



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 / 2 0 0 1

La Laguna, a 21 de febrero de 2001.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se establece el reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de Canarias (EXP. 187/2000 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen versa sobre la adecuación jurídica del Proyecto de Reglamento de Máquinas recreativas y de azar de la CAC, que pretende aprobarse mediante Decreto del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), tomado en consideración por aquél en sesión celebrada el 22 de diciembre de 2000, en la que, así mismo, se acordó solicitar el parecer de este Consejo.

Como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto reglamentario, se trata de sustituir, más que modificar, dada la extensión de la operación normativa proyectada y pese a que ello no se contemple explícitamente en la Disposición Derogatoria del Proyecto de Decreto, el Reglamento que, sobre esta materia de máquinas recreativas y de azar, se aprobó por el Decreto 93/88, en desarrollo de la Ley autonómica 6/85, Reguladora de los Juegos y Apuestas en Canarias, sustituida por la Ley 6/1999, de 26 de marzo, cuya Disposición Final Primera autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias precisas en desarrollo de la citada Ley.

* PONENTES: Sres. Yanes Herreros, Cabrera Ramírez, Trujillo Fernández, Reyes Reyes y Millán Hernández.

2. El Presidente del Gobierno autonómico ostenta legitimación para recabar el Dictamen sobre el citado Proyecto de reglamento (cfr. artículo 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo, LCC).

Por otro lado, el Tribunal Supremo viene equiparando, a efectos del Dictamen previo, todo Reglamento que suponga el desarrollo normativo de cualquier normativa legal, considerando que, a este fin, el término "ejecución" ha de interpretarse como el casuismo de desarrollo que puede exigir una determinada materia, siempre que responda a la finalidad de completar, desarrollar o aplicar la ley en que se apoyan. Siendo el Dictamen previo del Consejo garantía de objetividad e imparcialidad en el resultado de la producción normativa proyectada.

II

1. La CAC tiene competencia en la materia a la que se refiere la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Juegos y Apuestas, en general, y el Reglamento a establecer, en particular, y, naturalmente, éste puede y debe ser aprobado por Decreto del Gobierno autónomo (cfr. artículos 30.28 del Estatuto de Autonomía, EAC, habiéndose asumido inicialmente, la materia relativa a los Casinos, Juegos y Apuestas, en el art. 34 EAC, como competencia "legislativa y de ejecución", e integrada vía LOTRACA, en la previsión contenida en el art. 35 del Estatuto, que se complementó con la aprobación de la Ley Orgánica 11/1982. Con la Reforma del EAC, por la LO 4/1996, de 30 de diciembre, la materia sobre "casinos, juegos y apuestas con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas" es de competencia exclusiva de la CAC (art. 30, 28 EAC). No obstante el Estado mediante reestructuración orgánica ha asumido la organización y explotación de nuevas modalidades de juego que se justifica en la competencia estatal prevista en el art. 149.1.14 de la CE, en razón de los ingresos provenientes de tales modalidades de lotería como fuente o recurso de la Hacienda estatal y en el interés supracomunitario de la materia (SSTC 163/1994; 164/1994, de 26 de mayo; 216/1994, de 14 de julio y 49/1995, de 16 de febrero).

Se cumplen las determinaciones que se recogen en los artículos 44 y 45 de la Ley autonómica 1/83, incluyéndose, en particular, el Informe sobre la actuación proyectada de la Comisión de Juego y Apuestas, prevista en el artículo 36, LJAC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.a) de ésta.

Integrando en la mencionada Comisión representantes sociales y empresariales del sector afectado y siempre que esta presencia sea suficientemente representativa

de las empresas relacionadas con las máquinas recreativas y de azar, resulta aplicable a los efectos oportunos el apartado d) del artículo 24 de la Ley 50/97, del Gobierno, que ha de ser atendido por exigencia del artículo 105.a), CE, aunque fuese con carácter supletorio y ante el silencio actual al respecto de la Ley autonómica 1/83.

2. El proyecto de reglamento ha sido, según se manifiesta en el expediente, pero no se acredita, notificado a la Comisión Europea, habiendo transcurrido el plazo para emitir informe sin que se haya pronunciado desfavorablemente al mismo.

