

5/08 APLICACIÓN DE LA LEY 30/2007 A LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO. PODER ADJUDICADOR

Aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado. Examen de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador. Doctrina constitucional sobre el ámbito de competencias del Estado y de las comunidades autónomas en lo que se refiere al monopolio fiscal de loterías*.

Se ha recibido en esta Asesoría Jurídica, petición de informe relativo a delimitación del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, y en relación al mismo se informa cuanto sigue.

La solicitud de informe se formula en los siguientes términos:

I. «Con fecha 30 de octubre de 2007 se aprobó la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que supone la transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta nueva norma de contratación, además introduce modificaciones importantes que permiten dar solución a problemas que la experiencia ha ido poniendo de relieve.

Como consecuencia de esta nueva normativa y de su entrada en vigor, que se producirá el próximo día 1 de mayo, y dado que tal y como establece el punto 1, e) de la norma Loterías y Apuestas del Estado, como Entidad Pública Empresarial, forma parte del Sector Público, se plantea ante esa Abogacía del Estado la cuestión de delimitar el ámbito de aplicación de la citada Ley de contratación en lo que se refiere a la actividad de la mencionada Entidad Pública Empresarial, máxime cuando el párrafo segundo del apartado 2 de la letra e) del punto 2 mismo artículo excluye expresamente del concepto de Administración Pública a las Entidades

* Informe elaborado por Antonio Panizo García, Abogado del Estado-Jefe de la Asesoría Jurídica de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, el 9 de abril de 2008 –previa conformidad de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado con el proyecto de informe sometido a consulta, por Oficio de 8 de abril de 2008–, a petición del Ilmo. Sr. Director General de Loterías y Apuestas del Estado.

Públicas Empresariales, y de acuerdo con el apartado b) del punto 3 –igualmente de este artículo– relativo al ámbito de aplicación, entiende como poderes adjudicadores las entidades que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

A dicho efecto, y con objeto de que esa Abogacía de Estado pueda llevar a cabo el dictamen que se solicita, es necesario realizar las siguientes matizaciones:

Primero. Loterías y Apuestas del Estado fue constituida como entidad pública empresarial mediante el artículo 70 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, de conformidad con lo previsto para dichas entidades, 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, sin que en dicha norma constitutiva o de adaptación se estableciese expresamente su creación para la satisfacción de necesidades de interés general. En ese sentido debe recordarse, por un lado, que este tipo de entidades, de acuerdo con el artículo 53 de la LOFAGE tienen por objeto, entre otras, la realización de actividades prestacionales o la gestión de servicios, y por otro lado que la actividad de Loterías y Apuestas del Estado es la organización, gestión y comercialización de juegos, actividad esta, la relativa a juegos, apuestas o loterías, que ha sido calificada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de “actividad comercial de prestación de servicios (sentencias de Schindler, Taara, Zenatti, Gambelli, Placania, etc...)”

Asimismo, la LOFAGE establece en el artículo antes citado que las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho Privado salvo lo que se refiere a las potestades administrativas. Y Loterías y Apuestas del Estado, en cuanto a su régimen de funcionamiento, como no podía ser menos, evidentemente, se rige de esa forma, tal y como lo establece el artículo 3 del Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre. Asimismo, y desde la perspectiva legal, el punto 3 del artículo 70 de la Ley 50/1998, señala que la contratación en aquellas materias propias de su actividad industrial se regularán por el Derecho Privado. Materias que abarcan a la práctica totalidad de la actividad de la Entidad Pública Empresarial, como así lo demuestra el artículo 4 del Real Decreto 2069/1999, de acuerdo con la redacción del R.D. 1029/07, de 27 de julio, que define todas las funciones de carácter industrial o comercial, y que desde luego se refieren a la gestión de los juegos.

Consecuentemente con lo expuesto, a la vista del precepto del Real Decreto citado, debe señalarse que la actividad de Loterías y Apuestas del Estado es de carácter industrial o comercial.

