

Dictamen n.º: **59/20**
Consulta: **Consejero de Justicia, Interior y Víctimas**
Asunto: **Proyecto de Reglamento Ejecutivo**
Aprobación: **13.02.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 13 de febrero de 2020, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Justicia, Interior y Víctimas, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre el proyecto de Decreto del Consejo de Gobierno, por el que se dispone la suspensión de la concesión de las autorizaciones de comercialización y apertura y funcionamiento de los establecimientos de juego y de la emisión de consultas previas de viabilidad, en tanto se realiza la planificación de los mismos en la Comunidad de Madrid

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de enero de 2020 tuvo entrada en este órgano consultivo, solicitud de dictamen preceptivo, con carácter urgente, firmada por el consejero de Justicia, Interior y Víctimas, sobre el proyecto de decreto citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 29/20, comenzando el día señalado el cómputo del plazo de quince días hábiles para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora,

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

Con fecha 6 de febrero de 2020 y de acuerdo con el artículo 19.2 del ROFCJA, se solicitó que se completara el expediente con suspensión del plazo para la emisión del dictamen. El día 7 de febrero se recibió la documentación solicitada, reabriendo el citado plazo.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada en la reunión del Pleno de este órgano consultivo, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2020.

SEGUNDO.- Contenido del proyecto de decreto.

El proyecto de decreto contempla la suspensión de la concesión de nuevas autorizaciones de comercialización y de apertura y funcionamiento de establecimientos de juegos colectivos de dinero y azar, salones de juego, locales específicos de apuestas y resto de locales y zonas de apuestas, así como la emisión de consultas previas viabilidad, trámites regulados en los decretos 105/2004, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Juegos Colectivos de Dinero y Azar en la Comunidad de Madrid, 106/2006, de 30 de noviembre, por el que aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad de Madrid y 73/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid

La finalidad de la norma, según explicita la parte expositiva, es evitar que la regulación futura a adoptar sobre la planificación de los juegos y apuestas que se desarrollen en la Comunidad de Madrid resulte ineficaz por la acumulación de un elevado número de solicitudes de apertura y funcionamiento de establecimientos de juego, dando así también cumplimiento a lo acordado por la Conferencia Sectorial de

Sanidad que en octubre de 2018 aprobó un Plan de Acción sobre Adicciones 2018-2020 en el que se incluye una acción dirigida a proteger a los menores y personas de especial vulnerabilidad al juego mediante la puesta en marcha de medidas normativas para prevenir las ludopatías.

El proyecto de decreto consta de una parte expositiva, un artículo único y una disposición final única.

El artículo único dispone la citada suspensión en tres apartados, con arreglo al siguiente esquema:

Apartado uno.- Decreta la suspensión de la concesión de aquellas autorizaciones cuyas solicitudes se hubieran presentado a partir de la fecha de apertura del trámite de audiencia e información pública del propio decreto.

Apartado dos.- Vincula la duración de la suspensión a la aprobación del decreto de planificación de los establecimientos de juego en la Comunidad de Madrid, con un plazo máximo de dieciocho meses.

Apartado tres.- Para evitar perjuicios económicos a los solicitantes, exceptúa de la suspensión aquellos procedimientos de concesión en los que se acredite que la solicitud de licencia de obra y/actividad del Ayuntamiento respectivo es anterior a la citada fecha de apertura del trámite de audiencia e información pública

La disposición final única contempla la entrada en vigor de la norma el día siguiente al de la publicación del decreto en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- Contenido del expediente remitido.

El expediente objeto de remisión a esta Comisión Jurídica Asesora consta, junto con proyecto de decreto, de los siguientes documentos:

1.-Solicitud de dictamen, con carácter urgente, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre el proyecto de decreto.

2. Certificación del secretario general del Consejo de Gobierno de 21 de enero de 2020 por el que se acuerda solicitar dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre el proyecto de decreto.

3. Informe de legalidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de 19 de diciembre de 2019.

4. Resolución del director General de Seguridad, Protección Civil y Formación de 28 de noviembre de 2019 por la que se acuerda someter al trámite de audiencia e información pública el proyecto de decreto, durante un plazo de siete días al haberse acordado su tramitación urgente.

5. Pantallazo relativo al trámite de audiencia e información pública, previo a la elaboración del proyecto de decreto, en el Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid

6. Memoria del Análisis de Impacto Normativo de 14 de enero de 2020, con Anexo-ficha ejecutiva.

7. Alegaciones presentadas al trámite de audiencia e información pública. Constan en el expediente remitido un total de 13 escritos presentados por los siguientes interesados: escrito conjunto de ANESAR (Asociación Española de Empresarios de Salones de Juego y Recreativos) y AEJOMA (Asociación de Establecimientos de Ocio y Juego de Madrid); AMADER (Asociación Madrileña de Empresarios del Recreativo); FEMARA (Confederación Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas y de Azar; ANDEMAR (Asociación de Empresarios de Máquinas Recreativas de Madrid); escrito de CCOO Madrid; CODERE

APUESTAS S.A.U; PLAY ORENES SLU; UNIPLAY S.A.; ASEJU (Asociación Empresarial de Juegos Autorizados); OPEMARE (Asociación Provincial de Madrid de Empresas Operadoras de Máquinas); escrito de un particular; escrito de FESMC UGT (Sector de Hostelería y Turismo); escrito de Salón de Juego PARDELLAS, S.L. y BUGARIÑA, S.L.

8. Informe de impacto por razón de orientación sexual e identidad y expresión de género, de fecha 4 de diciembre de 2019, emitido por la directora general de Igualdad.

9. Informe de impacto por razón de género emitido por la directora general de Igualdad, con fecha 4 de diciembre de 2019.

10. Informe de coordinación y calidad normativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia de 25 de noviembre de 2019.

11. Informe de impacto sobre la familia, infancia y adolescencia, emitido por la directora general de Infancia, Familia y Natalidad, con fecha 13 de diciembre de 2019.

12. Escrito remitido por la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad de fecha 2 de diciembre de 2019 en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

13. Escrito remitido por la Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras de fecha 11 de diciembre de 2019 en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

14. Informe de la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Hacienda y Función Pública, de 12 de diciembre de 2019 e informe de la Dirección General de Tributos de la misma consejería de 12 de diciembre de 2019.

