



Roj: **SAN 1558/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1558**

Id Cendoj: **28079230062021100149**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/04/2021**

Nº de Recurso: **21/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000021 /2017

Tipo de Recurso: PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Núm. Registro General: 07083/2017

Demandante: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, GESTION DE APUESTAS GALLEGAS, S.L.

Demandado: XUNTA DE GALICIA

Codemandado: ASOCIACION GALLEGA DE EMPRESAS OPERADORAS (AGEO)

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciséis de abril de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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, Administracións 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, confirmada por silencio administrativo en la posterior reclamación presentada por vía del artículo 26 de la LGUM. Ha comparecido también como recurrente la entidad "GESTION DE APUESTAS GALLEGAS, S.L." representada por la Procuradora Dña. Andrea de Dorremochea Guiot. Ha comparecido como Administración



demandada la XUNTA DE GALICIA representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen. Y como entidad codemandada ha comparecido la ASOCIACION GALLEGA DE EMPRESAS OPERADORAS (AGEO) representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que presentara la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que *"estimando el recurso interpuesto, anulando el artículo 55, apartados 2, 3, letra b) (en el inciso relativo al representante de la empresa operadora de máquinas 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 7 de junio, así como de la Resolución de 7 de abril de 2017, dictada en su aplicación, al ser ambos contrarios a los artículos 17 y 18.2.g) de la LGUM, con expresa condena en costas de la demandada, ex art. 139 LJCA "*.

SEGUNDO.- La representación procesal de la entidad "Gestión de Apuestas Gallegas, S.L." ha presentado también escrito de demanda en el que también solicita se dicte sentencia en la que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto se declare *"la nulidad de la resolución impugnada autorizando a mi representada a instalar la máquina en el establecimiento solicitado, y la nulidad del art. 55.2 del Decreto 162/2012, de 7 de junio, por el que se aprueba el reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Galicia, por vulnerar la libertad de empresa, la libertad de establecimiento de los operadores económicos y la unidad del mercado, todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada"*.

TERCERO.- El Letrado de la XUNTA DE GALICIA contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se *"dicte sentencia en la que se inadmita el recurso por las causas opuestas en los fundamentos jurídicos primero y segundo de esta contestación; subsidiariamente, se desestime el recurso contencioso-administrativo rechazando las pretensiones ejercitadas en las demandas de la CNMC y de Gestión de Apuestas Gallegas, S.L.; subsidiariamente, su estimación parcial en los términos reflejados en el fundamento quinto de este escrito"*.

De igual modo en el escrito de contestación a la demanda presentado por la entidad codemandada, Asociación Gallega de Empresas Operadoras, se solicita la desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 14 de abril de 2021.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado, en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha interpuesto recurso contencioso administrativo, al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, 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, Administracións 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 ello 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 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 (DOG 3 de agosto de 2012) al especificar en su apartado segundo:

"2. La instalación de una máquina 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".

Requisito este que se concreta en los apartados 3 y 4 del mismo precepto al indicar que a esa solicitud de autorización se deberá acompañar *"fotocopia del DNI de la persona representante de la empresa operadora de máquinas tipo B"* y, además, se exige 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"*.

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso destacamos los siguientes hechos que resultan de las actuaciones:

1. La mercantil Gestión de Apuestas Gallegas, S.L., titular de una autorización de comercialización y explotación de apuestas, solicitó con fecha 6 de febrero de 2017 a la Jefatura territorial en A Coruña de la Vicepresidencia de la Xunta de Galicia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xusticia de la Xunta de Galicia autorización de instalación y ubicación de una máquina auxiliar de apuestas en el local de hostelería "Cafetería Hamburguesería Luis" situado en la localidad de Santiago de Compostela (A Coruña); con tal solicitud acompañaba, entre otros documentos, un anexo en modelo normalizado que contenía la conformidad de la titular del local de hostelería.
2. La Administración autonómica gallega requirió de subsanación a la solicitante por la omisión de determinada documentación que se consideraba imprescindible y que habría de presentar en el plazo de diez días, advirtiéndole de que, de no hacerlo, se consideraría que desistía de la solicitud. En concreto, se le requería la aportación de la conformidad de la empresa operadora de máquina tipo B que estaba ya instalada en el local donde ahora la solicitante quería instalar una máquina auxiliar de apuestas.
3. La solicitante, a través de su representante, presenta escrito en el que, tras invocar el informe de 14 de enero de 2016 de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, alega que no se le puede exigir el consentimiento de un competidor y reclama que se resuelva el procedimiento concediendo la autorización solicitada.
4. Por resolución de 7 de abril de 2017 la Jefatura territorial en A Coruña de la Vicepresidencia de la Xunta de Galicia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xusticia acuerda denegar la autorización de instalación y localización de máquinas auxiliares de apuestas en el local antes citado por no presentar el solicitante el documento de conformidad de la empresa operadora de máquina tipo B según exige el artículo 55 del Decreto 162/2012.
5. En fecha 16 de mayo de 2017 la entidad operadora interpuso contra tal resolución la reclamación prevista en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la que alegó que la resolución era incompatible con la libertad de establecimiento y circulación y solicita de la Secretaría del Consejo para la unidad de mercado que inicie los trámites previstos en el citado artículo 26.
6. La Secretaría del Consejo para la unidad de mercado emite informe en el que concluye que la resolución de la Jefatura territorial de 7 de abril de 2017 contraviene el artículo 18.2.g de la Ley 20/2013 (por requerir la intervención directa de competidores en la concesión de la autorización) y los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 de la misma ley. La Secretaría del Consejo remite el informe a la Secretaría General Técnica de la Consellería de Economía, Empleo e Industria (órgano designado como punto de contacto en la Comunidad Autónoma de Galicia) y ésta lo traslada a la autoridad competente para resolver, la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xusticia (al tratarse la resolución contra la que la empresa presentó reclamación de un acto que no ponía fin a la vía administrativa y ser aquella la autoridad ante la que se debía de interponer el correspondiente recurso de alzada). No consta que la autoridad competente dictase resolución, por lo que, de conformidad con el artículo 26.6 se entendió desestimada la reclamación interpuesta.
7. El 21 de junio de 2017, el SECUM remite comunicación al operador en la que le informa de que, ante la falta de emisión de resolución por la autoridad competente, la reclamación puede considerarse desestimada por silencio administrativo, así como de la posibilidad que tiene tanto de recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa como de instar en el plazo de 5 días de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que sea ésta la que interponga el recurso contencioso-administrativo.
8. En fecha 14 de julio de 2017 el operador solicita de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que interponga recurso contencioso-administrativo.
9. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, a través de su Presidente, dirige en fecha 21 de septiembre de 2017 a la Xunta de Galicia requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación interpuesta contra la resolución de 7 de abril de 2017, reclamándole la anulación de ésta por ser contraria a derecho la exigencia del consentimiento de la empresa titular de la autorización de instalación y ubicación para máquinas de tipo B.
10. No consta ninguna respuesta al citado requerimiento previo.
11. Posteriormente, el Abogado del Estado, en nombre y en representación de la CNMC, interpuso en fecha 18 de diciembre de 2017 recurso contencioso administrativo al amparo del proceso especial de protección para la garantía de la unidad de mercado.



12 Una vez interpuesto el citado recurso contencioso administrativo, concretamente en fecha 29 de diciembre de 2017, la Xunta de Galicia resuelve el requerimiento previo que se le había formulado.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por el Abogado del Estado en defensa de la CNMC solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada así como la del artículo 55, en sus apartados 2, 3.b) y 4.b) y f), del Decreto 162/2012 por cuanto implica el establecimiento de obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados y ello es contrario a los principios de necesidad y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, al principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la misma Ley, así como al principio de la prohibición de la intervención de competidores en materia de autorizaciones.

