a esta pregunta nada tiene que ver con el hecho, evidente e indiscutible, de que los juegos reservados a la SELAE y a la ONCE son de ámbito nacional, por lo tanto se rigen por la LRJ y por su normativa específica, y por ello no precisan de autorización autonómica para practicarse (en términos generales, y a salvo de la específica cuestión de la instalación de terminales para la práctica de estos juegos en establecimientos abiertos al público, sobre la que volveremos seguidamente).

20. Lo anterior resulta de lo dispuesto en las normas vigentes, en particular en la LRJ, y es acorde con el marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de juego, y no es discutible. No se trata, a nuestro juicio, de un problema sobre la aplicación de la legislación autonómica en materia de juego a un juego de competencia y de titularidad estatal, aunque en ocasiones éste ha sido el (erróneo) punto de vista que los órganos jurisdiccionales han adoptado a la hora de analizar esta cuestión, lo que ha dado lugar a planteamientos judiciales que no nos parecen correctos en cuanto a su fundamentación jurídica.

21. Lo que sucede, yendo al fondo del asunto, es que es la propia LRJ la que contempla el sometimiento general a autorización de las Comunidades Autónomas de la instalación de terminales para la práctica del juego estatal en establecimientos

físicos, en su artículo 9.1 tercer párrafo, siempre que la legislación autonómica lo prevea, así como una esta misma regla implícita y una excepción a la misma para el caso de los juegos reservados a la SELAE y a la ONCE, en el apartado quinto de la disposición adicional primera, disposición en la que es preciso entender que está igualmente presente (aun implícitamente, como hemos dicho) la regla general de autorización autonómica, porque en otro caso no se formularía el referido apartado quinto en términos de excepción.

22. Insistimos en que si la instalación de las terminales para la práctica de estos juegos no estuviese, en términos generales, sometida a autorización autonómica (potencialmente, esto es, si la legislación autonómica lo prevé), dicho apartado quinto no existiría, porque no tendría sentido alguno: si se formula una excepción es porque hay una regla general que se quiere exceptuar.

23. Es preciso atender a dicha disposición adicional para determinar en qué casos no se exigirá la autorización autonómica. Para ello debe traerse a colación de nuevo lo establecido en el apartado quinto de la misma:

> "*La apertura de establecimientos accesibles al público por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y por la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos que gestionan estas entidades hasta la entrada en vigor de esta Ley y de los juegos sujetos al régimen de reserva, no requerirá autorización de las Comunidades Autónomas*".

24. Si nos atenemos a la literalidad de la norma (de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil "*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*"), resulta que la autorización autonómica no es precisa sólo respecto de aquellos establecimientos accesibles al público abiertos por

la SELAE o por la ONCE con objeto de destinarlos a la comercialización de sus juegos. Esto es lo que se desprende de la redacción del apartado quinto, que a nuestro juicio se está refiriendo exclusivamente a la apertura de locales de las redes comerciales propias de la SELAE o de la ONCE, pero no a la instalación de terminales para la práctica de los juegos reservados a estas entidades en cualquier otro establecimiento, incluidos los de hostelería. Esta instalación, al no estar incluida en la excepción que comentamos, debe entenderse sujeta a la regla general que exige la autorización autonómica correspondiente, siempre que así se prevea en la legislación aplicable.

25. Esta interpretación coincide, en esencia, con la mantenida en el informe de la ABOGACÍA DEL ESTADO del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA de 13 de julio de 2011. En este informe se efectúan las siguientes consideraciones:

    a. Que el apartado quinto de la disposición adicional primera es una excepción a la norma general contenida en el artículo 9.1 de la LRJ (podemos añadir que dicha norma general también se infiere del propio apartado quinto, que se formula en términos de excepción).

    b. Que, dado que la dispensa de autorización contenida en dicho apartado quinto menoscaba la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de autorización del juego practicado en su territorio, debe ser interpretado de manera restrictiva y rigurosa.

    c. Que esta interpretación restrictiva y rigurosa conduce a exigir la concurrencia de dos requisitos para que proceda la exención de la autorización autonómica: que el juego que se vaya a practicar en el terminal esté reservado a la SELAE o a la ONCE, y que los "*establecimientos sean titularidad directa de las entidades y formen parte de su red comercial*".

    d. Que, para que pueda entenderse que un establecimiento forma parte de la red comercial (propia, se entiende) de la SELAE o de la ONCE, han de

concurrir dos requisitos a la vez: que dicho establecimiento se destine principalmente (aun no únicamente) a la comercialización de los juegos reservados a estas entidades, y que esté sometido al control y a la dirección de estas entidades (en esto parece concretarse la "titularidad directa" del establecimiento).

