



T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1 not. 3/7/15
ALBACETE

SENTENCIA: 00372/2015

Recurso contencioso-administrativo nº 527/2013

Toledo

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CASTILLA-LA MANCHA.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Sección Primera.**

Magistrados, Ilmos. Sres.:

- D. José Borrego López. Presidente.
- D. Mariano Montero Martínez
- D. Manuel-José Domingo Zaballos.
- D. Antonio Rodríguez González
- D. José-Antonio Fernández Buendía

S E N T E N C I A N º 3 7 2

En Albacete, a veintidós de junio de 2015.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, seguidos bajo el número 527 de 2013 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de la FEDERACIÓN REGIONAL DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA y TURISMO de CASTILLA-LA MANCHA, representada por la Procurador Sra. Colmenero López y defendida por el Letrado Sr. Salamanca Moreno, contra la CONSEJERÍA de HACIENDA de la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, representada por sus Servicios Jurídicos y contra la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MÁQUINAS RECREATIVAS DE CASTILLA-LA MANCHA, representada por el Procurador Sr. López Ruiz y defendida por el Letrado Sr. Molina del Villar; en materia de aprobación de disposición de carácter general. Es ponente el Ilmo. Sr.

Magistrado D. Mariano Montero Martínez, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha veintiséis de diciembre de 2013 recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 85/2013, de veintitrés de octubre, de la Consejería de Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de veintinueve de octubre inmediato siguiente, por el que se regula el régimen jurídico y títulos habilitantes exigidos a establecimientos y empresas de juego.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando sentencia que declarara la nulidad de pleno derecho del Decreto impugnado y, subsidiariamente, la nulidad de los arts. 33.2; 77.1 en lo relativo a una "sola y determinada" empresa operadora; y, por último, apartado 1 del art. 79 en cuanto al carácter obligatorio y la duración del plazo de cuatro años de vigente de la autorización, así como, en su integridad, el número dos del mismo.

Segundo. Contestada la demanda por la Administración, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso, aunque previamente interesó la inadmisibilidad del recurso, por falta de adopción del acuerdo para recurrir por el órgano de la recurrente que estatutariamente tuviese la competencia para hacerlo. Por su parte, la entidad codemandada solicitó la desestimación del recurso entablado.

Tercero. Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicadas las diligencias declaradas pertinentes, se ratificaron las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, y se señaló para votación y fallo el día dieciocho de junio de 2015, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Impugna la actora el Decreto 85/2013, de veintitrés de octubre, de la Consejería de Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de veintinueve de octubre inmediato siguiente, por el que se regula el régimen jurídico y títulos habilitantes exigidos a establecimientos y empresas de juego.

Segundo. Opone la Administración demandada, como óbice procesal que exige un pronunciamiento previo, la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo [art. 69.b), en relación con el 45.2.d), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa], porque en su entendimiento no se acredita que se hubiese adoptado el acuerdo para recurrir, en el seno de la Federación Regional demandante, por el órgano que conforme a sus estatutos tuviese encomendada esa potestad.

Sin embargo, esa causa de inadmisión del recurso ha de ser superada, no sólo por evidentes razones de tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, sino porque se ha probado por la federación regional demandante que se adoptó ese acuerdo para recurrir por su Junta Directiva, que conforme al art. 18.e) de sus estatutos tenía la competencia para “ejercitar acciones judiciales, interponer recursos de todas clases, incluso de casación y revisión, transigir en litigios...”. Lo cual concuerda, además, con la pura lógica de que la junta directiva, en la práctica, es el órgano que en una federación regional como la que nos ocupa y en tal tipo de entidades en general, suele ostentar ese tipo de facultades.

Ello nos mueve a rechazar la causa de inadmisibilidad y a entrar en el fondo del asunto.

Tercero. Antes del planteamiento de cuestiones de fondo o de Derecho material, que también formula, la demandante interesa la declaración de nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada sobre la base de dos defectos formales que, en puridad, pueden refundirse para su estudio. Son, por este orden, la falta de conocimiento por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha de información que devendría

vital para conocer del asunto y, sobre todo, para que tal órgano consultivo evacuara su dictamen (infracción de los artículos 36.3 y 54.4 de la Ley 11/2003 de veinticinco de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha); y, en segundo lugar, la falta de información pública con carácter previo a la aprobación de la disposición de carácter general, de forma que no equivaldría a la citada la mera sesión de la Comisión del Juego. Se trata, como es de ver, de dos vulneraciones del ordenamiento jurídico con un denominador común: en el entendimiento de la federación reclamante, se habría aprobado la disposición de carácter general sin la posibilidad de participación pública, en su más amplia acepción.

