

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066491

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 205/2023, de 20 de febrero de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 6930/2021

SUMARIO:**Juego. Instalación de máquinas de apuestas en establecimientos de hostelería. Intervención del titular de la máquina tipo B instalada en el mismo establecimiento.**

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad a las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería), en supuestos como el presente, en el que, en el procedimiento regulado para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un procedimiento de hostelería, la normativa exige la intervención de un tercero (el titular de una máquina tipo B instalada en el mismo establecimiento).

La actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), según señala expresamente su artículo 2.2.h), lo cual no impide que le resulte de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Puede admitirse sin dificultad que las distintas modalidades de juego por dinero no constituyen una actividad económica ordinaria, sino que reviste especificidades que hacen procedente su regulación y el establecimiento de determinadas limitaciones. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite con normalidad que la actividad de juego sea objeto de limitaciones y restricciones por parte de los Estados miembros; y, más aún, reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de delimitar los intereses a proteger y los objetivos de su política en materia de juegos de azar. Siguiendo esas pautas, en nuestro derecho interno las diferentes normas reguladoras de la actividad de juego por dinero ponen de manifiesto que, en sus respectivos ámbitos competenciales, **tanto el legislador estatal como el autonómico están persuadidos de la necesidad de la regulación del juego establezca limitaciones de diverso signo.**

El establecimiento por la Administración de exigencias y requerimientos de diversa índole para el desarrollo de una determinada actividad económica -en este caso, la instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería- constituye, en principio, una **limitación a la libertad de establecimiento**. Y, siendo ello así, la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna **razón imperiosa de interés general**, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son **proporcionadas** a la razón imperiosa de interés general invocada.

Esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que **la fijación por la Administración de limitaciones o restricciones en la actividad económica del juego debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada.** Y, partiendo de ese postulado, debe concluirse que resulta injustificado y desproporcionado -y, por ello mismo, contrario a lo dispuesto en el citado artículo 5 de la Ley 20/2013- que para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería se exija la conformidad del titular de la máquina tipo B ya instalada en ese mismo local.

PRECEPTOS:

Directiva 2006/123/CE (Servicios en el Mercado Interior), art. 2.2 h).

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 127 bis y ss.

Ley 17/2009 (Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), arts. 3.11 y 10.2 f).

Ley 20/2013 (garantía de la unidad de mercado), arts. 2, 5, 12.2 g), 16, 18.2 g) y 26.

Decreto Galicia 162/2012 (Rgto. de apuestas), art. 55.

PONENTE:

Don Eduardo Calvo Rojas.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 205/2023

Fecha de sentencia: 20/02/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6930/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 6930/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 20 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6930/2021 interpuesto por la ASOCIACIÓN GALLEGA DE EMPRESAS OPERADORAS (AGEO), representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Senín, contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo 21/2017. Se han personado, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y asistida por el Abogado del Estado, la XUNTA DE GALICIA, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, y GESTIÓN DE APUESTAS GALLEGAS, S.L., representada por la Procuradora Dª Andrea de Dorremochea Guiot.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El recurso contencioso-administrativo que dio origen al proceso fue interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contra la resolución de 7 de abril de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, que deniega la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuesta en un local de hostelería situado en Santiago de Compostela en aplicación del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia, resolución denegatoria confirmada luego por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

En el proceso de instancia compareció también como recurrente la entidad Gestión de Apuestas Gallegas, S.L.; fue parte demandada la Xunta de Galicia y se personó como codemandada la Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO).

La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha de 16 de abril de 2021 (recurso contencioso-administrativo 21/2017) en cuya parte dispositiva se establece:

<<FALLAMOS.-

Estimar el recurso contencioso administrativo núm. 21/2017, promovido por los trámites del procedimiento especial para la protección de la garantía de la unidad de mercado, e interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra la resolución de 7 de abril de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Xefatura Territorial da Vicepresidencia e Consellería da Presidencia, Administracions Públicas e Xusticia de la Xunta de Galicia, sobre denegación de autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería situado en Santiago de Compostela y, en consecuencia, anulamos la actuación administrativa impugnada por no ser conforme a derecho.

