

www.uoc.edu/idp

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación y control de la actividad de juego en España

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (acreditado) de Derecho Administrativo

Fecha de presentación: octubre de 2012

Fecha de aceptación: noviembre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen:

El objeto central del presente trabajo es analizar la posición del regulador en materia de juego y, en concreto, analizar la evolución de dicha figura desde un modelo, primero, de monopolio hasta un modelo como el actual en el que conviven juego público y privado y regulaciones autonómicas y estatales.

Palabras clave

juego, regulación económica, reguladores, actividad de juego, distribución de competencias

Tema

competencias de las administraciones públicas en materia de juego

A study of the jurisdiction for regulation and control of gambling activities in

Abstract

The main aim of this article is to analyse the role of the regulator in gambling and, specifically, the evolution of this figure from, initially, a monopoly position to the current one where public and private, and national and regional regulations exist side by side.

Keywords

gambling, economic regulation, regulators, gambling activities, jurisdiction

Subject

Public administrations' jurisdiction over gambling

1. El regulador natural

Es bueno recordar, en un principio y con tal de sintetizar, que la CE no reconoce expresamente la competencia sobre el juego a ninguno de los poderes públicos que tienen en ella sus respectivos ámbitos competenciales.

A partir de aquí podemos aludir a la existencia de dos momentos, temporalmente diferenciables, en relación con la asunción de competencias en materia de juego.

1.1. El modelo esencialmente autonómico de desarrollo posconstitucional

Tal y como hemos dicho en el apartado anterior, la característica más notable del desarrollo posconstitucional es, claramente, una regulación autonómica ingente y, en gran parte, de contenido similar sobre el juego, en general (con la publicación de la correspondiente ley), y de cada una de las modalidades de juego. Esta regulación alcanza todos los aspectos que inciden en el desarrollo del juego, desde la configuración física de los locales, al material, y, claro está, a las autorizaciones de todo orden que debían obtenerse para el acceso a la actividad.

Este proceso culmina con el reconocimiento de que las comunidades autónomas son las competentes, incluso, para otorgar las autorizaciones en materia de juego electrónico cuando su ámbito de desarrollo-responsabilidad se centre en la respectiva comunidad autónoma.

Desde una perspectiva jurídica, el que las comunidades autónomas hayan hecho este enorme esfuerzo legislativo no puede ser, en modo alguno, reprochado, ya que se corresponde con la distribución de competencias constitucionalmente reflejada en los términos que anteriormente hemos indicado. Pero, desde una perspectiva no jurídica, el fraccionamiento del mercado en reglas y, sobre todo, en autorizaciones no favorece el desarrollo del negocio ni el

de los operadores en un mercado ciertamente limitado en su acceso, por el nivel de inversiones, por las exigencias de seguros de responsabilidad civil y, en general, por las dificultades de implantación.

Probablemente, este aspecto es el que hace que se produzca cierto corte en la explotación comercial. En el juego presencial, la asunción de competencias va ligada a políticas propias y a modelos de desarrollo que, con mayor o menor intensidad, son propios y reales en cada una de las comunidades autónomas. Frente a esto, y aunque algunas comunidades autónomas (Madrid y el País Vasco, por ejemplo) otorgaron algunas licencias para sus respectivos ámbitos competenciales en relación con el juego en línea y, específicamente, para las apuestas, el modelo de juego en línea parcelado por comunidades autónomas no resultó (en este momento inicial) atractivo, y eso contribuye a generar cierto clima de consenso social en relación con la necesidad de reconquistar el concepto estatal de juego y, en concreto, de autorización administrativa de ámbito estatal. El problema, desde luego, no es nuevo, y el Gobierno acaba de anunciar que entre los proyectos normativos que llevará a las Cortes Generales antes de diciembre de 2012 está un proyecto de ley de «unidad de mercado» que, realmente, apunta a la problemática que aquí se ha puesto de manifiesto de una forma clara: operadores o agentes económicos que actúan en un marco estatal y normativas diferenciadas y limitadas en su ámbito territorial.

Sea como sea, lo que se pone de relieve es que los agentes económicos y los propios reguladores percibieron que el fraccionamiento del mercado no ayudaba a su mejora, lo que realmente produjo un silencioso consenso que hizo pasar desapercibida la LJ y algunos de sus postulados más esenciales y que, en realidad, hubieran sido seriamente impugnados en otro momento y, probablemente, en otra actividad.

