



Roj: **STSJ M 4655/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:4655**

Id Cendoj: **28079330102017100236**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **10**

Fecha: **24/04/2017**

Nº de Recurso: **398/2015**

Nº de Resolución: **267/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCA MARIA DE FLORES ROSAS CARRION**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10, Planta 2 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0011412

Procedimiento Ordinario 398/2015

Demandante: ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 267/2017

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. MIGUEL ANGEL GARCÍA ALONSO

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

Dña. ANA RUFZ REY

En la Villa de Madrid a veinticuatro de abril de dos mil diecisiete.

La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, integrada por los Magistrados reseñados al margen, ha visto los presentes autos de recurso contencioso administrativo tramitados como Procedimiento Ordinario con el número 398/2015 de su registro, seguido a instancia de la entidad ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC, representada por el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira y dirigida por la Letrado doña Susana Capdevila Abelleira, contra la resolución dictada en fecha de 10 de abril de 2015 por el Director General de Ordenación del **Juego** del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el procedimiento sancionador DGOJ-ES-2014/28.

Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y dirigida por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito obrante en autos, en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando que se dictara sentencia por la que:

*"Estimando íntegramente el presente recurso contencioso administrativo en su petición principal, revoque la Resolución de la Dirección General de Ordenación del **Juego** de fecha 10 de abril de 2015 y absuelva a mi representada de la acusación contra ella formulada, anulando y dejando sin efecto la **sanción** impuesta y ordenando su reintegro a mi mandante; y, subsidiariamente, para el caso de no estimarse la anterior pretensión, revoque parcialmente la Resolución recurrida y reduzca la **sanción** impuesta a la cantidad de 16.980,5.-€, o a aquella otra que la Ilma. Sala considere procedente en aplicación del artículo 42.6 LRJ, ordenando el reintegro del exceso a mi mandante; todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada por mor del artículo 139 de la LJCA "*

En su escrito de contestación a la demanda, la Abogacía del Estado solicitó la desestimación del recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO. - No habiéndose recibido el proceso a prueba y evacuado trámite de conclusiones, se señaló para deliberación y fallo el día 19 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación del proceso se han observado las prevenciones legales.

Ha sido Magistrado Ponente doña FRANCISCA ROSAS CARRION, que expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada en fecha de 10 de abril de 2015 por el Director General de Ordenación del **Juego** del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, mediante la que, en el procedimiento sancionador DGOJ-ES-2014/28, se le impuso una multa de ciento sesenta y nueve mil ochocientos cinco euros (169.805 euros) como autora de una infracción grave tipificada en el artículo 40.b) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del **Juego**, consistente en haber permitido el acceso a la actividad de **juego** a las personas que lo tienen prohibido, de conformidad con el artículo 6 de la citada Ley, conociendo o debiendo conocer la concurrencia de tales prohibiciones. En concreto, por haber permitido que participaran en el **juego** 4 jugadores que estaban inscritos en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego** y a 7 menores de edad, durante el período de tiempo comprendido entre el 1 de noviembre de 2012 y el 30 de junio de 2013.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 42.5 de la precitada Ley, la cuantía de la **sanción** pecuniaria se determinó en la suma total de 169.805 euros aplicando, sobre el importe mínimo legal de 100.000 euros, las siguientes circunstancias: 1.- Una circunstancia agravante determinada por la naturaleza de los derechos afectados, tutela de menores y autoexcluidos, que se ha cuantificado en 50.000 euros en total, a razón de 25.000 euros por haber permitido la participación de personas inscritas en el RGIAJ y de 25.000 euros por haber permitido la participación de menores; 2.- Una circunstancia agravante, por los daños y perjuicios causados a menores y autoexcluidos, que se ha cuantificado en 7.000 euros, equivalentes al 25% a las cantidades jugadas por los jugadores de esos colectivos (11.000 euros de autoexcluidos y 17.000 euros de menores); 3.- Una circunstancia atenuante en razón de la diligencia mostrada por el operador en solucionar las irregularidades existentes cuando se le comunican por la DGOJ, si bien también se tiene en cuenta que no se ha corregido de forma completa el procedimiento de control de acceso para los nuevos usuarios, y que no se ha procedido a revisar la situación de los usuarios ya dados de alta en el sistema del operador; por ello, la valoración económica de esta circunstancia atenuante se ha efectuado con base en los siguientes criterios: aplicando una reducción de 14.625 euros, como equivalente al 50% del importe de la agravante sobre por la participación económica de estos colectivos; imponiendo un incremento del 25.000 euros, equivalente al 25% del importe de la multa mínima, por no haber realizado una revisión completa de los procedimientos y haber aplicado soluciones que sólo corrigen parcialmente el problema; un incremento de 100 euros por cada usuario de los citados colectivos que estaba en activo al final del periodo del estudio; y un incremento de 10 euros, por cada usuario no verificado en el RGIAJ al final del periodo de estudio.

ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC hace valer contra la decisión administrativa, como motivos de impugnación principales, la infracción, por inaplicación, del artículo 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la vulneración del principio de culpabilidad; con carácter subsidiario, la inaplicación del artículo 42.6 de la Ley de Regulación



del **Juego**, y la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la **sanción** pecuniaria impuesta.

La Abogacía del Estado ha solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo al haberse ajustado a derecho la resolución impugnada.

SEGUNDO. - El primero de los motivos de impugnación deducidos con carácter principal en la demanda contra la resolución de 10 de abril de 2015 acusa la vulneración, por inaplicación, del principio de facilidad probatoria contemplado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentándose que en el procedimiento sancionador se ha justificado, cuando menos indiciariamente, mediante la aportación de los logs de la empresa, que ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC recibió una respuesta positiva del sistema respecto a la participación de cuatro jugadores inscritos en el RGIAJ, agotando de esta forma los medios de prueba a su alcance, y sostiene que no habiendo cumplido la Administración sancionadora con la carga de probar su correcto funcionamiento, e incluso habiéndose admitido expresamente en la propia resolución sancionadora que pudo existir un fallo en el sistema, no se le puede imputar responsabilidad alguna al operador que había recibido una información errónea y no era consciente de la existencia de problemas que debiera corregir.

A la recurrente no le asiste la razón porque la expresión "*Pudo existir un fallo en el sistema y éste ser involuntario*" no constituye una frase aislada, sino inserta en un párrafo cuyo sentido es que la respuesta dada por el sistema fue que los jugadores estaban inscritos en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**. Dice así:

"En el presente caso existe un elemento objetivo suficientemente acreditado, no se trata de una mera sospecha o apariencia, y es a partir de esos hechos constatados por el inspector actuante, que se llega a la conclusión de que el inculpado realizó la conducta infractora. ELECTRAWORKS alega que, cuando realizó la consulta sobre estos usuarios al servicio de verificación de identidad, obtuvo la respuesta de que el jugador no estaba inscrito en el RGIAJ. Sin embargo, en el análisis del histórico de consultas realizadas por el operador, se evidencia que la contestación ofrecida por el sistema fue en todos los casos que el jugador estaba inscrito en el RGIAJ. Pudo existir un fallo en el sistema y éste ser involuntario, si bien queda constatado que, independientemente de ello, no se tomaron las medidas suficientes para la corrección de los problemas detectados. A este respecto, cabe suscribir íntegramente las palabras de la Propuesta de resolución relativas al inexcusable deber de diligencia y celo profesional y al alcance de la culpabilidad en entornos profesionales, según queda consolidado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en la mencionada propuesta".

Se ha de tener en cuenta que en los precedentes párrafos del mismo fundamento jurídico se afirma que:

<<En el documento aportado por ELECTRAWORKS el 7 de enero de 2014, por el que amplía su escrito de 18 de noviembre de 2013, el operador explica que cuando la verificación de usuario se hacía de forma manual a través de copia de DNI/NIE remitida por el jugador, el sistema tenía una vulnerabilidad en relación al RGIAJ toda vez que se verificaba el nombre y la fecha de nacimiento pero no el DNI, de forma que un jugador, registrado con un DNI incorrecto, podría terminar con una cuenta activa y verificada. El informe añade que ese error había sido descubierto precisamente a raíz del anterior requerimiento de la DGOJ, y que en ese momento se había puesto en marcha un nuevo procedimiento de registro para que en aquellos casos en que se realice la verificación documental se proceda a comprobar si figuran inscritos en el RGIAJ antes de activar la cuenta y que no se activarán las cuentas de aquellos jugadores cuyo DNI no pueda ser verificado a través del SVJ-RIAJ.

El informe sobre los referidos escritos, realizado por la SGIJ el 26 de septiembre de 2014 señala a ese respecto que "si bien el operador puede haber actuado correctamente al pedir una copia del DNI con el fin de verificar los datos en el caso de que el sistema SVJ-SVDI devolviera un código COD901, es decir formato de datos incorrecto, el hecho es que no ha completado el proceso de verificación de la inscripción del participante en el RGIAJ ya que no hay constancia de ello en log de consultas">>.

