

OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MERCADO ABIERTO

A la vista del borrador del anteproyecto de ley de mercado abierto remitido para observaciones, este centro directivo en tanto que titular de la competencia en materia de ordenación y control del juego desarrollado en la Comunidad de Madrid de conformidad con el artículo 21.l) del Decreto 191/2021, de 3 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, efectúa las siguientes observaciones:

En la propuesta normativa objeto del informe, se establece un mecanismo adicional al establecido en la redacción vigente de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, con la finalidad de garantizar la unidad de mercado en la Comunidad de Madrid, reconociendo eficacia en nuestro territorio a las disposiciones, actos y otros medios de intervención de otras autoridades que reconozcan el acceso y el ejercicio de una actividad económica, reproduciendo los artículos que fueron anulados por diversas Sentencias del Tribunal Constitucional.

Así, en el artículo 8 del anteproyecto se reproduce el artículo 19 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, anulado por el Tribunal Constitucional, añadiendo un apartado 4 en la que se añade que únicamente por motivos estadísticos y siempre que lo establezca una norma de carácter reglamentario se podrá exigir una comunicación a los operadores económicos, pero que en ningún caso podrá exigirse una declaración responsable que establezca requisitos adicionales.

En el artículo 9 del anteproyecto se reproduce en su totalidad el artículo 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, anulado también por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional consideró que el principio de eficacia nacional, tal como había sido configurado por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, era contrario al orden constitucional de distribución de competencias y, por consiguiente, inconstitucional, por vulnerar el principio general de territorialidad de las competencias autonómicas.

El “principio de eficacia en todo el territorio nacional” de los requisitos de acceso de los operadores al mercado o de los bienes adoptados por la normativa autonómica reconocido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, fue declarado inconstitucional en las



Sentencias del Tribunal Constitucional números 79/2017, de 22 de junio, 110/2017, de 5 de octubre, 111/2017, de 5 de octubre y 119/2017, de 31 de octubre, que anulan, entre otros los artículos 19 y 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 79/2017, fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que dichos preceptos suponían un vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas, y que este principio supone obligar a una comunidad autónoma a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas, lo que choca con la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia.
- Que el principio de eficacia ultraterritorial hace que la normativa de una Comunidad Autónoma desplace la de otras que tienen las mismas competencias, permitiendo que sea el operador el que fije el lugar de origen y el ordenamiento aplicable y atribuye a la normativa de origen efectos extraterritoriales.
- Que se atribuye eficacia supraterritorial a la normativa de origen, en detrimento de la autoridad competente en el territorio dónde pretenda ejercerse la actividad.
- La competencia queda vaciada de contenido, ya que la normativa adoptada legítimamente por el titular de la competencia perderá su plena eficacia en su propio territorio al verse desplazada por la normativa elegida por el operador económico que actúa en esa Comunidad Autónoma.
- Que la Comunidad Autónoma que establezca la normativa menos interventora o no establezca ninguna regulación, será la que consiga que su norma se aplique en todo el territorio, por encima de lo establecido en otras normativas autonómicas aprobadas en el ejercicio de sus propias competencias, con la consecuencia de que las decisiones más exigentes van a quedar desplazadas por aquellas otras que menos cargas o trabas impongan.
- Que el efecto de la aplicación del principio de eficacia presenta una doble consecuencia limitativa de las competencias autonómicas: la disposición general o el acto administrativo aprobado desde «la autoridad de origen» tiene un efecto



extraterritorial que produce plenos efectos jurídicos, porque «la autoridad de destino» está obligada a asumir su validez ya que impone la asunción de la plena validez de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías ya exigidos por aplicación de la normativa del lugar de origen o, incluso, aunque la actividad económica no esté sometida a requisito en dicho lugar. Pero, además, ante esta disposición o acto no pueden oponerse las disposiciones o actos procedentes de «la autoridad de destino», que quedan, efectivamente, desplazados. El resultado es que el principio de eficacia nacional abre la posibilidad de que hasta diecisiete normativas distintas de las diversas Comunidades Autónomas actuando como Comunidades de origen se apliquen en un mismo territorio de destino.

Pues bien, todos estos argumentos que utilizó el Tribunal Constitucional, son de plena aplicación a los artículos 8 y 9 del anteproyecto de ley sometido a informe, ya que producirían los mismos efectos de los que alertaba el alto Tribunal.

El anteproyecto de ley de Mercado Abierto otorga eficacia extraterritorial a disposiciones normativas autonómicas que establecen un estándar distinto al estándar que fija la Comunidad de Madrid en tanto que lugar de destino; supone la ruptura del principio de territorialidad constitucionalmente consagrado y estatutariamente reconocido ya que supone obligar a la Comunidad de Madrid a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas de otras CCAA.

Esto choca con la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia y entraña la constricción de su autonomía al permitirse la aplicación en el territorio de la Comunidad de Madrid de disposiciones adoptadas por otros órganos legislativos y ejecutivos en los que los ciudadanos de la Comunidad de Madrid, que son a los que finalmente se aplica, no se encuentran representados.

