

VALORACIÓN DEL INFORME DE LA ABOGACÍA DURANTE LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE DECRETO, DE LA GENERALITAT, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 1/2020, DE 11 DE JUNIO, DE REGULACIÓN DEL JUEGO Y PREVENCIÓN DE LA LUDOPATÍA EN LA COMUNITAT VALENCIANA.

A las 9.00 horas del 19 de octubre de 2020 se reúnen, en el despacho del Sr. Rafael Beneyto Cabanes, director general de Tributos y Juego, junto con este, los señores Fco. Javier Ortega Escós, subdirector general de Juego, Rafael Carrión Peinado, jefe de servicio de Autorizaciones y Homologaciones de Juego y la Sra. M^a Amparo Nogués Vicent, jefa de servicio de Normas, Estudios y Procedimientos de Juego, a fin de efectuar la valoración de las observaciones efectuadas en el informe de la Abogacía de la Generalitat en la elaboración del proyecto de decreto, del Consell, de medidas urgentes para la aplicación de la ley 1/2020, de 11 de junio, de la Generalitat, de regulación del juego y prevención de la ludopatía en la Comunitat Valenciana.

1.- Antecedentes

En el procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto de medidas urgentes para la aplicación de la Ley 1/2020, de 11 de junio, de regulación del juego y prevención de la ludopatía en la Comunitat Valenciana, procede el informe de la Abogacía de la Generalitat, conforme a Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell.

2.- Observaciones

Emitido el informe C/I/7707/2020 CHME/305/2020, de fecha 14 de octubre, en el mismo se recogen las siguientes observaciones.

Preliminar –

"En cuanto su parte dispositiva, el artículo 1 contiene el objeto de la norma, pero no se ha incluido en la subdivisión posterior en sus correspondientes Capítulos, quedando aislado de la subdivisión del resto de artículos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del citado Decreto 24/2009, podría intitularse como Capítulo Preliminar, cuyo contenido suele incluir, el objeto de la norma, el ámbito de aplicación, los principios, las definiciones o cualesquiera otras de naturaleza análoga.

Del mismo modo, en dicho capítulo también podría incluirse, el contenido del artículo 9 del proyecto dedicado a definiciones."

1ª) Artículo 3.

"En cuanto a la inadmisión de solicitudes que puedan formular los interesados, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (en adelante LPACAP) establece con carácter básico la obligación de resolver de forma expresa todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

Por tanto, dado que la previsión del artículo 3 del proyecto, se fundamenta en esta excepción a la obligación de resolver pudiendo acordarse la inadmisión cuando se solicite el reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, prevista en la normativa básica en materia de procedimiento administrativo, debería efectuar una remisión a dicha normativa básica."

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

2ª) Artículo 5, apartados 3 y 4

"Para una mayor claridad y comprensión del contenido de este artículo, sugerimos que se regule en un apartado los informes que se deben o pueden solicitar en el procedimiento, ya sean preceptivos o facultativos, así como los efectos de que estos no se emitan en plazo, y en otro apartado, el órgano competente para comprobar la documentación a que se refiere el apartado 2 del mismo artículo 5, así como los informes solicitados y en definitiva, para dictar la resolución de la autorización de instalación".

3ª) Artículo 6, apartado 3

"La misma observación se puede efectuar en relación con el contenido del apartado 3 del artículo 6, respecto a regular en un apartado separado lo que se refiere a los informes a solicitar y los efectos del silencio, y en otro el órgano competente para comprobar la documentación y resolver, aunque en dicho procedimiento, no se exige un informe preceptivo del ayuntamiento, dado que el Reglamento de Apuestas vigente no lo exige."

4ª) Artículo 8, apartado 3

"Este apartado, crea mediante una norma reglamentaria un procedimiento "ex novo" de renovación de autorización de explotación de máquinas de Tipo B a instalar en establecimientos hostelería.

(...)

Los artículos 32 a 34 de la ley, que regulan las máquinas recreativas y de azar, su clasificación y los requisitos y su ubicación, no contemplan la posibilidad de renovación de las autorizaciones de explotación, cuyo plazo de vigencia se fija, sin excepciones ni posibilidad de renovación, en 5 años, por lo que esta prolongación de las autorizaciones de explotación mediante el mecanismo de su renovación por un periodo de 5 años más que se pretende aprobar con la norma proyectada, carecería de la necesaria habilitación legal.