Expone en su demanda que el Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado mediante Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, atribuye a dicha Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de casinos, juegos y apuestas (artículo 27.27). Y que, en virtud de tal atribución, se aprobó la Ley 14/1985, de 23 de octubre, del Juego de Galicia. El ámbito de aplicación de la Ley, previsto en el artículo 3, incluye las actividades propias de los juegos y apuestas (apartado a). El artículo 6 se refiere a los juegos que precisan autorización, entre los cuales figuran tanto las máquinas de juego (letra c) como las de apuestas (letra f).

Y el Abogado del Estado, aunque reconoce las competencias de la Xunta de Galicia en materia de juego, no obstante apoya su solicitud de nulidad indicando que la resolución recurrida, al supeditar la concesión de una autorización administrativa (la autorización de instalación y ubicación de máquinas auxiliares de apuestas) a la intervención, en este caso directa, de un competidor en el mercado del juego y las apuestas, vulnera el artículo 18.2 g) de la LGUM porque impone un límite o requisito para el acceso o ejercicio de una actividad económica que no aparece justificado por alguna razón imperiosa de interés general, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la LGUM. Precisa, además, que el artículo 18.2.g) LGUM prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de otorgamiento de nuevas autorizaciones, remitiéndose a tal efecto al artículo 10.f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio.

Por lo demás, reprocha a la resolución recurrida el incumplimiento del artículo 5 de la LGUM, dado que la Resolución recurrida impone un límite o requisito para el acceso o ejercicio de una actividad económica que no aparece justificado por alguna razón imperiosa de interés general, siendo en todo caso desproporcionada, contraviniendo el artículo 8 de la misma ley. Y añade que, en este supuesto, la presentación de un documento de conformidad del explotador de máquinas tipo B del mismo local no obedece a razón de salud pública alguna, sino que su única finalidad es la protección de la situación económica de este último operador de máquinas tipo B.

En definitiva, según expone el Abogado del Estado, los principios de proporcionalidad y de necesidad previstos en el artículo 5 de la LGUM deben tenerse en cuenta antes de introducir medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. Principios que no se respetan por el indicado 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 que ha servido de base jurídica para la resolución administrativa que se impugna.

Concluye así el Abogado del Estado señalando que este requisito genera en el caso concreto injustificadas barreras efectivas al acceso y ejercicio de la actividad económica analizada.

La defensa de la entidad que ha comparecido como corecurrente, Gestión de Apuestas Gallegas, refiere en su escrito de demanda cuestiones en sentido similar a las planteadas por el Abogado del Estado.

CUARTO.- Por el contrario, la Xunta de Galicia, en su escrito de contestación a la demanda, defiende la legalidad de la resolución recurrida. Por lo que se refiere a su posible contradicción con el art. 18.2.g de la LGUM, por exigir la intervención de un competidor en la concesión de una autorización de una máquina auxiliar de apuestas, manifiesta que no pueden ser conceptuados como competidores de acuerdo con la definición de máquinas auxiliares de apuestas y de máquinas tipo B y de acuerdo con lo dispuesto en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE de 14/01/11) cuyo párrafo 10 señala: *"se entiende por «competidores» tanto los competidores reales como los potenciales. Se considera que dos empresas son competidoras reales si operan en el mismo mercado de referencia. Se considera que una empresa es competidora potencial de otra si de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa realice en un corto periodo de tiempo las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa. Esta evaluación se debe basar en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado"*.



Añade que, a la vista de las definiciones de la normativa sectorial, no puede afirmarse que los titulares de máquinas auxiliares de apuestas y de máquinas de tipo B compartan el mismo mercado por el simple hecho de que las respectivas máquinas estén instaladas en un mismo establecimiento. Recuerda que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 7 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia *"el mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea de ellos"* que, en el caso examinado no se ha argumentado nada sobre el carácter intercambiable o sustituible de ambos tipos de máquinas de juego.