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

La sentencia fue luego "completada y corregida" por auto de 1 de junio de 2021 en cuyo F.J. 1º se dice:

<< (...) PRIMERO. - Tiene razón el Abogado del Estado cuando solicita la aclaración y complemento de la sentencia dictada toda vez que siendo la sentencia estimatoria no se han incorporado al fallo de la misma todas las pretensiones anulatorias recogidas en su escrito de demanda. De tal manera que en el fallo de la sentencia dictada en estos autos debemos ahora decir que "se anulan por ser contrarios a derecho el artículo 55, apartado 2, 3, letra b) (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquina B) y 4, letra b) (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquinas B) y f) del Reglamento de Apuestas de Galicia aprobado por Decreto 162/2012, de 7 de junio, así como la Resolución de 7 de abril de 2017 dictada en su aplicación" [...]>>.

Y, en consonancia con lo anterior, en la parte dispositiva del auto de 1 de junio de 2021 la Sala de instancia acuerda

<<1. Complementar el fallo de la sentencia dictada en los presentes autos de acuerdo con lo recogido en el fundamento de derecho primero de este auto [...]>>.

Segundo.

La resolución administrativa impugnada en el proceso de instancia fundamenta la denegación en la consideración de que la solicitud de autorización no cumplía con los requisitos reglamentariamente establecidos por cuanto no se acompaña a la misma el documento de conformidad firmado por la empresa operadora de máquina tipo B según exige el decreto autonómico.

La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional -completada y corregida por auto de 1 de junio de 2021- estima el recurso y anula la resolución denegatoria impugnada, así como el artículo 55, apartado 2, 3, letra b/ (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquina B) y 4, letra b/ (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquinas B) y f/ del Decreto 162/2012 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La sentencia explica que procede examinar la resolución con arreglo a los parámetros recogidos en la LGUM y, especialmente, determinar si se han vulnerado los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los artículos 5 y 3 del mencionado texto legal. En particular, "el conflicto así planteado supone analizar si, a pesar de que la autoridad autonómica ha aplicado la legislación autonómica sectorialmente aplicable, los principios de necesidad, y de proporcionalidad previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado aconsejaban un análisis más abierto a la libertad de empresa para crear así un entorno más favorable a la competencia y a la inversión" y determinar si la resolución de la Xunta de Galicia que deniega la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un establecimiento de hostelería, por no presentar el documento de conformidad de la empresa operadora de máquinas tipo B, "ha tenido en cuenta, no solo los requisitos previstos en la legislación autonómica aplicable, sino si esos requisitos se han examinado atendiendo a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Y ello porque las autoridades competentes están obligadas a observar y a respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad en las actuaciones administrativas adoptadas en su ámbito de actuación - art. 9 de la Ley 20/2013-; y, además, porque las autoridades administrativas están obligadas a la observancia de esos principios cuando, como es el caso, se trata de autorizaciones exigibles para el ejercicio de las actividades económicas".

Partiendo de lo anterior, la Sala de instancia concluye que "aunque la Xunta de Galicia se ha apoyado en el artículo 55.2 del citado Decreto 162/2012, lo cierto es que se ha limitado el ejercicio de actividades económicas sin tener en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad por cuanto no ha indicado los motivos por los que la exigencia de la conformidad del titular de una máquina tipo B ya instalado en el local de hostelería en el que se pretende instalar una máquina de apuestas sea necesaria para alcanzar los objetivos perseguido en orden a garantizar el control del número de máquinas, la salud y el orden público".

Señala la sentencia de la Audiencia Nacional que no se cuestiona la competencia ni la regulación de la Xunta de Galicia en materia de juego; pero que, en atención al principio de proporcionalidad, debían justificarse las razones por las que otro tipo de medidas no eran posibles o no permitían atender adecuadamente a la protección de las posibles razones imperiosas de interés general existentes, lo que no se ha realizado en este caso.