15. Observaciones formuladas por la Consejería de Sanidad con fecha 12 de diciembre de 2019.

16. Escrito remitido por la Vicepresidencia, Consejería de Deportes, Transparencia y Portavocía del Gobierno de fecha 11 de diciembre de 2019 en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

17. Observaciones de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Función Pública formuladas con fecha 16 de diciembre de 2019.

18. Escrito remitido por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de fecha 4 de diciembre de 2019 en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto

19. Escrito remitido por la Consejería de Vivienda y Administración Local de fecha 10 de diciembre de 2019 en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

20. Escrito remitido por la Consejería de Cultura y Turismo de fecha 10 de diciembre de 2019, en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

21. Escrito remitido por la Consejería de Educación y Juventud de fecha 4 de diciembre de 2019, en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

22. Observaciones al proyecto realizadas por la Viceconsejería de Humanización Sanitaria con fecha 10 de diciembre de 2019.

23. Escrito remitido por la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, de 10 de diciembre de 2019, en el que informa que no se realizan observaciones al proyecto de decreto.

24. Informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de 20 de diciembre de 2019.

Posteriormente, los días 24 de enero y 3 de febrero de 2020, se recibieron en esta Comisión sendos correos electrónicos de la Asociación Empresarial de Juegos Autorizados (ASEJU), adjuntando diversas alegaciones al presente proyecto, así como un informe jurídico elaborado por un despacho de abogados. Se procedió a su devolución por oficio de 7 de febrero de 2020, al no estar contemplada en la normativa reguladora de este órgano consultivo la posibilidad de alegaciones de los particulares.

Con fecha 6 de febrero de 2020, mediante escrito dirigido al consejero de Justicia, Interior y Víctimas, se recabó por esta Comisión Jurídica el complemento del expediente con la remisión del informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid 393/2019, de 7 de noviembre, que fue remitido con fecha 7 de febrero de 2020.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Competencia de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid para emitir dictamen.

La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen, de carácter preceptivo, de conformidad con el artículo 5.3.c) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre que *ad litteram* dispone que: “*En especial, la Comisión*

Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: [...] c) Proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, y sus modificaciones”, y a solicitud del consejero de Justicia, Interior y Víctimas, órgano legitimado para ello de conformidad con el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

El proyecto de decreto que pretende se pretende aprobar se dicta, como más adelante se expondrá, en desarrollo de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego en la Comunidad de Madrid (en adelante, Ley 6/2001), por lo que corresponde al Pleno de la Comisión Jurídica Asesora dictaminar sobre el mismo a tenor de lo previsto en el artículo 16.3 del ROFCJA.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la importancia del Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico en el procedimiento de elaboración de los reglamentos ejecutivos. Así las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2017 (recurso de casación nº 1397/2015) y 22 de mayo de 2018 (recurso de casación nº 3805/2015). La última de las sentencias citada destaca la importancia de la función consultiva en el ejercicio de la potestad reglamentaria y declara que esta “*se sujeta a los principios, directrices o criterios que marca la Ley a desarrollar, y no se ejerce sólo según el buen criterio o la libre interpretación del Gobierno. La función consultiva que ejerce el Consejo de Estado es idónea para coadyuvar a los principios citados, porque se centra en velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (artículo 2.1 LOCE) lo que explica el carácter esencial que institucionalmente tiene para nuestra doctrina el dictamen previo de este órgano, como protección del principio de legalidad y garantía de la sumisión del reglamento a la Ley*”.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 23.2 del ROFCJA.

Sobre la solicitud de dictamen con carácter urgente, esta Comisión Jurídica Asesora ha declarado entre otras ocasiones en el Dictamen 3/18, de 5 de abril y en el Dictamen 118/19, de 28 de marzo, que el plazo de urgencia previsto en el artículo 23.2 ROFJCA debe ponerse en relación con el artículo 33.1 de la LPAC:

“Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar, de oficio o a petición del interesado la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, por la cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos”.

De esta forma, la tramitación urgente debe acordarse al inicio del procedimiento y la reducción de plazos afectar a todos los trámites del procedimiento.

En el presente caso resulta que por Acuerdo de 12 de noviembre de 2019 del Consejo de Gobierno se declaró la tramitación urgente del procedimiento, lo que encuentra su justificación sólo de modo aparente en lo señalado en el propio oficio de solicitud de dictamen cuando alude a que *“la finalidad de este decreto es evitar acciones especulativas durante el proceso de elaboración de la disposición de carácter general que puedan frustrar la regulación futura sobre la planificación que finalmente se adopte”*.

Sin perjuicio de que tal argumentación no aparece recogida en la Memoria incorporada al expediente, esta motivación no es suficientemente justificativa de la urgencia porque, según este razonamiento, siempre que se pretenda establecer normas que deban cubrir un cierto período transitorio o aquellas que la sola voluntad del

legislador estime que conviene su rápida aprobación, se podrían reducir los plazos de un procedimiento.

SEGUNDA.- Sobre la habilitación legal y el título competencial.

La competencia de la Comunidad de Madrid constituye el primer y esencial presupuesto de validez de cualquier clase de disposición proyectada, ya sea de rango legal o reglamentario.

Para delimitar el ámbito competencial estatal y autonómico en la materia, partimos del análisis que realiza el Dictamen del Consejo de Estado 466/2015, de 11 de junio, a cuyo tenor *“en primer lugar, es preciso recordar que el Consejo de Estado ha emitido varios dictámenes en materia de juego (entre otros: 2.086/2009, 11 de marzo de 2010 (sobre el proyecto de Reglamento de Apuestas de la Ciudad de Ceuta) o 3.697/2001, de 28 de febrero de 2002 (sobre el proyecto de Decreto de Ordenación de Juegos y Apuestas en el Principado de Asturias).*

El dictamen 2.086/2009, 11 de marzo de 2010, destacó los dos problemas que, en aquel momento, afectaban al juego: por un lado, la ausencia de una ley de ámbito estatal que, de forma general y completa, regulase la materia; y, por otro, el intenso debate existente en el plano internacional sobre la libre prestación de servicios y el régimen aplicable a los denominados "juegos on-line".