III

El Proyecto de Decreto de aprobación del nuevo Reglamento de máquinas recreativas y de azar tiene un artículo único, cuyo mandato está dirigido a la aprobación de aquél, que figura como Anexo, y nueve Disposiciones, seis Transitorias, una Derogatoria y dos Finales, no existiendo en todos estos preceptos problemas de adecuación jurídica.

Por su parte, el Reglamento a aprobar consta de 79 artículos y varios Anexos de orden técnico, incluyendo formato de solicitudes de las autorizaciones contempladas en el texto normativo o condiciones de los salones recreativos así mismo tratados en aquél. Pues bien, sobre su articulado procede efectuar las observaciones que seguidamente se exponen, distinguiéndose al efecto entre las que suponen objeciones de legalidad, en cuanto las normas proyectadas vulneran o desconocen normas legales aplicables, especialmente las contenidas en la LJAC, y las que, siendo su causa defectos de técnica normativa, afectan al cumplimiento del principio de seguridad jurídica en sus facetas de certeza del Derecho o eficacia vinculante de la regulación.

A) Objeciones de legalidad.

1.

Artículo 5.2.

Incluye como máquinas tipo "B" modalidades de juego que no están previstas como tales en el artículo 15.2, LJAC. En realidad, tras calificar el apartado 1 del artículo 5, las máquinas tipo B siguiendo la definición legal, en el apartado 2

permite dentro del tipo B otras máquinas separándose de la previsión legal, permitiendo a la Administración, poder incluirlas en la clase o tipo B de manera discrecional, siempre que la máquina tenga algún elemento de juego, apuesta, envite o azar; lo que no sólo supone alterar la precisión de la definición legal de este tipo de máquinas B, sino además generar confusión entre las máquinas tipo "B" y las del tipo "C", caracterizadas por ser de azar.

Esta objeción es extensible por conexión material al artículo 6.6, por un lado, y al artículo 7.a), c) y f), por otro.

Artículo 6.3.

El premio máximo a entregar por la máquina no puede exceder, según el artículo 15.2, LJAC, veinte veces el precio fijado de la partida, que, como dice el apartado 2 de este mismo artículo del Proyecto, ha de ser de 25 pesetas como máximo. Sin embargo, este apartado dispone que tal premio pueda alcanzar hasta 400 veces el valor de la apuesta o 600 veces de existir dispositivo opcional para jugar dos partidas simultáneamente. Cuestiones que, técnicamente, son diferentes ambas a la eventualidad legalmente prevista, y remitida a regulación reglamentaria, de establecer importes máximos de premios de bolsa a otorgar por estas máquinas tipo "B".

Artículo 7.h).

La previsión, que supone la interconexión o carrusel entre máquinas tipo "B" no está contemplada en la Ley, ni entre sus preceptos, especialmente en el art. 15.

Si es distinto de la determinación de un premio de bolsa que pueda dar una máquina, la Ley no contempla esta eventualidad; máxime cuando los premios máximos para el carrusel exceden de la previsión legal para este tipo de máquinas.

Artículo 8.

Para los "salones recreativos", el art. 10 de la LJAC no autoriza que por vía reglamentaria puedan establecerse en ellos máquinas "especiales" de tipo B, por cuanto la autorización reglamentaria se reduce a regular las condiciones que deben reunir los titulares de las autorizaciones para la explotación, el número máximo de máquinas a instalarse en las mismas, aforo y superficie permitidas.

Artículo 10.b).

Contradice el antedicho artículo 15.2, LJA en su referencia a las máquinas tipo "C", por cuanto, mientras el precepto legal señala que el máximo del premio a conceder no puede pasar de 400 veces el valor de la partida, este precepto del Proyecto dice que tal máximo puede alcanzar hasta dos mil veces el valor de la apuesta.

