

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9210 *Pleno. Sentencia 134/2012, de 19 de junio de 2012. Conflicto positivo de competencia 3134-2006. Planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto 1336/2005, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Españoles una lotería instantánea o presorteada. Competencias sobre juego: validez de los preceptos reglamentarios estatales (STC 32/2012).*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia núm. 3134-2006, planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el Real Decreto 1336/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), una lotería instantánea o presorteada. Ha formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 21 de marzo de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional escrito de la Letrada de la Junta de Andalucía por el que, en la representación que ostenta, interpone conflicto positivo de competencia, en relación con los artículos 1, 2, 3 y 4 del Real Decreto 1336/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) una lotería instantánea o presorteada.

El escrito de promoción, tras señalar que el requerimiento formulado fue rechazado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 2006, invoca la competencia exclusiva que, conforme a lo establecido en el art. 13.33 del Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de «casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas», competencia que, según lo señalado en la STC 163/1994, de 26 de mayo, incluiría la organización y autorización de juegos en el territorio de la Comunidad Autónoma, rechazando que pueda producirse un trasvase competencial en materia de juego y apuestas al Estado a partir del art. 149.1.14 CE y so pretexto de la existencia de un beneficio de interés general y de ámbito nacional.

Entiende la Letrada de la Junta de Andalucía que la lotería instantánea o presorteada que regula el decreto impugnado plantea un caso distinto de los abordados y resueltos por las SSTC 163/1994, de 26 de mayo, y 171/1998, de 23 de julio, pues se trata de una nueva lotería que nada tiene que ver ni con la Lotería Nacional, ni con el «cupón pro-ciegos». A diferencia de las anteriores, la nueva lotería no tiene cabida en el título competencial del art. 149.1.14 CE pues no existe ese pretendido beneficio del interés

general y de ámbito nacional que invoca el acuerdo del Consejo de Ministros según el cual «el título estatutario y el previsto en el art. 149.1.14 CE habilitan tanto a la Comunidad Autónoma de Andalucía como al Estado para organizar juegos o loterías, en el primer caso, dentro de su ámbito territorial y, en el segundo, en beneficio del interés general y de ámbito nacional».

Discute, en primer lugar, que el ingreso o resultado económico de la explotación del juego sea competencia del Estado bien porque se integra como ingreso público y parte del monopolio fiscal, bien porque afecta al ámbito del monopolio, razones en las que se sustentan las SSTC 163/1994, de 26 de mayo y 171/1998, de 23 de julio, respectivamente. Considera, haciendo suyos los argumentos de los Votos particulares de dichas Sentencias, que la atribución constitucional de competencias no debe atender al resultado del ejercicio material sino a la actividad en si misma considerada y que ni la potestad de gasto, ni la potestad de ingresos pueden convertirse en títulos competenciales.

Aduce la Junta de Andalucía que el concepto de «hacienda general» del que parten las citadas Sentencias ha sido superado en la doctrina constitucional lo que conduce a un concepto nuevo identificado con el de la «hacienda pública estatal» interconectado con los principios de coordinación (art. 156 CE), autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 157 CE) y suficiencia financiera de las Entidades locales (art. 142 CE). Dicho concepto sería, en su opinión, el desarrollado por la STC 233/1999, de 16 de diciembre, de la cual derivaría que para que el Estado pueda invocar frente a los específicos títulos competenciales autonómicos la competencia general que deriva del art. 149.1.14 CE es precisa la existencia de títulos legitimadores de su ejercicio, esto es, el principio de coordinación, o el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus competencias. Y prueba de ello es que si la competencia de hacienda general amparara al Estado, la aprobación del real decreto impugnado hubiera requerido el pronunciamiento del Consejo de Política Fiscal y Financiera, o la modificación de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas, lo que en este caso no ha ocurrido.

A mayor abundamiento considera, con cita de los Votos particulares antes mencionados, que ni siquiera es posible aducir la titularidad de un ingreso pues los procedentes de la lotería instantánea o presorteada corresponderían a un ente ajeno al Estado, cual es la ONCE, sin que sea argumento suficiente el que una corporación de Derecho público con fines de interés público se mantenga a partir de ingresos procedentes del juego para que pueda excluirse la competencia autonómica en esta materia, lo que pone de manifiesto lo contradictorio del argumento pues si la competencia estatal se justifica en cuanto «ingreso» de la Hacienda, el «no ingreso» no puede ser al mismo tiempo legitimador de la competencia debatida.