Por lo demás, sostiene que, en cualquier caso, y ante una eventual estimación de la demanda, que la anulación del artículo 55 del Reglamento de apuestas deberá limitarse a las menciones que, en los apartados 2 y 4, se realizan al consentimiento del titular de la autorización de instalación de máquinas de tipo B en ese local, pero sin afectar a la validez del resto de tales apartados (que en modo alguno pueden considerarse contrarios a la libertad de establecimiento y de circulación, ni han sido aplicados por la resolución para denegar la autorización -extremo imprescindible para ejercitar contra ellos el recurso indirecto-), ni a la mención que en el apartado 3 se contiene a la expresión en la resolución de autorización de la existencia en ese mismo local de una máquina de tipo B con autorización en vigor. Explica que el apartado 3 no refiere ningún tipo de intervención de competidor, sino que se limita a definir el contenido de la autorización; la necesidad de inclusión de tal dato no se halla en la existencia o no de consentimiento del titular de la autorización de la máquina de tipo B, sino en el control del cumplimiento de las ratios establecidas en la Disposición adicional 1ª del Decreto 162/2012 (cuya legalidad no se discute en este recurso), que establece: *"Límites al número máximo de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería. 1. En la Comunidad Autónoma de Galicia podrá concederse un máximo de 3.600 autorizaciones de instalación y localización de máquinas auxiliares de apuestas en establecimientos de hostelería. Como mínimo, el 80 por 100 de las máquinas auxiliares de apuestas amparadas por dichas autorizaciones deberán de ser instaladas en locales de hostelería que cuenten con una autorización de instalación y localización, vigente, de máquina de juego de tipo B"*.

Sobre la justificación en razones de interés general del requisito impuesto en el artículo 55.2, aduce en primer lugar que el Reglamento de apuestas es anterior a la LGUM y, por tanto, no se puede exigir que la motivación a la que se refiere su artículo 5 conste de forma expresa en el texto de aquél (lo que no excluye que se pueda analizar en estos autos la existencia o no de esos intereses para valorar su mantenimiento en la norma). En segundo lugar, señala que en el caso que nos ocupa ha quedado demostrado que las empresas comercializadoras de apuestas eran conocedoras de las exigencias de la normativa autonómica y de la necesidad de contar con la autorización de las empresas operadoras de máquinas B cuando solicitaron la autorización para la instalación de sus máquinas de apuestas en locales de hostelería por lo que debe presuponerse la buena fe de la empresa cuando se presentó su solicitud y la intención de cumplimentar todos los requisitos de la norma, puesto que en caso contrario estaría perjudicando claramente al resto de operadoras que sí presentaron sus solicitudes y cumplimentaron todos los requisitos. Las empresas comercializadoras de máquinas B que en su día autorizaron la instalación de máquinas de apuestas en locales de hostelería se regían por la buena fe de las transacciones comerciales y en ningún momento valoraron la posibilidad de un cambio normativo que pudiese perjudicarles en beneficio de otros operadores. Por lo tanto, el mantenimiento de este requisito del artículo 55 por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia se justifica por el mantenimiento de las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales.

A mayor abundamiento invoca también el principio del artículo 3.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que fundamenta el interés general basado en la buena fe, la confianza legítima y la lealtad institucional.

Y respecto a la proporcionalidad, recuerda que la Comunidad Autónoma de Galicia ya justificó en su momento que la eliminación de este requisito supondría un perjuicio económico notable para aquellas empresas operadoras de máquinas de tipo B que hubieran prestado su conformidad a que las empresas licenciatarias de autorizaciones instalasen máquinas auxiliares de apuestas en locales de hostelería puesto que ello conllevó que tuviesen que hacer inversiones en la ampliación de su logística empresarial para dar cobertura a este nuevo negocio. Incluso en muchos casos la tramitación de las distintas autorizaciones y comunicaciones derivadas de dicha instalación es realizada directamente no por las empresas comercializadoras y explotadoras de apuestas, sino en su nombre y representación por las propias empresas operadoras de máquinas B. Esta realidad se deriva, sin ninguna duda, de la confianza legítima suscitada en las empresas del sector por el hecho de que todos los agentes económicos implicados aceptaron la validez del requisito ahora cuestionado pues éste no fue objeto de impugnación alguna.