Y añade la sentencia:

" [...] la protección de la buena fe en las transacciones comerciales tampoco se erige como razón imperiosa de interés general por cuanto que las autorizaciones de la Xunta de Galicia en este sentido parecen inclinarse a la protección de los intereses económicos de determinados operadores económicos y no del interés general. Así las cosas, concluimos que el artículo 55, en los apartados referidos en esta sentencia, del Decreto 162/2012, al supeditar la concesión de una autorización administrativa (la autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas) a la intervención del titular de la máquina de juego tipo B ya instalada en el local, es contrario, por las razones expuestas, a los principios de proporcionalidad, de necesidad, de interés general y de no discriminación previstos en la Ley de garantía para la unidad de mercado".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de la Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO), siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 15 de diciembre de 2021 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º) Declarar que la cuestión que se suscita en el recurso que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las SSTS de 20 de junio de 2018 (casación 1810/2016) y de 22 de octubre de 2019 (RCA 4238/2018) en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería), en supuestos, como el presente, de la intervención de un tercer competidor en el

procedimiento de autorización de la actividad (en este caso, intervención del titular de una máquina B respecto de la solicitud de instalación de una máquina auxiliar de apuestas en el mismo establecimiento).

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

Cuarto.

La representación de la Asociación Gallega de Empresas Operadoras formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2022 en el que la recurrente formula contra la sentencia los motivos de impugnación que responden a los siguientes enunciados:

1/ Infracción del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, al considerar la sentencia que la Xunta de Galicia, al dictar la resolución administrativa impugnada por la CNMC, no tuvo en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en dicho artículo, así como por considerar la sentencia la no existencia de razones imperiosas de interés general.

2/ Infracción del artículo 18.2.g) de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, al considerar la sentencia que la resolución de 7 de abril del 2017 de la Xunta de Galicia y los apartados 2 y 4.f) del artículo 55 del Reglamento de Apuestas de Galicia incurren en la prohibición de intervención de competidores en los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones administrativas.

Termina el escrito concretando las pretensiones que se formulan, que consisten en que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º) Estime el presente recurso de casación;

2º) Case y anule la sentencia recurrida;

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

4º) Resuelva las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la CNMC contra la resolución administrativa de 7 de abril de 2017 y contra los apartados 2 y 4.f) del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio de la Xunta de Galicia, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas, por ser conformes a derecho.

Quinto.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 3 de febrero de 2022 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a las partes recurridas para que pudiesen formular su oposición.

Sexto.

La representación procesal de la Administración del Estado presentó escrito con fecha 23 de febrero de 2022 en el que exponer las razones en las que se sustenta su oposición; y termina el escrito de la Abogacía del Estado solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

Séptimo.

La representación de la Xunta de Galicia presentó escrito con fecha 22 de marzo de 2022 en el que manifiesta que "no formula oposición al recurso interpuesto por la Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO)".

Octavo.

La representación de la entidad Gestión de Apuestas Gallegas, S.L. formalizó su oposición al recurso mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2022 en el que expone sus razones en contra de los distintos motivos de

impugnación esgrimidos por la recurrente; y termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente.

Noveno.

Mediante providencia de 4 de abril de 2022 se acordó no haber lugar a la celebración de vista pública, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 14 de febrero de 2023, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del recurso.

El presente recurso de casación nº 6930/2021 lo interpone la Asociación Gallega de Empresas Operadoras (AGEO) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2021 dictada en el recurso contencioso-administrativo 21/2017.

Como hemos visto en los antecedentes primero y segundo, la sentencia ahora recurrida en casación vino a resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el trámite previsto en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contra la resolución de 7 de abril de 2017 de la Delegación Territorial de A Coruña de la Jefatura Territorial de Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia, que deniega la autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuesta en un local de hostelería situado en Santiago de Compostela en aplicación del artículo 55 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia, resolución denegatoria confirmada luego por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional, luego completada y corregida por auto de 1 de junio de 2021, anula la resolución denegatoria que era objeto de impugnación así como el artículo 55, apartados 2, 3, letra b/ (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquina B) y 4, letras b/ (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquinas B) y f/ del Reglamento de Apuestas de Galicia aprobado por Decreto 162/2012 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En el antecedente segundo hemos reseñado de forma resumida las razones que expone la Sala de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la resolución y de los preceptos reglamentarios que eran objeto de impugnación en el proceso.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 15 de diciembre de 2022.