Segundo. Es cierto que Loterías y Apuestas del Estado lleva a cabo determinadas actividades que implican la realización de potestades admi-

5/08 nistrativas (si es que así pueden llamarse las que realiza), en concreto las relativas a la autorización de combinaciones aleatorias o rifas. Ahora bien, este hecho debe considerarse de una forma aislada y de escasa trascendencia, porque en ningún supuesto significa la regulación de un sector, como es el del juego, o la potestad de autorización a otras entidades para su práctica, competencia esta exclusivamente del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Únicamente se trata de la autorización para la realización determinadas prácticas comerciales, generalmente de promoción de un bien, producto o servicio. Asimismo, las tasas correspondientes no forman parte de la facturación de Loterías y Apuestas del Estado, y por tanto tampoco se ingresan por los particulares en su cuenta, sino en la Agencia Tributaria, la cual ostenta, además, la competencia sancionadora tanto en materia tributaria sobre este tipo de actividad como en relación con los juegos ilegales.

Por otra parte, se dice que tienen una mínima relevancia esta actividad no sólo por el volumen económico ya citado, sino por cuanto, para hacerse una idea clara de ello basta señalar que, de un total de 600 personas trabajando en la Entidad, solamente hay una sección con 3 empleados tramitando dichas autorizaciones.

Tercero. Loterías y Apuestas del Estado, de conformidad con su actividad industrial o comercial y con la calificación de Entidad Pública Empresarial, se encuentra dentro del Sector Público Empresarial (no administrativo), de acuerdo con el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria y los fondos que se ingresan posteriormente al Estado son el resultado de su gestión comercial, sin que, consecuentemente, formen parte de los derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal, de conformidad con lo previsto en el artículo 5,2 de esta norma presupuestaria. Igualmente debe señalarse que Loterías y Apuestas del Estado, por su naturaleza, es una entidad que dispone de presupuesto propio, no limitativo, y con un régimen contable basado en los principios y normas recogidos en el Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad para las empresas españolas.

Consecuentemente, su gestión y funcionamiento se lleva a cabo con fondos procedentes exclusivamente de su actividad comercial, sin que, en ningún caso, procedan de poder adjudicador alguno.

Cuarto. En cuanto a la actividad que realiza Loterías y Apuestas del Estado, calificada como industrial o comercial, y así lo establece la normativa ya citada a lo largo de este escrito, en ningún caso puede ser considerada como monopolística sino de auténtica competencia en el mercado o sector del juego dentro de España. No puede olvidarse que se ha pasado de una situación, hasta 1977, en donde el juego estaba prohibido a otra, en

el día de hoy, en el que es un servicio más dentro de la actividad comercial de carácter general.

Es cierto que la actividad de juego se encuentra sujeta a un régimen de autorización o control por parte del Estado o de las Comunidades Autónomas, pero ello es exclusivamente por una cuestión de defensa del consumidor y de conocimiento del mercado, y en ningún caso esto implica que no exista una libre competencia. De hecho es al contrario, y en la actualidad, a diferencia de tiempos pasados, existen multiplicidad de juegos y de empresas de juegos como son: los casinos, los bingos, las máquinas recreativas con premios en metálico, la ONCE, los juegos que comercializa la Generalidad de Cataluña, Loterías y Apuestas del Estado, etc... Todo ello sin mencionar que, a partir del mes de septiembre de este año 2008, en la Comunidad Autónoma de Madrid y País Vasco (próximamente Valencia y Cataluña) y como consecuencia de su normativa habrá múltiples operadores de apuestas.

En el anexo adjunto puede verse como LAE es un operador más dentro del mercado de juegos en el año 2007. De hecho, en ese ejercicio, el volumen del mercado de juegos ha sido de 29.300 millones de euros y la facturación comercial de LAE, aproximadamente, un 30 % de esa cantidad. Evidentemente, a partir de los próximos ejercicios, estas cifras será muy diferentes como consecuencia de los futuros nuevos operadores licenciatarios de las CC. AA.

Quinto. En relación con lo expuesto anteriormente de la naturaleza comercial de la Entidad, y con objeto de definir la independencia del funcionamiento de LAE respecto de la Administración General del Estado, en cuanto a su actividad comercial en el mercado de juego, debe señalarse que la Dirección General dispone de competencias para el establecimiento de los precios de sus productos en el mercado sin necesidad de autorización alguna por parte de cualquier otro órgano de la Administración. En concreto, tiene potestad, de acuerdo con la Instrucción General de Loterías, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, y con el Real Decreto 1360/1985, en su redacción dada por el artículo segundo del Real Decreto 208/2004, de 6 de febrero.