26. Con fundamento en lo anterior, el informe de la ABOGACÍA DEL ESTADO concluye que "*los establecimientos en los que se hallan instalados los terminales* [bares, cafeterías, restaurantes o similares] *no tienen la consideración propia de establecimientos de la red comercial externa de la ONCE a los efectos de la disposición adicional primera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego*", y que, en consecuencia, "*no le es de aplicación a tales establecimientos y, por ende a los terminales en ellos instalados, la dispensa de autorización establecida en el apartado quinto de dicha disposición adicional primera, quedando sometida la instalación de los citados terminales a la autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente por razón del territorio, si así lo requiere la legislación autonómica*".

27. Coincidimos esencialmente con el criterio de la ABOGACÍA DEL ESTADO: si la disposición adicional primera de la LRJ contempla en su apartado quinto una excepción a la exigencia de autorización autonómica respecto de la apertura de locales para la práctica de los juegos reservados a la SELAE y a la ONCE es porque hay una regla general que exige esta autorización, y la excepción sólo puede aplicarse al supuesto definido en el propio apartado quinto, que claramente no se refiere a la instalación de terminales para la práctica de los referidos juegos en establecimientos de hostelería. Ergo esta instalación precisa, en caso de que así lo prevea la legislación regional, de la autorización autonómica correspondiente. A nuestro juicio este discurso es el único posible a la vista de la literalidad de la disposición adicional primera de la LRJ.

28. Es necesario analizar si obsta a lo anterior la definición de red comercial externa de la ONCE contenida en el artículo 107 apartado quinto del texto refundido de los estatutos de la citada entidad, aprobados por el Consejo de Protectorado de la ONCE el 26 de abril de 2016 y publicados oficialmente por medio de la Orden SSI/924/2016, de 8 de junio. El referido artículo dispone:

> "*La red comercial externa está constituida por los canales de venta consistentes en cualesquiera redes físicas o tradicionales de comercialización formadas por puntos de venta y establecimientos externos cuya actividad principal sea o no la venta de productos de lotería. Dichos canales de venta estarán situados en cualquier lugar del territorio español y en los mismos se podrá vender, previa habilitación por la ONCE todos o algunos de sus productos de lotería en soporte preimpreso y/o en cualquiera de los demás soportes referidos en el presente artículo.*
>
> *Estos canales de venta conforman la red comercial externa de la ONCE a los efectos de la disposición adicional primera, apartado cuatro, de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego*".

29. En nuestra opinión esta previsión estatutaria, si bien puede haberse dictado con la finalidad de eludir las limitaciones y restricciones derivadas de la aplicación de la disposición adicional primera de la LRJ, en la interpretación que la ABOGACÍA DEL ESTADO había hecho de dicha disposición, no es suficiente para cumplir esta finalidad, por un motivo muy sencillo: porque el apartado quinto de la disposición adicional primera no dice que no será necesaria la autorización autonómica en relación con los establecimientos de la red comercial externa de la ONCE, sino que establece dos condiciones claras y objetivas para dispensar de esta autorización: que los establecimientos sean abiertos por la SELAE o por la ONCE, y que se destinen esencialmente a la comercialización de los juegos explotados por estas entidades.

30. Es decir: el apartado quinto de la disposición adicional primera de la LRJ alude a establecimientos comerciales propios de la SELAE o de la ONCE, concepto en el que no pueden incluirse los establecimientos de hostelería. Los estatutos de la ONCE carecen, obviamente, de la naturaleza y del rango precisos para poder modificar la citada disposición adicional con objeto de ampliar el perímetro de su apartado quinto. De modo que, a nuestro juicio, el artículo 107 apartado quinto de los estatutos de la ONCE debe interpretarse en el sentido de que se admite que los juegos reservados a esta entidad se comercialicen en establecimientos de hostelería, pero no exime de que la instalación de los terminales para la prácticas de tales juegos en esos establecimientos se someta, en su caso, a la autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente.

31. También es necesario que nos pronunciemos sobre el alcance que pueden tener respecto de la cuestión que analizamos en este Informe las sentencias que anularon parcialmente el Decreto 342/2011, que modificó determinados artículos del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, de Salones Recreativos y de Juego y del Registro de Empresas de Juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 250/2005, y del Catálogo de Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 280/2009.

