



Roj: **STSJ M 2428/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:2428**

Id Cendoj: **28079330062016100120**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/03/2016**

Nº de Recurso: **122/2015**

Nº de Resolución: **168/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **EVA ISABEL GALLARDO MARTIN DE BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 2428/2016,**
STS 2399/2017

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0002998

Procedimiento Ordinario 122/2015

Demandante: ORGANIZACION IMPULSORA DE DISCAPACITADOS (O I D)

PROCURADOR D./Dña. ESTEBAN CARLOS MARTINEZ ESPINAR

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Ponente : Sra. Gallardo Martín de Blas.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Sexta

SENTENCIA Núm. 168

Ilmos. Sres.

Presidente:

D^a. Teresa Delgado Velasco.

Magistrados:

D^a. Cristina Cadenas Cortina.

D^a. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas

D. José Ramón Giménez Cabezón.

D. Luis Fernández Antelo.



En la Villa de Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo, promovido por el Procurador Sr. Martínez Espinar, en nombre y representación de la **ORGANIZACIÓN IMPULSORA DE DISCAPACITADOS (OID)**, contra la Resolución dictada, en fecha 15 de Diciembre de 2014, por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución dictada, en fecha 25 de Junio de 2012, por la Dirección General de Ordenación del Juego; ha sido parte la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda , lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte Sentencia por la que anulen las resoluciones recurridas reconociendo el derecho de la recurrente a llevar a cabo el sorteo solicitado. En Otrosí solicita de esta Sección que plantee la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO .- Verificada la contestación a la demanda, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO .- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 7 de Marzo de 2016.

QUINTO .- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso se interpone por la Asociación recurrente contra la Resolución dictada, en fecha 25 de Junio de 2012, por la Dirección General de Ordenación del Juego que en contestación a la solicitud de la actora de otorgamiento de título habilitante para la celebración de un Sorteo denominado "EUROBOLETO y EUROMILLONARIO, EUROBOLETO y EUROMILLONARIO ONLINE, BUSCA OID, BUSCA OID ONLINE, BUSCA OID TUS 25.000 y BUSCA OID TUS 25.000 ONLINE " en el ámbito territorial de todo el Estado Español cuya organización y gestión íntegra se realizaría por la OID y bajo su exclusiva responsabilidad, y con las condiciones técnicas, datos económicos financieros, actividad benéfico-asistencial y fines y función social constaban en las Memorias aportadas.

La resolución originaria del Director General de Ordenación del Juego resolvió que, habiéndose solicitado título habilitante para unos sorteos para los que ya se había solicitado título habilitante el día 8 de Agosto de 2011 con excepción de algunos detalles que no afectan a la naturaleza de los sorteos que fue desestimada por tratarse de la comercialización de esos juegos y no ajustarse la solicitud a lo establecido en la ley 13/2011 en el modo de lotería y estando éstas reservadas en virtud de los artículos 3 y 4 de la Ley 13/2011 a la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) como operadores para la comercialización de los juegos de loterías regulados en la propia Ley, no concedía el título habilitante porque carecía la solicitante del reconocimiento legal para obtener la autorización para la comercialización de Loterías de ámbito estatal y no resultaba posible tramitar su solicitud.

Recurrida en alzada dicha resolución el Secretario de Estado resolvió e 15 de Diciembre de 2014 su desestimación porque la actividad estaba restringida a los operadores autorizados y porque no reunía el requisito de que su solicitud sea de autorizaciones esporádicas a tenor de la D.A 1ª.3 y del artículo 2.2 del R.D. 1614/2011 de desarrollo de la Ley 13/2011 como lo prueba las Sentencias dictadas impugnando denegaciones de autorizaciones para realizar sorteos. Consideró que no se infringían los artículos de la Constitución invocados remitiéndose a Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 2013 añadiendo que no cabía la subsanación de la solicitud según el artículo 71 de la Ley 30/92 . En cuanto a los requisitos técnicos al ser la misma solicitud que la formulada en 2011 los requisitos técnicos también eran los mismos por los que los conocía por la desestimación de 8 de Agosto de 2011.

SEGUNDO .- . El objeto del presente recurso se centra en determinar si la recurrente cumple los requisitos legales para obtener el título habilitante para celebrar los sorteos especificados en la solicitud y, si en consecuencia, las resoluciones recurridas son conformes a Derecho o no .

