



Identificador publicado	:	C-60/24
Número del documento	:	1
Número de registro	:	1281203
Fecha de presentación	:	26/01/2024
Fecha de inscripción en el registro	:	29/01/2024
Tipo de documento	:	Petición de decisión prejudicial
Referencia de presentación efectuada a través de e-Curia	:	Documento procesal DC200303
Número de fichero	:	1
Autor de la presentación	:	Bravo Bayarri Lucía (J364423)

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

PROCEDIMIENTO ORDINARIO [ORD] nº: 4 /000413/2021-GM

N.I.G: 46250-33-3-2021-0002586

Ponente: D/D^a ESTEFANIA PASTOR DELAS

Demandante/Recurrente: RECREATIVOS GINER MOLTO, S.L., VALAZAR 2014, S.L. y VALAZAR 2000, S.L.

Procurador/Ltrado: VICTOR GREGORIO PEREZ MATEU DE ROS, VICTOR GREGORIO PEREZ MATEU DE ROS y VICTOR GREGORIO PEREZ MATEU DE ROS /FERNANDO CACHO BARBEIRA, FERNANDO CACHO BARBEIRA y FERNANDO CACHO BARBEIRA

Demandado/Recurrido: GENERALLITAT VALENCIANA

Procurador/Ltrado: /

A U T O

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MANUEL JOSÉ DOMINGO ZABALLOS

Magistrados:

D. MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ BERMEJO

D. ESTEFANÍA PASTOR DELÁS

En VALENCIA, a veinticuatro de enero de dos mil veinticuatro.

H E C H O S

PRIMERO.- En esta Sala y Sección se siguen los autos nº 413/2021, recurso interpuesto por RECREATIVOS GINER MOLTO SL , VALAZAR 2014 SL Y VALAZAR 2000 SL, contra el *Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1/2020, de 11 de junio de la Generalitat, de regulación del juego y prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana*, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 4 de agosto de 2021.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda la parte actora interesó de este Tribunal dictara sentencia estimatoria del recurso DECLARANDO NULOS DE PLENO DERECHO los artículos 5,6,7,9 y 18 del Decreto 97/2021. Si bien por escrito de 9 de Enero de 2023 se desiste en cuanto a la impugnación del artículo 9 .

TERCERO.- Seguida la tramitación del procedimiento y presentados escritos de conclusiones por las partes demandante y demandada, se fijó fecha para deliberación y fallo el 22 de junio de 2023.

CUARTO.- Por providencia de 22 de junio de 2023 decidió la Sala dejar sin efecto el señalamiento y, conforme a lo prescrito en el artículo 4 bis 2 de la Ley Orgánica 6/ 1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se concedió a las partes diez días para presentar alegaciones en relación con el pedimento de plantear cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE - sobre la supuesta vulneración de los arts. 26 y 49 y 56 del TFUE por parte de los arts. 45.5, disposición transitoria segunda y disposición transitoria décima de la Ley 1/2020, de 11 de junio de la Generalitat, de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana.

QUINTO.- Demandante y demandada presentaron, a su tiempo, sus respectivos escritos de alegaciones no oponiéndose al planteamiento de la cuestión prejudicial en el presente procedimiento .

Expresa el parecer de la Sala la Magistrada Ponente , Doña Estefanía Pastor Delás .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Derecho nacional (España).

En el recurso contencioso administrativo que nos concierne, procedimiento ordinario nº 413 / 2021, se impugnan los una serie de artículos (5,6,7,18) del Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat Valenciana de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana.

Tal disposición administrativa autonómica valenciana -como indica su propia denominación y concreta su artículo 1, *objeto-* es *hacer efectiva la aplicación de determinados preceptos* de la indicada la Ley 1/2020, de 11 de junio; más concretamente sus arts. 45.5 y 6, la disposición transitoria segunda y la disposición transitoria décima de dicha Ley. Una ley emanada de Les Corts activando la competencia exclusiva de la Generalitat Valenciana sobre la materia: "31.ª Casinos, juego y apuestas, con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo Benéficas." Previsión del art 49.1.31ª del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/2006 , de 10 de abril.