1.2. El retroceso del modelo: hacia un protagonismo estatal basado en los aspectos tecnológicos¹

Dada esta situación, podemos indicar que la LJ fue más allá de la intimación o el requerimiento que el Parlamento le había hecho en el momento de publicar la Ley de Servicios de la Información y que se centraba, en esencia, en la regulación del juego en soporte electrónico.² La nueva LJ va más allá porque no regula las condiciones «soporte» del juego *on-line* o, incluso, los aspectos ligados al contrato de juego y la forma de defensa de los consumidores en la materia. La regulación crea un concepto desconocido, como es el del juego de ámbito estatal.³

Desde una consideración no estrictamente jurídica, la norma responde al deseo de «recomponer» el mercado en cuestión y dar cobertura al juego estatal, que realmente se mantenía vigente con lo que ahora se ha venido a denominar actividad reservada *ex lege* y que, en realidad, suponía un operador público que actuara en un marco sin más regulación que la procedente de su propio régimen jurídico organizativo y sin posibilidad alguna de competencia en el ámbito privado, pues el mercado privado era un mercado fraccionado en el ámbito de la regulación de cada una de las comunidades

autónomas. A partir de aquí se construye un mercado que antes no existía en términos convencionales y que alcanza la posibilidad de operar en el conjunto del territorio estatal y, adicionalmente, la regulación de los aspectos esenciales del juego estatal, ya sea físico o electrónico.

Es evidente que la gran duda que aún subyace es si el fundamento real de la LJ tiene un asiento constitucional claro.⁴ Es cierto que, en el plano teórico, la cuestión del título competencial se parece mucho a la regulación del deporte, en la que el Estado tampoco tiene un título explícito ni claro para la configuración de un ámbito estatal de actuación más allá de la regulación de la actuación supraautonómica de la actividad y la confluencia de determinados títulos sectoriales que inciden en la materia desde una posición meramente circunstancial en términos que no son muy diferentes a los de cualquier otra actividad.⁵

En este punto podemos convenir en que se ha producido un giro en la posición del Tribunal Constitucional. En este sentido, la actividad supraautonómica no fue considerada por aquel como un título habilitante para la actuación del Estado. El ejemplo más claro de esta línea puede encontrarse en la STC 17 de febrero de 2005, cuando dice: «En este caso, limitaremos nuestro examen al último inciso del pre-

1. En relación con la regulación del juego en línea, puede verse: Andrés Alvez, R. (2011). «La regulación específica de los juegos on-line». En: *El juego on-line*. Navarra.
2. Sobre la materia, el trabajo pionero de Lalanda Fernández, C. (2006). «Los juegos de azar en internet. Aproximación jurídica desde la perspectiva del derecho español». En: Palomar Olmeda, A. (coord.). *Régimen del juego en España*. Navarra.
3. En relación con el fundamento constitucional de la norma puede verse el trabajo de Pomed Sánchez, L. (2012). «Fundamentos competenciales de la Ley estatal del juego». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid. Asimismo, puede verse nuestro trabajo: (2010). «El régimen de las apuestas deportivas: distribución de competencias y régimen de control y supervisión». En: Palomar Olmeda, A. (dir.). *Las apuestas deportivas*. Navarra.
4. El Tribunal Constitucional ha sido claramente errático en esta materia, ya que en la STC núm. 171/1998 (Pleno), de 23 julio Conflicto positivo de competencia núm. 506/1986y1637/1986(acum.).STC1998\171 afirmaba: «... lo que habremos de agregar, según nuestra STC 20/1988 (RTC 1988\20), que el hecho de que la CE no reconozca directamente al Estado competencia normativa para fijar el régimen jurídico (en aquel caso, de los colegios profesionales) no significa que aquel carezca de todo título habilitante para intervenir en esta materia, ni tampoco que el nivel o grado de competencia estatal sea solo el que resulte de los propios términos de cada uno de los Estatutos de Autonomía [...] y debe recordarse a este propósito que la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas deben merecer no deriva de una lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad, dentro del cual la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento [...] que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia» (STC 163/1994). No obstante, lo cierto es que nunca estuvo claro cuál era el ámbito real de actuación que le correspondía al Estado, salvo, claro está, las denominadas «materias conexas» (penal, seguridad, policía, procesal, actividad mercantil, etc.), que tienen una dinámica propia y que pueden contener especialidades para el ámbito del juego cuya determinación final corresponde al que asume la legislación conexas y no al poder público que asume la competencia en la ordenación general del juego como actividad.
5. Sobre esta cuestión, puede verse: Parejo Alfonso, L. (2000). «El deporte como materia, soporte y objeto de competencias estatales». En: Palomar, A. (dir.). *Cuestiones actuales del fútbol profesional*. RFEF: Madrid. Así como: Terol Gómez, R. (2007). «El deporte». En: Baño León, J. M. (dir.). *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*. Thomson Civitas: Navarra.

cepto (“transcurrido un año..., proceder a su aprobación”), puesto que el primer inciso ya fue enjuiciado en nuestra STC 194/2004 (RTC 2004, 194), F. 20, al examinar igual precepto de la Ley 41/1997 (RCL 1997, 2629), y declarado inconstitucional en parte, criterio que reiteramos de nuevo».