La parte actora alega, en esencia, que para llevar a cabo los fines establecidos en las normas estatutarias necesita de importantes medios económicos optando por el Boleto del Discapacitado. Considera que las



resoluciones incumplen la Ley 13/2011 porque su caso como entidad sin fines lucrativos y finalidad benéfica está contemplado en dicha ley de forma que el Ministerio de Economía y Hacienda podía autorizar la gestión y comercialización de juegos de lotería por otro operador además de los designados en el artículo 4 de la Ley. Añade que el sorteo solicitado por la recurrente contribuye a impulsar el Estado Social y otros principios constitucionalmente previstos. Alega que es una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios consagradas en los artículos 49 y 56 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), porque no se ampara ni en orden público, ni en la seguridad ni en la salud pública y las razones del Estado Español que son la lucha contra el fraude fiscal, contra la adicción al juego, la financiación de infraestructuras y proyectos de utilidad pública y la protección del orden social y la protección de los consumidores no son razones imperiosas de interés general. Considera vulnerado el artículo 9.2 de la Constitución Española en base al que los poderes públicos están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales como las medidas de acción positiva y el artículo 10.2 y del artículo 14 en relación con los artículos 9.2 , 1.1 , 22 , 35 y 49 de la Constitución Española .

El Abogado del Estado alega, en esencia, que según el documento Bases y condiciones técnicas de organización y celebración de los sorteos, en la Memoria económica y Memoria Benéfico-asistencial se observa que los sorteos solicitados se realizarían de forma continua en el tiempo de forma permanente por lo que no reúne el requisito de ser esporádico y en cuanto a los argumentos de vulneración de derechos constitucionales los argumentos están orientados al contenido de la propia Ley del Juego remitiéndose a la Sentencia de la A.N de 30 de Junio de 2014 . En cuanto a las exigencias para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ni la aplicabilidad, juicio de relevancia positiva y duda de inconstitucionalidad.

TERCERO .- La resolución originaria se funda en que siendo el objeto del escrito de la recurrente la solicitud de título habilitante para realizar actividades no ocasionales de diversos juegos definido en el artículo 3 de la Ley del Juego 13/2011 como "lotería" en ámbito estatal no siendo un operador designado por la ley , en aplicación del artículo 4 de la Ley 13/2011 en relación con la D.A 1ª.1 de la misma Ley no procede la concesión de título habilitante solicitada.

La recurrente hace valer la naturaleza de los dos operadores autorizados LA Organización Nacional de Loterías del Estado (ONLAE) y de la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) para cuestionar su reconocimiento legal como tales en forma exclusiva en relación con la infracción del principio de legalidad, así como otros argumentos relacionados con la infracción de la normativa comunitaria y de derechos constitucionalmente reconocidos y con la finalidad social de su objeto.

En primer lugar diremos que ONLAE es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1 b) de la ley 6/1997, de 14 de abril (Real Decreto 2069/1999, de 30 diciembre), y la ONCE es una Corporación de Derecho público, de acuerdo a sus Estatutos de forma que no puede considerarse que se encuentren en situación de igualdad a efectos de considerarles términos válidos de comparación y, en cualquier caso, en caso de apreciarse la concurrencia de un trato desigual lo sería en la propia Ley no en la aplicación.

De otro lado en relación con los argumentos vertidos sobre las especiales características de la ONCE como Corporación de derecho público frente al carácter privado de la recurrente ya se manifestó la STC 171/1998 de 23 de julio , en doctrina reiterada en el ATC 71/2008, de 26 de febrero . La referida sentencia declara en su FJ 5, y en relación con la actividad de la ONCE que "el denominado "cupón pro-ciegos" aparece estrechamente vinculado, tanto históricamente como en la actualidad, a la decisión estatal de creación de la ONCE y al cumplimiento de los fines de indudable interés público que tiene encomendados, en razón de los cuales se define hoy aquélla como una Corporación de Derecho Público de carácter social, configurándose los rendimientos de aquél como un recurso financiero de una determinada entidad en orden a la satisfacción de los intereses públicos que ha de atender con su actividad respecto a un concreto colectivo de personas, los incapacitados visuales, con notables dificultades de integración, para los cuales la ONCE ha de perseguir la consecución de su autonomía personal y plena integración en la sociedad (art. 1 Real Decreto 358/1991). En otras palabras, la justificación de la concesión que históricamente se ha mantenido, de la explotación del "cupón pro-ciegos" como fuente de recursos financieros de la entidad, no reside sino en la necesidad de dotarle de los medios económicos suficientes para el cumplimiento de los relevantes fines de indudable interés público que ha asumido desde su creación y asume en la actualidad. Medios económicos que arbitró el Estado mediante la autorización de ese sorteo en lugar de asignar una consignación con cargo a su propio presupuesto, constituyendo así una fuente de ingresos de la ONCE que ha sido y sigue siendo el principal recurso financiero de la entidad, soporte, por lo tanto, imprescindible e indispensable para el desempeño de las actividades que realiza tendentes a la satisfacción de los fines de interés público que tiene encomendados y que son su razón de ser y que hace posible el sostenimiento de aquellas actividades y la pervivencia de la propia entidad. Conservando además el mismo carácter de actividad de los invidentes que presentaba en el