Si bien este principio de eficacia extraterritorial podría ser válido para la mayoría de las actividades económicas, se considera que no debería ser de aplicación a la totalidad de las mismas, y que se deberían excepcionar expresamente en el texto de la Ley, como así se ha recogido en otros textos legales.

La actividad de juego en la Comunidad de Madrid es una actividad empresarial reglada, sujeta a autorización previa, en la que los poderes públicos han de ejercer sus competencias en materia de control, y que tiene unas características intrínsecas que hacen



necesaria una intervención a priori por parte de la Administración que establezca mecanismos que den seguridad a las personas participantes en los juegos, que garanticen la protección a las personas menores de edad y a aquéllas que lo necesiten por motivos de salud, y que permitan velar por el orden público en el desarrollo de los juegos.

La potencial incidencia del juego sobre bienes jurídicamente protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, como son la salud pública y el orden público, así como la prevención del fraude, y la especial protección de la salud y la seguridad de las personas usuarias de los juegos, son razones de interés general que no solo justifican, sino que hacen imprescindible la intervención de los poderes públicos, como así ha reconocido en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Precisamente por la especificidad de esta actividad es por lo que la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (Directiva de Servicios), excluyó de su ámbito de aplicación la actividad de juego por dinero, ya que constituye una amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

La actividad de juego, se trata de una materia no armonizada, pudiendo adoptarse limitaciones por razones imperiosas de interés general, condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos de proporcionalidad y no discriminación.

El Tribunal de Justicia reconoce a los Estados miembros el establecimiento de restricciones y un margen de discrecionalidad en aquellas materias más sensibles relacionadas con determinados riesgos sociales específicos, como es el juego, habida cuenta de las especiales implicaciones y riesgos sociales que se derivan de la actividad de los juegos de azar, dejando a la discrecionalidad de los estados miembros determinar la medida en que pretende garantizar en su territorio la protección en esta materia.

En este sentido, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva de Servicios, excluyó de su ámbito de aplicación, en su artículo 2.2.h), *“las actividades de juego, incluidas las loterías que impliquen apuestas de valor monetario.”*

Por tanto, en materia de juego el grado de intervención regulatoria y administrativa jurídicamente admisible es muy superior al que cabe imponer en el conjunto de actividades económicas ordinarias o inocuas, siendo la Administración competente la que debe



determinar cuál es el grado de intervención que se considera necesario aplicar al juego que se desarrolle en el territorio de la propia Comunidad Autónoma en la que tiene competencia exclusiva, y qué medidas concretas de control y limitación de la actividad se deben imponer. Como ha declarado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la regulación del sector del juego supone un complejo ejercicio de acomodación de los distintos intereses generales que motivan la necesidad de intervención pública en el sector.

Por ello, teniendo en cuenta la singularidad del juego como actividad económica y su potencial incidencia sobre bienes jurídicamente protegidos como son la salud pública y el orden público, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atribuye a las autoridades nacionales y a las Comunidades Autónomas respecto del juego que se desarrolle en su ámbito territorial, la facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y del orden social, y que puede ser objeto de restricciones y limitaciones de orden regulatorio de intensidad muy alta.

Todas las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de juego, pueden establecer restricciones y limitaciones para el acceso y ejercicio de esta actividad de distinta intensidad en función de la realidad social existente en cada territorio y de las distintas políticas de ordenación del juego que quieran adoptar, existiendo en la actualidad normativas que regulan el juego en las distintas Comunidades Autónomas diametralmente diferentes a la ordenación del juego regulada por la Comunidad de Madrid, cuyo volumen de juego y transcendencia social es incomparable con la amplia mayoría del resto de las autonomías.

En consecuencia, de aplicarse el principio de eficacia extraterritorial a esta actividad supondría que los operadores de juego elegirían la normativa de la Comunidad Autónoma que les fuese más favorable al establecer menos requisitos, y podrían ejercer libremente su actividad en nuestro territorio obviando la aplicación de la normativa dictada por la Comunidad de Madrid en la materia en el ejercicio de su competencia exclusiva, que quedaría vacía de contenido perdiendo su eficacia, y se privaría al Gobierno de la Comunidad de Madrid de aplicar sus propias políticas en materia de juego.

Por tanto, se considera que:



1.- **Se debería recoger expresamente en el texto de la ley la exclusión de su aplicación a la actividad económica del juego y las apuestas**, bien en un Anexo donde se recojan todas aquellas actividades económicas que se considere deban ser excluidas del ámbito de aplicación de la ley, o bien en el artículo 10. “Excepciones” del texto normativo.

2.- **Se deberían añadir en el apartado 3 del artículo 10 a las razones de excepción contempladas, las de la salud pública, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y los trabajadores, y la lucha contra el fraude**, razones todas ellas imperiosas de interés general recogidas en el apartado 11 el artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

**EN POZUELO DE ALARCÓN, A FECHA DE FIRMA.
EL VICECONSEJERO DE INTERIOR Y DIRECTOR DE LA
AGENCIA DE SEGURIDAD Y EMERGENCIAS MADRID 112**