De hecho, la Dirección General establece de forma autónoma su planificación comercial y económica para cada año, en orden a la obtención del óptimo rendimiento de su actividad. Y para ello puede modificar los precios o el número de series de Lotería tal y como ha venido haciendo a lo largo de los años.

En conclusión, y de conformidad con lo expuesto, se solicita de esa Abogacía del Estado informe sobre aquellos aspectos que, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, son de aplicación a la Entidad Pública Empresarial de Loterías y Apuestas del Estado.»

II. La cuestión planteada por la entidad pública empresarial se centra en si la misma reúne o no la condición de poder adjudicador a los efectos de lo establecido Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Para ello habremos de determinar con carácter general qué entidades públicas empresariales tienen consideración de poderes adjudicadores y cuales no, para analizar a continuación, si la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado (EPELAE) es encuadrable en uno u otro grupo.

El artículo 3, apartados 2 y 3, de la LCSP, establece:

«2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su acti-

vidad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.»

Así las cosas las entidades públicas empresariales no tienen, a los efectos de la LCSP, la consideración de Administraciones Públicas.

No obstante, de acuerdo con el criterio sentado por la Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado dependientes de la Administración General del Estado (Instrucción 1/2008) en interpretación del artículo 3.3 de la LCAP –epígrafe A, números 1 y 2, del apartado I de la Instrucción–, el concepto de entes, organismos y entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores «(...) resulta de la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Ha de tratarse de entes, organismos o entidades –es indiferente su forma de personificación jurídica y, por tanto, carece de trascendencia que se trate de personificación jurídico-pública o de personificación jurídico-privada– que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.

b) Ha de cumplirse, al menos, una de las tres siguientes exigencias: 1) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; 2) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores controlen su gestión, y 3) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.»

Por el contrario, señala la Instrucción, el concepto de entidades que no son poderes adjudicadores «(...) resulta por contraposición del concepto de poderes adjudicadores y, más concretamente, por contraposición del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior: si este requisito consiste en que el ente, organismo o entidad haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, se estará en presencia de un ente, organismo o entidad que no tendrá la condición de poder adjudicador cuando el mismo haya sido creado para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial para la que haya sido creado el ente, organismo o entidad.

Fijados así el concepto de ente, organismo y entidad que tiene la condición de poder adjudicador y el concepto de ente, organismo y entidad que no tiene la consideración de poder adjudicador, la distinción entre uno y otro se reconduce, como fácilmente se comprende, a la distinción entre

5/08 la finalidad mercantil (o industrial) y la finalidad no mercantil (o no industrial) para la que haya sido creado el ente, organismo o entidad.

En este punto, y puesto que los conceptos que sanciona la LCSP están tomados del Derecho Comunitario, debe traerse a colación la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a propósito de la distinción entre entidades que satisfacen fines (de interés general) no mercantiles o industriales y aquéllos que se ordenan a la satisfacción de necesidades (de interés general) que tienen carácter mercantil o industrial.

La doctrina mantenida por el TJCE (entre otras, sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C-373/00; Feria de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99; Gemeente Arnhem de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Korhonem de 22 de mayo de 2003, C-18/01; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C-353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C283/00; Sociedades Anónimas de Vivienda de Alquiler Moderado de 1 de febrero de 2001, C-237/99; BFI Holding de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Universale Bau de 12 de diciembre de 2002, C-470/99) se caracteriza por utilizar, de manera no uniforme, distintos criterios, resolviendo cada caso en función de sus particulares circunstancias, sin que exista una construcción acabada de cada una de esas dos categorías o conceptos, proporcionando tan sólo pautas de orientación. Como tales pautas o criterios pueden señalarse los siguientes:

- Consideración del objeto de la entidad y organismo: la vinculación del objeto a potestades públicas (en alguna sentencia se habla de vinculación al orden público) y, como consecuencia de ello, la inexistencia de un mercado para los bienes o servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil o industrial. Por otra parte, y en lógica relación con la consideración del objeto de la entidad u organismo, habrán de tenerse en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad u organismo.

- Existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.

- Existencia de mecanismos para compensar pérdidas: la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de Administraciones Públicas) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta no soporte el riesgo de sus actividades o que, aun soportándolo, el poder público que la creó procedería, llegado el caso, a recapitalizarla, evitando situaciones concursas-

les, permite apreciar que no se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial. **5/08**

– Sistema de fijación de precios: la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad que se considere con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial; por el contrario, la fijación de los precios de los bienes o servicios por órganos del poder público inclina a la negación del carácter mercantil o industrial.