momento de la constitución de la ONCE, constituyendo un medio singular de trabajo reservado a aquéllos o a otras personas afectadas con minusvalías diferentes -mas de 21.000 personas- para posibilitar su integración profesional y social".

De otro lado, la misma Sentencia STC 171/1998 en su FJ 7,y, en relación con la ONLAE, manifiesta que "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 una 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 8º; 216/1994 , fundamento jurídico 2º). Y 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 5º). Sentencia en la cual también dijimos que no es que 'la extensión territorial del juego atribuya competencia al Estado, sino que éste debe ejercerla en nombre del interés general', que en el caso es consecuencia de la específica naturaleza, finalidad y evolución del cupón pro-ciegos".

De otro lado la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 18 de Febrero de 2013 RJ 2013/85438 en relación con la posible vulneración del principio de igualdad en relación con el trato legal dispensado a ambas entidades en relación con los artículos 9.2 , 1.1 , 22 , 35 y 49 de la Constitución Española », afirma :

"Pues al denegar la autorización solicitada, el centro directivo competente para ello se acomodó al marco establecido por la Ley 13/2011 para el ejercicio de la potestad administrativa para el otorgamiento de autorizaciones en materia de juego. No es de apreciar, por tanto, la existencia de desviación de poder. Y en el ejercicio de dicha potestad, la Administración actuante no vino a conculcar el principio de igualdad jurídica como se alega en el recurso de apelación, pues el término de comparación que se ofrece para ello, no es válido a tal efecto, en la medida que la situación jurídica de la ONCE viene delimitada, entre otras normas, por la propia Ley 13/2011, particularmente en sus disposiciones adicionales primera y segunda [«Reserva de la actividad del juego de loterías», «Régimen jurídico específico aplicable a la ONCE en materia de juego»] y, por ende, no es dable propugnar la equiparación de la situación jurídica de la solicitante a la que se encuentra definida legal y reglamentariamente con respecto a aquella entidad, ni invocar la conculcación del principio de igualdad ex art. 14 CE con ocasión de la denegación de la autorización solicitada, cuando dicha denegación se acomoda, como queda dicho, al marco legal que entonces estaba vigente. Las mismas consideraciones sirven para rechazar el motivo de apelación denominado «Normativa vigente en España en materia de juegos de azar y apuestas deportivas»...."

Por todos estos motivos ratificados por la Sentencia del Tribunal referido y en unidad de criterio con el mismo debe desestimarse este argumento.

CUARTO .- En cuanto a la posible infracción de normativa comunitaria la misma Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en la misma Sentencia respecto de las Sentencias del TJCE invocadas algunas de ellas coincidentes con las examinadas por dicho Tribunal, con ocasión de responder a la solicitud de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, afirma que:

"Por último, las sentencias que se invocan, procedentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, relativas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, tampoco pueden servir de fundamento de la pretensión de autorización deducida en el proceso. Porque los derechos y libertades que la Constitución garantiza, han de ejercitarse dentro del marco jurídico que, en este caso, regula la actividad del juego a la que se contrae la autorización solicitada, principalmente constituido por la repetida Ley 13/2011, cuya aplicación a la solicitud presentada impide acceder a la autorización objeto de la misma, por las razones señaladas en la resolución administrativa originariamente impugnada. A lo que cabe agregar que, como ya dijera esta Sala [Sección Tercera] en sentencia de 16 de julio de 2012 [Rec. Apelación 11/2012, interpuesto por la OID contra sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de fecha 3 de marzo de 2011 , dictada en el procedimiento ordinario 90/2009, en el que se impugnaba también la denegación de la autorización de un sorteo determinado], "las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6-11-2003 (asunto C - 243/2001), de 6-3-2007 (asuntos acumulados C- 338/04 , C- 360/04), y de 6-10-2009 (asunto C - 153/2008) citadas por la apelante no guardan la analogía con el caso de autos que sería necesaria para avalar su pretensión". La misma conclusión había alcanzado esta Sala [Sección Sexta] con respecto a la invocación de la sentencia dictada en el Asunto C-15308, al señalar que "la Sala considera que los pronunciamientos de la referida sentencia en nada afectan al presente caso, pues la sentencia del TJCE se refiere a la cuestión de