En palabras de nuestra Sentencia de tres de mayo de 2010 (ROJ: STSJ CLM 1495/2010; sentencia 273/2010; recurso 93/2007):

[“...es de significar que el artículo 105 de la Constitución prescribe que la Ley habrá de regular "la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten". El Capítulo Primero del Título V de la Ley 30/92 de RJAP y PAC, relativo a las disposiciones administrativas, normativa básica, nada prescribe al respecto, como sí lo hace en el ámbito de aplicación que le es propio la Ley 50/97, de 27 de Noviembre, artículo 24, letra c , que distingue el trámite de audiencia a los afectados en sus derechos o intereses legítimos por un anteproyecto de reglamento -siempre preceptivo- del trámite de "información pública", que habrá de cumplimentarse "cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje". Sobre el procedimiento de aprobación de ordenanzas por los entes locales, el artículo 49 de la Ley 7/85, de dos de Abril, acumula esos dos trámites (audiencia a los interesados e información pública) que han de abrirse durante el plazo mínimo de treinta días. En el caso del ejercicio de la potestad reglamentaria por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 36.3 de la Ley 11/03, de 25 de Septiembre prescribe que "cuando la disposición afecte a derechos o intereses legítimos de los ciudadanos se someterá a información pública de forma directa o a través de las asociaciones y organizaciones que los representen, excepto que se justifique de forma suficiente la improcedencia o la inconveniencia de dicho trámite"; trámite que se entiende cumplido "cuando las asociaciones y organizaciones representativas hayan participado en la elaboración de la norma a través de los órganos consultivos de la Administración Regional". Esta regulación de la participación externa en la elaboración y aprobación de los reglamentos autonómicos no es todo lo clara que hubiera sido deseable para clarificar si estamos ante

la audiencia de los ciudadanos (o personas jurídicas) afectadas por el reglamento en proyecto o bien ante el trámite de información pública que contemplan diferenciadamente del anterior, por ejemplo, las dos leyes estatales citadas, Ley del Gobierno y Ley reguladora de las bases del Régimen Local así como en la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, art. 86 (si bien, en este caso al regular la participación en los procedimientos administrativos que terminan con una resolución administrativa, no con la aprobación o modificación de un reglamento). Con todo, parece más lógico entender que la ley castellano-manchega está refiriéndose en su artículo 36 a la audiencia a los interesados afectados por la disposición administrativa futura, aunque se hable -impropiamente creemos- de "información pública", porque en otro caso por fuerza se habría previsto necesariamente el llamamiento a la participación a través de edictos o anuncios en el Boletín Oficial de la Comunidad, y también porque carecería de sentido lógico la precisión de entenderse cumplido el trámite en caso de haber participado en la elaboración de la norma "organizaciones representativas" de los afectados. La información pública en sentido estricto no es el trámite contemplado por el legislador autonómico en el artículo 36 que analizamos, por lo que estamos razonando y que solo se materializa con la invitación a todos, afectados o no, y mediante anuncios, en el conocimiento de la disposición en ciernes para poder presentar sugerencias llegado el caso; en suma, manifestación del principio de democracia participativa"]].

En el caso cuyo estudio nos ocupa, ese pretendido defecto formal, consistente en que no figure el dictamen concreto de la Comisión del Juego, no es tal, o al menos no tiene la virtualidad de generar la nulidad de la norma aprobada sin su constancia, toda vez que se nos certifica por esa entidad, folios 147 y 148 del expediente, que el entonces proyecto de Decreto fue oportunamente dictaminado por la Comisión del Juego. Es, pues, el propio organismo el que afirma haber dictaminado sobre la norma en trámite de elaboración y, pudiendo ser preceptivo, desde luego tal dictamen no era vinculante, con lo que el sentido del dictamen no entendemos tuviera que ser favorable a su aprobación, ni después hemos tenido la más mínima referencia a la existencia de obstáculos dialécticos por parte de esa comisión. Pero es que, añadimos ahora, tampoco consta objeción formal destacable por parte del Consejo Consultivo en su dictamen; cierto que se hace mención a la ausencia del informe de la Comisión del Juego, y a que sin el mismo, el propio Consejo Consultivo no puede completar el conocimiento exhaustivo de la opinión de tal organismo. Pero ni el supremo órgano consultivo de la comunidad

autónoma emite por ello informe desfavorable ni puede entenderse cercenado el trámite de participación pública por ello. Y no puede obviarse que la federación regional demandante participa nominal y formalmente en la Comisión del Juego, como se nos certifica en ramo de prueba de la codemandada, a través de un representante, lo cual disminuye hasta casi nihilizar la relevancia, en cuanto a conocimiento público, de que no se haya incorporado el dictamen específico de la Comisión sobre el proyecto de Decreto. Dictamen que incluso podía haber incorporado la parte demandante, por haber tenido necesario conocimiento del mismo.

