

Id. Cendoj: 28079230062009100230
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20090520
Nº de Recurso: 401/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

LOTERIAS Y APUESTAS DEL ESTADO. INEXISTENCIA DE PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA. VENTA DE LOTERIA POR INTERNET. COMERCIALIZACION DIRECTA DE JUEGOS ACTIVOS A TRAVES DE INTERNET.

SENTENCIA

Madrid, a veinte de mayo de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la

Audiencia Nacional bajo el número 401/2007, se tramita a instancia de la entidad ANAPAL, representada por la Procuradora D^a

Mercedes Blanco Fernández, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la competencia de fecha 2 de agosto de 2007, sobre

denuncia contra LOTERIAS Y APUESTAS DEL ESTADO; y en el que la Administración demandada ha estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 5 de noviembre de 2007, este recurso respecto del primero del acto administrativo antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA: Que tenga por presentado este escrito, con sus copias, lo admita a trámite, y, en su virtud, por devuelto el expediente administrativo y por formalizada

demanda en el Recurso Contencioso-Administrativo y por formalizada demanda en el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) de fecha 2 de agosto de 2007 dictada en el expediente nº "666/2005 Loterías del Estado", por la que se acuerda desestimar el recurso formulado contra la resolución del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 16 de septiembre de 2005, por el que se acuerda el archivo de la denuncia presentada por mi mandante ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado, y, previa la tramitación procesal pertinente, dicte en su día Sentencia por la que:

1ª.- se declaren contrarias a Derecho y nulas, o subsidiariamente anuladas, el Acuerdo del Servicio de Defensa de la competencia de archivo de las actuaciones de 12 de septiembre de 2005 y 15 de septiembre de 2005, así como la desestimación por el Tribunal de Defensa de la Competencia al recurso interpuesto de fecha 2 de agosto de 2007, así como nulas, por su consecuencia, cuantas actuaciones posteriores traigan causa de aquéllas, con todos los demás efectos inherentes a dicha declaración, retrotrayéndose las actuaciones al momento anterior al Acuerdo dictado, para que por el órgano que ha sustituido a los extintos Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia se tramite la denuncia formulada conforme al art. 48 de la Ley de Defensa de la Competencia (hoy art. 24 y ss de la Ley 15/2007 (BOE 159 de 4/7/2007 y art. 11 y ss del Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008 (BOE 50 de 22 de febrero de 2008).

2ª.- subsidiariamente, se declare entrar al fondo del debate, determinando que las resoluciones de Loterías y Apuestas del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda, de 6 y 23 de agosto de 2005 suponen una actividad de competencia desleal por abuso de posición dominante con respecto a su Red Comercial."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, lo admita, tenga por contestada la demanda y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando la conformidad a Derecho del acto impugnado, con imposición de costas a la parte contraria."

3. Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso, se dictó auto con fecha 6 de octubre de 2008 , habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, con el resultado obrante en autos; tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones en tiempo y forma; finalmente, mediante providencia de 27 de marzo de 2009 se señaló para votación y fallo el día 12 de mayo de 2009, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 2 de agosto de 2007, por la que se desestima el recurso interpuesto por la Agrupación Nacional de Asociaciones Profesionales de Administradores de Loterías (ANAPAL) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 12 de septiembre de 2005, por el que se había declarado el archivo de una denuncia presentada por aquélla contra la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado.

La denuncia fue presentada ante el citado Servicio, el 28 de marzo de 2005, imputando la ahora recurrente y entonces denunciante a la citada Entidad Pública Empresarial la práctica de conductas contrarias a la libre competencia, "mediante la puesta en funcionamiento de un sistema dirigido a la comercialización directa por parte de Loterías y Apuestas del Estado de los que denominaban "juegos activos" a través de una ventanilla virtual, prescindiendo en dicha actividad de su red comercial."