En cuanto al último inciso, le es de aplicación el canon de enjuiciamiento y los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos 7 a 13 y 20 de la STC 194/2004 y procede, en concordancia con ello, acordar su inconstitucionalidad, pues, a mayor abundamiento, hemos reiterado que el Estado no puede sustituir a las comunidades autónomas en el ejercicio de competencias propias: «la previsión final del art. 39.2 de una actuación subsidiaria del Gobierno, en caso de falta de propuesta de planes hidrológicos de cuenca, no puede alcanzar a las comunidades autónomas que sean competentes para formular dicha propuesta, ya que se trata de una forma de control sustitutivo que no ha sido previsto por la Constitución (RCL 1978, 2836) en las relaciones ordinarias entre el Estado y las comunidades autónomas (art. 153)» [STC 227/1988, de 29 de noviembre, F. 20 d)]. En igual sentido, entre otras, STC 118/1996, de 27 de junio, F. 18.

La posición del Tribunal Constitucional sitúa así la labor de ordenación de la actividad supraautonómica en el terreno de las instituciones de cooperación y coordinación administrativa entre quienes tienen la auténtica competencia, sin que sea lícito entender que «aparece» una competencia adicional por parte del Estado.

Frente a esto, cuando recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver la cuestión relativa a la participación de las selecciones autonómicas en el ámbito de la actividad internacional ha dicho algo que claramente puede considerarse contradictorio cuando señala, en la STC de 18 de abril de 2012: «Así lo hemos mantenido recientemente en la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la adecuación a la Constitución de determinados preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la que, con ocasión de pronunciarnos sobre la constitucionalidad del apartado segundo del art. 134 EAC relativo a la competencia autonómica sobre “Deporte y tiempo libre” (que prevé la participación de la Generalitat “en entidades y organismos de ámbito estatal, europeo e internacional que tengan por objeto el desarrollo del deporte”) por su posible colisión con las competencias

del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), dijimos que “la participación de la Generalitat en entidades y organismos europeos o, en general, internacionales que tengan por objeto el desarrollo del deporte”, no supone [...] el ejercicio de potestades que están reservadas al Estado (art. 149.1.3 CE), ni puede condicionar el libre y pleno ejercicio estatal de dicha competencia, correspondiendo al Estado regular su alcance y modalidades» (F. 80). En idéntico sentido nos pronunciamos respecto de la impugnación de la atribución a la Generalitat de Cataluña de la competencia sobre «la proyección internacional de la cultura catalana» [art. 127.1.d) EAC], que los recurrentes consideraban contraria a la doctrina de la STC 165/1994, de 26 de mayo, y reiteramos que «frente al reproche formulado al precepto estatutario, la incorporación expresa de cláusulas de salvaguardia de competencias estatales no es exigible en términos constitucionales. Y es que la competencia estatal en el ámbito de las “relaciones internacionales” (art. 149.1.3 CE), que ciertamente incluye, entre otros contenidos, el ejercicio del *ius contrahendi*, no impide que las comunidades autónomas realicen actividades en el exterior que sean proyección de sus competencias materiales, siempre que no perturben o condicionen la competencia estatal (STC 165/1994, FF. 3 a 6), lo que hemos corroborado precisamente en materia de cultura (STC 17/1991, de 31 de enero, F. 6)» (F. 73).

La aplicación de la doctrina expuesta en este caso demuestra que la invocación del título competencial de «relaciones internacionales» no resulta aplicable para resolver la controversia planteada, ni puede sustentar una pretendida invasión de competencias estatales (ni siquiera por alusión a política exterior como acción política del Gobierno) o el impedimento de su ejercicio, puesto que la actividad deportiva en su dimensión internacional no puede calificarse como materia propia de las «relaciones internacionales», en el sentido estricto en que ha sido definido por nuestra doctrina, independientemente de la mayor o menor dimensión simbólica o sociológica de las competiciones internacionales en las que participe el deporte español. La afirmación anterior no descarta que la dimensión internacional del deporte pueda tener una incidencia en la propia acción exterior del Estado, incidencia que, aun sin implicar el ejercicio de las actividades propias de las relaciones internacionales, justifique la intervención estatal en esta materia.⁶

6. Esta doctrina puede encontrarse, posteriormente, en la STC 110/2012, de 23 de mayo en relación con la Ley del Deporte de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Desde esta perspectiva, podríamos resumir la posición del Tribunal Constitucional indicando que, aunque se trate de actividades que, según la CE y los Estatutos de Autonomía, corresponden en exclusiva a las comunidades autónomas, cabe la posibilidad de que el Estado (aunque materialmente no tenga título atributivo de la competencia) formule una legislación estatal de carácter supraautonómico que desplace en dicho ámbito la regulación autonómica, por un lado, y, por otro, lo que era una apuesta clara en el caso de los parques nacionales, esto es, la articulación de la competencia supraautonómica por medio de fórmulas de colaboración, cooperación y coordinación.