Estos problemas fueron afrontados por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, que ha sido dictada, fundamentalmente, para regular las apuestas y juegos a través de internet y dotar al sector de una regulación adecuada para hacer frente a las nuevas circunstancias en las que se desenvuelve el juego. En concreto, según su artículo 1, esta ley tiene por objeto "la regulación de la actividad del 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".

Este último inciso es especialmente importante pues debe recordarse que las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos de Autonomía competencias en materia de juego, por lo que, como destaca la propia exposición de motivos de la Ley, la regulación que contiene la misma se ha realizado "sin perjuicio del reconocimiento pleno de las competencias en materia de juego que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las respectivas Comunidades entre las que se incluye, en algunos casos, la capacidad de éstas para colaborar en el ejercicio de competencias estatales en relación con las actividades de juego. Esta circunstancia ha hecho preciso el diseño de procedimientos y mecanismos asimétricos que faciliten la necesaria colaboración y coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias estatales en materia de juego"

En este sentido, el artículo 26.1.29 del Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, integra dentro de las materias sobre las que la Comunidad de Madrid puede desarrollar su competencia exclusiva, la plenitud de la función legislativa en materia de *"Casinos, Juegos y Apuestas, con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas"*.

En el ejercicio de dicha competencia se aprobó la Ley 6/2001, cuyo desarrollo se ha producido a través de normas reglamentarias generales y de diversos reglamentos sectoriales para las diferentes modalidades de juego, cuyos artículos 10 y 12, relativos a los salones de juego y a los locales de apuestas, respectivamente, remiten a su desarrollo reglamentario.

Complementan y desarrollan la Ley 6/2001, resultando de aplicación a todas las actividades de juegos y apuestas que se realicen

en la Comunidad de Madrid, el Reglamento General del Juego de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 23/1995, de 16 de marzo, el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Registros del Juego y de Interdicciones de Acceso al Juego, aprobado por Decreto 24/1995, de 16 de marzo y los distintos reglamentos técnicos específicos de los juegos y apuestas. En concreto, hay que tener en cuenta, pues son afectados por la norma proyectada, el Decreto 106/2006, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas en la Comunidad de Madrid, el Decreto 73/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid y se modifican otras normas en materia de juego y el Decreto 73/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid.

La competencia para su aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad, quien tiene reconocida genérica y originariamente la potestad reglamentaria por el artículo 22.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid *“en materias no reservadas en este Estatuto a la Asamblea”* y a nivel infraestatutario, la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en su artículo 21 g), recoge dentro de las atribuciones del Consejo de Gobierno, la de *“aprobar mediante Decreto los Reglamentos para el desarrollo y ejecución de las Leyes emanadas de la Asamblea, así como los de las Leyes del Estado cuando la ejecución de la competencia corresponda a la Comunidad de Madrid en virtud del Estatuto de Autonomía, o por delegación o transferencia, y ejercer en general la potestad reglamentaria en todos los casos en que no esté específicamente atribuida al Presidente o a los Consejeros”*.

En este punto, conviene hacer referencia al rango o la forma del instrumento jurídico remitido. En el supuesto presente, el órgano remitente considera que se trata de una disposición de carácter general

dictada en desarrollo del artículo 2.1 b de la Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego de la Comunidad de Madrid, a cuyo tenor *“corresponderán al Gobierno de la Comunidad de Madrid, entre otras, las siguientes competencias en materia de juego: b) Planificar los juegos y las apuestas que se desarrollen en la Comunidad Autónoma”*, que innova el ordenamiento jurídico pues determina que su aplicación, en cuanto a las normas reguladoras del procedimiento de concesión de las correspondientes autorizaciones, quede en suspenso durante un espacio temporal que, en todo caso, no podrá superar los dieciocho meses.

No obstante, debemos recordar que, aunque no consta tal circunstancia en el expediente remitido, como se deriva del informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid 393/2019, de 7 de noviembre, recabado por esta Comisión Jurídica mediante escrito de 6 de febrero 2020, el instrumento jurídico para determinar la suspensión fue inicialmente un Acuerdo del Consejo de Gobierno. Sin embargo, el citado órgano consideró que la medida proyectada implicaba una modificación del régimen jurídico recogido en la los diferentes decretos sobre el juego actualmente vigentes, por lo que habría de ser instrumentada mediante una norma de igual rango que aquéllos.

En este sentido, como se contempla en la Memoria del Impacto Normativo que forma parte del expediente, diversas Comunidades Autónomas han adoptado medidas de suspensión similares en atención a la necesidades de planificación del sector del juego en los respectivos territorios. Como tales podemos citar:

- Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 16 de mayo de 2019 sobre planificación de las autorizaciones de instalación de salones de juego y tiendas de apuestas en la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 30 de octubre de 2019, por el que se procede a la suspensión de la concesión de autorizaciones para la

apertura de nuevos establecimientos de apuestas, salones de juego y bingos en la Comunidad Foral de Navarra.

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Rioja de 12 de noviembre de 2019 sobre planificación urgente, temporal y transitoria de las autorizaciones de salones de juego y tiendas de apuestas en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia de 19 de septiembre por el que se establece la no concesión de autorizaciones de apertura y funcionamiento de salas de bingo, salones de juego y locales específicos de apuestas.

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 10 de enero de 2020, por el que se inicia la planificación general del sector del juego en el territorio de la comunidad autónoma y se suspende la concesión de autorizaciones para la apertura de nuevos establecimientos de juego en la comunidad autónoma de las Illes Balears.

- Acuerdo del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha de 10 de diciembre de 2019 por el que se aprueba la planificación de las autorizaciones de explotación de las máquinas de juego del tipo B y de instalación de establecimientos de juegos durante los años 2020 a 2023.

- Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 26 de marzo de 2019 por el que se suspende la concesión de autorizaciones de apertura de nuevos establecimientos de juego en el Principado de Asturias, en tanto se proceda a la determinación de los criterios por los que se regirá la concesión de dichas autorizaciones.