El Servicio de Defensa de la Competencia, tras la práctica de las diligencias que estimó oportunas, archivó la denuncia por entender que la denunciada había actuado en el ámbito de sus competencias administrativas, no derivándose de la denuncia ni de la investigación indicios racionales de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, acuerdo que se ratifica por el Tribunal de Defensa de la Competencia mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

2. La parte actora impugna la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que confirma el archivo de las actuaciones iniciadas en virtud de denuncia de la ahora recurrente, que comienza por negar en su demanda la existencia de cosa juzgada en relación con el recurso 519/2005, lo cuál, por cierto, nadie había afirmado ya que en ningún momento se opone la excepción de cosa juzgada por quien obviamente podía hacerlo.

En cualquier caso no está de más aclarar que el objeto del presente recurso, a diferencia del de aquel otro consiste en la confirmación de una decisión por la que se archivó la denuncia formulada contra Loterías y Apuestas del Estado por la Agrupación ahora demandante.

Otra cosa es que el origen de la denuncia presentada ante el órgano regulador de la competencia se encuentra en el hecho de que en virtud de la autorización a Loterías y Apuestas del Estado por el Ministerio de Hacienda mediante la Orden precisamente impugnada en aquel otro recurso, se autorizase para la comercialización y explotación de sus productos a través de Internet, a raíz de lo cual, LAE comenzó a comercializar a través de una ventanilla virtual juegos activos prescindiendo de su red de ventas, conducta ésta que, a juicio de la ahora demandante, conlleva infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 así como una conducta desleal y un abuso de posición en los términos previstos en la propia Ley de Defensa de la competencia.

A lo que se opone el Abogado del Estado quien solicita que se confirme la decisión consistente en archivar la denuncia por su conformidad a Derecho.

3. Y es que, en efecto, teniendo en cuenta lo ya resuelto por la Sala sobre el particular hemos de ratificar la conclusión alcanzada por el Tribunal de Defensa de la competencia, pues, en efecto, no cabe apreciar la vulneración de norma legal alguna ni, menos, apreciar actuación desleal o abusiva, y menos aún, si cabe, infracción del

artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , la cuál, por cierto, la actora en ningún momento concreta, y, por tanto, no cabe apreciar la pretendida vulneración ni tampoco el abuso de posición de dominio o la competencia desleal frente a los establecimientos integrantes de sus redes de distribución tradicional cuando se optó por comercializar directamente algunos de sus productos a través de Internet y, por tanto, al no poder apreciarse actuación anticompetitiva alguna es por lo que procede la desestimación también del presente recurso contencioso administrativo con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

4. En definitiva como hemos tenido también ocasión de recalcar en otras ocasiones, Loterías y Apuestas del Estado es una entidad pública empresarial con personalidad jurídica diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, a la que, con arreglo a sus atribuciones y para el cumplimiento de sus fines, le corresponden determinadas potestades administrativas precisas, de acuerdo con sus propios Estatutos y aunque éstos contemplan la existencia de una red comercial, de ello no se deduce que todas y cada una de las actividades de la LAE relacionadas con la comercialización de las Loterías se realicen a través de los establecimientos que forman parte de la r red comercial. Antes bien, al contrario, el Real Decreto 2069/1999 , establece la competencia del LAE para la comercialización de los juegos estatales, pero sin exigir que dicha comercialización se lleve a cabo a través de los establecimientos de algunas de sus redes comerciales.

En este sentido, la Sala también tuvo ocasión de declarar (SAN de 10 de noviembre de 2005, recurso nº 181/2004) que:

"3. Dicho lo anterior, una vez más la Sala ha de admitir también la legalidad de la Orden impugnada y por idénticos fundamentos jurídicos que los expuestos ya por la Sala respecto de sus predecesoras, teniendo en cuenta que la Orden que se examina, no sólo no contradice normas de rango superior sino que, antes al contrario, supone un desarrollo de la normativa respetuoso con el contenido de las normas a ella supraordenadas. La Orden impugnada se dicta en el ámbito de competencias de la autorregulación y organización administrativa, sin que frente a ellas pueda esgrimirse derechos adquiridos que no son tales, puesto que toda relación jurídica que incluye al interesado en la estructura administrativa está sometida a los cambios que en la misma puedan establecerse.