Sea como sea, el precedente nos viene bien, porque el esquema teórico entre una y otra actividad es, realmente, idéntico y, por tanto, esto justifica una actuación del Estado que regule la actividad que se produce en su ámbito con respeto a la regulación que, específicamente, corresponde a las comunidades autónomas.

Este esquema acaba, claro está, presentando la problemática de la confluencia de poderes públicos sobre una misma materia que, según el ámbito sectorial en el que se produzca la confluencia, se resuelve sobre la base de la territorialidad del ámbito de acción. En materia de juego, la cuestión es un poco más compleja porque la aplicación del criterio de territorialidad no evita que la actividad material ni la organización de la actividad sea idéntica. Realmente en uno y otro ámbito el «hecho» sobre el que se juega es el mismo y, por tanto, lo único que diferencia la actividad es el estatus estatal o territorial del organizador y la existencia de un vínculo territorial contractual en la actividad autonómica.

El resultado a los efectos de lo que aquí analizamos es claro: pluralidad de actividad, convivencia compleja, supervisión y control difuso y, en general, un mercado con potenciales reguladores diferenciados y responsabilidades compartidas. En este punto y en la línea de evolución que venimos indicando es cierto que el mismo giro que se ha producido en la legislación se haya producido en el mercado y en sus operadores. En general, estos parecen haber optado por los títulos estatales para evitar el solapamiento de garantías y, sobre todo, para intentar proyectar su actividad (cuyos

resultados económicos no son aún mesurables) sobre un espectro lo más amplio posible.

2. El modelo de regulación previsto en la Ley del Juego de 2011⁷

En los términos a los que nos hemos referido anteriormente cabe indicar que el legislador de 2011 decide cambiar parcialmente la situación en relación con dos elementos: el juego estatal y el juego realizado sobre un soporte en línea. Respecto del primero cabe indicar que, al margen del tema del título competencial, lo que no estaba claro era el propio concepto, precisamente, porque las regulaciones, hasta el momento, eran de alcance territorial limitado. De esta forma la construcción a la que se ve abocada la LJ es, precisamente, a la de un marco general que denominamos «juego estatal» y que se proyecta, en esencia, sobre quien obtiene autorizaciones o títulos habilitantes expedidos por la AGE.

En relación con el segundo debe indicarse que su alcance es ciertamente limitado porque la regulación del soporte de una actividad no puede tener más alcance que el citado soporte y, por tanto, no admite que al hilo de este se establezca una regulación sustantiva.⁸ Sea como sea, lo que mínimamente demuestran ambas referencias es el alcance limitado (al menos en el plano teórico) de la reordenación del mercado que trata de llevar a cabo la LJ. Podría decirse en este punto que el marco constitucional no da para más y que realmente la propia LJ lo ha llevado (como venimos insistiendo) al límite. Es probable que esta afirmación este fundada, pero la perspectiva que aquí se plantea no es estrictamente de reparto constitucional, sino de conformación del mercado desde la perspectiva del operador de esta actividad económica y del usuario que decide participar en ella.

Con el alcance que se quiera y con sus limitaciones inherentes, podemos indicar que la LJ intentó llevar a cabo una modificación del sistema de ordenación del mercado transformando la gestión y supervisión directa de la Administración con la creación de un órgano de regulación del mercado rodeado de independencia respecto de aquella.

-
7. Sobre la necesidad de la nueva regulación puede verse el trabajo de Herraiz Serrano, O. (2012). «Oportunidad y necesidad de una nueva ley estatal del juego: antecedentes». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.
 8. En relación con el ámbito objetivo de la LJ puede verse el trabajo de Lalanda Fernández, C. (2012). «Actividades de juego incluidas y excluidas. Prohibiciones objetivas». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.