- Acuerdo del Consejo de Gobierno del País Vasco de 14 de enero de 2020 por el que se establece el procedimiento para la revisión de la planificación contemplada en el Reglamento General del Juego, aprobado por Decreto 120/2016, de 27 de julio, y se suspende temporalmente la

tramitación de nuevas solicitudes de autorización o modificación de locales de juego.

La forma adoptada para decretar la suspensión en el presente supuesto no resulta contraria al ordenamiento jurídico, pues existe una habilitación legal para planificar la actividad de juego en la Comunidad de Madrid que corresponde al Consejo de Gobierno (ex. artículo 2.1 b) de la Ley 6/2001) y éste ejerce la potestad reglamentaria de conformidad con el artículo 50.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid conforme al cual *“adoptarán la forma de «Decretos del Consejo de Gobierno» las disposiciones de carácter general y actos en que así estuviera previsto, emanados del Consejo de Gobierno...”*.

TERCERA.- Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general.

El procedimiento aplicable para la elaboración de normas reglamentarias no se encuentra regulado de una manera completa y cerrada en el ordenamiento de la Comunidad de Madrid, por lo que habrá que recurrir al ordenamiento estatal sin perjuicio de las especialidades dispersas del ordenamiento autonómico en la materia.

Por ello ha de acudirse a lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, Ley del Gobierno) tal y como ha sido modificada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuya disposición final tercera apartado doce ha añadido un artículo 26 relativo al procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos. Dicha regulación ha de completarse con lo dispuesto en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (en adelante, Real Decreto 931/2017). También habrá de tenerse en cuenta la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) así como las diversas especialidades procedimentales dispersas en la normativa madrileña, actualmente recogidas en el Acuerdo de 5 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las instrucciones generales para la aplicación del procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno, si bien el mismo no tiene carácter normativo.

Debe destacarse, no obstante, que la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018 (recurso de inconstitucionalidad 3628/2016) ha declarado inconstitucionales ciertas previsiones de la LPAC, y en particular, por lo que en materia de procedimiento interesa, ha declarado contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) los artículos 129 (salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero), 130, 132 y 133 de la LPAC, así como que el artículo 132 y el artículo 133, salvo el inciso de su apartado 1 y el primer párrafo de su apartado 4, son contrarios al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 c) de la sentencia. Conviene precisar que los preceptos mencionados en materia de procedimiento no han sido declarados inconstitucionales y mantienen su vigencia por lo que son de aplicación en la Comunidad de Madrid en defecto regulación propia en los términos anteriormente apuntados.

1.- Por lo que se refiere a los trámites previos ha de destacarse que tanto el artículo 132 de la LPAC como el artículo 25 de la Ley del Gobierno establecen que las Administraciones aprobarán anualmente un Plan Anual Normativo que se publicará en el portal de transparencia. En el caso de la Comunidad de Madrid, la norma proyectada no se encuentra incluida expresamente en el Plan Anual Normativo para el año 2020, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de diciembre de 2019, donde sí aparece como previsión normativa el *Decreto*

por el que se planifican los establecimientos de juego en la Comunidad de Madrid”.

La falta de inclusión del proyecto de decreto que constituye el objeto de la consulta en el Plan Normativo del año correspondiente, obliga a justificar este hecho en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, según exige el artículo 25.3 de la Ley del Gobierno y el artículo 2.1 4º del Real Decreto 931/2017, lo que aparece cumplimentado en la Memoria que obra en el expediente, en la que se indica que *“el elevado número de salones de juego y locales específicos de apuestas autorizados en nuestro territorio y el constante crecimiento de la presentación de solicitudes para la apertura y funcionamiento de nuevos locales, hacen aconsejable suspender las nuevas autorizaciones de apertura y funcionamiento de estos establecimientos hasta que se planifique”*.

Por otro lado, el artículo 133 de la LPAC y el artículo 26 de la Ley del Gobierno establecen que, con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, se sustanciará una consulta pública a través del portal web de la Administración competente recabando la opinión de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la norma que se pretende aprobar. Sin embargo, en aplicación del artículo 133.4, en este procedimiento no se ha llevado a cabo tal trámite, al declararse la urgencia de su tramitación por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 12 de noviembre de 2019.

2.- En el proyecto objeto de dictamen, la iniciativa parte de la Consejería Justicia, Interior y Víctimas, en virtud de las competencias establecidas en el Decreto 52/2019, de 19 de agosto, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las consejerías de la Comunidad de Madrid. Por otro lado, el órgano directivo competente es la Dirección General de Seguridad, Protección Civil y Formación, que es quien tiene atribuida la competencia para impulsar este proyecto de Decreto, de conformidad con

lo dispuesto en el Decreto 271/2019, de 22 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la citada Consejería.

3.- Por lo que se refiere a la denominada Memoria del Análisis de Impacto Normativo prevista en el citado artículo 26.3 de la Ley del Gobierno y desarrollada por el Real Decreto 931/2017, de 3 de julio, se observa que se ha incorporado al expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora una Memoria firmada por el director general de Seguridad, Protección Civil y Formación. En este punto, conviene reseñar que la Memoria del Análisis de Impacto Normativo responde a la naturaleza que le otorga su normativa reguladora como un proceso continuo, que debe redactarse desde el inicio hasta la finalización de la elaboración del proyecto normativo, de manera que su contenido se vaya actualizando con las novedades significativas que se produzcan a lo largo del procedimiento de tramitación (artículo 2.2 del Real Decreto 931/2017) hasta culminar con una versión definitiva.

Centrándonos en el documento que figura en el expediente remitido, fechado el 14 de enero de 2020, se observa que contempla la oportunidad de la propuesta con identificación de los fines y objetivos de la misma para justificar la alternativa de regulación elegida y la adecuación a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la LPAC (artículo 2.1 a) del Real Decreto 931/2017). También realiza un examen del contenido de la propuesta y el análisis jurídico de la misma, con referencia a las principales novedades introducidas por la norma proyectada así como su adecuación al orden de distribución de competencias. En relación con la exigencia contenida en el artículo 2.1 b) del Real Decreto 931/2017, sobre la inclusión en la Memoria de un listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor del proyecto, la Memoria afirma, como ya señalábamos anteriormente, que al tratarse de una medida

previa de planificación de carácter temporal, no se hace ninguna derogación o modificación expresa.