Finalmente tampoco la pretensión de vulneración del artículo 14 de la Constitución puede ser acogida ya que, como también decíamos en la referida sentencia de 14 de abril de 1997, en absoluto el Tribunal Constitucional viene interpretándolo como un impedimento de trato igual a desiguales, sino por el contrario -y tal diferencia jurídica es esencial, como la imposibilidad de trato distinto en supuestos iguales de relevancia jurídica; siendo así que la actora no señala tampoco aquí supuesto de comparación idéntico en que pueda basarse la afirmación del pretendido trato discriminatorio, y desde luego, no lo es, el hecho de la comercialización de la Lotería Nacional por los establecimientos de la Red Complementaria, ya que los titulares de la Red Básica no ostentan un derecho a despachar toda la lotería que comercializa el Estado."

En efecto, la Sala dictó, el 18 de mayo de 2007 , sentencia en el recurso nº 519/2005 en el que se había impugnado la Orden EHA/2566/2005 , de 20 de julio de 2005 y la Resolución del Director General de Loterías y Apuestas del Estado de 23 de agosto de 2005, por la que se

había autorizado a Loterías y Apuestas del Estado la comercialización y explotación de sus productos a través de Internet o de otros sistemas interactivos. En concreto, en su apartado primero la citada Orden decía:

"La presente Orden tiene como objeto el establecimiento de los requisitos básicos a los que ha de ajustarse la regulación de la participación, a través de Internet o de otros sistemas interactivos, en los juegos y apuestas de ámbito nacional cuya gestión, comercialización y explotación es competencia de Loterías y Apuestas del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado, aprobado por Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre ."

Por su parte la Resolución establece:

"Norma 1.ª Validación de apuestas por Internet.

Podrán formularse apuestas y pronósticos a través de la página web denominada www.loteriasyapuestas.es según las condiciones de participación que en la misma se establecen"

Y precisamente el sistema establecido en la Orden y Resolución para la comercialización de los productos por Internet es el centro de la controversia."

Pues bien, la Sala entonces declaró:

"SEGUNDO: La Orden autoriza a Loterías y Apuestas del Estado para que la explotación y comercialización de los juegos y apuestas que gestiona, o pueda gestionar, pueda realizarse, directa o indirectamente por dicha Entidad, a través de Internet, o de cualesquiera otros procedimientos o sistemas de carácter interactivo. A dicho efecto la Entidad Pública Empresarial deberá establecer la regulación y los procedimientos adecuados en orden a que la participación del público se verifique en condiciones similares de seguridad y garantía con las que se encuentran dotados los sistemas de participación actualmente operativos.

La cuestión esencial discutida gira en torno a la posibilidad de que por Loterías y Apuestas del Estado pueda comercializarse directamente los productos que gestiona a través de Internet. La recurrente afirma que ello no es admisible en la regulación actual - y cita al efecto diversas normas jurídicas -, ya que la comercialización y validación de las apuestas, corresponde a los distintos puntos de venta de la red comercial.

Para resolver tal cuestión hemos de acudir a lo dispuesto en el Real Decreto 2069/1999 de 30 de diciembre que aprueba es Estatuto de la entidad pública Loterías y Apuestas del estado, y concretamente en su apartado 4 :

"Son funciones de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado:

1. La gestión, explotación y comercialización de las loterías y juegos de ámbito nacional en sus distintas modalidades, y en todo caso siempre que afecten a un territorio superior al de una Comunidad Autónoma.
2. La gestión, explotación y comercialización de las apuestas mutuas deportivo-

benéficas, en cualquiera de sus modalidades, así como cualesquiera otros concursos de pronósticos mutuales y benéficos que se realicen sobre resultados de eventos deportivos.