Segundo. La cuestión de interés casacional.

Como hemos visto en el antecedente tercero, el auto de admisión del presente recurso declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en completar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia contenida en las SsTS de 20 de junio de 2018 (casación 1810/2016) y de 22 de octubre de 2019 (casación 4238/2018) en relación con la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad a las medidas que limitan el ejercicio de la actividad económica del juego (en este caso, instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería), en supuestos como el presente, en el que, en el procedimiento regulado para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un procedimiento de hostelería, la normativa exige la intervención de un tercero (el titular de una máquina tipo B instalada en el mismo establecimiento).

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

Tercero. Sobre la inclusión de las actividades del juego en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Acabamos de ver que la cuestión señalada en el auto de admisión del recurso de casación exige dar respuesta a la pregunta de si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas que

establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y, en particular, al tipo de actividad (instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería) en el supuesto concreto a la que el propio auto se refiere.

Pues bien, es necesario recordar aquí lo declarado por esta Sala en sentencia nº 1408/2019, de 22 de octubre (casación 4283/2018), de cuyo F.J. 5º reproducimos ahora los siguientes fragmentos:

<< (...) QUINTO.- Sobre la inclusión de las actividades del juego en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La segunda de las cuestiones señaladas en el auto de admisión del recurso de casación consiste en determinar si los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones administrativas que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, a que se refiere el 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, son de aplicación en el ámbito de las actividades de juego, y en su caso, si la aplicación de los indicados principios en este ámbito requiere ser modulada o matizada, dada su especificidad y los valores del ordenamiento afectados.

Ante todo, es cierto que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios); y así lo señala expresamente el artículo 2.2.h) de la Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación << (...) h/ las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas>>. Y por ello, la actividad del juego por dinero queda también fuera del ámbito aplicativo de la norma interna de trasposición de la Directiva, esto es, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 2.2.h) excluye de su ámbito de aplicación << (...) h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario>>.

Ahora bien, lo anterior no impide que a las actividades del juego sí les resulten de aplicación los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuyo ámbito de aplicación viene configurado con la mayor amplitud, como la propia Ley 20/2013 deja señalado en su Preámbulo:

<< (...) En la elaboración de esta Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como "Directiva de Servicios", proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación>>.

En consonancia con lo anunciado en su Preámbulo, también el articulado de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, delimita su ámbito de aplicación con gran amplitud al venir este referido, sin excepciones, << (...) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional>> (artículo 2). Y, más adelante, el artículo 16 de la propia Ley 20/2013 se refiere al principio de "libre iniciativa económica" señalando que <<El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales>>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en STC79/2017, de 22 de junio de 2017, << (...) La Ley 20/2013 ha desbordado el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior -y al que se refiere una de sus leyes de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio-, pues ha incluido en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado (art. 2 de la Ley 20/2013), incluyendo no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de productos. Así lo subraya el preámbulo de la propia Ley 20/2013 cuando afirma que "la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley [la Ley 20/2013] se aplicará también a los sectores

expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos".

En esa misma línea, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 362/2019, de 18 de marzo de 2019 (casación 1746/2016, F.J. 6º) tuvimos ocasión de señalar que: << (...) A diferencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que expresamente excluía de su ámbito de aplicación un listado de servicios [...], la LGUM extiende su aplicación -como precisa su Preámbulo- a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. En este sentido, artículo 2 de la LGUM precisa que la ley será de aplicación, a "las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional", sin consignar actividades exceptuadas, entendiendo por actividad económica, según el Anexo de definiciones, "cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicio", por lo que no cabe duda que la LGUM es aplicable a la actividad [...] a que se refiere este recurso>>.