32. Se trata de las sentencias de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA de 19 de marzo de 2012, dictada en única instancia, y de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO de 27 de octubre de 2015, dictada en casación y confirmatoria de la anterior.

33. La lectura detenida de ambas sentencias nos permite concluir que la anulación del Decreto 342/2011 se produjo porque en dicho Decreto se equiparaban las máquinas

expendedoras para la comercialización de todo tipo de loterías, incluidas por lo tanto las reservadas a la SELAE y a la ONCE, a las máquinas de juego de tipo B1, sometiendo por lo tanto a las referidas máquinas a todo el régimen jurídico aplicable a las máquinas de juego de competencia autonómica, e incurriendo por ende en una extralimitación competencial. Lo dice muy claramente el fundamento jurídico quinto de la sentencia de 19 de marzo de 2012:

"*El precepto impugnado se encuentra regulado de forma general, sin efectuar limitación o puntualización respecto de las loterías nacionales reservadas. Al considerar los terminales y, en su caso, aparatos dispensadores de billetes, boletos o justificantes de loterías o de apuestas instalados en los establecimientos de pública concurrencia, como máquinas tipo B1, está sometiendo los mismos al régimen de autorización de la Comunidad Autónoma, incluso cuando venga referida a juegos de lotería estatal reservado, por cuanto, como hemos indicado, no contiene excepción alguna el precepto respecto de las loterías nacionales, lo cual invade y afecta a la competencia del Estado, igualmente la previsión de que la instalación sólo podrá efectuarse por empresas operadoras que se encuentren debidamente inscritas en el Registro de Empresas de Juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía y tengan autorizada la instalación de máquinas de tipo B.*

La Junta de Andalucía en la contestación propugna una interpretación restrictiva del precepto, pero dicha interpretación restrictiva no se encuentra recogida en la norma.

En definitiva, el precepto hace referencia a todos los terminales y, en su caso, aparatos dispensadores de billetes, boletos o justificantes de loterías o de apuestas, que tienen la consideración de maquina tipo B1, y como tal quedan incluidas en el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad, sin establecer excepción alguna a las loterías y apuestas de ámbito nacional, que por aplicación literal del precepto verían sometida la actividad a las autorizaciones autonómicas, desconociendo la competencia del Estado en la materia, por lo que el recurso debe ser estimado".

34. Es decir: no se considera ilegal en esta sentencia el Decreto andaluz por someter a autorización de la Comunidad Autónoma la instalación de terminales para la práctica de juegos reservados en determinados establecimientos, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la LRJ, sino por equiparar a todos los efectos las máquinas expendedoras de los billetes y boletos de estos juegos reservados a las máquinas de tipo B1, y aplicar por lo tanto a aquellas máquinas la regulación autonómica en materia de juego en bloque, pese a tratarse de una modalidad de juego de ámbito estatal y por ello de competencia del Estado.

35. No obstante lo anterior, es cierto que la sentencia de 27 de octubre de 2015 parece ir más allá de este análisis en su fundamento jurídico tercero, en el que se dice lo siguiente:

> "*En último término, cabe referir que la Sala de instancia no ha confundido «dos cosas diferentes» como afirma el Letrado de la Junta de Andalucía en el desarrollo argumental de este motivo de casación, partiendo de la premisa de que cabe distinguir la autorización exigida para el ejercicio de la actividad regulada en el apartado primero del artículo 9.1 de la Ley 13/2011, que se atribuye al Estado, de la autorización administrativa de instalaciones de máquinas recreativas, regulada en el párrafo 3, que se atribuye a las Comunidades Autónomas, porque de la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida no se infiere que la anulación de las disposiciones impugnadas del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 342/2011, de 15 de noviembre, se base en que dichos preceptos afectan al régimen jurídico regulador de la obtención de títulos habilitantes requeridos para el desarrollo de la actividad de juego, sino en la consideración de que las actividades reservadas, esto es las loterías de ámbito nacional, a las que alude el artículo 4 del referido texto legal, quedan excluidas del régimen autorizatorio que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, por expreso deseo*

del legislador estatal, que se ciñe a la autorización de instalación de equipos correspondientes a actividades no reservadas".

