femara
FEDERACIÓN NACIONAL DE OPERADORES DE MÁQUINAS RECREATIVAS

CIRCULAR INFORMATIVA Nº 34/2024

05/11/2024

Resumen de la intervención del Catedrático de Derecho Administrativo D. José Mª Baño León en el Congreso de Juego de Castilla y León, en la que expuso su interpretación sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas eximan a SELAE y a la ONCE de tener que obtener autorización administrativa autonómica para desarrollar su actividad en establecimientos ajenos a su red comercial

Estimado amigo:

En el reciente Congreso de Juego de Castilla y León, celebrado los días 29 y 30 de octubre en la ciudad de Ávila, se abordaron asuntos de interés que, mediante esta y alguna otra circular posterior, vamos a tratar de resumir, destacando las principales conclusiones alcanzadas y los argumentos expuestos en cada caso.

En esta primera circular vamos a comentar la posición mantenida por el **Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Don José Mª Baño León**, que analizó en su ponencia **su interpretación sobre si la Disposición Adicional 1ª de Ley del Juego estatal permite a las leyes de las CCAA eximir de solicitar autorización a SELAE o a la ONCE para instalar terminales de juego en locales de terceros sobre los que estas entidades no tienen ni la titularidad ni el control**.

Para situarnos en el asunto analizado, conviene tener en cuenta previamente lo que se establece en la mencionada **Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego**:

> **Disposición adicional primera. Reserva de la actividad del juego de Loterías.**
>
> **Uno.** La Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) son los operadores designados para la comercialización de los juegos de loterías regulados en esta Ley.
>
> **Dos.** Las autorizaciones en virtud de las cuales la ONCE y la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado desarrollan las actividades de juego en la modalidad de loterías se inscribirán en una sección especial del Registro General de Licencias de Juego a efectos de mera publicidad.
>
> **Tres.** Excepcionalmente, el titular del Ministerio de Economía y Hacienda podrá autorizar la gestión y comercialización de juegos de lotería, siempre que se desarrollen por entidades sin fines lucrativos con finalidad benéfica, tengan carácter esporádico y, en aras a garantizar la seguridad en los procesos y la colaboración con el Estado, acrediten que cumplen con los requisitos que, en su caso, reglamentariamente se establezcan.
>
> **Cuatro.** Los juegos gestionados por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y la ONCE se comercializarán en billetes, boletos o cualquier otra forma de participación cuyo soporte pueda ser material, informático, telemático, telefónico o interactivo, directamente o a través de cualquier establecimiento de su red comercial externa.
>
> Los juegos de loterías gestionados por las entidades a las que se refiere el párrafo anterior no estarán sujetos al cumplimiento de las obligaciones a las que se refiere el Título III de esta Ley.
>
> **Cinco.** La apertura de establecimientos accesibles al público por la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y por la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos que gestionan estas entidades hasta la entrada en vigor de esta Ley y de los juegos sujetos al régimen de reserva, no requerirá autorización de las Comunidades Autónomas.

El asunto abordado tiene un especial interés, ya que de llegarse a la conclusión de que la ONCE y SELAE no necesitan autorización autonómica para desarrollar su actividad en cualquier local y sin someterse a ninguna de las condiciones o limitaciones que puedan establecer las Comunidades Autónomas, estas entidades tendrían abierta la posibilidad de instalar cualquier tipo de terminal, en cualquier local, con total libertad, incluidos, obviamente, los establecimientos de hostelería.

El profesor Baño llega, sin embargo, a una conclusión completamente contraria a esta pretensión que tradicionalmente viene reivindicando la ONCE, que, como todos sabemos, presiona fuertemente a los legisladores de las Comunidades Autónomas para que introduzcan explícitamente en las Leyes autonómicas reguladoras del juego esta exención, de forma que esta entidad (y SELAE) puedan realizar su actividad (e instalar sus terminales de juego) en cualquier local sin precisar autorización

Según el profesor Baño, ☞ **no hay ninguna disposición en la ley de juego estatal que permita eximir de autorización a estas entidades cuando estos actúan en locales de terceros**. Señala que La interpretación literal y sistemática de los **apartados 4 y 5 de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego**, no permite otra conclusión:

- El **apartado 4** exime a SELAE y a ONCE de tener que obtener autorizaciones para comercializar sus juegos de loterías directamente o a través de cualquier establecimiento de su red comercial externa (esto no es discutible).