El tenor literal de los preceptos de la mentada Ley 1/2020 es el siguiente:

-Artículo. 45. 5 y 6 de la Ley 1/2020:

"5. Los establecimientos que correspondan a las modalidades mencionadas en los apartados c y e del punto 3 de este artículo no pueden situarse a una distancia inferior a 850 metros de centro educativo acreditado por la Consellería competente en materia de educación para impartir educación secundaria obligatoria, bachillerato, ciclo de formación profesional básica y enseñanzas artísticas profesionales. Esta restricción de distancia no se aplica a los establecimientos de juego situados fuera de suelo residencial.

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

Los apartados c y e) del punto 3 del artículo 45 son, respectivamente, Salones de juego y Locales específicos de apuestas. El apartado b) del mismo punto 3 , Salas de bingo.

-Artículo 8. *Limitaciones de la publicidad, promoción, patrocinio e información comercial.*

"1. En el ámbito del juego autonómico y con respecto a las empresas operadoras de juego autorizadas por la Generalitat, se restringe cualquier tipo de publicidad, promoción, patrocinio y cualquier forma de comunicación comercial, incluida aquella que se realice telemáticamente a través de las redes de comunicación social, referidas a las actividades de juego y de los establecimientos en que se practican.

2. Se prohíbe la publicidad y la promoción del juego en el exterior de los locales de juego, así como la publicidad estática del juego en la vía pública o medios de transporte, en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

3. Dentro del ámbito señalado en el apartado 1 de este artículo, se restringe reglamentariamente la distribución gratuita o promocional de productos, bienes, servicios o cualquier otra actuación cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario, sea la promoción de la actividad de juego.

4. Asimismo, se restringe reglamentariamente la entrega gratuita, o por precio inferior al de mercado, de fichas, cartones, papeletas u otros elementos canjeables por dinero, los cuales permiten la participación en el juego.

5. Dentro los locales en los que se realicen actividades de juego es obligatorio que las personas consumidoras y usuarias tengan a su disposición, en lugar visible y fácilmente accesible, hojas informativas que contengan información y datos de contacto de instituciones dedicadas al tratamiento y rehabilitación de personas con trastornos adictivos asociados al juego. La conselleria competente en materia de prevención y tratamiento de adicciones establecerá el formato y contenido de estas hojas informativas.

6. Los medios de comunicación de titularidad pública, con el ámbito de emisión limitado en parte del territorio valenciano o su totalidad, no emitirán publicidad sobre la actividad del juego, tanto presencial como en línea. Esta prohibición incluye también los servicios de la sociedad de la información, la emisión de programas y de imágenes en los que las personas presentadoras, colaboradoras o invitadas aparezcan jugando, o mencionen o muestren, directa o indirectamente, establecimientos, salones o locales asociados al juego, excepto en aquellos casos en que tengan como objetivo la prevención o sensibilización respecto del juego patológico o ludopatía. La conselleria competente en materia de juego podrá autorizar excepciones a esta limitación en el caso de los juegos de titularidad pública o con reserva estatal.

7. Se promoverán líneas de ayuda, subvenciones y/o incentivos fiscales para entidades deportivas, asociaciones o medios de comunicación (especialmente en línea) que realicen campañas vinculadas a la prevención y lucha contra la ludopatía".

-Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2020:

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

-Disposición transitoria décima de la Ley 1/2020:

“Por un período máximo de 5 años desde la entrada en vigor de esta ley se establece la suspensión de nuevas autorizaciones de establecimientos de juego, así como de nuevas autorizaciones

de explotación de máquinas de tipo B o recreativas con premio, destinadas a ser instaladas en locales de hostelería o similares.

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

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

Por su parte, los artículos del Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat Valenciana de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana, disposición reglamentaria frente a los que se interpone el recurso, son los siguientes:

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

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

-Artículo 6. Procedimiento para la renovación de licencias de salones de juego que no

cumplan el requisito de la distancia “ 1. La tramitación del expediente de renovación se realizará por la dirección territorial de la Conselleria competente en materia de juego que corresponda al nuevo domicilio donde se quiera ubicar el salón. Si durante la tramitación nuevamente se cambiara la provincia del nuevo local, el expediente se remitirá a la dirección territorial que corresponda por razón del territorio, sin necesidad de formular nueva declaración responsable a que se refiere el apartado 2 del artículo 5.