Es más, consideramos, que dicho procedimiento de renovación, sería una forma ilícita o en fraude de ley, para eludir la moratoria de 5 años, de nuevas autorizaciones de explotación de máquinas de tipo B o recreativas con premio, destinadas a ser instaladas en locales de hostelería o similares, que se aprobó en la Disposición Transitoria Décima de la ley.

Por tanto, el apartado 3 del artículo 8 no es conforme a la Ley 1/2020, y debe ser suprimido del proyecto,"

5ª) Sección Tercera.

"indicar que tiene un contenido muy detallado, exhaustivo y de carácter muy técnico, que aconseja valorar que su regulación se efectuase mediante una Orden de desarrollo de este Decreto, que permitiría su ágil modificación y adecuación, en caso de resultar necesario."

6ª) Artículo 10, apartado 1.b)

"Debe señalarse que este último inciso que hemos destacado, sólo puede predicarse de los centros educativos públicos, pero no de los centros educativos concertados o privados, que también se acreditan para impartir las enseñanzas a que se refiere el artículo 45,2 (...)

Por tanto, sólo podrá tenerse en cuenta la aceptación por parte del órgano competente en materia de patrimonio, como criterio para medir las distancias entre el local de juego que se pretenda instalar y los centros educativos que no estén en funcionamiento o en fase de proyecto o construcción, para los centros educativos públicos, pero no respecto de los centros educativos privados o concertados, dado que en estos centros, no hay una cesión o adscripción del inmueble

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

a la administración educativa y en este sentido debería quedar clarificado este apartado del art. 10 y designar otro criterio para considerarlos existentes cuando aún no se encuentren en funcionamiento.”

7ª) Artículo 16

“Con el artículo proyectado parece que para los envíos de comunicación publicitaria y promocional del juego, mediante llamadas telefónicas, correo electrónico, u otros medios telemáticos, en el caso de que las personas destinatarias lo soliciten o autoricen, se establece una excepción a limitación de publicidad o promoción del juego, prevista en el artículo 8.1 de la Ley 1/2020, respecto (...)

En primer lugar indicar, que no se ha limitado el ámbito territorial de las empresas operadoras, agencias o prestadoras de servicios, a las que se refiere, que obviamente, debe circunscribirse al ámbito territorial de la Comunitat.

Y en segundo, lugar, según nuestro parecer esta excepción fijada mediante el reglamento que se pretende aprobar, carece de la necesaria habilitación legal dado que el artículo 8.1 de la ley, es taxativo y no contempla la posibilidad de establecer excepciones a las limitaciones que contempla dicho precepto en el ámbito del juego autonómico.

8ª) Artículo 17

“Acudiendo a las disposiciones transitorias de la Ley, no consta ninguna disposición transitoria específica relativa a las autorizaciones concedidas para efectuar publicidad a las empresas operadoras de juego con anterioridad a su entrada en vigor, por lo que debe acudir a la Disposición Transitoria Segunda, que con carácter general, establece que:

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

Por tanto, en nuestra opinión, el apartado 1 del artículo 17 del proyecto, resulta innecesario, en la medida en que las autorizaciones concedidas para estos contratos de difusión publicitaria antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2020, conforme al procedimiento previsto en el artículo 16 del Decreto 55/2011, mantienen su vigencia, por el plazo por el que fue concedida la autorización, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2020. Sin perjuicio de lo anterior, entrando en la naturaleza jurídica del contrato de Difusión Publicitaria, lo define en el artículo 17 de la Ley General de Publicidad como aquél por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.

Es cierto que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat, en su artículo 49.29ª atribuye a la Generalitat, competencia exclusiva en materia de Publicidad, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos, pero no es menos cierto que las Comunidades Autónomas no tienen competencia sobre legislación mercantil.

Y, a este respecto, hay que tener muy en cuenta que, en materia de contratación publicitaria, no existe espacio para la actuación de las Comunidades Autónomas, ya que los contratos publicitarios están sometidos al derecho privado, en particular al derecho mercantil, sobre el que tiene competencia la Administración Central del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución. Las conclusiones expuestas en este párrafo, por lo demás, han sido confirmadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de septiembre de 1996, en la

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

que se afirma que la contratación publicitaria y su régimen jurídico "son de innegable competencia estatal".