Añade que la eliminación radical de dicho requisito supondría un perjuicio claro para aquellas empresas operadoras de máquinas B que, confiando en la legalidad de dicho requisito (avalado no sólo por los diversos informes favorables a la norma generados durante su tramitación sino también por la falta de impugnación del mismo), comprometieron una importante inversión económica para la actividad de las apuestas deportivas en locales de hostelería fuese viable sin que, por el contrario, quede acreditado el perjuicio que para las interesadas suponga el cumplimiento del referido requisito.

Y respecto de la pretensión que se ejercita en demanda, en lo relativo a los apartados 2 y 4 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 que sí recogen cuestiones respecto de las que cabe discutir si suponen o no la intervención de un competidor, considera la Xunta de Galicia que, para el caso de que la Sala estime la ilegalidad del precepto, la anulación deberá limitarse a la supresión de las menciones "y por la empresa operadora de máquinas de tipo B" (párrafo primero in fine del apartado 2), "y, en su caso, de la persona representante de la empresa operadora de máquinas B" (en la letra b del apartado 4) y, por último, "y, en su caso, por la empresa operadora de máquinas de tipo B" (en la letra f del apartado 4) y que al margen de tales menciones, los apartados 2 y 4 son perfectamente conformes a las disposiciones de la LGUM y, como muestra de ello, ningún argumento esgrime la CNMC contra el resto de su redacción; no hay motivo alguno, por tanto, para la anulación en estos autos (cuyo objeto de enjuiciamiento está limitado a la valoración del respeto por la actuación administrativa de la garantía de unidad de mercado) de la totalidad de los apartados 2 y 4 (que es lo que parece desprenderse de la ambigua petición contenida en el suplico).

Asimismo, la representación procesal de la Asociación Gallega de Empresas Operadoras que ha comparecido como codemandada también se opone a la demanda e interesa su desestimación.

QUINTO.- Con carácter previo al análisis de fondo hemos de pronunciarnos sobre la posible extemporaneidad del recurso que opone en su contestación a la demanda la Xunta de Galicia. Este motivo de inadmisibilidad se justifica en que se habría incumplido el plazo previsto en el artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo apartado 2 establece que: *"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"*.

No compartimos la extemporaneidad invocada que resulta de mezclar dos cauces impugnatorios distintos como son, por un lado, el administrativo ordinario y, como continuación del mismo, el contencioso administrativo general; y, por otro, el procedimiento especial previsto en la Ley 20/2013 que se regula en los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA.

En efecto, con carácter general dispone el artículo 127 bis, apartado 2, de la LCA que: *"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"*.

Es este segundo supuesto, el de la presentación del recurso contencioso administrativo por la CNMC a solicitud de un operador económico, el aplicable aquí pues, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en el escrito de interposición, la actuación de la Comisión se produjo a petición de un operador económico, lo que tendría plena cobertura bajo la previsión del artículo 27.2 de la Ley 20/2013.

La presentación de la solicitud del operador ante la CNMC se produjo el día 14 de julio de 2017 por lo que, conforme al transcrito artículo 127 bis.2 de la LJCA, el plazo finalizaría a los dos meses de esa fecha.

No obstante, la Comisión formuló el requerimiento previo de anulación a la Xunta de Galicia conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la misma Ley jurisdiccional.

Frente a la opinión contraria de la Xunta de Galicia, ha de decirse que esta Sala se ha pronunciado ya sobre la aplicabilidad del artículo 44 de la LJCA en el procedimiento especial de garantía para la unidad de mercado, como se así se aprecia en la sentencia de 28 de noviembre de 2018, recurso núm. 757/2015 y en la sentencia de 17 de julio de 2019, recurso núm. 19/17. Y lo hemos hecho en los siguientes términos:

"SEPTIMO. - Expuestas las distintas alegaciones formuladas por las partes personadas en este proceso, debemos analizar de forma previa la causa de inadmisibilidad invocada por las defensas de las corporaciones profesionales que han comparecido como partes codemandadas y ello porque su estimación haría innecesario el examen del resto de las cuestiones planteadas en este proceso.