naturaleza tributaria de la aplicación de la exención establecida en el artículo 7, letra ñ), de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del IRPF a los premios obtenidos al participar en las loterías, juegos y apuestas organizados en el Reino de España por determinados organismos públicos y entidades establecidos en dicho Estado miembro y que ejercen actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro, sin aplicar la misma exención a los premios de las loterías, juegos y apuestas organizados por organismos y entidades establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que ejerzan actividades del mismo tipo" [sentencia de 16 de diciembre de 2010 ; Rec. Apelación 62/2010]. Y en esta última sentencia, de 16 de diciembre de 2010 ya se rechazó el planteamiento de la cuestión prejudicial que se ha instado en el presente recurso de apelación, y que cabe rechazar por las razones que se expusieron en aquella, a saber:

«La Sala no estima necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJCE que propone la parte recurrente, sobre la compatibilidad de la legislación nacional con la comunitaria en este punto concreto de la prohibición de organizar juegos de azar, con las restricciones citadas, ya que el propio TJCE ha señalado, en las sentencias de 24 de marzo de 1994 (TJCE 1993\93), caso Lära (TJCE 1999\207) y de 21 de octubre de 1999 (TJCE 199\245), que las disposiciones del Tratado de la Unión Europea no se oponen a una legislación nacional que reserve a ciertos organismos el derecho a recoger apuestas y organizar loterías.»

Más extensamente, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo [Sección Sexta] de la Audiencia Nacional con fecha de 03 de noviembre de 2011 [Rec. Apelación 60/2011] rechazó el planteamiento de la cuestión prejudicial de que se trata por las siguientes razones, asumidas por esta misma Sección Séptima en sentencia dictada con fecha de 17 de diciembre de 2012 en el Recurso de Apelación 36&2012:

«En el escrito de apelación y por medio de Otrosí se solicita el planteamiento como cuestión prejudicial si el hecho de que exista en España un monopolio para el ejercicio de la actividad de lotería como consecuencia del cual solo la LAE y la ONCE pueden prestar ese servicio supone una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios reconocidos en los artículos 43 CE y 49 CE . Los Tribunales cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso no están obligados a plantear la cuestión prejudicial siempre y en cualquier caso: tienen la facultad de plantearla si se cumplen estos requisitos: que se suscite ante un Juez interno una cuestión relativa a la interpretación de una norma comunitaria; que dicha cuestión surja en el marco de un litigio pendiente ante el Juez o Tribunal; que para poder emitir su fallo el Juez Nacional necesite que el TJCE se pronuncie con carácter previo sobre la interpretación de una norma comunitaria. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2010 en el asunto C-409/06 (Winner Wetten GmbH) "36. *En el marco del procedimiento establecido en el artículo 276TFUE corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.*"

»

«En este caso no es procedente plantear una cuestión prejudicial ya que no existe duda que la normativa de un Estado que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad autorizando sólo a determinados organismos a realizar los mismos supone una restricción a la libertad de prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE . Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en varias sentencias: Sentencia TJCE (Sala Segunda), de 3 junio 2010 Ladbrokes Betting & Gaming y Ladbrokes Internacional, cuestión prejudicial. Asunto C-núm. C- 258/2008, sentencia TJCE (Sala Segunda), también de 3 junio 2010 Sporting Exchange, cuestión prejudicial. Asunto C-núm. C- 203/2008 , sentencia TJCE Luxemburgo (Gran Sala), de 8 septiembre 2009 Liga Portuguesa de Futbol Profissional y Baw International Cuestión prejudicial. Asunto C-42/2007. No obstante ello se admiten determinadas excepciones que justifican las restricciones a la libertad de prestación de servicios. Así la sentencia TJCE de 3 de junio de 2010 asunto C-203/2008 ya citada establece lo siguiente: «26 "El artículo 46 CE (RCL 1999\1205 ter), apartado 1, admite las restricciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general que pueden justificar también las citadas restricciones, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general (sentencia Liga Portuguesa de Futbol Profissional y Bwin International [TJCE 2009\254], antes citada, apartado 56) y en el apartado 59 indica que " las restricciones a la libertad fundamental consagrada en el artículo 49 CE derivadas específicamente de los procedimientos de concesión y renovación de una licencia en favor de un operador único, como las controvertidas en el litigio principal, **pueden considerarse justificadas si el Estado miembro de que se trata decide otorgar o renovar la licencia a un operador público cuya gestión esté sometida a la vigilancia directa del Estado o a un operador privado sobre cuyas actividades los poderes públicos puedan ejercer un estrecho control** (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Läära y otros, C-124/97 , Rec. p. I-6067, apartados 40 y 42, y Liga Portuguesa de Futbol Profissional y Bwin International, antes citada, apartados 66 y 67).27.En este