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

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

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

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

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

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

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

- a) *Licencia municipal de apertura o documentación equivalente.*
- b) *Declaración responsable de los metros cuadrados útiles del local y de la sala de juego.*
- c) *Documento acreditativo del aforo máximo del local expedido por el órgano administrativo competente.*
- d) *Declaración responsable indicando los números de puestos de juego de que dispone el local, diferenciando los correspondientes a las máquinas de tipo A y B, y los que corresponden a otros juegos autorizados, que nunca podrán ser superiores al aforo del local y que respetarán el porcentaje establecido en el artículo 7 del Decreto 55/2015, de 30 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego.*

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

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

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

11. Una vez otorgado el permiso de funcionamiento, la apertura de nuevos centros educativos acreditados de los señalados en el apartado 5 del artículo 45 de la Ley 1/2020, no determinará el cierre de los salones de juego que se vieran afectados sobrevenidamente por la limitación de distancias. No obstante, su renovación quedará sujeta a lo establecido en la citada ley.”

-Artículo 7 del Decreto 97/2021: “ 1 La tramitación del expediente de renovación se realizará por la dirección territorial de la conselleria competente en materia de juego que corresponda al nuevo domicilio donde se quiera ubicar el local. Si durante la tramitación nuevamente se cambiara la provincia del nuevo local, el expediente se remitirá a la dirección territorial que corresponda por razón del territorio, sin necesidad de formular nueva declaración responsable.

2. La declaración responsable sobre la renovación de los locales específicos de apuestas, mencionada en el artículo 5.2, se dirigirá a la correspondiente dirección territorial, acreditando, quien la formule, la representación de la empresa titular del local específico de apuestas solicitante, en alguna de las formas previstas por la Ley 39/2015, si no constare previamente tal acreditación.

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

a) Documento público que acredite la disponibilidad del local.

b) Licencia municipal de apertura y funcionamiento.

c) Certificado del órgano autonómico competente acreditativo del cumplimiento de la normativa vigente en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas.

d) Plano de distribución del local a escala 1/100, firmado por técnico competente en el que se reflejen todos los elementos del juego, y plano de situación del local.

e) Modelo de letrero o rótulo de local de apuestas.

f) Horario de apertura y cierre del local, dentro del límite que establece el artículo 34 del Decreto 42/2011, de 15 de abril, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunitat Valenciana.

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

h) Plano de situación donde se pretenda instalar el local específico de apuestas, a escala 1/1000 como mínimo, comprensivo de la distancia de 850 metros medidos conforme determina la Ley 1/2020, con informe emitido por personal técnico competente en el que se relacionen los centros educativos a los que se refiere el artículo 45.5 de la Ley 1/2020, así como los números de policía, calles y población o poblaciones comprendidas en el trayecto y las coordenadas geográficas de las puertas de acceso del local de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del presente decreto.

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

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

-Artículo 18. Información comercial en el exterior de los establecimientos de juego.

1. En las fachadas, ventanales o cristalerías y puertas de los establecimientos de juego no podrá figurar publicidad alguna.

2. En las fachadas, ventanales o cristalerías y puertas de los establecimientos de juego cabrá exhibir la siguiente información comercial sobre los mismos:

a) *modalidad de establecimiento de juego, conforme a las reseñadas en el apartado 3 del artículo 45, de la Ley 1/2020.*

b) *nombre comercial o razón social del establecimiento, siempre que no haga apología, evoque elogiosamente o incite, directa o indirectamente, a la práctica del juego, ni contenga cualquier tipo de alusión a la suerte, la fortuna, la felicidad o cualquier término, expresión, acrónimo o sigla análoga;*

c) *logotipo o anagrama, con las mismas limitaciones señaladas en el subapartado b, que se harán extensivas a la representación de figuras, objetos o similares, quedando prohibida cualquiera que reproduzca elementos vinculados directa o indirectamente al juego, como ruletas, naipes, cartones, máquinas de juego y similares;*

d) *aquella que resulte exigible conforme a la normativa vigente, como la relativa a los horarios de apertura al público del establecimiento u otras que fueren preceptivas.*

3. *Los establecimientos de juego que exhiban rótulos, emblemas o similares que no se adecúen a lo dispuesto en los apartados anteriores dispondrán de un plazo de tres meses a partir de la fecha de entrada en vigor de este decreto, para proceder a su adaptación o retirada.*

SEGUNDO.- Disposiciones de la Unión Europea.