Sin perjuicio de desarrollar más adelante la cuestión, a los efectos de resolver el motivo de impugnación que aquí se examina, se ha de concluir que los logs aportados por la empresa no acreditan, ni siquiera indiciariamente, el error del sistema alegado en la demanda, puesto que, de una parte, al no haberse verificado el DNI, un jugador registrado con un número incorrecto "*podría terminar con una cuenta activa y verificada*"; y de otra, en los casos en que el sistema devolvía un formato de datos incorrecto, no consta en los log que el operador hubiera completado el proceso de verificación de la inscripción del jugador en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**.

Tales circunstancias quedaron en evidencia mediante los informes técnicos de análisis del registro de usuario de ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC realizados por la Administración demandada, que así cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el motivo ha de rechazarse.



TERCERO.- Tampoco procede acoger el motivo de impugnación que afirma que la resolución sancionadora ha vulnerado el principio de culpabilidad instituido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, argumentando que la recurrente obró en la creencia de estar actuando lícitamente propiciada por una interpretación razonable de las normativa aplicable al caso, en concreto, por los confusos y poco claros artículo 26.3 del Real Decreto 1613/2011 y apartados Séptimo.3, 4, y 8 de la Resolución de 12 de julio de 2012- que desarrolla los artículos 26 y 27 del citado Real Decreto -, que son susceptibles de varias interpretaciones, de manera que no se le puede reprochar incumplimiento de su deber de conocer las normas ni infracción dolosa o negligente de sus obligaciones, a lo que añade que la dificultad de interpretación ha sido reconocida en la propia resolución sancionadora y que no es irrazonable ni arbitrario interpretar las normas citadas en el sentido de que el plazo de 30 días para los registros de usuarios es aplicable tanto a los solicitantes que residen en España como fuera de ella, habiendo sido su conducta coherente con esa interpretación así como con el principio de protección pues canceló las cuentas no verificadas pasado el citado plazo - incluidas las de los menores que en ningún caso cobraron sus premios-, y también las de los 4 usuarios inscritos en el RGIAJ -respecto de los que existe controversia sobre la respuesta recibida del sistema- tan pronto como tuvo conocimiento de esta irregularidad, a lo que añade que, para los supuestos de no coincidencia de los datos consultados y los de imposibilidad de verificación por cuestiones técnicas o fallos de disponibilidad en el servicio, los preceptos citados no establecen la obligación de paralizar en ese momento el registro, sino que remiten al proceso de verificación documental.

Conviene recordar que el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

Esta última expresión no implica que el principio de culpabilidad no haya de regir en materia de infracciones administrativas pues, en la medida en que el derecho administrativo sancionador es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, no resulta admisible en el este ámbito un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa.

Sin embargo, la conciencia de la antijuricidad de la conducta no exige el conocimiento concreto de la norma administrativa sancionadora, ni tampoco el conocimiento genérico de que el hecho ejecutado está castigado como infracción, es decir, no es necesario que el sujeto tenga plena seguridad de que actúa ilícitamente y de cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos, sino que basta con que sepa, a un nivel intelectual elemental, que lo que hace u omite está prohibido por la ley, o con que le resulte indiferente que su conducta sea, o no, lícita.

Ha de añadirse a lo anterior que, en cualquier caso, para que el error sobre la antijuricidad de la acción u omisión constitutiva de la infracción administrativa pueda excluir toda responsabilidad, no basta con la creencia errónea de estar obrando lícitamente, sino que es preciso que dicho error sea también invencible.

Además, para que el error de prohibición excluya la responsabilidad no es suficiente con su mera alegación sino que ha de ser probado por quien lo invoca, por lo que, para valorar la existencia de error en un caso concreto, es preciso tener en cuenta las circunstancias acreditadas como concurrentes en quién afirma haber obrado bajo un error de derecho.