- Pero el **apartado 5** de la Disposición Adicional 1ª es también muy claro cuando dice que: "La apertura de establecimientos accesibles al público **por** la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y **por** la ONCE que se destinen a la comercialización de los juegos que gestionan estas entidades hasta la entrada en vigor de esta Ley y de los juegos sujetos al régimen de reserva, no requerirá autorización de las Comunidades Autónomas".

En su opinión, esta redacción deja claro que sólo estarán exentos de autorización los locales que se aperturen por SELAE y por la ONCE, por lo que esta exención no se extiende a los locales abiertos por terceros.

Esta interpretación era pacífica e incontrovertida (habiéndose emitido incluso un informe de la abogacía del Estado que así lo señala), hasta que se aprobó la Disposición Adicional (trigésimocuarta) de la Ley 29/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la que se autoriza a SELAE a tener una red comercial externa (y, paralelamente, también hay una disposición interna de la ONCE que se remite a esa Disposición Adicional Trigésimocuarta y permite esa externalización de su actividad). En esta Disposición Adicional se establece los siguiente:

Trigésima cuarta. Comercialización de los juegos que gestiona Loterías y Apuestas del Estado.

Uno. Con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se dispone:

1. La entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado comercializa sus productos directamente, o mediante los puntos de venta y Delegaciones Comerciales que conforman su red comercial externa los cuales, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, con respeto a los principios de publicidad y concurrencia, estarán sometidos en su selección, contratación, extinción y régimen jurídico, así como en su vinculación con la mencionada entidad, al Derecho Privado, de conformidad con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la Instrucción de Contratación de la entidad.

Las modificaciones contempladas en el párrafo anterior habrán de asegurar el respeto a los derechos adquiridos de los titulares de puntos de venta y delegaciones.

2. Los actuales titulares de los puntos de venta y Delegaciones Comerciales de Loterías y Apuestas del Estado que formen parte de la red comercial externa podrán optar, en el plazo de dos años, al nuevo régimen previsto en el punto 1 de este apartado o mantener, respecto a su vinculación con la entidad pública empresarial, la naturaleza y régimen jurídico actual hasta el fallecimiento, jubilación, renuncia o cese del titular.

3. Los juegos y apuestas que gestiona la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado se comercializarán, en las condiciones que la misma establezca con sujeción a las normas de derecho privado. A dicho

efecto establecerá, según proceda, mediante resolución o contrato, cualquier aspecto de carácter material o formal, técnico o procedimental, relativo a la organización, explotación, diseño, soporte, tecnología y comercialización de los juegos.

Dos. Se deroga expresamente el apartado cinco del artículo 70 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

De lo anterior (de que se les permita explotar no sólo el canal de internet y el canal operativo propio), algunos deducen que al haberse ampliado el monopolio se amplía también la exención. Por ello, tras la aprobación de esta disposición adicional, la Abogacía del Estado emitió un nuevo informe en el que, a diferencia del anterior, entiende que SELAE y ONCE no precisan autorización para comercializar ninguno de sus juegos.

Pero esto carece absolutamente de base legal, porque una cosa es la ampliación de la red de comercialización externa y otra muy diferente la exención, que sólo se refiere a la apertura de establecimientos propios y no a los establecimientos externos. Para esto último tendría que haber un precepto que extendiese esa exención a esta red externa, algo que sería inconstitucional, porque vaciaría de contenido la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

La razón de entender que están sujetas a autorización administrativa de las CCAA la instalación de terminales de los monopolios fiscales cuando actúan en locales de terceros, es que la ley no dice otra cosa. **La ley dice que (sólo) están exentos los locales que se aperturen POR estos monopolios**.

Además de esta razón, también hay otra razón lógica, y es que la interpretación jurídica no puede conducir al absurdo. Y es que sería absurdo ese apartado quinto de la DA primera, porque de interpretarse en la forma que pretende la ONCE dicho apartado carecería de sentido. Si el monopolio fiscal de SELAE y de la ONCE no se redujera a sus locales propios esos monopolios, y si cualquier actividad que hicieran esos monopolios estuviera cubierta por la exención, no haría falta ese apartado quinto y el mismo carecería de sentido.