contexto, las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales para el individuo y la sociedad que, desde un punto de vista moral y económico, llevan consigo los juegos y las apuestas pueden justificar la existencia, en favor de las autoridades nacionales, de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social (sentencias de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13031, apartado 63, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 47). 28. **Los Estados miembros son libres para determinar, según su propia escala de valores, los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido.** Sin embargo, las restricciones que impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Placanica y otros [TJCE 2007\51], apartado 48, y Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International [TJCE 2009\254], apartado 59). 29. **Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si las normativas de los Estados miembros responden efectivamente a objetivos que puedan justificarlas y si las restricciones que imponen no resultan desproporcionadas en relación con dichos objetivos** (sentencias antes citadas Gambelli y otros [TJCE 2003\369], apartado 75, y Placanica y otros apartado 58). "»

« En definitiva, como dijimos en nuestra sentencia de 16 de diciembre de 2010 dictada en el recurso 62/2010 los juegos de azar no han sido aún armonizados por la normativa comunitaria, y por lo tanto los Estados Miembros pueden no sólo establecer los objetivos de su política en la materia sino que pueden establecer el grado de protección que estimen necesario, incluso restringiendo la libertad de prestación de servicios garantizada en el Tratado, con fundamento en la protección del interés general, con la única limitación de que tales restricciones sean proporcionadas y guarden coherencia con la finalidad que se busca con las mismas. Teniendo en cuenta estos criterios se considera que en este caso los objetivos dirigidos a garantizar la protección de los consumidores y evitar el fraude pueden considerarse razones de interés general que justifiquen la denegación de la autorización para la celebración por parte de la OID de un sorteo de ámbito nacional similar a la lotería tal como se apunta en la resolución recurrida, siendo por otra parte esos los motivos que según el anteproyecto de la Ley de regulación del juego han llevado a mantener en el mismo la reserva en exclusiva de la actividad del juego de loterías de ámbito estatal o superior al de una Comunidad Autónoma a favor de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), como operadores de juego que vienen explotando de forma controlada hasta la fecha estas loterías.»

«Cita el recurrente la Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Primera), de 6 octubre 2009 Comisión/España. Recurso de Incumplimiento. Asunto C-153/2008. Dicha sentencia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE y del artículo 36 del Acuerdo EEE al mantener en vigor una legislación fiscal que exime de impuestos los premios obtenidos al participar en las loterías, juegos y apuestas organizados en el Reino de España por determinados organismos públicos y entidades establecidos en dicho Estado miembro y que ejercen actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro, sin aplicar la misma exención a los premios de las loterías, juegos y apuestas organizados por organismos y entidades establecidos en otro Estado miembro de la Unión o del Espacio Económico Europeo que ejerzan actividades del mismo tipo. Esta sentencia no modifica los razonamientos expuestos ya que en el caso examinado por la sentencia (exención fiscal de los premios de los sorteos de la LAE, Comunidades Autónomas Cruz Roja y ONCE) se considera que esa restricción a la libre prestación de servicios no está justificada ya que los objetivos perseguidos por el legislador no pueden calificarse de razones de orden público ni respetan el principio de proporcionalidad siendo el supuesto a analizar en este recurso distinto y viene referido a si es conforme a derecho la denegación de autorización de la celebración de un sorteo por parte de una organización. **A ello hay que añadir tal como indica la resolución recurrida que la OID presentó el 9 de septiembre de 1999 denuncia ante la Comisión Europea con objeto de que iniciase contra el Reino de España un procedimiento por el incumplimiento del Tratado de la Comunidad Europea al entender que la legislación española en material de juegos de azar es incompatible con la normativa comunitaria. Con fecha 19 de octubre de 1999 la Comisión resolvió que no había lugar a iniciar un procedimiento por infracción contra España. Por otra parte el apartado 58 de la sentencia TJCE de 3 de junio de 2010 asunto C-203/2008 señala " las restricciones a la libertad fundamental consagrada en el artículo 49 CE derivadas específicamente de los procedimientos de concesión y renovación de una licencia en favor de un operador único, como las controvertidas en el litigio principal, pueden considerarse justificadas si el Estado miembro de que se trata decide otorgar o renovar la licencia a un operador público cuya gestión esté sometida a la vigilancia directa del Estado o a un operador privado sobre cuyas actividades los poderes públicos puedan ejercer un estrecho control** (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Läära y otros, C-124/97, Rec. p. I-6067, apartados 40 y 42, y Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, apartados 66 y 67)". Solicita el recurrente asimismo que se plantee una cuestión prejudicial en relación



