

Ñ) XOGO

Estudo preliminar

Carmen M^a Salgueiro Moreira

A CE non contén mención expresa ao xogo nin na fixación das materias sobre as que as Comunidades Autónomas poden asumir estatutariamente competencias (artigo 148.1) nin na relación de materias de competencia estatal (art. 149.1).

Foi, pois, con fundamento na cláusula do artigo 149.3 CE, como, no caso da Comunidade Autónoma galega, asumíuse a competencia na materia¹. Así, conforme o artigo 27.27 EAG a Comunidade Autónoma galega ostenta competencia exclusiva en materia de “Casinos, xogos e apostas, con exclusión das Apostas Mutuas Deportivo Benéficas”.

Agora ben, como xa se puxo de manifesto na STC 163/1994, do 26 de maio (FFXX 3 e 4):

“(…) ni el silencio del art. 149.1 C.E. respecto al juego ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas, (...) califiquen de exclusiva la competencia autonómica (excepto las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas) puede interpretarse como equivalente a un total desapoderamiento del Estado, pues ciertas materias y actividades que bajo otros enunciados el art. 149.1 C.E. reserva a aquél se encuentran estrechamente ligadas con el juego (...) el juego, por su complejo carácter como fenómeno sociológico e incluso económico, presente diversidad de aspectos que pueden situarle en el ámbito de otros títulos competenciales reservados al Estado por el art. 149.1 C.E. y singularmente el 14 (...)”.

En efecto, de entre as competencias estatais con posible incidencia na materia do xogo, o TC tense pronunciado, en especial, sobre a competencia exclusiva estatal en materia de Facenda xeral do artigo 149.1.14^a CE. Neste sentido existe unha consolidada doutrina constitucional (por todas, SSTC 163/1994; 164/1994; 216/1994; 49/1995; 171/1998; 204/2002; 32/2012; 35/2012; 83/2012; 123/2012; 133/2012 e 134/2012) conforme a cal se atopa “reservada a la competencia del Estado, ex artículo 149.1.14 CE, en razón de su naturaleza de fuente de la Hacienda estatal, la gestión del monopolio de la Lotería Nacional, y con él la facultad de organizar loterías de ámbito nacional; y además, en cuanto suponen una derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado, el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones administrativas para la celebración de sorteos, loterías, rifas, apuestas y combinaciones aleatorias solamente cuando su ámbito se extienda a todo el territorio del Estado” (STC 163/1994, FX8). Na mesma liña, a máis recente STC 123/2012, sinalou ao respecto (FX 6):

“(…) al amparo del título competencial en materia de «hacienda general» el Estado está habilitado para establecer y gestionar apuestas y juegos de ámbito nacional,

¹ A diferenza das Comunidades Autónomas que accederon pola vía do artigo 143 CE, ás que lles foi transferida a competencia en materia de casinos, xogos e apostas con exclusión das Apostas Mutuas Deportivo-Benéficas, en virtude da LO 9/1992, do 23 de decembro, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accederon á autonomía pola vía do artigo 143 da Constitución.

que se configuren como recurso ordinario de su hacienda, aunque no coincidan con la tradicional configuración de la Lotería nacional (...).”

Agora ben, a competencia estatal non se estende ao xogo cuxo ámbito supere o territorio de unha Comunidade Autónoma, pero que non abrangan todo o territorio nacional (SSTC 35/2012 e 83/2012).

Xunto ao anterior, procede advertir de que, se ben o criterio do ámbito nacional da actividade de xogo é o determinante da competencia estatal segundo a doutrina constitucional indicada, na citada STC 163/1994 tamén se apunta, como posible elemento a considerar na atribución da competencia estatal, aínda que non con carácter exclusivo, á existencia dun interese xeral. En concreto, indícase no FX 8 da dita sentenza:

“(...) La prohibición general del ejercicio sin licencia de casinos, juegos y apuestas, unida al hecho de que no todas las Comunidades tengan competencia o las tengan del mismo nivel, introduce un interés supracomunitario para su autorización por el Estado. No se trata de que la extensión territorial del juego atribuya competencia al Estado, sino que éste deba ejercerla en nombre del interés general que justifica la regulación previa para evitar un vacío (...).”

Idea esta, da existencia dun interese xeral, que se recolle, se ben conxuntamente co criterio territorial apuntado, en posteriores sentenzas como as SSTC 171/1998² e 133/2012, ambas relativas a xogos xestionados pola ONCE.