Por tanto, debe concluirse que a la actividad del juego le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Ante todo, es cierto que la actividad económica relacionada con el juego queda fuera del ámbito de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios); y así lo señala expresamente el artículo 2.2.h) de la Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación << (...) h/ las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas>>. Y por ello, la actividad del juego por dinero queda también fuera del ámbito aplicativo de la norma interna de transposición de la Directiva, esto es, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo artículo 2.2.h) excluye de su ámbito de aplicación << (...) h) Las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario>>.

Ahora bien, lo anterior no impide que a las actividades del juego sí les resulten de aplicación los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuyo ámbito de aplicación viene configurado con la mayor amplitud, como la propia Ley 20/2013 deja señalado en su Preámbulo:

<< (...) En la elaboración de esta Ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como "Directiva de Servicios", proceso en el que se incorporaron al ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación>>.

En consonancia con lo anunciado en su Preámbulo, también el articulado de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, delimita su ámbito de aplicación con gran amplitud al venir este referido, sin excepciones, << (...) al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional>> (artículo 2). Y, más adelante, el artículo 16 de la propia Ley 20/2013 se refiere al principio de "libre iniciativa económica" señalando que <<El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales>>.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en STC79/2017, de 22 de junio de 2017, << (...) La Ley 20/2013 ha desbordado el ámbito material de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior -y al que se refiere una de sus leyes de transposición, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio-, pues ha incluido en su ámbito de aplicación todas las actividades económicas en condiciones de mercado (art. 2 de la Ley 20/2013), incluyendo no solo las actividades que se refieren a la prestación de servicios sino también las que se refieren a la elaboración y comercialización de

productos. Así lo subraya el preámbulo de la propia Ley 20/2013 cuando afirma que "la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley [la Ley 20/2013] se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos".

En esa misma línea, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 362/2019, de 18 de marzo de 2019 (casación 1746/2016, F.J. 6º) tuvimos ocasión de señalar que: << (...) A diferencia de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que expresamente excluía de su ámbito de aplicación un listado de servicios [...], la LGUM extiende su aplicación -como precisa su Preámbulo- a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. En este sentido, artículo 2 de la LGUM precisa que la ley será de aplicación, a "las actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional", sin consignar actividades exceptuadas, entendiéndose por actividad económica, según el Anexo de definiciones, "cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicio", por lo que no cabe duda que la LGUM es aplicable a la actividad [...] a que se refiere este recurso>>.

Por tanto, debe concluirse que a la actividad del juego le resulta de aplicación el conjunto de principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado [...]>>.

Estas consideraciones que acabamos de transcribir, tomadas de nuestra sentencia nº 1408/2019, de 22 de octubre (casación 4283/2018), deben ser ahora reiteradas, sin necesidad de introducir en ellas matización, precisión ni corrección alguna.

Sexto. Sobre el establecimiento de restricciones o limitaciones en relación con la actividad del juego.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en la citada sentencia nº 1408/2019, de 22 de octubre (casación 4283/2018, F.J. 5º), puede admitirse sin dificultad que las distintas modalidades de juego por dinero no constituyen una actividad económica ordinaria sino que reviste especificidades que hacen procedente su regulación y el establecimiento de determinadas limitaciones.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que como vimos excluye de su ámbito de aplicación las actividades de juego por dinero (artículo 2.2.h), ofrece en el considerando 25 de su preámbulo o parte expositiva la siguiente explicación: << (...) 25. Procede excluir las actividades de juego por dinero, incluidas las loterías y apuestas, del ámbito de aplicación de la presente Directiva, habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores>>.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite con normalidad que la actividad de juego sea objeto de limitaciones y restricciones por parte de los Estados miembros; y, más aún, reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de delimitar los intereses a proteger y los objetivos de su política en materia de juegos de azar. Es oportuno reseñar la STJUE de 8 de septiembre de 2009 (asunto C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd.), en particular los apartados 56 a 59 de su fundamentación.

En esa misma línea de razonamiento se pronuncian las SsTJUE de 12 de julio de 2012 (asunto C-176/11, apartados 21 y 22) y 8 de septiembre de 2016 (asunto C-225/15, apartados 39 y 40 de su fundamentación), lo siguiente:

Siguiendo esas pautas, en nuestro derecho interno las diferentes normas reguladoras de la actividad de juego por dinero ponen de manifiesto que, en sus respectivos ámbitos competenciales, tanto el legislador estatal como el autonómico están persuadidos de la necesidad de la regulación del juego establezca limitaciones de diverso signo.