a la exclusión del Régimen de la Seguridad Social de entidades que no han podido obtener concesiones o autorizaciones para la celebración de sorteos, lo que debe ser desestimado ya que en este recurso no tiene por objeto una resolución relacionada con la inclusión de la entidad recurrente en el Régimen de la Seguridad Social"».

Este Tribunal suscribe esta argumentación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia en las que se ha dado contestación a los argumentos expuestos en relación con la infracción de normativa comunitaria refiriéndose, incluso, a contestación desestimatoria de la Comisión Europea respecto de las denuncias formuladas por la propia recurrente similares a la que hace valer en el presente recurso

QUINTO .- En cuanto a la infracción de la Ley 13/2011 hay que decir que la literalidad de las normas contenidas en los artículos 4 y D.A 1ª.1 de dicha Ley no permite sino concluir que no siendo la recurrente ninguno de los dos operadores autorizados para la comercialización de los juegos de loterías regulados en la Ley, la denegación se ajusta a la Ley.

En el punto 3 de la D.A mencionada se establece que 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.

Si en principio puede considerarse que la recurrente, por su naturaleza y en base a sus Estatutos, reúne el requisito subjetivo contenido en dicha norma también lo es que en el documento " Bases y Condiciones Técnicas de Organización y Celebración de los Sorteos denominados " Euroboleto y Euromillonario", (folio 4 del expte) se define el juego como de azar de carácter pasivo en modalidad de lotería y con periodicidad de lunes a jueves, viernes y domingo", el juego "Buscaoid" y "Busca tus 25.000 euros" en sistema de lotería instantánea en los que es la OID la que fija las fechas de inicio y finalización del producto. En consecuencia está prevista una continuidad en algunos juegos y, en su caso, periodicidad para otros según iniciativa de la propia recurrente que es ajena a la exigencia de que los juegos tengan carácter esporádico por lo que la denegación también está justificada en virtud del punto 3 de la D.A 1ª de la Ley.

En este punto debemos examinar la solicitud del Otrosí de la demanda en el sentido de que se plantee por este Tribunal Cuestión de inconstitucionalidad diremos que es éste un cauce mediante el cual, de oficio o a instancia de parte, los Jueces y Tribunales hacen valer que una norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el mismo pueda ser contraria a la Constitución ante el Tribunal Constitucional.

Para ello este Tribunal debiera entender que el artículo 4 en relación con la D.A 1ª.1 de la Ley 13/2011 es inconstitucional por contraria a alguno de los preceptos constitucionales que ha hecho valer la recurrente, esto es, del artículo 14 en relación con el trato legal dispensado a ambas entidades en relación con los artículos 9.2 , 1.1 , 22 , 35 y 49 de la Constitución Española .

En relación con el artículo 14 ya nos hemos pronunciado en el sentido de que se consideraba que existía una razón objetiva derivada de la propia naturaleza y fórmula de control que ejerce el Estado sobre las operadoras autorizadas en relación con la recurrente que justifica que se les permita legalmente la comercialización de este tipo de juego en relación no sólo de la recurrente sino de cualquier otro solicitante en idénticas circunstancias y similar naturaleza en lo que se refiere a la norma legal aplicable.