En la exposición de motivos de la LJ se encuentra la siguiente referencia en relación con la Administración del juego y, por tanto, con respecto al modelo de ejercicio de las competencias por la Administración estatal: «En el título V, la Administración del Juego, se establecen las competencias que corresponden al Ministerio de Economía y Hacienda en materia de juego. Se crea un órgano regulador, la Comisión Nacional del Juego, al que se le atribuyen todas las competencias necesarias para velar y asegurar la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego, así como el cumplimiento de la normativa vigente y de las condiciones establecidas para su explotación. Además, este órgano regulador único canalizará la demanda dimensionando la oferta de actividades de juego, evitando la explotación de las actividades de juego con fines fraudulentos y estableciendo el marco apropiado para proteger a los menores y prevenir el desarrollo de fenómenos de dependencia. Por último, se establece el Consejo de Políticas del Juego como el órgano de participación de las comunidades autónomas...».

Desde esta consideración podemos indicar que la señalada exposición de motivos no suministra una información clara sobre la necesidad de crear un regulador, ya que, de hecho, mantiene cierto reparto de competencias entre los propios órganos de la AGE y el regulador de nueva creación. Es cierto, sin embargo, que realmente se fijan los siguientes objetivos que pueden explicar el modelo de regulación o, al menos, servir de elemento interpretativo para el deslinde competencial entre la AGE y el regulador dotado de independencia funcional. Los objetivos, según la exposición de motivos, serían los siguientes:

- Asegurar la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego.
- Evitar las actividades de juego con fines fraudulentos.
- Prevenir el juego entre los menores y evitar los fenómenos de dependencia.

En realidad, estos mismos objetivos se reproducen literalmente en el propio articulado; el artículo 1.º de la LJ señala que: «El objeto de esta ley es la regulación de la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal, con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conduc-

tas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos, sin perjuicio de lo establecido en los Estatutos de Autonomía...».

Desde una perspectiva económica es, sin embargo, más compleja porque, en realidad y si somos sinceros, la LJ va más allá al establecer las reglas de participación en la actividad económica que el juego supone. Adelantemos que una de las características centrales de este mercado es la convivencia entre públicos y privados basada en las reglas de reparto *ex lege* de la actividad del juego. Así hay que entenderlo del artículo 9 de la LJ: «El ejercicio de las actividades no reservadas que son objeto de esta ley queda sometido a la previa obtención del correspondiente título habilitante, en los términos previstos en los artículos siguientes. De conformidad con esta ley son títulos habilitantes las licencias y autorizaciones de actividades de juego...».

Este precepto nos permite diferenciar entre quienes actúan en el mercado del juego como consecuencia de la reserva legal de funciones y quienes actúan en virtud de título habilitante. Como consecuencia de esto podemos indicar que el mercado del juego se caracteriza, por tanto, por una reserva de actividad a favor de quienes tradicionalmente venían realizando las actividades más conocidas del juego (lotería, cupón y quiniela, en esencia) que pasan a convivir en la parte no «reservada» con los privados que obtienen un título habilitante de carácter estatal. En algún momento se puede llegar a plantear la sostenibilidad de este modelo mixto y, especialmente, su compatibilidad con el marco de la competencia. La STJUE de 8 de septiembre de 2010 es contundente respecto a la admisibilidad de este «reparto del mercado» cuando señala que: «En estas circunstancias, el hecho de que distintos tipos de juegos de azar estén sujetos, unos, a un monopolio público, y otros, a un régimen de autorizaciones concedidas a operadores privados no puede, por sí solo, conducir a privar de su justificación, a la vista de los objetivos legítimos que persiguen, a las medidas que, como el monopolio público, parecen *prima facie* las más restrictivas y las más eficaces. En efecto, tal divergencia de regímenes jurídicos no puede, en sí misma, afectar a la aptitud de dicho monopolio público para alcanzar el objetivo de prevención de la incitación de los ciudadanos al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción a este para el que fue instituido...».⁹

9. En relación con los títulos habilitantes podemos remitirnos *in extenso* a nuestro trabajo: (2012). «Los títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad del juego». En: Herraiz Serrano, O (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid. Asimismo, puede verse el trabajo de Andrés Alvez, R. (2012). «Análisis y comentarios a la primera convocatoria para obtener licencias para desarrollar el juego on-line en España». *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Núm. 34. Págs. 481 a 507.

El criterio fundamental de sometimiento a la norma estatal es la titularidad de la habilitación que se caracteriza por la emisión estatal y por la habilitación para la realización de la actividad en un ámbito, igualmente, estatal. Sin embargo, lo que nos interesa dejar apuntado en este momento es que una de las características de la LJ es fraccionar el mercado y establecer una reserva a favor de determinadas entidades públicas o parapúblicas en las que no es posible la incidencia desde la actividad convencional de juego. De ahí la diferencia entre ámbito sectorial reservado y títulos habilitantes, y la segmentación del ámbito en el que pueden operar unos y otros. Hemos indicado antes que sobre el modo en que se conforma la actividad reservada existe una determinación en la STJUE de 3 de junio de 2010 cuando señala: «En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos. No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE, en general, especialmente el artículo 49 y, en particular, los principios de igualdad de trato, y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08, Rec. p. I-0000, apartado 44, así como de 13 de abril de 2010 [JUR 2010, 103582], *Wall*, C-91/08, Rec. p. I-0000, apartado 33)...».¹⁰