En este sentido las partes codemandadas interesan la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo porque consideran que se ha interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la CNMC, habiendo superado el plazo de los dos meses a que alude el artículo 127.2 bis, párrafo segundo, de la LJCA que dispone, en lo que ahora interesa: "Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

Una correcta determinación de la cuestión jurídica debatida exige concretar cuáles han sido las actuaciones realizadas por la CNMC antes de interponer el presente recurso contencioso administrativo para poder así dilucidar cuál es el día inicial del cómputo del plazo de los dos meses para interponer el indicado recurso. Así resulta del expediente administrativo que:

1. El Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona presentó en fecha 6 de junio de 2014 en la CNMC un escrito en el que solicitaba la impugnación del Decreto 67/2015 por entender que de él se derivaban obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios profesionales consistentes en la inspección técnica de edificios de viviendas en el marco del procedimiento previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de mercado.
2. A la vista de dicho escrito, la CNMC, y al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, en relación con el artículo 44 de la LJCA dirigió en fecha 6 de julio de 2015 a la Generalitat de Cataluña un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo por entender que el artículo 7.4 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, era contrario a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía para la unidad de mercado.
3. Requerimiento previo que no obtuvo respuesta y se entendió rechazado por el mero transcurso del plazo de un mes.
4. Posteriormente, en fecha 26 de octubre de 2015, la CNMC interpuso recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado.

Corresponde a esta Sección analizar cómo se efectúa el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado previsto en la LJCA. Es este un procedimiento especial que únicamente puede interponerse por la CNMC frente a cualquier disposición general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente - artículo 27.1 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado-

Y la CNMC legitimada para interponer dicho recurso puede actuar de oficio o a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo (art. 27.2 de la Ley 20/2013). Y en este último caso la CNMC valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición del recurso contencioso administrativo informando al operador de su decisión. La CNMC es la única legitimada para interponer el recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, aunque actúe a solicitud de un operador económico y considere, no obstante, procedente su interposición. En este caso, la CNMC, haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 44 de la LJCA, optó de forma previa a la interposición del recurso contencioso administrativo, dirigir a la Generalitat de Catalunya un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo. Requerimiento previo que, de acuerdo con el artículo 46.6 de la LJCA, implica que el plazo de los dos meses para la interposición del recurso debe iniciar su cómputo a partir del día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado el requerimiento previo formulado por la CNMC para interponer el recurso contencioso administrativo y ello con independencia de que actué de oficio o a instancia de un operador económico. Y ello porque como quien interpone el citado recurso es única y exclusivamente la CNMC, dada su naturaleza jurídica, puede efectuar el requerimiento previo del artículo 44 de la LJCA previsto en los litigios entre Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 110/2017, de 5 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1411/2014 relativo a la LGUM, tras recordar la condición de organismo público de la CNMC, establece, además, las diferencias entre su posición y la de un particular:

"...En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un "organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado " (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está "dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad



pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado" (art. 2 de la Ley 3/2013).

De acuerdo con la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 20/2013 al nuevo artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa : "cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso administrativo regulado en este capítulo".

La CNMC actúa así en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y, por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada".

Así pues, cuando la CNMC, dirige un requerimiento previo a la interposición del recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, persigue la protección de intereses generales vinculados a los objetivos de la LGUM, en su condición de Administración Pública que tiene atribuida la defensa de tales intereses legítimos. Y es la existencia de un conflicto entre Administraciones Públicas como es el caso lo que justifica la remisión del requerimiento previo del artículo 44 LRJCA .