Más aún, si la previsión del párrafo siguiente del mismo es la adaptación reglamentaria de la legal de que pueden autorizarse máquinas tipo "C" que llama progresivas, que en el Proyecto se traduce como dotadas de dispositivo adicional que permite la acumulación de lo apostado para constituir premios especiales, es preciso, máxime esta disparidad, que se señale que el premio máximo en estas condiciones no puede exceder el legalmente fijado, es decir, diez mil veces el valor de la apuesta.

Artículo 12.

La posibilidad aquí contemplada no está prevista en la LJAC, ni hay indicio alguno en ella que permita entender que permite establecerla en el Reglamento de desarrollo, pues más bien, vistos los topes fijados en el artículo 15.2 a los premios, podría sostenerse lo contrario. En todo caso, no parece que el premio máximo a conceder pueda superar el legalmente fijado, incluso calculándolo en base a todas las máquinas interconectadas.

Artículo 49.5.

No pronunciándose norma legal alguna sobre el supuesto del segundo párrafo, particularmente la LJAC, el Proyecto no puede establecer que, de no resolverse en plazo la solicitud de que se trata, ha de entenderse ésta desestimada, pues carece de rango para así disponerlo de conformidad con lo previsto en el artículo 43.2, LRJAP-PAC. En otras palabras, el silencio administrativo ante la mencionada solicitud ha de reputarse favorable necesariamente, entendiéndose concedida la autorización vencido el plazo de resolución.

Artículo 51.3.

Este precepto no parece ajustarse a lo dispuesto en el artículo 5.3, LJAC, pues lo que ha de recabarse no es la aprobación de la transmisión por la

Administración, sino la autorización previa a que aquélla se efectúe y, en todo caso, siendo posible desde luego la transmisión por cualquiera de los medios, y no exactamente formas, previstos en Derecho al efecto. Las exigencias legales para que se autorice la operación a efectos de la regulación del juego son que el adquirente tenga los requisitos para la obtención de la autorización en el momento de la transmisión, y no solamente que figure inscrito en el Registro del Juego como traduce el Proyecto; y, por el otro, que lo mismo ocurra con el establecimiento, cosa que silencia aquél.

Artículo 55.1.

Por idénticas razones que las expuestas respecto al precepto del artículo 49.5 del Proyecto (cfr. artículo 43.2, LRJAP-PAC) no es conforme a Derecho el precepto del apartado 1 de este artículo. Por tanto, similarmente al caso antedicho, el silencio de la Dirección General frente a la solicitud de publicidad del titular del salón recreativo es favorable y, por tanto, debe entenderse estimada la autorización de no resolverse en plazo.

Artículo 67.

En principio, ha de reiterarse la observación general que se verifica más adelante a los artículos 63 a 66 en cuanto es obligado que el régimen de sanciones se establezca por Ley, no pudiendo hacerse por Reglamento, de manera que lo procedente sería la remisión en el Proyecto a la LJAC, concretamente a su artículo 29 en este caso.

Por otra parte, el precepto utiliza confusamente ciertas determinaciones al respecto de la Ley, lo que hace variar la regulación de este asunto apreciablemente. En efecto, el apartado 2 del artículo proyectado dice que la cuantía de la multa, en cuanto sanción principal legalmente establecida, será proporcionada a cada clase de infracción y se graduará según ciertos criterios. Pero, aunque estos criterios son los indicados por la Ley, lo cierto es que la multa se proporciona según la infracción en el apartado precedente, siendo distinto, como hace la Ley, advertir primero que la cuantía de la multa, dentro de cada categoría, se graduará por los reiterados criterios y después que las sanciones y no las multas, porque se prevén otras adicionales de distinta clase, serán proporcionales a la infracción (cfr. apartados 3, 4 y 5 del artículo 29, LJAC).

Artículo 74.

Ha de tenerse en cuenta que esta posibilidad parece conectarse legalmente a la iniciación de oficio de un procedimiento, que se recuerda ocurre por acuerdo del órgano competente, por propia iniciativa o como consecuencia de orden de órgano superior, petición razonada de otro órgano o denuncia de particular (cfr. artículo 69.1 y 2, LRJAP-PAC), de manera que las actuaciones previas, concretadas en un período de información, se realizarán antes de tomarse ese acuerdo.