Motivo de impugnación del doble defecto formal, pues, que ha de ser rechazado.

Cuarto. Ya como cuestión material o sustantiva, la federación regional demandante entiende que la regulación combinada de los artículos 32.2 y 77.1 del Decreto 85/2013, aquí discutido, atenta contra el principio constitucional (art. 38 de la Carta Magna) de libertad de empresa, por instaurar una injustificada restricción en materia de competencia y de libertad de contratación. En suma, ambos preceptos implican que cuando en un establecimiento de hostelería dedicado a bar, cafetería, restaurante, etc., se instalen dos máquinas de juego tipo "B", las dos deben pertenecer a la misma empresa operadora. Ello llegaría a ser colusorio, en los términos del art. 1 de la Ley 15/2007, de tres de julio, de defensa de la competencia, y sólo beneficiaría a las empresas operadoras que en el momento de entrada en vigor de la norma tuviesen instalada una máquina de ese tipo en un establecimiento concreto. Ello superaría, incluso, el marco de la ley autonómica 2/2013, de veinticinco de abril, del juego y las apuestas de Castilla-La Mancha. En el mismo sentido, el art. 79, apartados primero y segundo, del Decreto impugnado en este pleito, incidiría en la protección desmedida a la empresa operadora, en cuanto comportan una permanencia injustificada de cuatro años de la máquina en el local, o por mejor decir de la vigencia de la autorización.

Al respecto habremos de decir que la actividad del juego, como coinciden en señalar todas las partes contendientes, se encuentra

fuertemente intervenida en España, entre otras razones por la colisión de intereses entre los, en principio, legítimos de las empresas operadoras y de los establecimientos donde se instalar las máquinas hábiles para el juego, y la protección del usuario-consumidor que bien es jugador o puede llegar a serlo. Así, en la teleología de la norma puede entenderse que se intente evitar la contienda comercial que termine repercutiendo en la explotación de los locales y de las máquinas, y que se busque una estabilidad en la explotación de las máquinas, como ya prevé la propia ley castellano-manchega 2/2013, antecitada, con fijación de plazos para las autorizaciones administrativas y con control sobre la actividad misma del juego. No se entiende por qué procedería la rebaja de ese plazo de cuatro años a uno, que parece ser el postulado, lo cual desconocería el que no nos es dado establecer los términos en los que debería quedar redactada una norma (art. 71.2 de nuestra ley de ritos) en lugar de los anulados de la misma y cuando, por otro lado, esos cuatro años están en consonancia con la normativa del resto de comunidades autónomas españolas. Idea (la de una única empresa operadora) que esencialmente ya se contenía en la norma anteriormente reguladora de la materia en esta comunidad autónoma, el Decreto 6/2004, de veintisiete de enero, en concreto en sus artículos 38.2 y 62.1, en el marco de una fuerte intervención que, para empezar, somete la actividad a autorización administrativa previa, entre otros condicionamientos.

Por todo ello no puede servir con aducir determinadas limitaciones a la absoluta libertad de empresa para obtener la nulidad de la disposición de carácter general que nos convoca, si se enmarca en ese sector de la economía intervenida al que venimos refiriéndonos. Por tales razones la regulación de los preceptos que se discuten no excede los límites marcados por la ley antecitada, que proporciona la debida cobertura al reglamento aquí controvertido.

Quinto. Razones, las expuestas, que nos mueven a la desestimación del recurso entablado. De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-



Administrativa, se condena en costas a la federación regional demandante.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación; en nombre de S.M. el Rey,

F A L L A M O S: que, rechazando la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración demandada, entramos en el fondo y **DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto 85/2013, de veintitrés de octubre, de la Consejería de Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de veintinueve de octubre inmediato siguiente, por el que se regula el régimen jurídico y títulos habilitantes exigidos a establecimientos y empresas de juego; con abono de las costas de este recurso a cargo de la parte demandante.

Así, por esta Sentencia, contra la que cabe interponer el recurso de casación al que se refiere el art. 86.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.