En lo atinente a la atribución competencial al Estado sobre la base de la supraterritorialidad del fenómeno, invoca la representante de la Junta de Andalucía la doctrina contenida en la STC 102/1995, de 26 de junio, según la cual dicha supraterritorialidad no constituye ni configura título competencial alguno *per se*, y aduce la existencia de mecanismos de coordinación y cooperación que permitan compartimentar el fenómeno del juego, máxime cuando a dicha característica debe yuxtaponerse el interés supracomunitario que determinadas materias comportan por sí mismas, interés que la letrada autonómica niega en el presente supuesto, sin que valga la mera invocación por el Estado del interés general para que ello constituya un criterio válido de delimitación competencial.

Tras estas consideraciones generales, la Letrada de la Junta de Andalucía pasa a analizar los cuatro artículos controvertidos. En cuanto al art.1, como quiera que autoriza a la ONCE para la comercialización de este tipo de lotería y establece su contenido, estaría articulando una especie de «servicio público» que no sería el juego sino el fin social al que sirve la ONCE, lo que entraría de lleno en el campo de la asistencia social. Si el mecanismo de la «repercusión directa o indirecta» o «afectación al ámbito del monopolio» es válido en orden a establecer la competencia del Estado ex art. 149.1.14 CE, podrá convenirse que tal criterio de imputación competencial también ha de ser válido para

reconocer dicha actuación como propia de la competencia autonómica en materia de asistencia social. Estos mismos reproches se extienden al art. 2 en cuanto prevé el destino de los ingresos obtenidos con la explotación de la lotería a favor de la ONCE, siendo así que la determinación de la forma por la que puede nutrirse de ingresos una corporación de base asociativa incide directamente en la política de asistencia social de Andalucía.

Respecto al art. 3 que fija las condiciones básicas y de gestión de la lotería instantánea atribuyendo a la ONCE la organización, dirección y explotación e, incluso, a su consejo general la libertad para adoptar decisiones comerciales, sostiene que afirmar que la competencia es del Estado porque afecta a la hacienda general supone una interpretación tan extensiva que, aplicada a otros títulos competenciales, desdibujaría el sistema constitucional de distribución de competencia.

Sobre el art. 4, precepto que encomienda el control de la gestión de la lotería instantánea al consejo de protectorado de la ONCE, considera que se trata de actividades privadas que cumplen fines sociales que se insertan por su finalidad en el ámbito autonómico y que desarrollan actividades de competencia autonómica, que sólo se relacionan de modo mediato con la hacienda del Estado en su sentido más estricto.

Finaliza el escrito denunciando la conculcación por parte del Estado del principio de lealtad institucional, al haber obviado el real decreto impugnado todo parecer de las Comunidades Autónomas al respecto, sin intervención alguna en el procedimiento de elaboración de la citada norma.

2. Este Tribunal, mediante providencia de la Sección Primera de 25 de abril de 2006, admitió a trámite el conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Andalucía, acordando dar traslado de las actuaciones al Gobierno de la Nación, por conducto de su Presidente, al objeto de que, en el plazo de veinte días y bajo la representación procesal que señala el art. 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), pudiera personarse en los autos y aportar cuantos documentos y alegaciones considerase convenientes. Se acordó asimismo comunicar la incoación del conflicto a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para el caso de encontrarse impugnado o se impugnare el referido real decreto, en cuyo caso se suspendería el curso del proceso hasta la decisión del conflicto. Igualmente, la citada providencia acordó la publicación de la incoación del conflicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

3. El 30 de mayo de 2006, fue registrado de entrada escrito del Abogado del Estado en el que solicita la desestimación de la demanda, con consecuente declaración de competencia favorable al Estado.