A la vista de lo expuesto entendemos que el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses a que alude el artículo 127 bis, párrafo segundo, de la LJCA queda suspendido por el requerimiento previo formulado por la CNMC a la Administración demandada, en este caso a la Generalitat de Catalunya, al amparo del artículo 44 de la LJCA . Requerimiento previo cuya exigencia no se ha excepcionado cuando, como sucede en este caso, la CNMC decide interponer el recurso contencioso administrativo a solicitud del operador económico.

En consecuencia, el Abogado del Estado al interponer el presente recurso jurisdiccional en nombre y en defensa de la CNMC si ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que su computo debe iniciarse desde la fecha en que se entiende desestimado presuntamente el requerimiento previo formulado a la Generalitat de Catalunya. Y en este caso habiéndose formulado el requerimiento a la Generalitat de Cataluña en fecha 6 de julio de 2015 debemos entender que se ha rechazado presuntamente en el plazo de un mes - al menos, en fecha 6 de agosto porque se desconoce la fecha exacta en que se recibió por la Generalitat de Catalunya- y comienza en esa fecha el computo del plazo de los dos meses para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. De tal modo que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso administrativo en fecha 26 de octubre de 2015 debemos concluir que se ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que el mes de agosto es inhábil a los efectos de la interposición del recurso contencioso administrativo".

Criterio que procede mantener ahora y que obliga a rechazar la pretendida extemporaneidad del recurso pues habiéndose efectuado en fecha 21 de septiembre de 2017 el requerimiento previo a la Xunta de Galicia, y ante su falta de respuesta expresa en el plazo de un mes se puede entender desestimado presuntamente, y a partir de entonces la CNMC dispone de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo. Y en este caso ese plazo de dos meses si se ha respetado porque la CNMC interpuso el recurso contencioso administrativo que dio origen a estos autos el 18 de diciembre de 2017 y, por tanto, dentro del plazo de dos meses establecido al efecto que finalizaba en fecha 21 de diciembre.

SIXTO.- *Conviene desde un principio destacar que la impugnación efectuada por la CNMC se ha realizado con arreglo al procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado lo cual implica que la adecuación de los acuerdos impugnados deba hacerse con arreglo a los parámetros recogidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Y especialmente si los mismos vulneran los principios de necesidad y de proporcionalidad y de no discriminación previstos en los artículos 5 y 3, respectivamente, de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.*

De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, "esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado". Y se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de



este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación. E introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, afirma que *"... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella"*.

El conflicto así planteado supone analizar si, a pesar de que la autoridad autonómica ha aplicado la legislación autonómica sectorialmente aplicable, no obstante, los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación 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. Principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias, incluso respecto de la interpretación de normas dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, tal como así dispone el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Precepto que dispone: *"Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia"*. Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con las autorizaciones, así como con los requisitos exigidos para su otorgamiento respecto del ejercicio de las actividades económicas - art. 9.2.b) de la Ley 20/2013-. Además, el artículo 16 de la Ley 20/2013 dispone que *"el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y solo 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"*.

SÉPTIMO.- Debemos, por tanto, analizar si la Xunta de Galicia al dictar la resolución administrativa ahora impugnada ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Dicho precepto dispone:

"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".

Y 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 prevé como *"razones imperiosas de interés general"*: *"...razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a 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"*.

Los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la CE por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 y respecto de estos ha señalado que:

"El artículo 5 supone:

i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias



sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 .

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE , pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril , FJ7º " .

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013 , una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen... Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad.....

....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013 , y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

OCTAVO.- A la vista de este planteamiento únicamente corresponde a esta Sala examinar si los acuerdos impugnados adoptados por la Xunta de Galicia, que deniegan 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, han respetado los principios de necesidad y de proporcionalidad aludidos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Debemos, por tanto, examinar si la Xunta al denegar la referida autorización ha tenido en cuenta, no solo los requisitos previstos en la legislación autonómica sectorialmente 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 citados 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.