-El art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tercera parte, (Título I sobre mercado interior): “1. *La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar el funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.*

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

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

-El artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Título IV, cap. 2 Derecho de establecimiento): “ *En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.*

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

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

-El artículo 56 del mismo Tratado. Título IV, cap. 3 Servicios : “ *En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.*”

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

-Art. 106.1 del mismo TFUE Título VII Cap I, Normas sobre competencia : “*Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente previstas en los arts. 18 y 101 a 109, ambos inclusive.”*

-Art. 107.1 también del TFUE, Título VII Cap I, Normas sobre competencia: “ *Serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”*

TERCERO.- Argumentos de las partes.

A.- Expresada en síntesis **la tesis de las demandantes** resulta que sobre la base de la aplicación del principio de garantía de unidad de mercado en su vertiente de necesidad y proporcionalidad en base a una razón imperiosa de interés general a la regulación de limitaciones al acceso de la actividad del juego , se considera que existe una disconformidad a derecho de la medida relativa a las distancia mínima de 850 metros entre los salones de juego y locales específicos de apuestas y determinados centros educativos (artículo 45-5 Ley del Juego en relación con artículos 5-6-7 del Decreto recurrido) así como del artículo 18 del mismo Decreto sobre la información comercial en el exterior de los establecimientos del juego.

B.- En contraste, **la abogada de la Generalitat** interesa sentencia con pronunciamiento de desestimación del recurso sobre la consideración que los artículos 5,6,7 del Decreto 97 / 2021 de 16 de Julio del Consell de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1 / 2020 de 11 de Junio de la Generalitat de regulación del juego y de prevención de la ludopatía en la Comunidad Valenciana que regulan las autorizaciones , renovaciones y procedimiento a seguir por los establecimientos de juego que no cumplan con el requisito de distancia mínima de 850 metros a los centros educativos , no exceden ni contradicen la habilitación contenida en la Ley 1 / 2020 de 11 de Junio antes citada y que además esas medidas son necesarias , proporcionadas e idóneas .

Por lo tocante a las medidas en materia de publicidad (art. 18 del Decreto impugnado, desarrollo del art. 8 de la Ley valenciana 1/2020), se manifiesta que la finalidad del Decreto es el desarrollo de la prohibición a la publicidad recogida en el Ley del Juego , prohibición que no se ha excedido por la norma de desarrollo y que tiene por objeto concretar los alcances de esta prohibición con el objeto de generar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos .Además se añade que las limitaciones a la publicidad , promoción , patrocinio e información comercial referidas a las actividades de juego y a los establecimientos en que se practican son legales por tener el derecho a la salud carácter preferente de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .

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

CUARTO.- La doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo de España como referentes para el planteamiento de la cuestión.

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

- a) Deben aplicarse, en todo caso, de modo no discriminatorio.
- b) Las medidas restrictivas deben ser coherentes y adecuadas para garantizar la realización de los objetivos invocados por las autoridades nacionales.
- c) Las restricciones impuestas deben ser proporcionadas, y no deben ir más allá de lo necesario para la consecución del objetivo u objetivos en que se fundamenta su adopción;
- d) Las autoridades estatales no pueden actuar de modo arbitrario y están sometidas, en particular, a una obligación de transparencia que tiene ciertas excepciones.

a) La prohibición de discriminación.

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

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

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

Esta línea argumental se reitera en el asunto C-153/08, Comisión/España, donde se cuestionaba la compatibilidad de la Ley española del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que contemplaba una exención fiscal aplicable a los premios repartidos únicamente por ciertos organismos públicos y entidades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro establecidas en

España. El Tribunal consideró que dicha normativa constituía una restricción discriminatoria y contraria a la libre prestación de servicios, porque perjudicaba a prestadores de servicios de juegos de azar establecidos en Estados miembros distintos de España.