Puesto que en el caso litigioso el error de derecho se argumenta sobre la base de las dificultades interpretativas de los artículos 26 y 27 del Real Decreto 1613/2011, de 14 de noviembre, que desarrolló la Ley 13/2011 en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de **juego**, y de los apartados Séptimo.3, 4, y 8 de la Resolución de 12 de julio de 2012, conviene dejar constancia de que, en lo que interesa al caso, los artículos 26 y 27 del Real Decreto 1613/2011, incluidos en el Capítulo VII, sobre el control de participantes, dicen lo siguiente:

"Artículo 26. Identificación de los participantes

*1. Los operadores establecerán los sistemas y mecanismos que faciliten la identificación de los participantes en los **juegos**. Excepcionalmente, atendiendo a las especiales condiciones de los medios empleados para la comercialización y desarrollo de los **juegos**, sobre la base de criterios de proporcionalidad y a solicitud motivada del operador, la Comisión Nacional del **Juego** podrá autorizar la participación sin la previa identificación de los participantes.*

En todo caso, la identificación del participante y la comprobación de que no está incurso en ninguna de las prohibiciones subjetivas a las que se refieren las letras a), b) y c) del número segundo del artículo 6 de la Ley

13/2011, de 27 de mayo , de regulación del **juego**, será condición imprescindible para el cobro de los premios obtenidos cualquiera que sea su importe y naturaleza.

2. La identificación del participante se realizará a través de un registro de usuario activo único en la que figurarán, al menos, los datos de identificación necesarios para la comprobación de que no está incurso en ninguna de las prohibiciones subjetivas a las que se refieren las letras a), b) y c) del número segundo del artículo 6 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo , de regulación del **juego**.

El registro de usuario recogerá asimismo los datos de identificación fiscal y de residencia del participante y aquellos otros que permitan la realización de las transacciones económicas y el operador de **juego** que se determinen por la Comisión Nacional del **Juego**.

El operador establecerá los procedimientos y mecanismos necesarios para garantizar que un mismo jugador no dispone de varios registros de usuario activos.

3. La apertura de un registro de usuario requerirá que el participante aporte los datos a los que se refiere el párrafo anterior y que el operador compruebe la veracidad de los mismos.

Finalizado el procedimiento de verificación de los datos en los términos fijados por la Comisión Nacional del **Juego**, el operador podrá activar el registro de usuario.

La Comisión Nacional del **Juego** establecerá los procedimientos necesarios para facilitar la autenticación y comprobación de los datos de identidad de los residentes en España en tiempo real y, en los supuestos en que no sea posible, en un plazo inferior a tres días.

La verificación de los datos aportados por el participante no residente en España deberá ser realizada por el operador en el plazo máximo de un mes desde la activación del registro de usuario y será condición imprescindible para el cobro de los premios obtenidos por el participante cualquiera que sea su importe y naturaleza.

En ambos casos, transcurrido el plazo de un mes desde la solicitud del registro, sin que los datos hubieran sido verificados, éste quedará anulado.

El operador es responsable de la veracidad y del contraste periódico de los datos que figuren en sus registros de usuario, en los términos establecidos por la Comisión Nacional del **Juego**.

...

5. La Comisión Nacional del **Juego**, establecerá los requisitos y condiciones adicionales que deban reunir los registros de usuario y las cuentas de **juego** y las medidas de protección que hayan de ser cumplidas por los operadores.

Artículo 27. Control de las prohibiciones subjetivas de participación en los **juegos** y blanqueo de capitales

1. Corresponderá a los operadores el control de las prohibiciones subjetivas de participación en los **juegos** a las que se refieren las letras a), b) y c) del número segundo del artículo 6 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo , de regulación del **juego**.

2. La Comisión Nacional del **Juego** dispondrá los medios necesarios y establecerá los procedimientos adecuados para permitir a los operadores el acceso telemático al Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**.

En todo caso, en el proceso de apertura de registro de usuario, antes de su activación, y en el proceso de abono de los premios, el operador deberá contrastar los datos contenidos en el registro de usuario con los que figuren inscritos en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**, al objeto de verificar que el participante no figura inscrito en el citado Registro.

La Comisión Nacional del **Juego** establecerá los procedimientos que hayan de aplicar los operadores para la verificación periódica de los datos de sus registros de usuario con los inscritos en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**.

3. Sin perjuicio de los procedimientos que pudieran establecer los operadores a estos efectos, la Comisión Nacional del **Juego** dispondrá los medios necesarios para facilitar la verificación de la mayoría de edad de los participantes con el número del documento nacional de identidad o de identificación de extranjeros. Con este fin, las administraciones públicas competentes facilitarán a la Comisión Nacional del **Juego** cuanta colaboración resulte precisa.

La Comisión Nacional del **Juego** establecerá los procedimientos de consulta que sean precisos".