3. La gestión, explotación y comercialización de aquellos otros juegos que sean competencia del Estado y, asimismo, cuando expresamente lo autorice el Ministerio de Economía y Hacienda, de los correspondientes a las Comunidades Autónomas u otros países, previo el acuerdo oportuno en dicha materia.

4. La valoración comercial de los locales propuestos por los participantes en los procedimientos para la adjudicación de Administraciones de Loterías y en general de los puntos de venta de su red comercial.

5. La realización de cuantas actividades y servicios relacionados con los juegos le sean encomendados."

Antes de entrar en el análisis del citado precepto hemos de recordar que el real Decreto que citamos se dicta en base a la habilitación legal contenida en la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, en su artículo 70 , en el que se establece:

"Uno. El Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE) es una entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Subsecretaría, que se rige por las Leyes y disposiciones generales que le sean de aplicación y por lo dispuesto en el Capítulo III del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado."

Por su parte el artículo 53 de la Ley 6/1997 dispone:

"1. Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Existe pues habilitación legal para dictar la norma reglamentaria antes señalada, y existe sometimiento a una figura jurídica, la entidad pública empresarial, a la que el Ordenamiento Jurídico permite la comercialización directa de bienes y servicios.

Por ello cuando el artículo 4 del Real Decreto 2069/1999 encomienda a Loterías y Apuestas del Estado la "comercialización" de sus productos, además de la gestión y explotación de los mismos, de una parte está admitiendo la comercialización directa, y, de otra parte, sigue un régimen que el es aplicable y que permite dicha comercialización directa por las entidades públicas empresariales.

En tal punto, la Orden impugnada no vulnera norma de rango superior, sino bien al contrario, encuentra cobertura legal a su disposición de comercialización directa por Internet por LAE de sus productos.

Las normas jurídicas que la actora cita, o bien son anteriores al Real Decreto citado, o bien regulan aspectos distintos de la comercialización de los productos. Pero lo cierto es que existe una habilitación legal clara en base a la que se ha dictado el Real Decreto 2069/1999 , que la previsión que este contiene

sobre la comercialización de los productos encuentra amparo legal, y que la Orden impugnada establece la forma de comercialización directa por Internet de los productos de LAE.

Por su parte la Resolución impugnada es desarrollo de la Orden de 20 de julio de 2005 y establece las normas concretas para la realización de las puestas por vía Internet.

La recurrente sostiene que la regulación impugnada constituye un abuso y deslealtad por LAE. Ya hemos señalado que no se aprecia vulneración jurídica alguna por la citada regulación. Lo que es cierto, y resultó claro de la prueba practicada, es que el método de comercialización en Internet ocasiona problemas de orden práctico a los titulares de puntos de venta. Pero ello no supone que exista una vulneración jurídica que convirtiese en ilegal las Disposiciones impugnadas, única cuestión sobre la que puede pronunciarse la Sala, sino la existencia de discrepancias entre LAE y titulares de puntos de venta en relación con la aplicación práctica de las apuestas por Internet. Pero esta cuestión, mientras no implique un vicio de legalidad de la actuación de la Administración, no es asunto que pueda resolverse por los Tribunales de justicia, cayendo dentro del concepto de sujeción especial de los titulares de la concesión administrativa - que no otra es la titularidad de un punto de comercialización de los productos de LAE -, y la determinación de la forma en que la concesión se ejecuta."

No cabe duda, pues, que es competencia del Estado (Ministerio de Economía y Hacienda) establecer los requisitos para la comercialización de los productos en los puntos de venta de la red de distribución. Por tanto, será también competencia del propio Ministerio su modificación y, finalmente, también lo será establecer los requisitos para la comercialización de todos los productos en los puntos de venta y también para establecer las condiciones en las que pueden realizarse directamente por Loterías y Apuestas del Estado.

3. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con al paralela confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad ANAPAL contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de agosto de 2007, a que las presentes actuaciones se contraen, confirmando dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.