Por lo que se refiere a los impactos de la norma proyectada, la Memoria contiene una referencia al impacto económico y presupuestario distinguiendo, a su vez, entre el impacto económico general; los efectos en la competencia en el mercado; el análisis de cargas administrativas y el impacto presupuestario para la Comunidad de Madrid. También contiene la Memoria la referencia al impacto presupuestario. En relación con este último, la Memoria no recoge el contenido de los informes emitidos por la Dirección General de Presupuestos y la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda y Función Pública, en los que se señala como cálculo aproximado, de un importe medio mensual de la tasa administrativa que no se ingresaría que ascendería a 4.012.21 euros, siendo el Importe total de 48.146,52 euros al ser la duración de la suspensión prevista de un año, lo que supone un porcentaje del 3.4 por ciento de los ingresos previstos en el Presupuesto de Ingresos para 2019 de la Comunidad de Madrid.

También incluye la Memoria la mención al impacto sobre la infancia, la adolescencia y la familia, tal y como se exige por el artículo 22 *quinquies* de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la Disposición adicional 10ª de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

Figura igualmente incorporado a la Memoria el examen del impacto por razón de género y del impacto por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género, en cumplimiento de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid y la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.

Asimismo la Memoria contempla la descripción de los trámites seguidos en la elaboración de la norma. Además se advierte que se recogen las observaciones que se han ido formulando a lo largo de su tramitación y el modo en que han sido acogidas por el órgano proponente de la norma, tal y como exige el artículo 2.1 i) del Real Decreto 931/2017. Esta inclusión *“refuerza la propuesta normativa y ofrece una valiosa información sobre la previsión del grado de aceptación que puede tener el proyecto”*, según la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009, de aplicación al presente expediente de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional primera del Real Decreto 931/2017.

Como resumen de todo lo expuesto hasta ahora en relación con la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, esta Comisión Jurídica Asesora no puede dejar de observar la importancia de la citada Memoria en el seno del procedimiento, que trasciende de su consideración como un mero trámite con independencia de su contenido, por lo que consideramos necesario que antes de la remisión del proyecto al Consejo de Gobierno se redacte una versión definitiva de la Memoria, en la que se subsanen las deficiencias de contenido que hemos expuesto en las líneas anteriores .

4.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 26.5 de la Ley del Gobierno, a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse los informes y dictámenes que resulten preceptivos.

En cumplimiento de esta previsión han emitido informe la Dirección General de Igualdad, que ha señalado que en la norma no se aprecia impacto por razón de género al tratarse de una norma de carácter técnico y organizativo. El mismo órgano tampoco ha apreciado impacto en materia de orientación sexual, identidad o expresión de género en su preceptivo informe. Asimismo ha emitido informe la Dirección General de

Infancia, Familias y Natalidad, en el que se alude a que el proyecto es susceptible de generar un impacto positivo en materia de familia, infancia y adolescencia, *“en la medida en que dicho proyecto tiene como objetivos fines de interés general entre los que se encuentran, proteger la seguridad y protección de los consumidores, en especial de los menores, la adolescencia y demás colectivos especialmente vulnerables al juego”*.

También, conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2019, se ha emitido informe por la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Hacienda y Función Pública, en el sentido ya recogido anteriormente.

Además, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 4.1.a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid prevé que dichos servicios emitan dictamen con carácter preceptivo, entre otros asuntos, acerca de los proyectos de disposiciones reglamentarias, salvo que tengan carácter meramente organizativo. Por ello, se emitió el 20 de diciembre de 2019 el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid exponiendo diversas observaciones al proyecto, algunas de ellas de carácter esencial, que han sido tenidas en cuenta en su mayoría por el órgano proponente de la norma, tal y como se recoge en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo de 14 de enero de 2020.

En este punto, conviene destacar como, al amparo del artículo 28 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Consumo de la Comunidad debe informar *“preceptivamente de las normas que afecten directamente a los consumidores”*. No consta en el expediente la remisión del proyecto al citado órgano, limitándose a señalar la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que *“las medidas que se adoptan en el Proyecto de Decreto no producen efectos directos*

sobre los consumidores y usuarios”, cuando previamente ha recogido que “el proyecto tiene un impacto social positivo al establecer medidas que están justificadas por razones de...seguridad y salud de los usuarios”.

Esta Comisión Jurídica Asesora ya dijo en su Dictamen 325/17, de 27 de julio, que *“el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia de 30 de diciembre de 2008 (recurso 679/2006), a propósito del Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, interpretó el citado precepto, sentencia que fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2011 (recurso 1170/2009)”.*

En efecto, el Tribunal consideró que la citada norma reglamentaria sí afectaba directamente a los consumidores (pese a haber sido dictada en virtud de las competencias en materia de sanidad) puesto que (F.J. 4º):

“No cabe duda, por tanto, que estamos ante una disposición reglamentaria que afecta a los derechos e intereses de los consumidores - bajo el punto de vista de protección de la salud- al regular la norma impugnada - entre otros supuestos- cuáles son los lugares en los que se prohíbe de forma absoluta el consumo de tabaco y así como los lugares en los que se va a permitir el consumo de tabaco con algunas limitaciones y protecciones a favor de los usuarios de dichos lugares que no son consumidores de tabaco.

En este caso, es muy difícil poder deslindar sanidad y derechos de los consumidores -fumadores y no fumadores- como así pretende la defensa de la Comunidad de Madrid”.

También fue exigida la intervención del Consejo de Consumo por el Dictamen del Consejo de Estado 395/2006, de 16 de marzo, sobre el proyecto de Decreto de la Comunidad de Madrid por el que se regulaba

la constitución y el régimen de funcionamiento de los depósitos de titularidad privada de sangre procedente de cordón umbilical en el que, entre otros defectos, se destacó la omisión del informe del Consejo de Consumo, por lo que entendía que no procedía su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Aprobado el Decreto 28/2006, de 23 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedentes de cordón umbilical, con la fórmula “*oído el Consejo de Estado*”, fue anulado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de diciembre de 2007 (recurso 199/2006) confirmada en casación por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010 (recurso 591/2008).