La diversidad de criterios que toma en consideración la jurisprudencia del TJCE y, especialmente, la circunstancia de que no todos ellos han sido aplicados conjuntamente en cada uno de los casos enjuiciados por dicho Tribunal, aconseja que, atendiendo principalmente al objeto de la entidad u organismo que en cada caso se considere, se proceda a una ponderación del conjunto de dichos criterios.»

III. Sentados así los criterios redistinción entre los dos grupos, entidades que son poderes adjudicadores y entidades que no lo son, procede analizar el régimen jurídico de EPELAE para determinar si la misma ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, en cuyo caso no tendrá la condición de poder adjudicador, o por el contrario haya sido creada para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial, en cuyo caso no reunirá la condición de poder adjudicador.

El régimen jurídico de EPELAE se contiene en el artículo 70 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (L 50/1998) por la que se adapta el Organismo Autónomo Loterías y Apuestas del Estado a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) adoptando la forma de entidad pública empresarial, y el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial de Loterías y Apuestas del Estado, aprobado por Real Decreto 2069/1999, de 30 de diciembre, modificado por Real Decreto 1029/2007, de 20 julio (EPELAE).

La L 50/1998 no define las actividades de la entidad si bien aquellas no son otras que la que venía ejerciendo el Organismo Autónomo Loterías y Apuestas del Estado en relación a los juegos de titularidad estatal.

Más concretos son los artículos 4 y 5.1 del EPELAE que disponen:

«Artículo 4. Actividad industrial y otras funciones.

1. Constituye la actividad industrial y comercial de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, sujeta a derecho privado en los términos del artículo 53.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, toda la relativa a la gestión, explotación y comercialización de juegos, y en particular la referida a:

a) 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.

b) La gestión, explotación y comercialización de las apuestas mutuas deportivo-benéficas, en cualquiera de sus modalidades, así como cualesquiera otros concursos de pronósticos que se realicen sobre resultados de eventos deportivos.

c) 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.

2. Otras funciones de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado son:

a) 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.

b) La realización de cuantas actividades y servicios relacionados con los juegos le sean encomendados cuando expresamente se establezca que no forman parte de la actividad industrial prevista en el punto uno de este artículo.»

«Artículo 5. Autorizaciones.

1. Es competencia exclusiva de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado la autorización de la organización y celebración de sorteos, loterías, rifas, combinaciones aleatorias y, en general, cualquier apuesta cuyo ámbito de desarrollo o aplicación exceda de los límites territoriales de una concreta Comunidad Autónoma, y las apuestas deportivas, sea cual sea su ámbito territorial, así como la liquidación de las tasas correspondientes.»

Por su parte el artículo 3 dispone:

«Artículo 3. Régimen jurídico y funcional.

1. La entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado se regirá por las normas del Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en lo específicamente regulado en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en la legislación presupuestaria en este Estatuto.

En consecuencia, para el cumplimiento de sus funciones, con las excepciones señaladas en el apartado anterior, la entidad pública podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y mercantil. Asimismo podrá realizar cuantas activi-

dades comerciales o industriales estén relacionadas con dichas funciones, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

2. Las cuestiones relativas a la regulación de los juegos de titularidad estatal y al régimen de autorizaciones previsto en el artículo 5 de este Estatuto se regirán por las normas del derecho administrativo.»

A la vista de estos artículos del EPELAE aparecen claramente configurados tres grupos de actividades, las reguladas en el artículo 4.1 que se califican como actividad comercial e industrial de la Entidad y se sujetan expresamente por dicho precepto y por el artículo 3.1 a Derecho privado, las de autorización de juegos previstas en el artículo 5 que se sujetan a Derecho administrativo, y otras que no se califican expresamente, previstas en el apartado 4.2, que sólo se regularan por Derecho administrativo en cuanto puedan calificarse de regulación de juegos de titularidad estatal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5.2 o en cuando así este previsto por otras normas, como sucede con el Real Decreto 1082/1985, de 11 junio, por el que se regula la clasificación, provisión, funcionamiento, traslado y supresión de las Administraciones de loterías.

Para terminar de delimitar el ámbito propio de actuación de EPELAE es preciso por último delimitar el ámbito de competencias del Estado y de las comunidades autónomas en particular en lo que se refiere al monopolio fiscal de loterías.

El Tribunal Constitucional ha ido definiendo el ámbito competencial en la materia en abundante jurisprudencia (SSTC 163/1994, Pleno, de 26 mayo, 164/1994, Pleno, de 26 mayo, 216/1994, Pleno, de 14 julio, 49/1995, Pleno, de 16 febrero, y 171/1998, Pleno, de 23 julio).

Así la STC 171/1998 resume la doctrina constitucional en la materia:

«[...] Comenzábamos diciendo allí que a pesar de la falta de mención expresa al Juego en abstracto en los arts. 148.1 y 149.1 de la CE y en los Estatutos de Autonomía, esta materia en el sistema constitucional de distribución de competencias ha sido atribuida a las Comunidades Autónomas bajo el uniforme título de “casinos, juegos y apuestas con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas”, en sus respectivos Estatutos. Por ello, de acuerdo con el art. 149.3 de la CE, y dado que en el art. 149.1 no se reserva expresamente al Estado dicha materia, cabe afirmar que “corresponde a la Generalidad de Cataluña, de acuerdo con el art. 9.32 EAC, la competencia exclusiva sobre los casinos, juegos y apuestas, excepto las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas (STC 52/1988, fundamento jurídico 4.º) y que la misma comprende la de organizar y autorizar la celebración de juegos en el territorio de la Comunidad Autónoma” (SSTC 163/1994, fundamento jurídico 3.º y 164/1994, fundamento jurídico 4.º), precisamente en dicho territorio, pero no, evidentemente, la de cualquier juego en todo el territorio nacional puesto que el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía limita al territorio de la Comunidad el ámbito en el que ha de desenvolver sus competencias. Por otra parte, ni el silencio del art. 149.1 de la CE respecto al género juego, ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía, entre ellos

el de Cataluña, califiquen de exclusiva la competencia autonómica en cuanto a juegos y apuestas puede interpretarse como determinante de un total desapoderamiento del Estado en la materia, pues ciertas actividades que, bajo otros enunciados el art. 149.1 de la CE atribuye a aquél, se encuentran estrechamente ligadas con el juego en general y no sólo la que le reserva el art. 149.1.14 de la Constitución respecto de la gestión y explotación en todo el territorio nacional del Monopolio de la Lotería Nacional, sin perjuicio de las competencias de algunas Comunidades Autónomas en materia de juego (SSTC 163/1994, fundamento jurídico 4.º; 164/1994, fundamento jurídico 5.º; 216/1994, fundamento jurídico 2.º y 49/1995, fundamento jurídico 3.º) (FJ 6).

«[...] Por eso afirmábamos que, *ex art.* 149.1.14 de la CE, corresponde al Estado “en razón de su naturaleza de fuente de la Hacienda estatal, la gestión del Monopolio de la Lotería Nacional y con él la facultad de organizar loterías de ámbito nacional”, así como “en cuanto suponen un derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado, el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones administrativas para la celebración de sorteos, loterías, rifas, apuestas y combinaciones aleatorias solamente cuando su ámbito se extienda a todo el territorio del Estado” (SSTC 163/1994, fundamento jurídico 8.º; y 216/1994, fundamento jurídico 2.º) declaramos en las SSTC 164/1994 y 216/1994 la titularidad de la competencia estatal para la organización y puesta en explotación de la Lotería Primitiva o de Números y las modalidades de la misma denominadas “Bono Loto” y “el Gordo de la Primitiva”. Así, como (añadíamos) que “el Monopolio Fiscal, primera actividad propia sobre la Lotería, se extiende a los demás juegos de suerte que pueden concurrir con ella y asume la competencia para autorizarlos” (STC 163/1994, fundamento jurídico 5.º). [...]» (FJ 7).

IV. Delimitado el ámbito de actuación de EPELAE en sus normas y por la doctrina constitucional en materia de juego, procederemos a examinar si a la luz de la jurisprudencia del TJCE el organismo ha sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, o por el contrario se trata de satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.

1. Consideración del objeto de la entidad y organismo.

El objeto de la entidad es, como se ve la gestión del juego de titularidad estatal y, a virtud de la jurisprudencia constitucional señalada, el mismo se articula esencialmente en la gestión del monopolio fiscal del Estado que en virtud del artículo 149.1.14 de la CE al mismo corresponde.