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

Más trascendencia reviste la problemática suscitada en el asunto C-64/08, Engelmann, donde se examina la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la legislación austríaca que exigía a los concesionarios que exploten casinos adoptar la forma jurídica de sociedad anónima y les obligaba a tener su domicilio social en Austria. El Tribunal constata que esta última obligación restringe la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 TFUE, y discrimina a los operadores con domicilio social en otros Estados miembros puesto que les impide explotar establecimientos de juego en Austria a través de una agencia, una sucursal o una filial. Y añade que si bien esa obligación no impide optar a la concesión, pues sólo es exigible a quien resulte adjudicatario, puede desplegar efectos disuasorios en los prestadores de servicios establecimientos en otros Estados miembros. El Tribunal considera que el objetivo invocado por las autoridades austríacas para justificar tal restricción (permitir un control eficaz de los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar con objeto de evitar la explotación de tales actividades con fines delictivos o fraudulentos) no está justificado, resultando desproporcionada y discriminatoria la exclusión con carácter general de los operadores que tienen su domicilio en otro Estado.

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

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

De acuerdo con el requisito de la adecuación, se exige que las reglamentaciones nacionales que establezcan medidas restrictivas u obstáculos al mercado interior resulten coherentes con la finalidad perseguida y puedan justificarse a la luz del objetivo que inspira la restricción en cuestión. Con carácter general, una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño en hacerlo de forma congruente y sistemática.

El Tribunal de Luxemburgo tiene establecido que corresponde a los jueces nacionales evaluar la coherencia y congruencia de las reglamentaciones nacionales, indicando que deben valorar si las medidas son apropiadas a los fines de interés general que las motivan. A estos efectos, el Tribunal señala que dicha apreciación ha de hacerse de acuerdo con una lógica que exige (1º) tomar en consideración de forma global o conjunta los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales del Estado miembro en cuestión; (y 2º) examinar separadamente cada una de las restricciones impuestas por una normativa nacional con el fin de determinar si son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos invocados.

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

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

En relación con el requisito de la adecuación, resulta muy ilustrativo el tratamiento que se realiza en la sentencia dictada el 3 de junio de 2010 en el asunto C-258/08, Ladbrokes, que analiza la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la normativa holandesa que establece un régimen de exclusividad en favor de un único operador para organizar o promover juegos de azar. En el citado asunto, el Tribunal Supremo holandés expresaba ciertas dudas sobre el carácter coherente y sistemático de una normativa que, pese a tener como objetivos la protección de los consumidores y la lucha contra la ludopatía y el fraude, permite a los titulares de derechos exclusivos ampliar su oferta de juegos de azar y utilizar mensajes publicitarios para hacer más atractiva dicha oferta.

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

Y para ello los operadores autorizados han de ser una alternativa fiable y atractiva frente al juego clandestino, para lo que han de poder ofrecer una amplia gama de juegos, realizar una

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

c) El principio de proporcionalidad.

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

- la idoneidad, por el que las medidas adoptadas a nivel estatal deben ser adecuadas para la consecución de la finalidad perseguida;
- la necesidad, que demanda que no haya otra medida menos restrictiva para la consecución del fin buscado y, en caso de que existan varias alternativas, precisa escoger la menos restrictiva;
- y la proporcionalidad en sentido estricto, en cuya virtud los beneficios que conlleve la medida para el interés general deberán ser en todo caso superiores a los perjuicios que ocasiona sobre otros derechos.