Por su parte, la Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Ordenación del **Juego**, desarrolló los artículos antedichos en relación con la identificación de los participantes en los **juegos** y el control de las prohibiciones subjetivas a la participación. Sus apartados séptimo y octavo son del siguiente tenor literal:

"Séptimo. Verificación a través del Sistema de Verificación de Identidad.

*1. La verificación a través del Sistema de Verificación de Identidad de la Comisión Nacional del **Juego** sólo podrá realizarse en los supuestos en los que el solicitante sea residente en España y haya aportado el número del documento nacional de identidad (DNI) o el número de identificación de extranjeros (NIE).*

*2. La verificación de los datos se efectuará mediante acceso en línea al Sistema de Verificación de Identidad. A estos efectos, la Comisión Nacional del **Juego** proveerá a los operadores de los elementos de seguridad que les permita acceder al Sistema.*

La verificación se realizará a través de la consulta del nombre, apellidos, fecha de nacimiento y número del documento de identificación empleado por el participante en la solicitud de registro.

El Sistema de Verificación de Identidad requiere que los datos a verificar se introduzcan exactamente en el modo en que figuran en los documentos empleados para la identificación del solicitante. A estos efectos, el operador deberá adoptar las medidas necesarias para que el solicitante conozca esta circunstancia e introduzca correctamente los datos que serán objeto de verificación.

3. Realizada la consulta, si los datos coinciden con los del Sistema de Verificación de Identidad, el operador obtendrá una respuesta positiva y los datos se tendrán por verificados.

En los supuestos de no coincidencia de los datos consultados, el sistema proporcionará una respuesta negativa y, a los efectos del operador, los datos tendrán la consideración de no verificados. En este caso, el operador podrá requerir al solicitante la reintroducción de los datos consultados y proceder nuevamente a su consulta. Si tampoco se obtuviera una respuesta positiva, el operador podrá proceder del mismo modo una segunda vez. Si nuevamente no se obtuviera una respuesta positiva del Sistema, el operador acudirá al proceso de verificación documental de la identidad del solicitante en los términos a los que se refiere el apartado octavo siguiente, sin perjuicio de los sistemas de verificación alternativos que pudiera emplear. A los efectos anteriores, se entenderá que los reintentos de consultas se producen cuando se intentan validar los mismos datos u otros nuevos sin cambiar el número del documento nacional de identidad (DNI) o el número de identificación de extranjeros (NIE).

El operador no podrá volver a intentar validar un número del documento nacional de identidad (DNI) o el número de identificación de extranjeros (NIE) cuyo ciclo de consultas al Sistema de Verificación de Identidad haya sido negativo hasta pasadas 24 horas desde el último intento con respuesta negativa.

4. Cuando por razones de índole técnica o por fallos de disponibilidad en el servicio, el Sistema de Verificación de Identidad no proporcione respuesta a la consulta del operador, éste, quedando a salvo la posibilidad de reiterar su consulta cada treinta minutos hasta obtener respuesta, acudirá al proceso de verificación documental de la identidad del solicitante en los términos a los que se refiere el apartado octavo siguiente, sin perjuicio de los sistemas de verificación alternativos que pudiera emplear.

5. El operador registrará y conservará cuantas consultas realice al Sistema de Verificación de Identidad, dejando constancia de la fecha, hora y minuto de la consulta. Los datos deberán ser conservados, junto con los correspondientes al registro de usuario, durante el período de vigencia del registro de usuario y durante los seis años siguientes a su cancelación o anulación.

*6. Mensualmente, a los efectos de evaluación de la eficacia del sistema y para su mejora, el operador remitirá a la Comisión Nacional del **Juego** un informe en el que comunicará el número total de consultas realizadas y relacionará la totalidad de las consultas que no hubieran recibido respuesta por parte del Sistema de Verificación de Identidad".*

" Octavo. Verificación documental.

*1. Los operadores de **juego** podrán emplear sistemas de verificación documental.*

*En los supuestos en los que no sea posible la verificación a través del Sistema de Verificación de Identidad de la Comisión Nacional del **Juego** y en los que la solicitud de registro sea realizada por un solicitante no residente en España y que no emplee en su solicitud documento nacional de identidad o número de identificación de extranjeros, el operador procederá a la verificación documental de los datos que figuren en el registro de usuario.*

2. Cuando el solicitante de registro sea un participante no residente en España y que no emplee en su solicitud documento nacional de identidad o de identificación de extranjeros, el procedimiento de verificación documental será iniciado por el operador en el momento en que se reciba la solicitud, sin perjuicio de la activación del registro.