España, en su LJ, ha considerado que la elusión de un sistema de este orden en el ámbito de las actividades reservadas se justificaba, en último término, por la naturaleza de las entidades adjudicatarias de la reserva y, en concreto, en su condición pública o parapública.¹¹ El criterio no deja de ser complejo en términos de derecho comunitario, aunque tenga más fundamento en la propia justificación que el Tribunal

Constitucional español ha hecho sobre la materia. En todo caso, la cuestión no es la naturaleza jurídica de la entidad, sino la propia conformación del mercado con públicos y privados. Los límites de las restricciones del mercado ya han sido analizados y, realmente, la justificación última no es, insistimos, la naturaleza jurídica de la entidad, sino el engarce de este modelo con algunos de los valores que justifican la utilización de la técnicas de restricción. Pues bien, llegados a este punto cabe indicar que la justificación que puede deducirse de la LJ y de su exposición de motivos no es suficientemente clara en la determinación de por qué el modelo permite el mejor control de la actividad del juego y el cumplimiento de los fines (estos sí plenamente engarzables en los que admite el derecho comunitario), y en este sentido podría haberse argumentado, por ejemplo, que el criterio de reparto del mercado se centra en el propio volumen de ventas y que este es el que justifica la mayor operatividad de las técnicas de control.

No es este, sin embargo, el esquema de la LJ que desconecta realmente la opción organizativa del mercado y las causas o fundamentos que derivan de la protección de valores superiores previstos en la propia LJ.

3. La función de regulación y sus actores

3.1. Las funciones y competencias que se retienen en manos de la Administración convencional

En esencia, podemos anticipar que la construcción de un nuevo modelo de administración del juego en el que la referencia central es la aparición de un regulador denominado Comisión Nacional del Juego (CNJ, en adelante) no puede interpretarse, sin embargo, como un desapoderamiento absoluto de las competencias por parte de la AGE que

10. En relación con el carácter territorial puede verse: Torralba Mendiola, E. (2012). «Prestadores extranjeros y aplicación extraterritorial de la Ley de Regulación del Juego. Problemas de derecho internacional privado». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.

11. Este es, exactamente, el argumento que esgrimió el Gobierno portugués en la STJCE de 8 de septiembre de 2009 cuando señaló: «El Gobierno portugués afirma que la concesión de derechos exclusivos para la organización de juegos de azar en favor de la Santa Casa garantiza el funcionamiento de un sistema controlado y seguro. Por una parte, la larga existencia de la Santa Casa, que se extiende durante más de cinco siglos, demuestra la fiabilidad de este organismo. Por otra parte, el mismo Gobierno sostiene que la Santa Casa despliega su actividad estrictamente bajo su dependencia. La regulación jurídica de los juegos de azar, los estatutos de la Santa Casa y la implicación del Gobierno en la designación de los miembros de los órganos administrativos de esta permiten al Estado ejercer una potestad de tutela efectiva sobre la Santa Casa. Este régimen legal y estatutario proporciona al Estado suficientes garantías de que se respetan las normas adoptadas para preservar la limpieza de los juegos de azar organizados por la Santa Casa...».

mantiene algunas competencias expresamente indicadas en la LJ.

Dichas competencias figuran en el artículo 19 de la LJ e incluyen las relativas a la reglamentación del juego, la aprobación de los pliegos en los procedimientos concursionales, elaboración de las normas en materia de juego, autorización de la comercialización de las loterías, así como un conjunto de actuaciones en relación con la propuesta, el nombramiento y las demás vicisitudes de los miembros de la CNJ.

Debe indicarse que una de las cuestiones que se repite en la CNJ (como en otros reguladores) es la atribución final de la competencia sancionadora en las infracciones que puedan considerarse como muy graves a la Administración general, con limitación del órgano regulador a la función de propuesta de estas. Dicha cuestión que, desde luego, no es propia de la CNJ, sino que es consustancial al resto de los órganos de regulación, ha sido una de las causas que se han alegado en relación con la independencia real de la supervisión financiera. El juego de las competencias directamente atribuidas a la AGE y a la CNC (a las que nos referimos seguidamente) permite afirmar que el modelo proyectado de CNJ repite el de sustracción de la cúspide de la potestad sancionadora y su reserva a los órganos directos de la AGE. El modelo, por más que sea de aplicación común, no deja, sin embargo, de ser cuestionable en su fundamento y en la conformación general de las entidades reguladoras.