Pois ben, no exercicio da competencia estatal prevista no artigo 149.1.14^a CE, así como das contidas nas regras 6.^a, 11.^a, 13.^a e 21.^a do mesmo precepto, ditouse a Lei 13/2011, do 27 de maio, de regulación do xogo, que foi obxecto de desenvolvemento por varias normas regulamentarias. Do disposto na dita lei procede salientar o seguinte.

Conforme o seu artigo 1:

Artículo 1. Objeto.

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 conductas 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.

La Ley regula, en particular, la actividad de juego a que se refiere el párrafo anterior cuando se realice a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales deberán tener un carácter accesorio, así como los juegos desarrollados por las entidades designadas por esta Ley para la realización de actividades sujetas a reserva, con independencia del canal de comercialización de aquéllos.

² Nesta sentenza invócase a precedente STC 163/1994 sinalando: *“(...) Sentencia en la cual también dijimos que no es que «la extensión territorial del juego atribuya competencia al Estado, sino que éste debe ejercerla en nombre del interés general», que en el caso es consecuencia de la específica naturaleza, finalidad y evolución del «cupón pro-ciegos (...).»*

A lei establece unha diferenciación entre as actividades de xogo non reservadas e o xogo reservado. En canto ás primeiras, a lei regula, nos seus artigos 9 e seguintes, como títulos habilitantes estatais, as licenzas xerais de explotación e comercialización por cada modalidade de xogo, as licenzas singulares de explotación de cada un dos tipos de xogo incluídos no ámbito de cada licenza xeral e as autorizacións para a celebración de xogos de carácter ocasional. Ademais, prevé a posibilidade de que as Comunidades Autónomas establezan na súa lexislación a necesidade de autorización administrativa para:

- a) A instalación ou apertura de locais presenciais de xogo abertos ao público.
- b) A instalación de equipos que permitan a participación nos xogos.

En canto á reserva, esta abrangue a lotaría de ámbito estatal que é obxecto de regulación esencialmente no artigo 4 e na disposición adicional primeira da lei.

Tamén procede traer a colación, no ámbito estatal, a Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade da información e de comercio electrónico, a cal, conforme ao seu artigo 5.2, é aplicable, coa excepción do seu artigo 7.1, a *“los servicios de la sociedad de la información relativos a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, sin perjuicio de lo establecido en su legislación específica estatal o autonómica.”*

No que atinxe ao alcance das competencias autonómicas en materia de xogo, ás Comunidades Autónomas que, como a galega, teñen asumido competencias en materia de xogo, lles corresponde *“organizar y autorizar la celebración de juegos en el territorio de la Comunidad Autónoma”* (SSTC 163/1994, FX 3; e 164/1994, FX 4), isto é, *“La competencia de la Comunidad Autónoma en materia de juegos, apuestas y casinos se restringe a aquellos que se desarrollen con carácter exclusivo en el territorio autonómico”* (STC 123/2012, FX 5). Así mesmo, a dita competencia *“incluye la de regular las características de fabricación y homologación de los materiales e instrumentos de juego en la medida en que ello sea necesario para garantizar las condiciones de regularidad y licitud en que han de desarrollarse aquellas actividades”* (STC 52/1988, do 24 de marzo).

Non lles corresponderían, en cambio, as competencias *“excluidas expresamente de la atribución autonómica por sus respectivos Estatutos de Autonomía”* (STC 164/1994, do 26 de maio, FX 4), como é o caso da expresa exclusión estatutaria dos Apostas Mutuas Deportivo Benéficas, que contén, entre outros, o EAG. Sobre o alcance desta exclusión na STC 163/1994 indicouse (FX 9):

“(…) Las apuestas mutuas deportivo-benéficas fueron, pues, siempre un género sin otra especificación y como tal permaneció en el Estado su competencia según la excepción formulada en el propio Estatuto de Autonomía, es decir, no solo la organización y difusión de las denominadas quinielas de fútbol, sino también la de cualesquiera otros concursos de pronósticos que se realicen sobre resultados deportivos que reúnan el doble carácter de mutuos y benéficos. Conclusión a la que igualmente conduce la mera dicción literal del art. 9.32 E.A.C. puesto que también se limita éste a un enunciado general (Apuestas Mutuas Deportivo Benéficas) cuya interpretación como un género nada autoriza a limitar a los pronósticos en un solo deporte (...)”.