3. Para la recepción de la documentación requerida a los efectos de la verificación de los datos, el operador dispondrá los medios que considere oportunos y que garanticen la seguridad y celeridad del proceso de verificación. Sin perjuicio de los medios que emplee y de los documentos que solicite a estos efectos, el operador es el responsable de la verificación documental de los datos que le sean remitidos por los participantes.

4. Los operadores deberán registrar y conservar la totalidad de las gestiones, consultas y requerimientos que hubieran realizado para la verificación de los datos aportados por los solicitantes, así como cuantos documentos hubieran recibido o empleado con este fin. Los datos deberán ser conservados, junto con los correspondientes al registro de usuario, durante el período de vigencia del registro de usuario y durante los seis años siguientes a su cancelación o anulación".

Se ha de recordar también que, según el artículo 3.1 del Código Civil, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Pues bien, la interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica de los preceptos citados no arroja duda alguna acerca de que, antes de haber finalizado con éxito el procedimiento de verificación de los datos aportados por el solicitante, el operador sólo puede activar el registro de usuario durante el plazo de un mes cuando en el solicitante concurren conjuntamente las circunstancias de residir fuera de España y de no haber empleado DNI o NIE en su solicitud.

Y esa misma conclusión interpretativa se alcanza al tener en consideración las otras normas aplicables al caso, en especial, el artículo 6 -relativo a las prohibiciones objetivas y subjetivas- y el artículo 22 -sobre los registros del sector del **juego**- de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del **Juego**; el artículo 33 -obligaciones del operador en relación con los participantes-, artículo 35 -registros de usuario y cuentas de **juego**-, artículo 46 -registros del sector del **juego**-, artículo 47 -inscripción, modificación y cancelación de los datos- y los artículos 55 y 57 -sobre objeto e inscripción en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**- del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, que desarrolló la Ley 13/2011 en lo relativo a Licencias, Autorizaciones y Registros del **Juego**; y el apartado segundo -obligaciones de identificación de los participantes-, apartado tercero -registro de usuario-, apartado cuarto -solicitud del registro de usuario-, apartado quinto -verificación de los datos del registro de usuario-, apartado sexto -sistema de verificación de Identidad de los participantes-, el resto de los puntos del apartado séptimo, apartado noveno -control de prohibiciones subjetivas a la participación-, apartado décimo -control de las prohibiciones de acceso al **juego** de menores de edad-, apartado undécimo -control de las prohibiciones de acceso al **juego** de las personas inscritas en el Registro General de Interdicciones de Acceso al **Juego**-, y apartado duodécimo -activación del registro de usuario-, todos ellos de la Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Ordenación del **Juego**, y no solo en los apartados séptimo, puntos 3 y 4, y octavo invocados en la demanda.

Así las cosas, no procede acoger el motivo de impugnación que afirma la vulneración principio de culpabilidad, porque el error sobre la antijuricidad de la conducta infractora no solo no es invencible, sino que tampoco puede justificarse con base en una interpretación de la normativa aplicable al caso por parte del operador en términos tales que resulten mínimamente lógicos y razonables.

CUARTO.- Asimismo ha de rechazarse el motivo de impugnación deducido en la demanda con carácter subsidiario, que se fundamenta en la necesaria aplicación al caso del artículo 42.6 de la Ley 13/2011, de Regulación del **Juego**, del que se sigue que la **sanción** a imponer ascendería a 16.980,50 euros.

El precepto citado es del siguiente tenor literal:

*"Si en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuricidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la **sanción** aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate."*

Dado que la norma no especifica cuáles han de ser tales circunstancias, la demanda las refiere a las enunciativamente contempladas en el apartado 5 de dicho artículo junto a otras recogidas en diversas sentencias, entre la que cita la creencia de estar obrando lícitamente como consecuencia de la falta de claridad de las normas aplicables, la inexistencia de infracción y **sanción** anteriores, la máxima diligencia y colaboración con la Administración para la subsanación de las irregularidades detectadas, la absoluta falta de ocultación o falseamiento de datos y de obstáculos para dificultar la inspección, y el bajísimo porcentaje de incidencias en relación al total de usuarios registrados y al volumen de las transacciones efectuadas, todas ellas concurrentes en el caso junto a las otras dos tenidas en cuenta en la resolución sancionadora, como son la de haberse producido los incumplimientos en el momento de la concesión inicial de las licencias y puesta en marcha de los



sistemas informáticos, y la de que el desarrollo normativo de los artículos 26 y 27 del Real Decreto 1613/2011 haya tenido lugar cuando los sistemas técnicos de los operadores estaban ya implantados, todas las cuales, si se consideran en su conjunto, avalan la procedencia de la atenuación cualificada de la responsabilidad, a lo que no obstan las discutibles circunstancias agravantes, al haber sido rigurosa y excesivamente apreciadas algunas de ellas.