3.2. El pretendido regulador

Como tendremos ocasión de señalar en diversas ocasiones, una de las características centrales de la LJ es la de optar por la creación de un regulador independiente que administre el mercado complejo y segmentado que ella ha creado y que lo haga en condiciones que permitan visualizar nítidamente las diferencias entre el regulador y el operador que, por imperativo de la opción establecida, es, en una parte importante, un operador público o parapúblico.¹²

El problema actual podríamos identificarlo con cierta crisis del modelo de regulación. Como se indica, primero, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible introdujo una modulación general muy centrada en su estructura y en el establecimiento de un proceso de homogeneización de la

estructura organizativa de los reguladores. Posteriormente y con el cambio de Gobierno, el problema es aún mayor y se entiende que la proliferación de reguladores resulta insostenible en términos económicos y, probablemente, de gestión, por lo que aboga por la refundición de todos ellos. Mientras tanto la vida, claro está, sigue, y esta continuación (especialmente relevante por lo que supone de punto de arranque de la actividad) se ha hecho sin que el modelo de gestión previsto llegue a visualizarse y, por tanto, haya sido suplido por la Administración convencional a la que una normativa transitoria otorgaba las competencias.

Pero no adelantemos más en relación con la situación actual y retomemos el hilo conductor, para analizar, en este momento, y con carácter prioritario, la propia configuración del modelo legalmente previsto, esto es, la creación de la CNJ.

A) Naturaleza

Desde la perspectiva de su naturaleza, es el artículo 20 LJ el que crea la CNJ, que: «tendrá por objeto velar por el adecuado funcionamiento del sector del juego y garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de servicios competitivos en beneficio de los usuarios. Su finalidad es autorizar, supervisar, controlar y, en su caso, sancionar el desarrollo, la explotación y la comercialización de los juegos y demás actividades previstas en el ámbito de aplicación de esta ley». Esta función sitúa a la comisión en el marco de un regulador de mercado sectorial que trata de fomentar (y asegurar) la competencia en beneficio de los usuarios.

Adicionalmente y en lo que es una función menos económica y más de ordenación del mercado, el propio artículo 20 LJ establece: «Como principio rector, deberá velar por la integridad, seguridad, fiabilidad y transparencia de las operaciones de juego, así como por el cumplimiento de la normativa vigente y de las condiciones establecidas para la explotación de las actividades de juego».

Finalmente le atribuye a la CNJ la competencia para canalizar: «la demanda dimensionando la oferta de actividades de juego, evitando la explotación de las actividades de juego con fines fraudulentos y estableciendo el marco apropiado para proteger a los menores desarrollando o impulsando las actuaciones, programas y actividades específicas para prevenir el desarrollo de fenómenos de dependencia».

12. En relación con esta puede verse García-Álvarez García, G. (2012). «La configuración de una Administración independiente: la Comisión Nacional del Juego». En: Herraiz Serrano, O. (coord.). *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*. Madrid.

B) Régimen jurídico

En relación con su régimen jurídico, el propio artículo 20 de la LJ establece: «La Comisión Nacional del Juego se configura como un organismo regulador, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, 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». Asimismo el apartado 3 indica: «La Comisión Nacional del Juego es un organismo funcionalmente independiente de la Administración General del Estado, si bien se encuentra adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, que asume el ejercicio de las funciones de coordinación entre la comisión y el ministerio». Es cierto que se trata de un órgano que no se ha llegado a crear realmente y que, como se analiza, queda subsumido en el Proyecto de ley de refundición de los reguladores, que se analiza seguidamente, por lo que carece de sentido insistir ahora en los aspectos organizativos, sobre todo si, como se verá, la opción final es su eliminación.

De esta forma podemos indicar que, en lo que es la referencia central de su régimen jurídico, la LJ opta por una clara publicación en los aspectos materiales, y sin perjuicio de las matizaciones que se hacen en relación con sus aspectos autoorganizativos, que, a estos efectos, no forman parte del análisis que realizamos.

C) Funciones

Sobre la base del enunciado general que acaba de establecerse, podemos ahora intentar un análisis de las competencias y funciones que le corresponden *ex lege* a la CNJ y que vienen recogidas en el artículo 21 LJ.

Podemos intentar hacer un resumen indicando que le corresponden funciones de ordenación técnica del juego estatal (regulación básica del juego, propuesta de nuevos procedimientos de autorización, autorizaciones de actividades de loterías sujetas a reserva, requisitos técnicos y funcionales del juego), junto con competencias de ordenación general del sector, control y supervisión (instrucciones, vigilancia, control e inspección y la persecución del juego no autorizado) y de homologación del material utilizable y protección del jugador.