36. No estamos de acuerdo con este pronunciamiento, que tiene la naturaleza de mera consideración *obiter dicta*, porque a nuestro juicio no tiene en cuenta qué es lo que dice la disposición adicional primera de la LRJ literalmente, en su apartado quinto, al respecto de la cuestión que nos ocupa. Como hemos visto con detalle más arriba, ese apartado establece que no necesitarán autorización de la Comunidad Autónoma la SELAE y la ONCE para abrir (ellas mismas) establecimientos destinados a la comercialización de sus juegos reservados, y de ahí debe inferirse necesariamente (de la literalidad de la propia disposición adicional primera) que los demás supuestos de apertura de locales o instalación de terminales para la práctica de estos juegos sí que se someten a esa autorización, siempre que esté prevista en la legislación autonómica.

37. En todo caso, la sentencia de 27 de octubre de 2015 es un precedente jurisdiccional aislado que no forma jurisprudencia, por lo que por el momento no surte ningún efecto más allá del supuesto de hecho concreto al que se refiere.

38. Por último, hemos de comentar las sentencias del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE MÉRIDA de 9 de mayo y de 15 de noviembre de 2016. Las circunstancias del caso decidido por las sentencias (fue el mismo supuesto de hecho) eran las siguientes:

    a. Se instaló un terminal para la práctica de juegos de la ONCE en un establecimiento de hostelería, sin haber obtenido la previa licencia de la Comunidad Autónoma, en este caso la JUNTA DE EXTREMADURA.

    b. La JUNTA DE EXTREMADURA sancionó al titular del establecimiento y a la propia ONCE por la comisión de la infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 31.1 a) de la Ley regional de juego:

"*La organización, instalación, gestión o explotación de juegos y apuestas, así como permitir estas actividades, sin haber obtenido la correspondiente autorización o inscripción o los documentos exigidos en las normas, o con incumplimiento de los requisitos y condiciones en ellas establecidos*".

c. La sanción tenía expresamente en cuenta la redacción del artículo 7.3 de la Ley del Juego de Extremadura (dada por la Ley 2/2012, esto es, posterior a la LRJ), que como hemos visto dispone que "*corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura autorizar la instalación y explotación de las máquinas de juego o apuestas y demás terminales y aparatos auxiliares necesarios para la práctica del juego de boletos, loterías o similares, cualesquiera que sea su titularidad pública o privada, que se emplacen en los establecimientos de hostelería destinados a bares, cafeterías, restaurantes o similares y en los recintos o espacios habilitados para la celebración de juegos, apuestas, rifas o tómbolas y combinaciones lucrativas*".

39. Las dos sentencias anulan la sanción impuesta por la JUNTA DE EXTREMADURA sobre la base de los mismos razonamientos, que se limitan a considerar que los juegos reservados de la ONCE son de competencia estatal y no autonómica, por lo que quedan completamente al margen de la regulación en materia de juego establecida por la Comunidad Autónoma y, por lo tanto, no están sujetos a autorización autonómica de ninguna especie. Lo que dicen ambas sentencias, previo análisis del reparto de competencias en materia de juego y de las normas por las que se regulan los juegos explotados por la ONCE, es que "*por tanto, en nuestro caso, dado que el juego al que se accede mediante la terminal instalada por la recurrente en su establecimiento tiene alcance nacional y no meramente autonómico, la autorización correspondiente no la tiene que dar la Comunidad Autónoma sino, como ya hemos dicho, el Consejo de Ministros*".

40. A nuestro juicio las sentencias confunden gravemente la competencia para autorizar el juego explotado por la ONCE, que es estatal, con la competencia para autorizar la instalación del terminal para la práctica de ese juego en un establecimiento de hostelería, que es autonómica y que viene conferida por la propia LRJ. Y esta confusión es la que lleva a considerar no cometida la infracción administrativa imputada, por entender las sentencias que la autorización autonómica no era necesaria.

41. Hemos de recordar que la disposición adicional primera apartado quinto de la LRJ sólo exime de la autorización autonómica la apertura de locales por parte de la ONCE o de la SELAE destinados a la comercialización de sus juegos, de forma que la instalación de terminales para la práctica de estos juegos en otro tipo de establecimientos, como son los de hostelería, sí debe entenderse sujeta a dicha autorización, por expresa previsión de la propia LRJ. Volvemos a insistir en que, de no entenderse así, se priva de cualquier sentido a la disposición adicional primera de la LRJ en este punto, lo que es absurdo.