A tal efecto, se argumenta en la demanda que:

*<<Se agrava la **sanción** en 50.000.-€ "por la naturaleza de los derechos afectados, tutela de menores y autoexcluidos", "25.000 euros por haber permitido la participación de personas inscritas en el RGIAJ y 25.000 euros por haber permitido la participación de menores." Haber permitido la participación de estos colectivos es lo que integra la acción típica que se está sancionando (artículo 40 b LRJ), en ningún caso debería considerarse una agravante.*

Se calcula la agravante "por los daños causados a menores y autoexcluidos" sobre la cantidad jugada por éstos, que, como ya hemos explicado, no se corresponde con el daño material, efectivo, causado a éstos (recordemos que el total depositado por los interdictos asciende a 2.872.-€ y por los menores, a 540.-€).

Aplica una agravante de 10.-€ por cada interdicto y menor cuya cuenta siga activa al final del período de estudio (31/10/2013), que determina en 11 jugadores, a pesar de haber constatado que las cuentas de los interdictos no están operativas desde 28/10/2013 (Folio 100 del Expediente Administrativo) y que ninguna de las cuentas de los menores estaba activa a 30/6/2013 (Folio 104).

Respetuosamente concluimos, por lo expuesto, que el rigor con que la DGOJ ha interpretado y aplicado las circunstancias agravantes, y ha interpretado y, en cambio, se ha negado a aplicar las atenuantes (cuya existencia sí admite, y que dice haber valorado, pero que se reflejan en la aplicación de una sola atenuante), infringe, además del principio de culpabilidad, también el de proporcionalidad. La virtualidad de ambos viene a negarse, de facto, por la DGOJ cuando afirma que no procede la aplicación del artículo 42.6 LRJ, en cuanto a la culpabilidad, "(...) toda vez que ELECTRAWORKS resulta sujeto responsable de los hechos sucedidos en atención a la inexcusable falta de diligencia, la cual no se cuestiona respecto a la celeridad en la corrección de las incidencias detectadas ni en la imposibilidad del cobro de premios por los menores, sino que resulta del hecho de no haber evitado que la situación irregular se llegara a producir" (página 233 de 239).

*Debemos insistir: el hecho de no haber evitado que la situación irregular se llegara a producir integra la acción típica, y de ello no puede en ningún caso deducirse, automáticamente, la culpabilidad (ni siquiera en forma de inexcusable falta de diligencia) ni la imposibilidad a apreciar una reducción cualificada de la culpabilidad (moderando en consecuencia la **sanción**). Si ello fuera así, resultaría que NUNCA podría aplicarse el artículo 42.6 LRJ a este supuesto, porque se estaría instaurando un sistema de responsabilidad objetiva, por el mero resultado, que como ya hemos visto, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento tal como repetidamente sostienen nuestros Tribunales (nos remitimos a lo ya expuesto)".*

Siendo aplicables los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, no está de más recordar las reglas establecidas en el artículo 66 del Código Penal, de cuyo apartado 2º resulta que la inexistencia de circunstancias agravantes constituye "conditio sine qua non" de la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas.

Pues bien, por las razones expuestas en el precedente fundamento jurídico, no es posible considerar atenuante cualificada ni ordinaria la de haber actuado la recurrente en la creencia de estar obrando lícitamente como consecuencia de la falta de claridad de las normas aplicables.