Por tanto, en nuestra opinión, la Generalitat, no ostenta competencia para determinar en una norma de la Comunitat y mucho menos de carácter reglamentario, si un contrato de difusión publicitaria, suscrito entre un anunciante, (empresa de juego) y un medio, puede continuar desplegando sus efectos o no durante un periodo de tiempo determinado, sino que los efectos de éste continuarán durante el plazo por el cual fue autorizada dicha publicidad, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley.

En cuanto al contenido del segundo párrafo del artículo 17.1, no se observa inconveniente jurídico alguno, en tanto que se trata de una medida que permite el control sobre las autorizaciones para publicidad, que se hubieren concedido antes de la entrada en vigor de la ley. No obstante, señalar, que dicho control también se puede obtener mediante las propias autorizaciones concedidas por la Generalitat para efectuar la difusión publicitaria objeto de dichos contratos, sin que alcancemos a adivinar que otra información adicional necesaria para dicho control, se pueda obtener para la administración con la aportación de los contratos, que no pudiera estar ya reflejada en la resolución administrativa de la autorización.

Del mismo modo, señalar que la declaración jurada a que se refiere el apartado 2 de este artículo 17, en nuestra opinión, también resulta innecesaria, dado que una prórroga de dichos contratos de difusión publicitaria, cuya autorización administrativa, tenía un plazo de vigencia, es obvio que debería ser autorizada por la Administración y que tras la entrada en vigor del artículo 8 de la Ley 1/2020, tampoco podría ser autorizada. Ello sin perjuicio de que si la empresa operadora continuase con dicha actividad publicitaria de juego, una vez vencido el plazo de la autorización que le fue concedida conforme a la normativa anterior, esta actividad, pudiera ser objeto de la sanción correspondiente conforme a lo previsto en la misma ley."

9ª) Disposición Transitoria Única, apartado 1.b)

"(...) se someten las sustituciones o prórrogas de las autorizaciones de las máquinas de juego cuya fecha de vencimiento acaezca con posterioridad a la entrada en vigor del decreto que se pretende aprobar a lo determinado en la ley 1/2020.

En lo que se refiere al contenido de este apartado, acudiendo al vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, si bien el artículo 28 contempla las sustituciones de máquinas recreativas y de azar, (alta-baja de máquina recreativa), no se contempla la prórroga de autorizaciones.

Tampoco en la Ley 1/2020, se contempla la posibilidad de prorrogar o renovar las autorizaciones de las máquinas, como ya se ha expuesto en consideraciones jurídicas anteriores, por lo que la referencia a la prórrogas (sic) debería ser suprimida.

10ª) Disposición Final Primera apartado 2

(...) establece que: "2. Mediante resolución de la persona titular de la conselleria de Hacienda y Modelo Económico se podrán completar, aclarar, adaptar o modificar los criterios y reglas regulados en los artículos 9 a 13 del presente decreto."

Consideramos que esta previsión infringe el principio de inderogabilidad singular de las disposiciones generales previsto en el artículo 37.1 de la LPACAP, por el que una resolución administrativa no puede vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general y por lo tanto no es posible, atribuir al Conseller de Hacienda y Modelo Económico, la posibilidad de completar, aclarar, adaptar o modificar los criterios recogidos en una disposición de carácter general mediante una resolución administrativa, sin perjuicio de que dichos criterios se puedan desarrollar mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias de su Consellería (...)

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

Por último, en esta Disposición Final, se recomienda sustituir la referencia en sus dos apartados a la Consellería de Hacienda y Modelo Económico, por la Consellería con competencias en materia de juego, para que ante eventuales de reorganizaciones administrativas, se determine de forma genérica por sus competencias, el órgano al que se habilita para el desarrollo reglamentario y no por referencia a su denominación actual.”

3.- Conclusiones

Se valoran las observaciones según se indica seguidamente:

Preliminar.

Se acepta íntegramente. Se incluye un nuevo capítulo, como preliminar; y se incorpora al mismo, como nuevo artículo 2, el anterior artículo 9, “Definiciones”.

1ª) Artículo 3 (ahora, 4).

Se acepta. Se incluirá en el texto la referencia a la legislación básica del Estado en materia de Procedimiento Administrativo Común, Ley 39/2015, de 1 de octubre.

2ª) Artículo 5 (ahora, 6), apartados 3 y 4

Se acepta. Se modificará la redacción para acoger la observación.