42. Trasladando lo anterior al caso concreto enjuiciado por las sentencias, no puede desconocerse, como las sentencias hacen, que la Ley del Juego de Extremadura fue reformada, tras la entrada en vigor de la LRJ, para someter explícitamente a autorización de la Comunidad Autónoma la instalación de terminales para la práctica del juego (de todo tipo de juegos) en establecimientos de hostelería, con el fin precisamente se hacerse eco de la habilitación otorgada por la propia LRJ en esta concreta materia. Así se desprende del artículo 7.3 de dicha Ley, modificado por la Ley 2/2012, que hemos transcrito más arriba.

43. La redacción del citado precepto es meridianamente clara: se somete a la previa autorización autonómica la instalación de los terminales necesarios para la práctica del juego de loterías, con independencia de su titularidad pública (es el caso de los

juegos reservados a la ONCE y a la SELAE) o privada, en los establecimientos de hostelería.

44. La vulneración de esta norma es la que da lugar a la comisión de la infracción tipificada en el artículo 31.1 a) de la Ley del Juego de Extremadura, lo que apreció correctamente la Administración autonómica, por lo que a nuestro juicio las sentencias citadas más arriba incurren en un evidente error al considerar no cometida dicha infracción en el caso por ellas enjuiciado. Es más: las sentencias no debieron haber desconocido simplemente lo dicho por la Ley autonómica, lo que en modo alguno podía hacer el Juzgado. Si el Juzgado entendía que dicha Ley (insistimos, en una redacción posterior a la LRJ) no respeta en este punto la distribución competencial en materia de juego debería haber planteado la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, mas no cabía no aplicar sin más una norma con rango de ley que es claramente aplicable, vista su dicción literal.

*****

III. Conclusiones

Primera. Los juegos reservados a la SELAE y a la ONCE son juegos de ámbito nacional, lo que significa que son autorizados por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y que se someten a lo dispuesto en la legislación estatal en materia de juego, tanto la LRJ como las disposiciones específicamente aplicables a estos juegos. Esto es obvio y no está en discusión.

Segunda. No obstante, ello no significa sin más que la apertura de establecimientos en los que se vayan a practicar estos juegos, así como la instalación de terminales para la práctica de estos juegos en establecimientos ya abiertos al público, en particular los establecimientos de hostelería, estén absolutamente excluidas de la aplicación de la legislación en materia de juego correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que se ubique el establecimiento, ni que no puedan estar en ningún caso sujetas a la previa autorización de dicha Comunidad Autónoma. Esto es así porque la propia LRJ somete con carácter general dichas apertura e instalación a la previa autorización autonómica, siempre que esté prevista en su propia legislación.

Tercera. En relación con lo anterior, la disposición adicional primera apartado quinto de la LRJ exceptúa de la autorización autonómica la apertura de establecimientos destinados a la práctica de los juegos reservados a la SELAE y a la ONCE en un supuesto de hecho muy concreto:

> "*La apertura de establecimientos accesibles al público por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y por la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos que gestionan estas entidades hasta la entrada en vigor de esta Ley y de los juegos sujetos al régimen de reserva, no requerirá autorización de las Comunidades Autónomas*".

Cuarta. La interpretación de esta disposición es, a nuestro juicio, clara: sólo queda exenta de autorización autonómica, en cualquier caso, la apertura de establecimientos por parte de la SELAE o de la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos reservados a estas entidades; esto es, lo que no se somete a previa autorización autonómica es la creación de establecimientos de la red comercial propia de estas entidades.

Quinta. No pueden entenderse incluidas en el supuesto descrito en el apartado quinto de la disposición adicional primera de la LRJ la apertura de locales de juego distintos de los referidos en dicho apartado, aunque en ellos se comercialicen los juegos reservados a la ONCE y a la SELAE, ni tampoco la instalación de terminales para la práctica de los juegos reservados a la ONCE y a la SELAE en otro tipo de establecimientos, como los establecimientos de hostelería. En este caso se debe aplicar la regla general (implícita en la propia disposición adicional primera, apartado quinto, de la LRJ) que se exceptúa precisamente en el citado apartado quinto, y que consiste en someter esta instalación a autorización previa de la Comunidad Autónoma correspondiente, en caso de que su legislación así lo prevea.

Sexta. De conformidad con lo expuesto anteriormente, la instalación de terminales para la práctica de los juegos reservados a la SELAE y a la ONCE en establecimientos de hostelería requerirá de autorización de la Comunidad Autónoma en la que ubiquen dichos establecimientos, siempre que su legislación propia lo exija.

*****

Ésta es nuestra opinión, que sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

En Madrid, a 14 de febrero de 2017.



_____

José Ignacio Vega Labella

Abogado del Estado (en excedencia)

Socio

RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS