

RESOLUCIÓN (Expte. r 265/97, Loterías)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 30 de enero de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la presente Resolución en el expediente r 265/97 (nº1529/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC), incoado para resolver el recurso interpuesto por D. José Luis Romano Catalán en nombre de la Federación Nacional de Asociaciones de Receptores Mixtos contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 8 de octubre de 1997, por el que se acuerda archivar su denuncia contra el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE) por supuestas prácticas discriminatorias y de limitación del desarrollo técnico o las inversiones prohibidas por los artículos 1.1.b) y d) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de febrero de 1997 la Federación Nacional de Asociaciones de Receptores Mixtos formuló denuncia ante el Servicio contra el ONLAE argumentando, en síntesis, lo siguiente:
 - Hasta 1985 existían tres clases de vendedores de juegos del Estado: las Administraciones de Lotería (sólo para la Lotería Nacional), los Despachos Integrales receptores de Apuestas (vendían exclusivamente las Apuestas Deportivas del Estado -quinielas-) y los Despachos Mixtos (locales destinados a otro negocio -normalmente de hostelería- que, adicionalmente vendían Apuestas Deportivas del Estado).
 - El art. 87 de la Ley 50/1984 de 30 de diciembre, creó el ONLAE,

pasando todos los vendedores a depender del mismo.

- El Real Decreto 419/1991 previó que el ONLAE "podía encomendar la comercialización de la totalidad de sus productos a los puntos de venta integrados en su red comercial" (art. 3).
- Sin embargo, el ONLAE no encomendó la comercialización de todos sus juegos a la totalidad de la red comercial. Por el contrario, la Orden Ministerial de 9 de julio de 1993 dividió la Red en dos partes: de un lado la Red Básica integrada por las Administraciones de Lotería y los Despachos Integrales que venden la totalidad de los juegos gestionados por el ONLAE, incluida la Lotería Nacional. De otro, la Red complementaria, integrada por los Despachos Mixtos, que no pueden vender la Lotería Nacional.
- En consecuencia, se produce una situación discriminatoria respecto de los Despachos Mixtos que lleva aparejada otras accesorias en relación a los traslados, publicidad, carteles y terminales. Los hechos referidos suponen una infracción de los artículos 1.1.b) y d) de la LDC.

2. El Servicio archivó la denuncia considerando que:

- No cabe aplicar el art. 1 LDC al no existir un acuerdo de voluntades, sino sólo la actuación unilateral de ONLAE en uso de sus atribuciones como monopolio legal.
- Aunque no haya sido objeto de la denuncia, tampoco puede apreciarse un abuso de posición de dominio por cuanto que la naturaleza de la actividad exige una limitación de los puntos de venta y los criterios del ONLAE están justificados por la distinta dedicación -exclusiva o compartida con otros negocios- de los despachos integrales o mixtos.

3. El denunciante recurrió en plazo discutiendo los criterios de aplicación de la Orden Ministerial de 9 de julio de 1993.

El de optimización de las ventas por considerar que las correspondientes a la Lotería Nacional están disminuyendo por no existir puntos de venta suficientes.

El de la viabilidad económica de los establecimientos porque no se aplica a los Despachos Mixtos al no permitírseles la venta de Lotería Nacional.

Cuestiona el cambio de modelo de gestión y lo atribuye a razones históricas y a la presión de los titulares de Administraciones de Lotería.

De acuerdo con ello estima que existe acuerdo entre dos sujetos como son el ONLAE y el colectivo de loteros.

4. El Servicio señala que no se han formulado argumentos que cuestionen la habilitación del ONLAE para decidir sobre la comercialización, evitando discutir la habilitación legal que ostenta. Tampoco se argumenta contra la diferente dedicación que justifica el poder vender o no Lotería Nacional. Finalmente manifiesta que no existe indicio alguno del presunto pacto entre el ONLAE y los Despachos de Loterías.
5. El ONLAE niega la disminución de ventas en la Lotería Nacional y afirma que los Despachos Mixtos han mantenido sus derechos e incrementado las ventas.

Señala que está en estudio una propuesta que les permita comercializar la Lotería Nacional, que la integración efectuada responde a la necesidad de posibilitar una estructura más racional y comercial, que los órganos jurisdiccionales han justificado las diferencias entre unos y otros establecimientos y que no existe concertación sino ejercicio de atribuciones legalmente conferidos.

6. Son interesados:
 - Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.
 - Federación Nacional de Asociaciones de Receptores Mixtos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión debatida en el presente recurso es la negativa del Servicio a la pretensión del recurrente de que se declarara la ilicitud de la discriminación realizada por el ONLAE al no permitir la comercialización de la Lotería Nacional a los Despachos Mixtos.

El recurrente funda su argumentación en un razonamiento básico según el cual el artículo 3 del Real Decreto 419/1991 habría permitido al ONLAE "encomendar la comercialización de la totalidad de sus productos a los puntos de venta integrados en su red comercial". Partiendo de esta premisa imputa al citado Organismo un acuerdo con el colectivo de titulares de las Administraciones de Lotería para excluir de la comercialización de algún juego a los Despachos Mixtos, incurriendo así en prácticas discriminatorias y, complementariamente, conductas prohibidas limitativas del desarrollo técnico o las inversiones.

2. Este razonamiento que, como se ha señalado, constituye el núcleo del recurso no puede ser admitido por lo que a continuación se expone.

El sistema de comercialización de los juegos del Estado no es disponible para el ONLAE. Aunque el artículo 3 del Real Decreto 419/1991 permite a dicho Organismo encomendar la comercialización de la totalidad de sus productos a los puntos de venta que integran su red comercial, añade a continuación que ello será "en las condiciones que determine el Ministerio de Economía y Hacienda", que queda expresamente habilitado por el Real Decreto citado para dictar las normas complementarias del mismo.

3. Partiendo de dicha habilitación se aprobó la Orden Ministerial de 9 de julio de 1993 que regula la red de ventas distinguiendo entre la red básica y la complementaria. A la primera le exige la comercialización de la totalidad de los productos y a la segunda la de uno o varios de ellos, de acuerdo con las normas en vigor. Ni las Normas de Establecimientos Receptores de 1980, ni las cláusulas de los contratos suscritos por el ONLAE les permiten la comercialización de la Lotería Nacional.

La presunta discriminación tiene su origen, por tanto, no en una conducta autónoma del ONLAE -y menos en un hipotético acuerdo con el colectivo de titulares de Administraciones de Loterías del que, por otra parte, no se ha aportado más prueba que la convicción de la recurrente-, sino en una disposición de carácter general dictada por quien estaba habilitado para ello.

4. Aún habiendo existido alguna polémica sobre la titularidad de la potestad reglamentaria, puede sostenerse, al menos, el criterio del Consejo de Estado "sobre el sentido y alcance de la potestad reglamentaria a la luz del vigente ordenamiento jurídico". Según estimó mayoritariamente el supremo Organismo Consultivo, *"en su dictamen 55.737/1991, de 30 de mayo, recordó el Consejo de Estado que constituye una cuestión intensamente debatida en la doctrina científica la relativa al alcance de la potestad reglamentaria (órgano competente, plazo para su ejercicio, ámbito material propio, etc.). Su examen, tras la Constitución de 1978 debe hacerse necesariamente a la luz del artículo 97 de la Norma Fundamental, en cuanto que residencia en el Gobierno la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, que deberá ejercitarla de acuerdo con la Constitución y las leyes.*

La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, posteriores a la Constitución, han ido interpretando el citado artículo 97, solventando así las dudas iniciales que pudieran plantearse en cuanto a su sentido y alcance. Sin entrar ahora en profundidad en el examen de dicho precepto constitucional, interesa destacar que el Gobierno, en cuanto tal órgano, es el titular "originario" de la potestad reglamentaria, lo

que no obsta para que, otros órganos diversos puedan dictar normas reglamentarias siempre que tengan una habilitación legal o incluso reglamentaria específica suficiente. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su sentencia 13/1988, de 4 de febrero (fundamento cinco) en la que rechazó "...el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda, a su vez, conferirla válidamente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria, por ser originaria (art. 97 CE), no excluye la posibilidad de delegaciones singulares". En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sus sentencias de junio de 1982 (AR. 3635) y 8 de junio de 1990 (AR 4971), así como este Consejo en su Memoria correspondiente a 1989.

Por ello, para que órganos distintos del Gobierno puedan dictar válidamente normas reglamentarias se exige -al no ser titulares de la potestad reglamentaria "originaria"- una previa habilitación legal o reglamentaria. Dicha habilitación podrá ser más o menos genérica, pero su existencia será imprescindible para que el órgano distinto del Gobierno pueda válidamente dictar reglamentos, especialmente cuando vayan más allá de lo que parte de la doctrina alemana denominó "reglamentos administrativos" -frente a los "reglamentos jurídicos"-, esto es, los denominados reglamentos internos reguladores de la organización de la propia Administración y, en general, de su funcionamiento". (Consejo de Estado. Recopilación de doctrina legal 1992, pag. 55 y 56).

5. Como antes se señaló, en el presente expediente existía habilitación para dictar la Orden Ministerial de 9 de julio de 1993 y si se estima que era insuficiente o se excedieron los límites de aquélla, la impugnación de la norma debe residenciarse ante los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa.

A este respecto debe señalarse que esta circunstancia se ha producido, habiendo ratificado el Tribunal Supremo la legalidad del art. 3 del Real Decreto 419/1991. (Sentencia de 7 de julio de 1997. Folios 79 y ss.).

La Audiencia Nacional ha ratificado la legalidad de la Orden Ministerial de 3 de julio de 1993 afirmando que ..."los Despachos Receptores de apuestas Deportivas no ostentaban ningún derecho absoluto a comercializar la totalidad de los productos que gestiona el ONLAE". Y añade que "la Administración en ejercicio de sus facultades integra la red comercial, estableciendo unas condiciones que no suponen privar a los despachos de derechos adquiridos, sino ampliar su campo de actuación en un marco que se redefine en esta Orden Ministerial". (Sentencia de 18 de marzo de 1997. Folios 91 y ss.).

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por la Federación Nacional de Asociaciones de Receptores Mixtos contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 8 de octubre de 1997, por el que acordó el archivo de la denuncia presentada contra el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.