Por tanto, además de que la información previa, pues de eso se trata, podría no tener sentido en los casos de acta levantada por la inspección o de orden superior, ha de tenerse en cuenta que no puede servir ella misma para resolver el asunto antes de iniciarse el procedimiento sancionador, esclareciendo los hechos y sus responsables, ni puede conducir propiamente al archivo de las actuaciones, sino al de la actuación previa.

Artículo 76.A), 1 y 2.

La apertura del período de prueba no es potestativa para el órgano instructor, ni tampoco requiere solicitud del interesado, que, por lo demás, se supone que ya habrá pedido en su caso el recibimiento a prueba (cfr. artículo 75.3 del Proyecto), sino que es obligatoria cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por aquél o la naturaleza del procedimiento lo exija, cual es el caso aquí sin duda (cfr. artículos 78.1, 80.2 y 85.3, LRJAP-PAC).

Por otra parte, el acuerdo de apertura del período probatorio no debe hacerse coincidir sin más con la decisión de inadmitir pruebas propuestas, pues no sólo puede ocurrir que el interesado presente nuevos elementos probatorios en ese período tras la apertura, sino que es en ese momento cuando puede materializar o presentar efectivamente los que indicare en su escrito inicial de alegaciones. En todo caso, aunque es claro que la resolución de rechazo ha de ser motivada, ello se conecta con los motivos legales que permiten aquél, debiendo ser los medios propuestos manifiestamente improcedentes o innecesarios. Además, estas calificaciones se refieren necesariamente a la naturaleza o relevancia del medio presentado para la función que le es propia, demostrativa, aclaratoria o confirmatoria de hechos o alegatos, cualquiera que sea su posible efecto, favorable o no, para la resolución del procedimientos: la

innecesariedad supone que no hace falta para demostrar o probar el hecho al que se refiere y la improcedencia que nada tiene que ver con tal hecho o con el asunto que se tramita.

Cabe añadir que la decisión del órgano instructor de inadmisión de pruebas; de no apertura del período probatorio o, en su caso, de ambas cosas es recurrible ante el superior jerárquico de aquél debiendo resolverse el recurso por éste antes de continuar el procedimiento o de serle remitida una Propuesta de Resolución (cfr. artículos 107.1, 111.2, 114.1 y 2, LRJAP-PAC).

2. Régimen de infracciones y sanciones del PD.

El régimen de infracciones y sanciones del PD reitera los arts. 25-35 de la Ley de 26 de marzo de 1999, de Juegos y Apuestas.

No obstante, del análisis de los preceptos del Reglamento en esta materia se obtienen modificaciones en el catálogo de las conductas infractoras.

En las infracciones muy graves, art. 64.1 del Reglamento se añaden la "distribución" y "venta", se configuran como muy graves también; "la fabricación, comercialización, explotación e instalación de máquinas por personas no inscritas en el Registro del juego", art. 64.2; "utilizar las máquinas recreativas de tipo A, como motivo o instrumento para la realización de apuestas o juegos de azar", art. 64.13; "la instalación de máquinas de juego en salas de bingo en lugares distintos al previsto en el presente Reglamento" (art. 64.15).

Como infracciones graves se establecen, "ex novo", "el incumplimiento de prohibiciones que establece el reglamento en el art. 62", art. 65.2 PD; "la instalación de máquinas de juego en número mayor o de distinto tipo al autorizado para el establecimiento", art. 66.7; "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 61 del presente Reglamento".

En las infracciones leves se añaden o tipifican las siguientes conductas y actos: "la no incorporación en la máquina de juego del distintivo correspondiente de la tasa fiscal sobre el juego", art. 66.1; "no remitir a la Administración cualquier información -prescindiendo de la amplitud de la cláusula utilizada sin acatar el mandato legal de determinar reglamentariamente los tipos o modalidades de información (art. 27.e) de la Ley)-, que se interese a las empresas relacionadas con las máquinas de juego" (art. 66.3), ausencia de información que se configura en la Ley, además, con distinta graduación, como

infracción grave, art. 27.e) LJA; (la negativa a facilitar a los usuarios de las máquinas de juego la información obligada) (art. 66.9).

El art. 68 del Reglamento establece reglas de imputación en un ámbito distinto a las normas de responsabilidad que establece el art. 30 de la LJA.

Los preceptos reglamentarios en materia de infracción y sanciones, así como el listado de conductas infractoras, que no guarden correlación con el régimen sancionador previsto por la Ley (LJA), afecta al principio de legalidad y más concretamente, al de la reserva de ley (STC 42/1987, de 7 de abril).

Sólo la Ley puede determinar las conductas antijurídicas que deban hacerse acreedoras de cualquiera de las manifestaciones del "ius puniendi" (STC 26/1994, de 27 de enero).

En consecuencia, el reglamento no debe introducir conductas infractoras distintas de las establecidas previamente por la ley; ni alterar, en esencia el catálogo legal.

La potestad reglamentaria debe limitarse a precisar conceptos o especificaciones con arreglo a valoraciones técnicas, sin crear nuevas infracciones, ni alterar la naturaleza o límites de las infracciones establecidas legalmente.

Por otro lado, las reglas de imputación a los titulares del establecimiento donde se encuentran las máquinas, art. 68 PD, presentan la objeción de que el titular del negocio sólo podrá ser responsable por la comisión de las infracciones en las que participe directamente, pero no de las que deriven de reglas de homologación y condiciones técnicas de las máquinas. Así, el Tribunal Supremo señala para estos supuestos que el incumplimiento de los requisitos serán imputables al titular del establecimiento, "siempre que a tales sujetos de derecho les puedan ser aplicables los presupuestos de culpabilidad y antijuridicidad que presupone siempre la imputación de una falta penal o administrativa" (STS 15 de junio de 1993, R-4390).

B) Objeciones técnicas.

Artículo 6.3.

Pese a la previsión legal al respecto, ya comentada en el Apartado anterior de observaciones, el Proyecto silencia la previsión, remitida al Reglamento por la

Ley, de premios de bolsa en máquinas tipo "B". Además, generando confusión y, por ende, inseguridad, este precepto no menciona el precio de la partida, como hace la Ley, sino del valor de la apuesta.

Artículo 20.

Ha de aclararse si esta inscripción provisional aquí prevista exige homologación previa, pues, aunque parece necesario siquiera sea porque tal es el procedimiento ordinario y parece exigirlo la lógica del sistema diseñado por el propio Proyecto, ello no se dispone en el precepto. Así mismo, dadas las circunstancias provisionales de que se trata, resulta desmesurado que no se establezcan límites o condiciones a la actuación autorizada.

Artículo 21.

El expediente que se menciona en el Punto 3 sólo puede ser de tipo sancionador, abierto en relación con las aludidas causas. Cabe añadir que el plazo aquí previsto, de un mes desde el inicio del procedimiento, más que del expediente ha de contarse desde la notificación del correspondiente acuerdo y la de la resolución al interesado (cfr. artículos 42.3, 57.2, 58.1 y 69, LRJAPC-PAC).

Artículo 48.7.

La redacción del precepto es técnicamente deficiente, generando obvios problemas de seguridad jurídica en general, pero también de aplicación de la norma en particular. Así, la no vinculatoriedad de la que se habla no tiene relación con el supuesto contenido de la resolución del procedimiento autorizador, sino con la decisión al respecto y, por supuesto, lo que no vincula al efecto ha de ser necesariamente la respuesta administrativa a la consulta de viabilidad de la autorización.

Artículo 50.4.

Carece de sentido que el Director General competente en materia de juego, tras denegar la autorización de apertura, proponga la caducidad de la autorización de instalación, en cuanto es esta Dirección General la competente para conceder también esta segunda autorización.

Artículo 69.

Técnicamente es más adecuado, y ciertamente resulta más coherente con la normativa aquí proyectada, referirse a medidas cautelares que a facultades de la

Administración en la materia, de acuerdo con la previsión de la LJAC al respecto. Por lo demás, es claro que esta normativa en el presente tema queda incompleta si no se incluye en el precepto lo ordenado en el correspondiente mandato legal (cfr. artículo 34.3), pues, aunque se refiere a casinos, no puede olvidarse que en éstos es posible la instalación de máquinas tipo "C" y "B" (cfr. artículos 8 y 15, LJAC).

Artículo 75.

Ha de advertirse que son distintos los órganos para iniciar y para resolver el procedimiento, como el propio Proyecto asume (cfr. artículo 70), por lo que debería evitarse la posible confusión al respecto por la redacción del apartado 4 del punto 1 de este artículo. Se debería calificar de medidas cautelares las llamadas de carácter provisional en el apartado siguiente, no sólo porque es la denominación técnicamente adecuada al efecto, sino porque es la usada por la LJAC y por el Proyecto.

Finalmente, aunque puede ser conveniente que se inste al interesado, al notificarle la resolución de iniciación del procedimiento, para que indique los medios probatorios de los que pretenda valerse, ha de señalarse tanto que no es éste el momento para presentarlos, ni para admitirlos o rechazarlos motivadamente, como que en todo caso no puede impedirse que, abierto el período probatorio, aparte de presentarlos entonces, los amplíe o complemente a los efectos oportunos y legalmente prevenidos (cfr. artículos 79.1, 80 y 85.3, LRJAP-PAC).

Artículo 76.A).4, B) y C).

La emisión de un Informe puede ser solicitada por el órgano instructor, desde luego, pero en sí mismo aquél no es un medio probatorio, ni por tanto ha de requerirse en el período probatorio (cfr. artículos 79, 82 y 83, LRJAP-PAC). Otra cosa sería que el interesado aportase como medio probatorio un Informe de órgano administrativo o ente público, que ya estaría emitido. En cualquier caso, la preceptividad en la emisión de un Informe se ha de determinar expresamente por una norma legal (cfr. artículo 82.2, LRJAP-PAC), no pudiéndose de todos modos interrumpir el plazo de trámites sucesivos más que de tratarse de Informes de solicitud legalmente preceptiva y que sean efectivamente determinantes para la resolución del procedimiento (cfr. artículo 83.3, LRJAP-

PAC). En fin, la redacción del precepto está construida de tal forma que genera inseguridad jurídica.

Por otro lado, la Propuesta de Resolución es, justamente, ésta en forma de proyecto y, por tanto, ha de tener una formulación idéntica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88, LRJAP-PAC, aunque sean documentos distintos por serlo el órgano que lo produce y el momento en que esto sucede.

Por último, ha de advertirse que la audiencia al interesado ha de realizarse, por mandato legal expreso, concluida la instrucción pero antes de redactarse por el órgano instructor la Propuesta de Resolución, de manera que no se ajusta a ello el apartado 1 de la letra c) de este artículo (cfr. artículo 84.1, LRJAP-PAC). En todo caso, teniéndose en cuenta el contenido y finalidad del trámite de audiencia, conectado con el hecho de que forma parte de la instrucción del procedimiento y, por tanto, se relaciona con las obligaciones del instructor (cfr. Capítulo III y artículo 79.1, LRJAP-PAC), parece obvio que no procede elevar la Propuesta, y no el "expediente", al órgano decisor sin más, debiendo el instructor pronunciarse antes sobre lo alegado y/o aportado por el interesado.

Artículo 77.

La Resolución se insiste, ha de acomodarse en su contenido y todos sus extremos a lo previsto al respecto en el artículo 89, LRJAP-PAC. Por eso, el Proyecto debería limitarse a remitirse al mismo o, en el mejor de los casos, reproducirlo fielmente, cosa que no hace adecuadamente el apartado 2 de este artículo, haciéndose también, en parte, ociosa la declaración inicial de su apartado 3. En esta tesitura, parece obligado recordar que la Resolución debe referirse expresamente al sistema de recursos, que, de entre todos los contenidos legalmente señalados para aquéllas, se silencia en este artículo totalmente.

C O N C L U S I Ó N

Al proyecto de Decreto dictaminado, se le formulan los reparos legales, y objeciones técnicas normativas que se especifican en los apartados A y B del Fundamento III de este Dictamen.