Así, la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, alude en su Preámbulo a <<(…) la necesidad de iniciar un nuevo camino en la regulación del sector del juego asegurando mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos ineludibles de tutela y protección social de los menores y de los participantes en los juegos, al tiempo que se pretenden alcanzar otras importantes finalidades como son la prevención de actividades fraudulentas y de blanqueo de capitales, y todo ello a través de una oferta dimensionada del juego, de una regulación de la práctica

de aquellos juegos que puedan ser autorizados, así como del control público del sector...>>. Y con la mirada puesta en esos objetivos, y sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas en esta materia, el articulado de la Ley 13/2011 establece una regulación de la actividad de juego en sus distintas facetas.

De esa regulación contenida en la Ley estatal nos limitaremos a reseñar aquí el artículo 9, que establece el "sometimiento de la actividad del juego a la previa obtención de título habilitante". De manera clara e inequívoca en apartado 2 de ese artículo 2 establece: << (...) 2. Toda actividad incluida en el ámbito de esta Ley que se realice sin el preceptivo título habilitante o incumpliendo las condiciones y requisitos establecidos en el mismo, tendrá la consideración legal de prohibida, quedando sujetos quienes la promuevan o realicen a las sanciones previstas en el Título VI de esta Ley>>. Y en la misma idea abunda el apartado 5.5º del mismo artículo 9 cuando incluye entre los supuestos en que se extinguen las licencias y autorizaciones reguladas en la Ley el siguiente << (...) 5º El incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización o licencia>>.

Por su parte, en el plano autonómico, la Ley 14/1985, de 23 de octubre, reguladora de los juegos y apuestas en Galicia, establece a lo largo de su articulado una amplia regulación general sobre las distintas modalidades de juego, estableciendo la Ley autonómica en sus distintos apartados determinadas prescripciones y condiciones, sin perjuicio de su ulterior concreción y desarrollo por vía reglamentaria; desarrollo éste que, en lo que interesa al presente recurso, tuvo lugar por Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

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

Séptimo. *Sobre la justificación de la necesidad y proporcionalidad de la concreta limitación a la que se refiere la presente controversia.*

Ha quedado así establecido, de un lado, que a la actividad del juego le resultan de aplicación los principios y garantías que se establecen en los artículos 3 al 9 y 16 a 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y, de otra parte, que debe aceptarse, en principio, el hecho de que las actividades relacionadas con el juego sean objeto de una regulación que someta el ejercicio de la actividad a autorización y a determinadas limitaciones o restricciones.

Partiendo de lo anterior, centraremos ahora nuestro análisis en los principios de "necesidad y proporcionalidad" con los que el artículo 5 de la Ley 20/2013 sujeta y somete a control las actuaciones de las administraciones que supongan límites a la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

El citado artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado establece lo siguiente:

<<Artículo 5. *Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.*

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

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

Por su parte, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio define así el concepto de "razón imperiosa de interés general":

<< (...) 11. "Razón imperiosa de interés general": razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Dado el tenor literal de los preceptos citados, resulta innegable que el establecimiento por la Administración de exigencias y requerimientos de diversa índole para el desarrollo de una determinada actividad económica -en

este caso, la instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería- constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento. Y, siendo ello así, la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada.

En el caso que estamos examinando, la sentencia recurrida explica (F.J. 1º) que la denegación de autorización para la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería situado en Santiago de Compostela vino determinada porque en la solicitud presentada no se había incorporado la firma y el consentimiento de la empresa operadora de máquinas tipo-B que ya estaban instaladas en ese mismo establecimiento; requisito éste exigido en el artículo 55, apartados 2, 3.b/ y 4, letras b/ y f/, del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En concreto, el artículo 55.2 del citado Decreto autonómico establece:

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

Tal exigencia se concreta luego en los apartados 3 y 4 del mismo artículo 55 del Decreto donde se indica que a la solicitud de autorización se deberá acompañar "fotocopia del DNI de la persona representante de la empresa operadora de máquinas tipo B"; exigiéndose, además, que se aporte "documento de conformidad firmado por la persona titular del local, por la empresa comercializadora y explotadora y, en su caso, por la empresa operadora de máquinas de tipo B".