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 11/1998 reconoce como derecho básico de los consumidores “*la protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad*”. El proyecto de decreto remitido, según su parte expositiva, pretende “*velar por la protección de los derechos relacionados con la salud pública y de prevención de las conductas adictivas...*”. No existe duda alguna que la personas que acuden a los espacios enumerados en el artículo único del proyecto de decreto tienen la condición de consumidores de acuerdo con el concepto definido por el artículo 2 de la Ley 11/1998:

“1. A los efectos de esta Ley son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de las entidades, empresas o profesionales, colegiados o no, que los producen, facilitan, suministran o expiden.”

No tendrán la consideración de consumidores quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior sólo se considerará que las entidades públicas producen, facilitan, suministran o expiden bienes, productos, servicios, actividades o funciones a los consumidores cuando ejerzan la actividad en régimen de derecho privado”.

En todo caso, a partir del Dictamen 404/2009, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en la tramitación de los distintos proyectos normativos sobre la materia que nos ocupa se ha recabado siempre el correspondiente informe del Consejo de Consumo de la Comunidad de Madrid (valga como ejemplo el reciente proyecto de Decreto del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 106/2006, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad de Madrid y el Decreto 73/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid, objeto del Dictamen 177/19, de 29 de abril de esta Comisión Jurídica Asesora).

Esta consideración tiene carácter esencial.

De igual modo, debemos recordar que la disposición adicional segunda de la Ley 6/2001, de 3 de julio, crea la Comisión de Control del Juego y determina que *“la Comisión será consultada sobre cualquier proyecto de ley o decreto que pueda tener un impacto en cualquier actividad relacionada con el juego, con carácter previo a su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid”*. No se ha justificado en el expediente la realización de tal trámite, si bien no consta el desarrollo reglamentario del citado precepto a que alude la propia

disposición adicional cuando afirma que “ 4. *Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se regulará, en lo no previsto en los apartados anteriores, la composición, organización, funcionamiento y régimen jurídico de la Comisión*”.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 del Reglamento de funcionamiento interno del Consejo de Gobierno y de sus Comisiones, aprobado por Decreto 210/2003, de 16 de octubre, se han evacuado informes sin observaciones por las secretarías generales técnicas de la distintas consejerías de la Comunidad de Madrid, salvo la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, que ha efectuado observaciones de técnica normativa y la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Función Pública, que exige la aclaración del carácter retroactivo de la norma proyectada.

Se han incorporado también al expediente las observaciones de la Viceconsejería de Humanización Sanitaria.

5.- En aplicación del artículo 26.5 de la Ley del Gobierno, conforme al cual y en todo caso, los proyectos normativos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente, se ha unido al expediente el preceptivo informe de la Secretaría General Técnica de la consejería que promueve la aprobación de la norma, constando en el expediente un informe del secretario general técnico de la Consejería de Justicia, Interior y Víctimas de 19 de diciembre de 2019.

6.- Mediante Resolución de 28 de noviembre de 2019 de la Dirección General de Seguridad, Protección Civil y Formación, se sometió el proyecto al trámite de audiencia e información pública desde el 29 de noviembre al 11 de diciembre de 2019, habiéndose recibido 13 escritos presentados por distintos ciudadanos, empresas y asociaciones empresariales del sector del juego que se relacionan en la Memoria.

En cuanto a la potestativa audiencia a las organizaciones o asociaciones que representan derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la norma, no consta que se haya cumplimentado. No obstante, como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes (v. gr. 90/19, de 7 de marzo) lo cierto es que la LPAC, en la modificación de la Ley del Gobierno, ha convertido en potestativa la audiencia de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley. Por tanto, aunque resultaba evidente la existencia de organizaciones o asociaciones en el sector del juego afectadas por la norma y cuyos fines guardan relación directa con su objeto, pues la Administración les comunicó en su momento la apertura del trámite de audiencia e información pública, lo que hubiera hecho deseable una específica audiencia de estas, una vez elaborado el texto del proyecto de decreto, no puede considerarse que esta omisión haya producido un irregularidad invalidante. Además, se observa que muchas de estas organizaciones y asociaciones empresariales del sector afectado por el proyecto de decreto, aunque no se les ha notificado el trámite de audiencia, han presentado alegaciones en el trámite de información pública.

7.- Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.9 de la Ley del Gobierno y el artículo 15.3 a) del Decreto 282/2019, de 29 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, se ha emitido el informe de 5 de marzo de 2019 de coordinación y calidad normativa de la Secretaría General Técnica de la citada consejería.

CUARTA.- Cuestiones materiales.

Procede a continuación analizar el contenido de la norma proyectada en aquellos aspectos en los que sea necesario o conveniente considerar alguna cuestión de carácter jurídico.

Entrando en el análisis concreto del texto remitido, nuestra primera consideración ha de referirse a la parte expositiva que entendemos cumple con el contenido que le es propio, a tenor de la Directriz 12 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. Sin embargo en lo que se refiere a la ordenación de sus elementos, destaca la escasa relevancia que el texto dedica a las principales consultas e informes evacuados en su tramitación, contraviniendo en este punto lo dispuesto en la Directriz 13 del citado Acuerdo.

Por lo que se refiere a la parte dispositiva, como ya adelantamos, está compuesta por un artículo único y una disposición final única.

El artículo único, que contiene tres apartados, dispone la suspensión de la concesión de nuevas autorizaciones de comercialización y de apertura y funcionamiento de establecimientos de juegos colectivos de dinero y azar, salones de juego, locales específicos de apuestas y resto de locales y zonas de apuestas, así como la emisión de informes de consultas previas de viabilidad, desde el 29 de noviembre de 2019, fecha de apertura del trámite de audiencia e información pública, y hasta la publicación del nuevo decreto de planificación que el Consejo de Gobierno elabore en uso de la facultad de ordenación que le otorga el artículo 2.1 b de la Ley 6/2011 o, en su caso, por un período máximo de dieciocho meses. En todo caso, la suspensión no alcanza a aquellas solicitudes en las que se acredite que la correspondiente licencia municipal de obra y/o actividad, junto con su proyecto técnico, fue anterior a la apertura del citado trámite de audiencia e información pública.