Por eso, en ese conflicto, el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado, exige que cualquier límite 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. Sin embargo, en el caso analizado, 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 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. Y ese límite impuesto para el acceso a una actividad económica no se ha justificado con arreglo a los principios examinados al margen de que sean o no sean competidores los operadores de las máquinas de apuestas y las máquinas tipo B.

La Xunta de Galicia defiende que el requisito que examinamos se justifica por el mantenimiento de las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales. Explica que las empresas comercializadoras de apuestas eran conocedoras de las exigencias de la normativa autonómica y de la necesidad de contar con la autorización de las empresas operadoras de máquinas B cuando solicitaron la autorización para la instalación de sus máquinas de apuestas en locales de hostelería por lo que debe presuponerse la buena fe de la empresa cuando se presentó su solicitud y la intención de cumplimentar todos los requisitos de la norma, puesto que en caso contrario estaría perjudicando claramente al resto de operadoras que sí presentaron sus solicitudes y cumplimentaron todos los requisitos y que las empresas comercializadoras de máquinas B que en su día autorizaron la instalación de máquinas de apuestas en locales de hostelería se regían por la buena fe de las transacciones comerciales y en ningún momento valoraron la posibilidad de un cambio normativo que pudiese perjudicarles en beneficio de otros operadores. Añade que la eliminación radical de dicho requisito supondría un perjuicio claro para aquellas empresas operadoras de máquinas B que, confiando en la legalidad de dicho requisito (avalado no sólo por los diversos informes favorables a la norma generados durante su tramitación sino también por la falta de impugnación del mismo), comprometieron una importante inversión económica para la actividad de las apuestas deportivas en locales de hostelería fuese viable sin que, por el contrario, quede acreditado el perjuicio que para la interesada suponga el cumplimiento del referido requisito.

Por otra parte, tanto la administración demandada como la empresa codemandada, afirman que concurren razones imperiosas de interés general, tal y como se define en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, por cuanto que la exigencia que examinamos se justifica por el necesario control por la administración del número de máquinas, por el ejercicio ordenado de una actividad como las apuestas y por salvaguarda de dos bienes especialmente protegidos como son la salud y el orden público.

No se cuestiona con este pronunciamiento la competencia ni la regulación de la Xunta de Galicia en materia de juego. Revisamos exclusivamente que la autoridad autonómica ha dictado la resolución impugnada apoyándose únicamente en las exigencias previstas en la legislación 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.

Consecuentemente, 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.

Como expone el Tribunal Constitucional en la sentencia 79/2017, de 22 de junio: *"En efecto, y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes podrán imponer requisitos, deberes, prohibiciones, restricciones y limitaciones a las actividades económicas siempre que se justifiquen en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad"*.

Pues bien, en el caso que examinamos, no ha quedado justificada la concurrencia de una razón imperiosa de interés general que justifique la imposición de la exigencia que analizamos en la solicitud de la autorización y que aquella 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. Por lo demás, la protección de la buena fe en las transacciones comerciales tampoco se erige como razón imperiosa de interés general por cuanto que las argumentaciones 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 ya 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.

En consecuencia, debemos estimar el presente recurso a los efectos de anular la resolución recurrida en cuanto deniega la autorización para la instalación de una máquina de apuestas por la falta de la conformidad del titular



de la máquina de juego tipo B ya instalada en el establecimiento de hostelería, así como los apartados 2, 3.b) y 4.b) y f) 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, en cuanto que dicha exigencia constituye una limitación al ejercicio de una actividad económica ya que el incumplimiento de dicho requisito ha determinado la denegación de la solicitud, con la consiguiente restricción de la posibilidad de ejercer la actividad económica correspondiente. Criterio este que esta misma Sección ya ha seguido en la sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2020 en el GUM nº 20/2017 y en la sentencia dictada en fecha 23 de marzo de 2021 en el GUM nº 1/2019.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo procede imponer las costas procesales causadas en esta instancia a partes demandadas.

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, Administracións 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.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.