A exclusión responde así a un claro elemento histórico, cal é o monopolio estatal existente sobre as ditas apostas, que se remonta á creación do Padroado de Apostas Mutuas Deportivo Benéficas polo Decreto-lei do 12 de abril de 1946; monopolio que foi suprimido pola Lei 13/2011, do 27 de maio, de regulación do xogo. Agora ben, estímase que tal supresión non pode supoñer a eliminación dunha expresa exclusión estatutaria que actualmente subsiste no noso Estatuto de autonomía (a diferenza doutros estatutos máis recentes nos que xa non figura a dita exclusión, como é o caso dos Estatutos de autonomía de Cataluña, Andalucía e Aragón) e iso habida conta da natureza do estatuto de autonomía como norma atributiva de competencias autonómicas (neste caso, ademais, e como se indicou antes, sobre a base da cláusula do artigo 149.3 CE) e de que, conforme á sentenza transcrita, o Tribunal Constitucional fundou a competencia estatal respecto destas apostas na expresa exclusión estatutaria.

Pois ben, no exercicio da competencia autonómica do artigo 27.27 EAG ditouse a Lei 14/1985, do 23 de outubro, Reguladora dos Xogos e Apostas en Galicia, a cal foi obxecto de desenvolvemento por diversas normas regulamentarias³. Esta lei foi derogada pola Lei 3/2023, do 4 de xullo, reguladora dos xogos de Galicia (que se recolle nesta obra).

Por último, o correcto entendemento da normativa en materia de xogo esixe completar este estudo preliminar cunha referencia á intervención pública en materia de xogo, con especial atención ás esixencias impostas polo Dereito Comunitario e por normas transversais de Dereito interno.

Neste sentido, procede partir de que o xogo constitúe unha actividade económica que ten sido obxecto tradicionalmente de intervención pública sobre a base, esencialmente, da existencia de riscos derivados da dita actividade (en especial, no eido da saúde pública e protección de menores, así como os riscos relacionados coa fraude e certas figuras delitivas); intervención pública que está sometida a determinadas esixencias.

No que atinxe, en primeiro lugar, ás esixencias que o Dereito comunitario impón, ha de terse en conta que a Directiva de servizos deixa fóra do seu ámbito de aplicación “ *las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas* ” (artigo 2.2.h). En coherencia con iso, o artigo 2.2.h) da Lei 17/2009, do 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, exclúe do seu ámbito de aplicación as “ *actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario* ”. Si quedarían incluídas no ámbito destas normas as máquinas destinadas á mera actividade recreativa nas que non se arrisca diñeiro, senón que se gasta o diñeiro para obter un servizo de mero lecer ou recreo, e as combinacións aleatorias⁴.

Agora ben, respecto das actividades de xogo excluídas da Directiva de servizos debe terse en conta que, pese a tal exclusión, o TXUE ten sinalado que si lle son aplicables a liberdade de establecemento e a libre prestación de servizos aínda que con posibilidade de modular a efectividade destas liberdades cando estea xustificada por razóns imperiosas de interese xeral. Como recorda, entre outras, a sentenza TXUE do 12 de xuño de 2014, asunto C-156/2013⁵:

3 Ás principais normas regulamentarias de desenvolvemento da Lei 14/1985, do 23 de outubro, faise referencia na nota ao pé da disposición transitoria segunda da Lei 3/2023, do 4 de xullo, reguladora dos xogos de Galicia.

4 Precisamente en materia de combinacións aleatorias, a incidencia da Directiva de servizos púxose de manifesto na previsión da disposición adicional primeira da Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, que exceptuou as ditas actividades do réxime de autorización administrativa previa.

5 Na mesma liña poden verse as sentenzas Schindler (sentenza do 24 de marzo de 1994, asunto C-275/1992), Zenatti (sentenza do 21 de outubro de 1999, asunto C-67/98), Gambelli (sentenza do 6 de novembro de 2003, asunto C-243/2001), Placanica (sentenza do 6 de marzo de 2007, asuntos acumulados

“(...) 23. Así, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las restricciones de las actividades de juegos de azar pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, como la protección de los consumidores y la prevención del fraude y de la incitación a los ciudadanos al gasto excesivo en juego (sentencia Garkalns, EU:C:2012:505, apartado 39, y Stanleybet International y otros, EU:C:2013:33, apartado 23 y jurisprudencia citada).

24. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que la normativa en materia de juegos de azar se cuenta entre los ámbitos en que se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados miembros. A falta de armonización de la Unión en la materia, corresponde a cada Estado miembro apreciar en estos ámbitos, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que supone la protección de los intereses afectados (sentencias Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, EU:C:2009:519, apartado 57, y Stanleybet International y otros, EU:C:2013:33, apartado 24 y jurisprudencia citada)”

(...) en el ámbito concreto de la organización de juegos de azar, las autoridades nacionales gozan de una amplia facultad de apreciación para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social y, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a cada Estado miembro apreciar si, en el marco de los objetivos legítimos que persigue, es preciso prohibir total o parcialmente las actividades relativas al juego y a las apuestas, o sólo limitarlas, previendo a tal efecto modalidades de control más o menos estrictas (véanse, en este sentido, las sentencias Dickinger y Ömer, EU:C:2011:582, apartado 99, y Stanleybet International y otros, EU:C:2013:33, apartado 44) (...).”

Así, pois, as posibles restricións que se establezan á actividade de xogo deben estar xustificadas por razóns imperiosas de interese xeral e deben cumprir os requisitos que se derivan da xurisprudencia do TXUE segundo a cal as ditas restricións deben ser proporcionadas, isto é, deben ser adecuadas para garantir a realización do obxectivo que persigan e non deben ir máis alá do necesario para acadar o dito obxectivo (Sentenza do 8 de setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, asunto C-42/07). Ademais, deben aplicarse de modo non discriminatorio (Sentenzas do 6 de novembro de 2003, asunto C-243/01, Gambelli, do 6 de marzo de 2007, caso Placanica; asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 e C360/04).

Tamén ten sinalado o TXUE que unha normativa nacional só é axeitada para garantir a consecución do obxectivo alegado se responde verdadeiramente ao empeño de acadalo de forma congruente e sistemática (sentenza do 8 de setembro de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, asunto C-42/07, e sentenza do 30 de xuño de 2016, asunto C-464/2015).

O TXUE ten destacado, finalmente, que no ámbito dos xogos de azar, debido á marxe de apreciación e á inexistencia de harmonización comunitaria na materia, no estado actual do Dereito da Unión non existe ningunha obrigaón de recoñecemento mutuo das autorizacións

C-338/04, C-359/04 e C-360/04.) Liga Portuguesa de Futebol Profissional (sentenza do 8 de setembro de 2009, asunto C42/07) ou Winner Wetten (sentenza do 8 de setembro 2010, asunto C409/06).

expedidas polos diversos Estados Membros, de modo que cada *“Estado miembro puede supeditar la posibilidad de que cualquier operador ofrezca juegos de azar a los consumidores residentes en su territorio a la obtención de una autorización expedida por sus autoridades competentes, sin que se oponga a ello el hecho de que un operador concreto cuente ya con una autorización concedida en otro Estado miembro”* (sentenza do 8 de setembro de 2010, Markus Stoß asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07).

No que respecta, en segundo lugar, ás esixencias impostas polo Dereito interno á intervención pública na materia do xogo procede partir da doutrina do Tribunal Constitucional en relación cos límites á liberdade de empresa⁶. Así, sinala, entre outras, a STC 109/2003 que:

“(...) la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado» (STC 127/1994, de 5 May., FJ 6 D) (...).”

Ademais, é obrigado ter en conta a incidencia que na actividade do xogo ten a LGUM. Así, a actividade de xogo está incluída dentro do concepto de actividade económica que recolle o anexo da dita lei e que inclúe: *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.”* Sobre esta cuestión é obrigada a cita da STS, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, Sección 3ª, número 1408/2019, do 22 de outubro, Rec. 4238/2018, que fixa doutrina en relación coa aplicación da LGUM á actividade de xogo sobre a base do carácter amplo do concepto de actividade económica que contempla a dita lei e da non exclusión expresa por ela de ningunha actividade incluída en tal concepto. Como consecuencia disto, e como salienta a mesma sentenza, resultan aplicables á actividade do xogo o conxunto de principios e garantías establecidos nos artigos 3 a 9 e 16 a 18 da LGUM, entre os cales procede salientar, especialmente, o sometemento aos principios de necesidade e de proporcionalidade para o establecemento de límites ao acceso a unha actividade económica ou ao seu exercicio (artigos 5 e 17 da LGUM), conforme á interpretación que de tales esixencias recolle a STC 79/2017.

⁶ Como exemplo de análise da proporcionalidade dos límites impostos desde a perspectiva da liberdade de empresa pode citarse a efectuada na sentenza do TSX de Galicia número 600/2011, do 1 de xuño, respecto dunha medida de conxelación do número de autorizacións en materia de xogo adoptada polo executivo autonómico