3ª) Artículo 6 (ahora, 7), apartado 3

Se acepta. Se modificará la redacción para acoger la observación.

4ª) Artículo 8 (ahora, 9), apartado 3.

Se acepta, procediéndose a suprimir en el proyecto la redacción que ha sido informada negativamente por la Abogacía. Ello, sin perjuicio de la posibilidad, en su caso, de que pudiera contemplarse un proceso extraordinario de renovación ajustado a la duración de la moratoria definida en la disposición transitoria décima de la Ley 1/2020, de 11 de junio.

Se repondrá (incluido el título del artículo) la redacción del apartado 3 que se incluyó inicialmente en el proyecto sometido a participación ciudadana, si bien se mejorará su redacción, eliminando el término “nueva” y se sustituirá “extenderse” por “alcanzar”, con la finalidad de que no puedan generar confusión y se limiten las interpretaciones.

Además, se añadirá un apartado nuevo, el 4, que adapta a la nueva ley y complementa lo que ya se dispuso en el artículo 2 del Decreto 144/2002, de 10 de septiembre, del Gobierno Valenciano.

5ª) Sección Tercera.

No se acepta.

Si bien se considera técnicamente adecuada la observación formulada, las mismas razones de urgencia que han aconsejado la adopción de las medidas urgentes que se contemplan en este decreto, desaconsejan demorar la regulación a la tramitación de una nueva Orden que diferiría la eficacia de aquellas un mayor periodo de tiempo, resultando, por otra parte, necesario dar respuesta a las mismas de forma inmediata.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO

6ª) Artículo 10.1.b)

Se acepta. Se procede a incluir la correspondiente precisión en el texto.

7ª) Artículo 16

Se acepta parcialmente.

Se incluirá la referencia al ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

Por otra parte, este artículo del reglamento no pretende excepcionar lo dispuesto taxativamente en el artículo 8.1 de la ley, sino acomodarlo, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, a la regulación estatal sobre la materia (artículo 21.1, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; y se ha añadido, respecto de su redacción original, lo referente a las comunicaciones telefónicas, como consecuencia del proceso participativo, por entenderlo coherente con el resto del texto y sin percibir que ello entrañe violación del ordenamiento jurídico, atendiendo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo (y 5, apartado 2, párrafo segundo) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

8ª) Artículo 17

Se acepta parcialmente.

Aunque se considera que lo regulado en el apartado 1 no tiene, en ningún caso, carácter mercantil (su inclusión en el texto tenía como exclusivo objeto reforzar la seguridad de los operadores del sector) sí puede considerarse innecesario, puesto que los efectos de los contrato suscritos se desplegarán, igualmente, con independencia de lo que señale este reglamento, motivo por el que se suprimirá el primer párrafo del apartado 1 del proyecto, rehaciéndose el apartado 2, que quedará como apartado único.

Por el contrario, no se acepta lo relativo a la comunicación del contrato y a la declaración responsable. Y ello, porque, en la actualidad, la administración valenciana no sujeta la publicidad del juego en la Comunitat Valenciana a ninguna autorización administrativa previa, tras la entrada en vigor del Decreto 190/2014, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Regulador de la Publicidad del Juego de la Comunitat Valenciana, que derogó el Decreto 55/2011, de 20 de mayo, del Consell, con cuyo capítulo III cohonstaría la observación de la Abogacía.

9ª) Disposición Transitoria Única, 1 b)

Se acepta parcialmente. Se suprime íntegramente la letra b) del apartado 1.

No se acepta lo relativo a la "renovación" de las máquinas de apuestas, ya que la inclusión de dicho concepto resulta plenamente concordante con la dicción de la disposición transitoria novena de la ley 1/2020, de 11 de junio, que literalmente la contempla.

10ª) Disposición Final Primera, apartado 2

Se acepta parcialmente. Se suprimen los términos "completar", "adaptar" y "modificar" ya que puede considerarse que su ejercicio requeriría el ejercicio de la potestad reglamentaria. Por el contrario, se considera que "aclarar" la norma, sin vocación normativa, entra dentro de las facultades de las personas titulares de las consellerias, conforme al artículo 28, letra II), de la ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell, siempre que con su uso no se vulnere o contravenga el contenido de la misma (*contra legem*).

EL DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS Y JUEGO