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

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

En un primer momento, el Tribunal de Luxemburgo optó por no analizar de forma minuciosa la proporcionalidad de medidas concretas, absteniéndose de realizar juicios explícitos sobre tal extremo. En este sentido, en los asuntos Schindler y Läärä no se consideraron desproporcionados el monopolio de loterías establecido por la legislación británica, ni el otorgamiento de derechos exclusivos para la explotación de máquinas tragaperras previsto en la normativa finlandesa. No obstante, a partir del asunto Gambelli y sobre todo de la sentencia Placanica, el Tribunal realiza un examen más detallado y sistemático de esta cuestión y, en ocasiones, llega a cuestionar la

proporcionalidad de algunas medidas impuestas por los Estados. En Placanica, el Tribunal consideró totalmente proporcionada con el objetivo perseguido (evitar que tales operadores se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas) la exigencia de una autorización de policía, considerando adecuada dicha medida, al someter a un control inicial y a una vigilancia continua a los operadores. Sin embargo, tanto en Placanica como en Gambelli se estimó desproporcionada la prohibición de que las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de otros Estados pudieran ser concesionarias de apuestas deportivas, al considerar que esa medida iba más allá de lo necesario para cumplir el objetivo de prevenir que los operadores de juegos se vean implicados en actividades fraudulentas o delictivas. En particular, el Tribunal señaló que existían medios menos restrictivos para controlar las cuentas y las actividades de dichas sociedades, y que las dificultades para identificar a quienes ejerzan el control sobre dichas sociedades podrían soslayarse con la recopilación de información sobre sus representantes o sus principales accionistas.

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

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

Para concluir con el análisis de esta cuestión, es interesante mencionar las pautas e indicaciones que se dirigen a las autoridades nacionales en la sentencia de 8 de septiembre de 2010, en los asuntos Stoß y otros, en relación con el monopolio de apuestas deportivas establecido por varios Länder alemanes. El Tribunal señala, en primer lugar, que el establecimiento de un monopolio no exige que las autoridades del Estado miembro demuestren, antes del establecimiento del monopolio en cuestión, haber efectuado un estudio sobre la proporcionalidad de esa medida. Añade, asimismo, que un régimen de autorización a un único operador (monopolio o derechos exclusivos) simplifica el control de la oferta de juegos de azar y ofrece mayores garantías de eficacia que los sistemas de explotación por operadores privados en situación de competencia.

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

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

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

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

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

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

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

En fin, esta apreciación de falta de justificación suficiente queda corroborada por la constatación de que la Administración valenciana ha introducido sucesivos cambios normativos en este concreto punto relativo a la distancia mínima entre los establecimientos de juego (200 metros en el anterior decreto 44/2007, de 20 de abril; 800 metros en el decreto 55/2015, de 30 de abril, aquí

controvertido; y, más recientemente, 700 metros en el decreto 204/2018, de 16 de diciembre, que no es objeto del presente recurso); modificaciones normativas éstas sobre las que la Administración autonómica no ha ofrecido una explicación mínimamente consistente”.

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

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

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

La fijación por la Administración de distancias mínimas entre los locales en los que vaya a desarrollarse una determinada actividad económica (en este caso, salones de juego) constituye, en principio, una limitación a la libertad de establecimiento; por lo que la actuación administrativa limitadora debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, en el sentido de que ha de quedar justificado, de un lado, que se trata de limitaciones necesarias para la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, y, de otra parte, que las limitaciones impuestas son proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada.”

QUINTO.- Las razones que justifican el planteamiento por la Sala de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

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

La Sala estima necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder emitir el fallo en el presente procedimiento, cuyo objeto son determinados preceptos de una norma reglamentaria ejecutiva de otra con rango legal: el Decreto 97/2021, de 16 de julio, del Consell, que desarrolla la Ley Valenciana 1/2021, de 11 de junio, reguladora del juego y prevención de la ludopatía en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Por la pretensión de las partes demandantes, este órgano jurisdiccional debe ineludiblemente declarar si se ajusta o no a derecho y, en consecuencia, acoger o no el pedimento de nulidad de los artículos indicados de la disposición administrativa. De manera manifiesta el pronunciamiento en este asunto de este Tribunal Superior de Justicia pende de si la correcta interpretación de las normas comunitarias permite juzgar acomodada la *norma nacional de cobertura* (en nuestro caso, normativa autonómica valenciana) a los principios y prescripciones del Derecho de la Unión Europea.

Con este objetivo debemos traer a colación básicamente los principios axiomáticos de tal ordenamiento que nos deben ayudar a sostener la cuestión prejudicial, examinando si han sido observados por las disposiciones impugnadas; análisis del que depende el juicio de validez de tales normas impugnadas.