Según hemos visto, la Sala de instancia considera (F.J. 8º, párrafos antepenúltimo y penúltimo, de la sentencia) que no ha quedado justificada la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la imposición de la señalada exigencia ni que ésta sea imprescindible para garantizar el control del número de máquinas, la salud y el orden público sin que existan otros medios para la consecución de dichos objetivos. Y añade la sentencia recurrida que la protección de la buena fe en las transacciones comerciales tampoco se erige como razón imperiosa de interés general pues los argumentos dados en ese sentido por la Xunta de Galicia parecen inclinarse a la protección de los intereses económicos de determinados operadores económicos y no del interés general.

Por tales razones la Sala sentenciadora concluye que el artículo 55 del Decreto 162/2012, en los apartados a los que antes nos hemos referido, al supeditar la concesión de la autorización administrativa (autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas) a la intervención del titular de la máquina de juego tipo B ya instalada en el local, es contrario a los principios de proporcionalidad, de necesidad, de interés general y de no discriminación previstos en la Ley de garantía para la unidad de mercado.

Pues bien, compartimos el parecer de Sala de la Audiencia Nacional; y ello por las razones que pasamos a exponer.

A/ La parte recurrente en casación dedica buena parte de su argumentación a señalar que la regulación contenida en el artículo 55 del Decreto autonómico 162/2012 es producto de la capacidad planificadora de la Xunta de Galicia que, con el objetivo de actuar en defensa del interés general, de la salud pública de consumidores y usuarios, con especial mención a los menores de edad, y el orden público, pretende que el juego a través de máquinas auxiliares de apuestas no prolifere de manera indiscriminada en locales de hostelería que no tenían máquinas de Tipo B instaladas en el momento de la publicación del Decreto 162/2012, de 7 de junio; persiguiendo el precepto que las máquinas auxiliares de apuestas se instalen fundamentalmente en locales de hostelería que ya tenían juego a la fecha de publicación del Decreto y no en locales que no lo tenían.

Dicho de otro modo -explica la recurrente- los locales de hostelería no son locales de juego; y dada la posibilidad de que acceda a ellos cualquier tipo de consumidor, la Administración tiene que velar para que no se instale en dichos locales, de manera no planificada, una oferta de juego excesiva. Por ello, lo que hace la normativa de la Xunta de Galicia es evitar que, una vez reguladas las máquinas auxiliares de apuestas, su instalación suponga un incremento de locales de hostelería, con oferta de juego, y todo ello basado, como decimos en el interés general, la salud pública y el orden público. Además -añade la recurrente- la regulación establecida por la Xunta de Galicia es menos restrictiva que la de otras comunidades autónomas, pues no solo permite la instalación de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería (lo que no sucede en otras regulaciones autonómicas) sino que permite que un 20% del parque de máquinas auxiliares de apuestas puede instalarse en locales de hostelería donde no haya una máquina de tipo-B. Por último, aduce la recurrente, una oferta de juego más concentrada, en determinados locales de hostelería, donde ya había una máquina de tipo-B, facilita el control administrativo de la actividad en dichos locales.

Ahora bien, ninguno de estos argumentos que expone la recurrente, y que acabamos de sintetizar, se dirige a combatir -ni logra desvirtuar- la ratio decidendi de la sentencia de la Audiencia Nacional.

En efecto, la sentencia recurrida señala expresamente que no se cuestiona la competencia de la Xunta de Galicia para establecer una regulación en materia de juego. Y, este punto, es significativo que la representación de la Xunta de Galicia haya decidido no formular oposición al recurso de casación.