Por lo que se refiere al aspecto de la posible permisividad objetiva respecto de otras entidades similares a la actora que sirvieran de término válido de comparación para entender que "de facto" se ha hecho una interpretación distinta de la norma respecto de otros sujetos, no se ha aportado el término válido de comparación es decir una entidad de similares características a la de la actora a la que se permite tal comercialización periódica, no esporádica, y regular tal como la ha solicitado. Pero es que, incluso en el supuesto de haberse acreditado, que no es el caso, lo cierto es que no podría servir de justificación porque infringiría la norma legal por lo que , siendo un precedente ilegal, no podría fundar una aplicación del principio de igualdad.

En cuanto al artículo 9.2 de la Constitución española tradicionalmente se ha interpretado por el Tribunal Constitucional como norma que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social. (*STC 39/1986* , de 31 de marzo).

en aplicación del cual se permite la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones



generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental. (STC 19/1988 , de 16 de febrero).

Respecto a la incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial. (STC 216/1991 , de 14 de noviembre).

Ahora bien no es una exigencia derivada de este precepto la concesión de autorización sobre una actividad tutelada por el Estado como es el juego en el sentido y con las condiciones solicitadas por la actora dado que no está prevista la misma como supuesto específico de favorecimiento a la asistencia social cuando la misma se puede conseguir en otras formas, sean incentivos o reducciones de cualquier clase.

En cuanto al 1.1 valen los argumentos esgrimidos respecto de la infracción del artículo 14, en cuanto al artículo 22 las normas aplicadas no impiden el derecho de asociación por lo que no cabe apreciar tal vulneración, ni del derecho al trabajo del artículo 39 ni de la utilización racional de los recursos naturales para mejorar la calidad de vida porque se trata de normas que regulan una cuestión específica y con una finalidad concreta. La explicación de tal reserva de la comercialización de este tipo de juegos se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2011 cuando afirma:

"El gran volumen de juego asociado a las loterías, así como la posibilidad de que el carácter de documentos de pago al portador de sus boletos y billetes pueda ser empleado como instrumento de blanqueo de capitales, requiere una reserva de esta actividad a determinados operadores, públicos o privados, que han de quedar sujetos a un estricto control público, asegurándose de este modo la protección de los intereses del Estado contra los riesgos de fraude y criminalidad, evitando asimismo los efectos perniciosos del juego sobre los consumidores.

En este sentido, se hace plenamente necesario mantener la reserva en exclusiva de la actividad del juego de loterías de ámbito estatal a favor de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), como operadores de juego que vienen explotando de forma controlada hasta la fecha estas loterías.

La Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado continuará sometida a un régimen de control público de su actividad dado el gran volumen de juego gestionado por esta y su extensa red comercial, de gran raigambre en la sociedad española desde hace más de 250 años. Por otra parte, la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), que desde 1938 se ha consolidado en España como una institución social singular en el objetivo de atención a las personas con discapacidad, seguirá manteniendo su singularidad jurídica en materia de juego en las actividades sujetas a reserva, tal y como se establece en las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de esta Ley .

Con esta finalidad, se encomienda al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comisión Nacional del Juego, el establecimiento de los procedimientos de autorizaciones y la adopción de aquellas medidas que permitan el seguimiento y control de los operadores que realicen actividades de juego sujetas a reserva en virtud de esta Ley y del control del cumplimiento, por parte de éstos, de las condiciones que se establezcan, en especial, en relación con la protección del orden público y la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo ."

Es por todos estos argumentos que no se aprecia que los actos recurridos incurrieran en ninguna de las infracciones denunciadas por la recurrente y en consecuencia debe desestimarse el recurso.

SEXTO .- Procede la imposición de costas a la recurrente , a tenor de lo prevenido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras la modificación operada por la Ley 37/2011.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador Sr. Martínez Espinar, en nombre y representación de la ORGANIZACIÓN IMPULSORA DE DISCAPACITADOS (OID), contra la Resolución dictada, en fecha 15 de Diciembre de 2014, por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución dictada, en fecha 25 de Junio de 2012, por la Dirección General de Ordenación del Juego, por lo que, debemos declarar y declaramos que ambas resoluciones son ajustadas a Derecho con expresa imposición de costas a la recurrente.



Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y contra la que cabe interponer recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Procedimiento Ordinario 122/2015

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. Eva Isabel Gallardo Martín de Blas, estando la Sala celebrando audiencia pública en el día 31-3-2016 de lo que, como letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