Ello supone dejar en suspenso la aplicación de los artículos 11.1 del Decreto 105/2004, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los Juegos Colectivos de Dinero y Azar en la Comunidad de Madrid, 34 bis del Decreto 106/2006, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas en la Comunidad de Madrid y 62 del Decreto

73/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid, textos normativos objeto ya de modificación por Decreto 42/2019, de 14 de mayo.

La adopción de esta medida se ajusta, según la parte expositiva al objetivo perseguido por el proyecto de decreto que, como hemos expuesto, pretende preservar la futura planificación sobre el juego y casas de apuestas y locales de conformidad con el Plan de Acción sobre Adicciones 2018-2020, aprobado por la Conferencia Sectorial de Sanidad, a los menores y personas de especial vulnerabilidad al juego.

Sin embargo, es preciso en este punto partir del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, a cuyo tenor *“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

En el mismo sentido, el artículo 4.1 de la LRJSP determina que *“1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su*

necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos". Con relación a las licencias municipales u otro medio de control preventivo, se pronuncia en el mismo sentido el art. 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

El principio de necesidad y proporcionalidad ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en materia de libertades de establecimiento y de circulación. A tenor de dicha jurisprudencia, mediando una razón imperiosa de interés general, la proporcionalidad de una medida consistirá en que sea adecuada al objetivo de que se trate (idoneidad) y que no vaya más allá de lo necesario para lograrlo (mínima restricción). A ello debe añadirse que la medida debe perseguir el objetivo invocado de forma coherente y sistemática (entre otras muchas, Sentencias de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania, C-591/13, apdo. 63, de 23 de diciembre de 2015, Gebhart Hiebler, C-239/14, apdo. 65, o de 11 de junio de 2015, Berlington Hungary, C-98/14, apdo. 64)

Por ello, debemos recordar en este punto, en consonancia con lo señalado por la Abogacía General en su informe, la necesidad de que se justifique adecuada y suficientemente, sin invocar de modo genérico el interés general o la salud pública, la imposibilidad de acudir a otras medidas menos restrictivas o que influyan de tal modo en la libertad de mercado.

Llegados este punto, conviene analizar la corrección de la disposición proyectada en cuanto al grado de retroactividad que su aplicación comporta, pues la suspensión afecta a solicitudes posteriores

al 29 de noviembre de 2019 pero anteriores, en todo caso, a la fecha de entrada en vigor del decreto.

Partimos de la STC 197/92, de 16 de julio, que analiza la evolución inicial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia y afirma que *“En la STC 6/1983 (fundamento jurídico 3º) este Tribunal sostuvo que el principio de irretroactividad recogido en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las Leyes sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, siendo esta última una expresión que no puede confundirse con la doctrina de los derechos adquiridos (coincidiendo en este extremo con las SSTC 27/1981, fundamento jurídico 10º y 42/1986, fundamento jurídico 3º), de tal manera que, fuera de estos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones, porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, consecuencias contrarias “a la concepción que fluye” del apartado 2º del mismo art. 9. Del mismo modo, también se sostuvo allí que conviene distinguir entre los distintos grados de retroactividad posible: pleno o máximo, medio y mínimo; según el alcance de los efectos retroactivos previstos en la Ley.*

Luego, la STC 126/1987 (fundamento jurídico 9º y ss) dio especial ocasión para avanzar en el problema, la irretroactividad en concreto de las normas fiscales, efectuando las siguientes consideraciones: no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, pues ello *“podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal”,* al tiempo que convenía recordar que en el Anteproyecto de Constitución la prohibición establecida en el hoy art. 9.3 se extendía también a las Leyes fiscales, extensión que desapareció del texto final de la Norma fundamental; el fundamento último y autónomo de las normas fiscales, distinto del que poseen las contenidas en el citado art. 9.3, se encuentra en el deber constitucional de todos los ciudadanos de contribuir al

sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica que establece el art. 31.1 de la propia Constitución -deber cuyo alcance e incidencia en las situaciones jurídicas de los ciudadanos fue más tarde subrayado en la STC 76/1990, fundamento jurídico 3º; ello no obstante, puede cuestionarse la legitimidad constitucional de la retroactividad de las normas fiscales cuando dicha eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales (capacidad económica, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad, etc...). En el contexto de la seguridad jurídica, resulta relevante distinguir entre una retroactividad "auténtica", donde la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo cualificadas excepciones podrían oponerse a tal principio, y otra irretroactividad "impropia", donde la licitud o ilicitud de la medida retroactiva dependería de una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, etc...; habría retroactividad auténtica cuando se pretendiesen anudar efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la Ley y ya consumadas, mientras existiría una retroactividad impropia, cuando se afectasen situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas.

Esta doctrina jurisprudencial fue luego reiterada en la STC 150/1990 (fundamento jurídico 8º), matizando aún más y sosteniendo que el principio de seguridad jurídica, protege "la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede transcender la interdicción de la arbitrariedad"; resaltando, otra vez, que serían las circunstancias específicas que concurriesen en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes de la ponderación a realizar. "En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren

en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso».

Concluye la sentencia señalando que “por último, la seguridad jurídica, en cuanto certeza de la norma o protección de confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos razonablemente imprevisibles, no puede entenderse vulnerado en este caso, pues como ya se ha visto era la propia Ley de impuestos especiales, 39/1979, la que preveía la posibilidad de la revisión anual de los tipos en las Leyes de Presupuestos. Había, pues, un claro conocimiento por parte del contribuyente de la posibilidad de que se efectuasen cambios en la legislación”.

Esa misma previsibilidad de los operadores económicos ante eventuales cambios normativos es recogida por la STC 270/2015, de 17 de diciembre:

“A este respecto, las medidas cuestionadas implican, ciertamente, una modificación respecto del régimen anterior, decisión que el legislador de urgencia adopta a la vista de la situación en la que se

encontraba el sistema eléctrico. No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un ‘operador económico prudente y diligente’, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores.”