Lo que la Sala sentenciadora pone de manifiesto es que la Administración autonómica ha dictado la resolución denegatoria de la autorización apoyándose únicamente en las exigencias previstas en la regulación autonómica sectorial << (...) sin tener en cuenta que la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, impone que la fijación de cualquier límite al acceso a una actividad económica -incluso fijado con anterioridad a la entrada en vigor de la LGUM- deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y deberá ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica>> (F.J. 8º de la sentencia).

Más concretamente, la sentencia recurrida señala que, aunque la Xunta de Galicia se ha apoyado en el artículo 55.2 del citado Decreto 162/2012, lo cierto es que con su decisión << (...) ha limitado el ejercicio de actividades económicas sin tener en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad por cuanto no se han indicado los motivos por los que la exigencia de la conformidad del titular de una máquina tipo B ya instalada en el local de hostelería en el que se pretende instalar una máquina auxiliar de apuestas es necesaria para alcanzar los objetivos perseguidos en orden a garantizar el control del número de máquinas, la salud y el orden público>>. Esto es, lo que la sentencia destaca como injustificado y desproporcionado -y, por ello mismo, contrario a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado- es que para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería se exija la conformidad del titular de las máquinas tipo B ya instaladas en ese mismo local.

Pues bien, sobre esa concreta exigencia, que también esta Sala del Tribunal Supremo considera injustificada y desproporcionada, la recurrente no ha logrado ofrecer -ni lo intentado siquiera- una explicación mínimamente consistente.

B/ La representación de la asociación recurrente ha expuesto con algún detenimiento diversos argumentos en contra de lo que en el proceso de instancia alegaba la Abogacía del Estado acerca de una posible vulneración de lo dispuesto en el artículo 12.2.g/ de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, puesto en relación con el artículo 10.f/ de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, preceptos estos que prohíben la intervención de "competidores" en los procedimientos de otorgamiento de nuevas autorizaciones.

Ciertamente, en la demanda que presentó en nombre de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la Abogacía del Estado alegaba esa vulneración; y ha insistido en ello al formular su oposición al recurso de casación. Pero sucede que la sentencia recurrida no acoge ese motivo de impugnación que en el curso del proceso había esgrimido la parte actora. Como hemos visto, el pronunciamiento de la Sala de la Audiencia Nacional se basa en la consideración de que el artículo 55 del Decreto autonómico 162/2012, al supeditar la autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas a la intervención del titular de las máquinas de juego tipo B ya instaladas en el local, es contrario a los principios de proporcionalidad, de necesidad, de interés general y de no discriminación previstos en la Ley de garantía para la unidad de mercado; sin que en la ratio decidendi de la sentencia (vid. F.J. 8º) se invoque o se mencione siquiera la prohibición establecida en el artículo 12.2.g/ de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Así las cosas, para la resolución del presente recurso de casación carecen en realidad de virtualidad las alegaciones que formula la recurrente para destacar las diferencias que existen entre las máquinas de juego tipo B y las máquinas auxiliares de apuestas, y para explicar que las empresas operadoras de unas y otras no son en realidad "competidoras". Sencillamente, la sentencia recurrida no aborda esas cuestiones, que, por tanto, no consideramos necesario analizar aquí.

Séptimo. Respuesta a la cuestión de interés casacional.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que la fijación por la Administración de limitaciones o restricciones en la actividad económica del juego debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada. Y, partiendo de ese postulado, debe concluirse que resulta injustificado y desproporcionado -y, por ello mismo, contrario a lo dispuesto en el citado artículo 5 de la Ley 20/2013- que para autorizar la instalación de una máquina auxiliar de apuestas en un local de hostelería se exija la conformidad del titular de la máquina tipo B ya instalada en ese mismo local.

Octavo. *Resolución del recurso de casación y costas procesales.*

En consonancia con la interpretación que acabamos de exponer y con lo razonado en los apartados anteriores, debemos declarar no haber lugar al presente recurso de casación.

Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes, debiendo mantenerse el pronunciamiento sobre costas procesales efectuado en la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 6930/2021 interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN GALLEGA DE EMPRESAS OPERADORAS (AGEO) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de abril de 2021 (recurso contencioso-administrativo 21/2017; sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.