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

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

Desde el punto de vista de la proporcionalidad, adecuación, idoneidad y necesidad de las medidas de implantación de un régimen de distancias mínimas que se establecen en 500 metros entre salones de juegos y de 850 metros de distancia entre salones de juego y centros educativos. A resultas, naturalmente, del desenlace de la presente cuestión, *prima facie* la Sala considera que pueden resultar incompatibles con tal principio cuando ya están previstas y establecidas en el cuerpo legal otras menos restrictivas pero que se pueden considerar igualmente idóneas y efectivas para la protección de los consumidores y particularmente para los menores de edad como son las siguientes:

a) La prohibición de acceso y participación a menores de edad, personas legalmente incapacitadas por sentencia judicial firme, directivos de entidades deportivas y árbitros de actividades sobre las que se hacen apuestas, directivos y accionistas de las empresas de apuestas, las personas portadoras de armas, embriagadas o influenciadas por el consumo de sustancias psicotrópicas, que perturben el desarrollo de los juegos, las personas que figuren inscritas en el Registro de personas excluidas de acceso al juego (arts. 18 y 19 de la Ley 1/2020).

b) La interdicción de publicidad, promoción o patrocinio y cualquier tipo de promoción comercial, incluidas las telemáticas a través de las redes de comunicación social, así como la

promoción del juego en el exterior de los locales, la publicidad estática en vía pública y medios de transporte , cartelería o imágenes en cualquier soporte , como establece el art. 18 de la Ley 1/2020, de 11 de junio, que a este Tribunal no le parece transgresor de la normativa de la Unión europea y jurisprudencia del TJUE.

No se juzga conveniente -también *prima facie*- la necesidad de reduplicar las medidas restrictivas existentes que hemos señalado cuando las mismas se juzgan idóneas para conseguir los objetivos pretendidos por la norma, estimándose menos lesivas y más tolerantes con los principios de libertad de empresa, establecimiento y acceso al mercado y ejercicio de actividades que se tratan de preservar a través de los preceptos del Derecho de la Unión Europea que los priorizan (arts. 26, 49 y 56 del TFUE) y que sirven como instrumentos útiles para conseguir los mismos fines sin dañar ni sacrificar derechos.

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

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

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

cumplir tal espacio, cuando soliciten la renovación de su licencia o autorización tras la entrada en vigor de la mencionada Ley 1/2020; c) el respeto de la moratoria por un periodo máximo de 5 años desde la entrada en vigor de la Ley ya mencionada 1/2020 para la concesión de nuevas licencias relativas a establecimientos de juegos y para la explotación de máquinas tipo B).

Este tipo de restricciones -que no se establecen para los establecimientos públicos de juego o apuestas- nos parece que presenta la vertiente del falseamiento de la competencia, tendiendo hacia un monopolio estatal del juego, fomentando ventajas injustificadas para el sector público, que reporta ingresos directos considerables para el Estado en detrimento de la libertad de mercado, ocasionando pérdidas, que complican la subsistencia de establecimientos privados en este sector de servicios de la economía y perjudica una unidad de mercado con igualdad de condiciones en el tratamientos de los agentes, entrando en colisión con los arts. 106.1 y 107.1 del TFUE.

En atención a todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

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

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

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

principios ya señalados de libertad de empresa y establecimiento así como del libre ejercicio de actividades ?

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

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

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

Remítase por vía electrónica, a través de la aplicación e-Curia, el original firmado electrónicamente de la presente petición de decisión prejudicial junto con una versión editable de la misma, acompañada de una copia digitalizada de los autos principales a la Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haciéndole saber que la misma guarda estrecha relación con las formuladas por esta misma Sala en los Procedimientos Ordinarios n.º 369/21, 370/21, 389/21 y acumulados y 409/21.

Remítase al Servicio de Relaciones Internacionales copia simple de la presente resolución-
Fax: 91 7006 350- (REDUE, Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea).

Se acuerda la suspensión provisional de las actuaciones hasta que por el TJUE se resuelva sobre la cuestión prejudicial planteada.

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

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