Tratándose de autorizaciones o licencias, es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2019 y las que en ella se citan cuando, al resolver sobre el procedimiento autorizatorio de VTC y la controversia sobre la exigencia de los requisitos del art. 14 de la Orden FOM/36/2008 en su redacción inicial o la que entró en vigor a partir del 25 de diciembre de 2015 comienza diciendo que:

"Resulta procedente señalar -como se ha dicho ya en STS de 17 de julio de 2018 (recurso de casación núm.4562/2017)- que la obtención de una autorización o licencia es reglada, de modo que su concesión o denegación dependerá del cumplimiento de los requisitos y límites existentes en el momento de la solicitud. Por ello, la normativa aplicable es la vigente en el momento de la solicitud, lo contrario implicaría que la determinación del régimen jurídico procedente y consiguientemente las limitaciones aplicables a una solicitud dependerían de la voluntad del responsable de su resolución del procedimiento. Nuestro ordenamiento es contundente en tal sentido, y así lo dispone el artículo 2.3 Código Civil al establecer que las normas no tendrán efectos retroactivos si no dispusieren lo contrario. De

modo que, como regla general, cuando se produce un cambio normativo, éste resulta aplicable a las solicitudes presentadas tras su entrada en vigor”.

El propio Tribunal participa en la sentencia aludida del hecho de que existen determinados sectores normativos donde su propia especialidad justifica, de modo no extrapolable, la retroactividad y afirma que *"es cierto, tal y como afirma la parte recurrida, que existe una jurisprudencia - STS 18 de enero de 2010 (recurso de casación núm. 6378/2005) entre otras- en la que se afirma que la norma sustantiva aplicable a las licencias urbanísticas en los supuestos en que la norma sufre modificaciones durante la sustanciación del procedimiento administrativo puede ser la existente en el momento de la resolución si el procedimiento se resuelve dentro del plazo marcado. Ahora bien, esta jurisprudencia se basa en las especialidades propias del régimen urbanístico, en el que los cambios en el planeamiento se sujetan a un procedimiento complejo que se demora en el tiempo. Dicha jurisprudencia tiene la finalidad de evitar que se consolide el status existente que la modificación urbanística intentaba cambiar, procedimiento que, en aras precisamente a dicho interés, establece la suspensión de todas las licencias desde el momento de su aprobación inicial. Este peculiar régimen jurídico no puede considerarse extrapolable, como si fuera la regla general, al resto del orden administrativo en donde no concurren las especialidades del régimen urbanístico. De hecho, así se ha acordado en otros ámbitos como el del cumplimiento de los requisitos para instalar una oficina de farmacia para lo cual habrá que atender al momento de la solicitud, tal y como señalamos en la STS de 22 de abril de 2003 (recurso de casación núm. 1316/1999) y SSTS de 3 de febrero, 11 y 17 de marzo de 2003, por sólo citar algunas)".*

Sin embargo, reconoce el Tribunal Supremo que *"ello no impide que, en determinados supuestos, la propia norma pueda establecer disposiciones de derecho transitorio en las que se prevea su aplicación a*

situaciones surgidas antes de su entrada en vigor pero cuyos efectos aún no se han producido o no se han consumado (retroactividad de grado mínimo o medio). Este sería el caso de una norma transitoria que dispusiese la aplicación del nuevo régimen jurídico a las solicitudes presentadas antes de su entrada en vigor, pero aun no resueltas. Previsión que implicaría una cierta retroactividad que habría que valorar. Ahora bien, en el caso que nos ocupa no existe previsión de derecho transitorio alguna respecto a las solicitudes presentadas y pendientes de resolución, por lo que no existe base legal alguna para aplicar ese cambio normativo a solicitudes ya presentadas".

En el supuesto que nos ocupa, el proyecto de decreto sí incorpora, por seguridad jurídica, sus propias reglas de derecho transitorio, dos concretamente, pues sujeta a suspensión las solicitudes presentadas después del 29 de noviembre de 2019 y exceptúa de aquella los procedimientos en los que la correspondiente licencia municipal se haya obtenido antes de tal fecha, aunque la solicitud sea posterior. En este sentido, resulta significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2014 (recurso de casación 357/2012), pues señala que "el concepto de "retroactividad prohibida" es más limitado que el de la mera "retroactividad", según sostiene la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ya que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

A partir de esta premisa, una medida normativa [...] cuya eficacia se proyecta no "hacia atrás" en el tiempo sino "pro futuro", a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida".

En consecuencia, ninguna observación cabe realizar al respecto.

QUINTA.- Cuestiones formales y de técnica normativa.

En términos generales el proyecto de decreto se ajusta a las directrices de técnica normativa aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, que resultan de aplicación, una vez acogidas la mayoría de las observaciones realizadas en el curso de su tramitación.

No obstante, en la parte expositiva, cabe recordar el uso de minúscula para referirse en plural a los “*decretos 105/2004, de 24 de junio 106/2006, de 30 de noviembre y 73/2009, de 30 de julio*”, así como la utilización de la cita corta de tales decretos a partir de su primera mención en el texto normativo.

De igual modo, hemos de señalar que, en relación con el apartado tercero del artículo único y para mayor claridad del texto, convendría sustituir en su primera línea el término “*solicitudes*” por “*procedimientos de concesión*”, pues en el marco del régimen jurídico administrativo lo que cabe es la suspensión de un acto o de un procedimiento administrativo, no de una solicitud, término que, además, se repite en el propio artículo para referirse a las licencias de obra y/o actividad.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Que una vez atendidas las observaciones efectuadas en el cuerpo del presente dictamen, alguna de las cuales tiene carácter esencial,

procede someter al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, el proyecto de Decreto por el que se dispone la suspensión de la concesión de las autorizaciones de comercialización y apertura y funcionamiento de los establecimientos de juego y de la emisión de consultas previas de viabilidad, en tanto se realiza la planificación de los mismos en la Comunidad de Madrid.

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, a 13 de febrero de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 59/20

Excmo. Sr. Consejero de Justicia, Interior y Víctimas

Carrera de San Jerónimo nº 13 – 28014 Madrid