Una interpretación diferente vaciaría también de competencias la competencia autonómica en materia de juego. Así, por ejemplo, si una Comunidad Autónoma quiere ser restrictiva en los locales en lo que se puede desarrollar juego o establecer distancias a colegios o a otros centros, pero SELAE y la ONCE pueden instalar terminales en cualquier local, sin estar vinculados por estas restricciones, esa política autonómica carecería de sentido.

Esta misma conclusión se alcanza teniendo en cuenta la normativa europea. El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dice dos cosas muy claras:

- La primera es que la regla general es que las normas de competencia se aplican también a los monopolios y a las empresas de interés general.
- Y la excepción es que no se aplicarán esas normas de competencia sólo cuando hagan inviable la misión de interés general que tienen asignada. En ese caso, cuando esas normas hicieran inviable los ingresos fiscales o los fines de interés social que tienen asignado.
- En el citado artículo 106 (antiguo artículo 86 TCE) se dice textualmente lo siguiente:

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive. C 83/90 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010 ES

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

En caso de duda, la interpretación siempre ha de ser favorable a la libre competencia y sería necesario que se demostrase por el monopolio fiscal que esas normas de competencia hacen inviable los fines del monopolio, cosa que es evidente que no sucede en este caso, puesto que tienen dos canales alternativos (red propia y online) y en el otro sólo se le pide que compita en régimen de igualdad con el resto de operadores. Si hay limitaciones de distancias, de controles de acceso, de seguridad, etc. estos monopolios tendrán que cumplirlas como el resto de empresas privadas que desarrollan estas actividades.

Si no se interpretara esto así, nos encontraríamos ante una situación de **abuso de posición dominante de estos monopolios frente al resto de empresas**. El TJUE ya ha dictado sentencias en casos de esta naturaleza. Así, por ejemplo, en el caso Connect Austria, de 22 de mayo de 2003, dijo que si la desigualdad entre operadores es el resultado de una medida estatal constituye un abuso de posición dominante.

Toda la **jurisprudencia sobre juego de la UE** parte de la base de que todas las restricciones o discriminaciones que se puedan establecer en favor de monopolios fiscales tienen que respetar el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad de esas medidas.

En resumen, este profesor aportó argumentos bastante solventes que, aunque ya eran conocidos y compartidos por quienes hemos tenido oportunidad de analizar este asunto, no viene mal que se pongan de manifiesto en un Congreso de esta naturaleza, promovido y organizado por la propia Junta de Castilla y León.

Es sabido, que la ONCE no cesa en su intención de conseguir la exención comentada, haciendo gestiones para ello en todas las Comunidades que abordan modificaciones de su legislación sobre el juego (como tenemos noticia que está sucediendo actualmente en Canarias), por lo que es importante no perder de vista estos argumentos jurídicos, a los que han añadirse otros no menos importantes:

- Autorizar esa exención pudiera dar lugar a que la ONCE pudiera instalar en bares (y en otros establecimientos públicos) terminales que podrían tener la consideración de máquinas de tipo C, habida cuenta los elevados premios que esta organización tiene autorizados.
- La instalación de estos terminales supondría la desaparición de una gran parte del parque de máquinas instaladas eh establecimientos de hostelería, que no podrían competir con una máquina que oferta premios mucho mayores y que estaría exenta de tributación.
- Lo anterior derivaría en una importante pérdida de ingresos tributarios para las Administraciones Autonómicas, ya que dejarían de ingresar las tasas sobre el juego que actualmente perciben de las máquinas instaladas en estos locales.
- Ello tendría también un impacto importante en el empleo y en las reinversiones que llevan a cabo las empresas operadoras con los beneficios obtenidos con las máquinas.

En definitiva, desde la Federación, y desde las Asociaciones Autonómicas, debemos estar muy atentos a estos movimientos de la ONCE en aquellas Comunidades Autónomas en las que se abordan modificaciones legislativas, haciendo llegar a los responsables de los Gobiernos Autonómicos y a los legisladores todas estas advertencias, de forma que sean conscientes de las graves consecuencias que la exención pretendida por la ONCE conllevaría para la Comunidad, así como la falta de fundamento jurídico de dicha pretensión.

Esperando que este asunto resulte de tu interés, aprovecho para hacerte llegar un cordial saludo,

Fdo. Jesús Mª Molina del Villar.
Secretario General Técnico.