En efecto, tanto las actividades enumeradas en el artículo 4 como las del artículo 5 del Estatuto tienen su conexión inmediata sobre el juego de competencia estatal y, más concretamente, con la gestión del monopolio fiscal.

No obstante la existencia de un monopolio fiscal del Estado no determina la inexistencia de mercado del juego, en efecto el juego en España no se limita a aquellos que forman parte del monopolio fiscal, sino que es mucho más amplio, así existen en la actualidad una multiplicidad de juegos distintos de los gestionados por EPELEA y en consecuencia una mul-

tipicidad de operadores distintos de ella, por lo que con independencia de la titularidad de determinadas modalidades que conforman el monopolio, la participación de EPELAE no excede del 30 por ciento del conjunto de la actividad del juego en España.

A ello hay que añadir que el Estado no es la única autoridad reguladora del juego, sino antes bien que su actividad tiene carácter residual respecto de la Administración de las Comunidades Autónomas, limitándose al monopolio fiscal y a aquellos cuyo ámbito sea el territorio nacional o excedan del territorio de una Comunidad Autónoma.

De otra parte, como acertadamente señala la petición de informe, la jurisprudencia del TJCE califica la actividad de juego como una actividad comercial de prestación de servicios, a la que puede sujetarse a limitaciones, pero en modo alguno como una actividad de intereses general o vinculada al ejercicio de potestades públicas o de orden público.

En particular y por último, ha de señalarse que la actividad de autorización del juego prevista en el artículo 5 del EPELAE no constituye a nuestro juicio el ejercicio de potestades públicas o de orden público, pues no tiene por objeto regular una actividad material de acuerdo con las exigencias del interés general, sino antes bien, como señala el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia antes citada, tiene su fundamento en la propia actividad de juego atribuida al organismo en cuanto dichas autorizaciones «suponen una derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado.»

En suma atendiendo al objeto de EPELAE la misma ha sido creada para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, que se producen en el mercado del juego, y no necesidades de interés general sin ese carácter.

2. Existencia de una competencia desarrollada.

La existencia de una competencia desarrollada ha sido expuesta detalladamente con anterioridad, es además lo cierto que esa competencia tiende a ampliarse dada la nueva regulación autonómica que prevé el otorgamiento de concesiones y autorizaciones del juego y que en la petición de informe se cita.

3. Existencia de mecanismos para compensar pérdidas.

EPELAE se autofinancia plenamente de su propia actividad de juego sin que sus normas prevean mecanismos de compensación de pérdidas.

Así resulta de los artículos 22 y 23.1 del EPELAE que disponen:

«Artículo 22. Recursos económicos de la entidad.

La entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración

General del Estado, para el ejercicio de sus fines dispondrá de los siguientes recursos:

- a) Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
- b) Los productos y rentas de dicho patrimonio.
- c) Los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones vigentes.
- d) Cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido.»

«Artículo 23. Régimen de ingresos.

1. Serán ingresos de la entidad pública empresarial:

- a) Los que de conformidad con la legislación vigente corresponden al mismo en su marco jurídico anterior.
- b) Los que se deriven de la realización de las funciones que tiene encomendadas.
- c) Las compensaciones que perciba por la prestación de servicios de gestión en materia de juegos a Administraciones públicas españolas o extranjeras.
- d) Cualquier otro ingreso de carácter público o privado que pudiera corresponderle.»

4. Sistema de fijación de precios:

Como señala la petición de informe el Director General de EPELAE dispone de competencias para el establecimiento de los precios de sus productos en el mercado sin necesidad de autorización alguna por parte de cualquier otro órgano de la Administración. En concreto, tiene potestad, de acuerdo con la Instrucción General de Loterías, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, y con el Real Decreto 1360/1985, en su redacción dada por el artículo segundo del Real Decreto 208/2004, de 6 de febrero.

De hecho, la Dirección General establece de forma autónoma su planificación comercial y económica para cada año, en orden a la obtención del óptimo rendimiento de su actividad, y para ello puede modificar los precios o el número de series de Lotería tal y como ha venido haciendo a lo largo de los años.

CONCLUSIÓN

Única. Ponderados en su conjunto dichos criterios jurisprudenciales entiende esta Asesoría jurídica que la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado no ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, sino antes bien necesidades que tiene carácter industrial o mercantil y, por ende, no es poder adjudicador a los efectos señalados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.