D) El instrumento esencial para el ejercicio de la denominada competencia reguladora

El instrumento central en la conformación de las reglas de funcionamiento del mercado en cuestión se encuentra en lo

que dispone el artículo 23 LJ, que establece: «La Comisión Nacional del Juego podrá dictar aquellas disposiciones que exijan el desarrollo y la ejecución de las normas contenidas en esta ley, en los reales decretos aprobados por el Gobierno o en las órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda, siempre que estas disposiciones lo habiliten de modo expreso para ello. Estas disposiciones se elaborarán por la propia Comisión Nacional del Juego, previos los informes técnicos y jurídicos oportunos de los servicios competentes de esta, y la consulta, en su caso, a las comunidades autónomas. Tales disposiciones serán aprobadas por el Consejo de la Comisión Nacional del Juego y no surtirán efecto hasta su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil».

Se trata, claro está, de una capacidad reguladora que se sitúa en el marco del principio de legalidad y de jerarquía normativa, esto es, en el marco de lo que pueda establecer la ley y las disposiciones reglamentarias que las desarrollen. Su existencia es consustancial a la propia existencia de órganos reguladores que encuentran en ellas la capacidad de establecer reglas de funcionamiento concreto del respectivo mercado y que, especialmente, en el ámbito de la supervisión y la regulación de carácter financiero adquieren una relevancia notable.

Más allá de los límites generales de sometimiento al marco jurídico legal y reglamentario, la LJ contempla un límite específico en el ejercicio de la potestad concreta. De esta forma, cuando la reglamentación que pueda dictar afecte significativamente a la competencia, el apartado 2 del citado artículo 23 señala que la CNJ está obligada a solicitar informe previo al órgano competente en materia de defensa de la competencia.

Desde la perspectiva del régimen jurídico de estas disposiciones, el apartado 3 del artículo indicado señala: «Las disposiciones o resoluciones que dicte la Comisión Nacional del Juego en el ejercicio de las potestades administrativas que se le confieren en esta ley pondrán fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas potestativamente en reposición de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o impugnarse directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la ley reguladora de dicha jurisdicción».

3.3. El Proyecto de ley de reagrupación de reguladores y la extinción del regulador independiente

En el momento actual se tramita en la Cortes Generales el Proyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Se trata de una norma que refunde los órganos de regulación en torno a un único órgano que va a asumir algunas de las competencias (no todas, por tanto) de las autoridades que la regulaban.

La disposición adicional décima del proyecto establece: «La Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asumirá el objeto, funciones y competencias que la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego atribuye a la extinta Comisión Nacional del Juego».

De esta forma se aprecia que hay un cambio en la conformación del modelo: del regulador específico a la Administración centralizada.

Desde una perspectiva teórica, las formas y los instrumentos de regulación no pueden ser reprochados a priori ni pueden ser señalados como una única opción de carácter

inamovible. Lo que sí queda claro es que, precisamente, la transición a mercados abiertos cuando en los precedentes predominaba el monopolio (como es prácticamente el caso) es, justo, una de las causas de mayor justificación para la creación de órganos reguladores independientes. La seguridad que da al sector privado en la transición hacia la competencia y el mercado general son elementos centrales.

La opción de suprimir el regulador independiente coincide en el tiempo con algunas noticias sobre la utilización instrumental de la SLAE para contribuir a la financiación de alguno de los fondos que deben suplir las deficiencias del modelo de financiación de las Administraciones territoriales. Esta utilización instrumental permite afirmar que la independencia entre la regulación y la gestión de los diferentes agentes (marcadamente los públicos) dista mucho de mantenerse en el esquema de mercado para situarse en una actividad comercial al servicio del Estado.

Sin duda, estamos ante una opción lícita en el plano de las opciones organizativas, aunque demuestra que la concepción de mercado y de agentes económicos que actúan en este libremente queda limitada a aquel ámbito donde no se produce la presencia de los agentes con reserva.

Cita recomendada

PALOMAR OLMEDA, Alberto (2012). «Un apunte sobre la responsabilidad pública de regulación y control de la actividad de juego en España». En: « Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 50-60. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-palomar/n15-palomar-es>>

DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1697>



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Acerca del autor

Alberto Palomar Olmeda

Profesor titular (Acred) de Derecho Administrativo

alberto.palomar@uc3m.es

Es doctor en Derecho, profesor asociado de la Universidad Carlos III de Madrid; pertenece al Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social y al de Magistrados. Es autor de diversas publicaciones –libros y artículos en revistas especializadas– en materia de juego.

Universidad Carlos III de Madrid

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Departamento de Derecho Público del Estado

C/ Madrid 126

28903 Getafe