Tampoco procede considerar atenuantes las demás circunstancias alegadas en la demanda: aunque el artículo 42.5 de la Ley de Regulación del **Juego**, considera la reincidencia como circunstancia agravante, la inexistencia de infracciones y de **sanciones** anteriores no constituye circunstancia atenuante, ni ordinaria ni analógica, puesto que sobre los administrados pesa el deber general de cumplimiento de las normas; lo mismo cabe predicar de la falta de ocultación o falseamiento de datos y de la falta de obstáculos a la labor inspectora, ya que el artículo 39 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a los ciudadanos la obligación de facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación en los casos previstos por la Ley, como el de autos; es cierto que la recurrente ha colaborado con la Administración para la subsanar las irregularidades, pero lo ha hecho después de que las mismas se hubieran detectado, es decir, mirando al futuro y no a la concreta actuación infractora pasada, sin perjuicio de que no consta la devolución de las cantidades depositadas por los participantes cuyos registros se activaron contraviniendo las normas aplicables; y el bajo porcentaje de incidencias en relación al total de usuarios registrados y el volumen de las transacciones



efectuadas por ellos tampoco constituye circunstancia atenuante de la responsabilidad en cuanto no puede premiarse que haya sido pequeña la vulneración de los bienes jurídicos protegidos por la norma sancionadora, por lo que su consideración en el artículo 42.5 operaría, en su caso, como agravante.

Ha de añadirse a lo anterior que la resolución impugnada se ha ajustado a derecho en la apreciación de las circunstancias agravantes concurrentes en el caso:

El artículo 40.b) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del **juego**, tipifica como infracción grave permitir el acceso a la actividad de **juego** a las personas que lo tienen prohibido, de conformidad con el artículo 6 de esta Ley, siempre que la entidad explotadora de **juegos** conozca o deba conocer la concurrencia de tales prohibiciones.

Es cierto que el apartado 2 del artículo citado previene que, desde un punto de vista subjetivo, se prohíbe la participación en los **juegos** objeto de dicha Ley a los menores de edad y a los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil, y a las personas que voluntariamente hubieren solicitado que les sea prohibido el acceso al **juego** o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme, pero también se les prohíbe a los accionistas, propietarios, partícipes o titulares significativos del operador de **juego**, su personal directivo y empleados directamente involucrados en el desarrollo de los **juegos**, así como sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado, en los **juegos** que gestionen o exploten aquéllos, con independencia de que la participación en los **juegos**, por parte de cualquiera de los anteriores, se produzca de manera directa o indirecta, a través de terceras personas físicas o jurídicas; a los deportistas, entrenadores u otros participantes directos en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta; a los directivos de las entidades deportivas participantes u organizadoras respecto del acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta; a los jueces o árbitros que ejerzan sus funciones en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta, así como las personas que resuelvan los recursos contra las decisiones de aquellos; al presidente, los consejeros y directores de la Comisión Nacional del **Juego**, así como a sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado y a todo el personal de la Comisión Nacional del **Juego** que tengan atribuidas funciones de inspección y control en materia de **juego**; y a cualesquiera otras personas que una norma pueda establecer. Es claro que la finalidad de cada una de esas prohibiciones y los bienes jurídicos protegidos por las mismas son muy diferentes en unos y otros casos, como también lo es que el incumplimiento de las prohibiciones relativas a los menores e interdictos es contrario al principio de protección de sus derechos que informa la normativa sectorial.

Igualmente ha de tenerse en cuenta que el artículo 42.5 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, previene que la cuantía de las **sanciones** se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de las transacciones efectuadas, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

Por ello, a los efectos de graduar el importe de la multa, habiendo afectado la infracción al bien jurídico de la tutela de los menores e interdictos y a los derechos de los mismos, es posible ponderar como circunstancia agravante la específica naturaleza de tales derechos, que han sido vulnerados por aquélla, así como el daño no solo económico sino también personal que se les ha causado, y el número de menores e interdictos cuyas cuentas todavía estaban activas cuando concluyó el período de estudio realizado por la Administración demandada que, contrariamente a lo que se afirma en la demanda, no finalizó el 31 de octubre de 2013 sino el 30 de junio de 2013, de manera que no cabe considerar vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la **sanción** impuesta, máxime cuando la horquilla sancionadora típica oscila entre la cantidad de 100.000 a la de 1.000.000 de euros, por todo lo cual, al no haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos de la resolución administrativa impugnada, no procede estimar el presente recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, debe la recurrente hacerse cargo del pago de las costas procesales causadas en esta instancia, hasta el límite máximo de 2.000 euros en total y por todos los conceptos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad ELECTRAWORKS ESPAÑA PLC contra la resolución dictada en fecha de 10 de abril de 2015 por el Director General de Ordenación



del **Juego** del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el procedimiento sancionador DGOJ-ES-2014/28, a que este proceso se refiere, condenándola al pago de las costas procesales causadas en esta instancia hasta el límite máximo de 2.000 euros en total y por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 4982-0000-93-0398-15 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 4982-0000-93-0398-15 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.