En el mismo, y tras transcribir la exposición de motivos y disposición derogatoria única del real decreto controvertido detalla la doctrina constitucional recogida, por todas, en la STC 171/1998, de 23 de julio, basada en la limitación territorial de las competencias autonómicas, la existencia de atribuciones estatales ligadas con el juego en general, el monopolio fiscal como manifestación del poder financiero del Estado y la intelección amplia del título hacienda general, más allá de los ingresos estrictamente tributarios. En suma, la competencia estatal del artículo 149.1.14 CE trasciende, para el Abogado del Estado, la específica denominación de Lotería Nacional, abarcando todo lo que ésta significa como monopolio e institución históricamente definida. Del examen jurisprudencial citado, concluye la defensa del Estado la limitación de la competencia exclusiva autonómica a la organización de juegos y apuestas regionales, y la competencia estatal para establecer apuestas de ámbito nacional que constituyan recurso ordinario de su hacienda y conecten con el monopolio fiscal en virtud del título competencial sobre la hacienda general.

Prosigue el Abogado del Estado refutando los argumentos de la demanda. Alega que la STC 233/1999, de 16 diciembre, no sienta un concepto de «hacienda general» como pretende la Letrada autonómica, pues en ella solo se analiza este título desde la perspectiva de la submateria de haciendas locales. Si, como pretende la demanda, la

«hacienda general» sólo comprende la coordinación de las haciendas territoriales pero no la materia «hacienda estatal» ésta última quedaría sin ubicación específica. Así pues rechaza que exista un concepto de «hacienda estatal» diferenciado del de hacienda general, y analiza las SSTC 163/1994, y 164/1994, ambas de 26 de mayo, para concluir que el poder financiero estatal le habilita para establecer y gestionar las apuestas y juegos estatales que se configuren como recurso ordinario de su hacienda, más allá de la lotería nacional en su sentido tradicional.

En lo atinente a la remisión, por la demanda autonómica, a los votos particulares para sustentar la competencia de la Junta de Andalucía en la materia, pone de manifiesto el carácter disidente de todo Voto particular pues, en palabras de la Abogacía del Estado, «siendo absolutamente respetables, no lograron convencer a la mayoría del Tribunal».

Sale al paso del argumento según el cual no es posible aducir la titularidad del ingreso para justificar la competencia estatal por corresponder a un ente ajeno, la ONCE, recordando que esta entidad es una corporación pública que desarrolla su actividad en todo el territorio español y que los ingresos del juego siguen siendo el medio económico indispensable y esencial para el logro de sus fines y que esta entidad tiene una especial vinculación con el Estado que ha determinado que sea éste el que deba establecer su régimen jurídico. El sorteo regulado en el real decreto impugnado tiene ámbito nacional y vendría a superponerse al de la Lotería en todas sus modalidades debiéndose entender, en consecuencia, dentro de la competencia estatal pues afecta al monopolio como rendimiento ordinario de la hacienda estatal, del mismo modo que otros juegos (STC 216/1994, de 14 de julio). Recuerda que el Tribunal tiene declarado (STC 164/1994, de 26 de mayo, FJ 3) que el denominador común de la lotería lo constituye ser un juego de azar que admite diversas modalidades y de ámbito nacional, características que reúne la lotería presorteadada que regula el real decreto impugnado, sin que las diferencias técnicas que puedan existir y los aspectos comunes que puedan presentar con los demás sorteos puedan erigirse en elementos determinantes a efectos competenciales.

Rechaza finalmente que la supraterritorialidad en cuanto a extensión territorial del juego sea lo que determina la competencia estatal, pues ésta se justifica porque el Estado la ejerce en nombre del interés general, sin perjuicio de que la supraterritorialidad o el carácter nacional del juego se tome en consideración como criterio para apreciar la conexión con el antiguo monopolio, dado el carácter nacional de éste.

4. Mediante providencia de 19 de junio de 2012 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente conflicto positivo de competencia es promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con los artículos 1, 2, 3 y 4 del Real Decreto 1336/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) la explotación de una lotería instantánea o presorteadada, y se sustenta en la reivindicación por la citada Comunidad Autónoma de su competencia exclusiva en materia de casinos, juegos y apuestas, con apoyo jurisprudencial en la STC 163/1994, de 26 de mayo y legal, en el art. 13.33 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en relación con el art. 149.3 CE.

2. Con carácter previo, hemos de analizar los efectos que pueda tener sobre la controversia el hecho de que algunos de los preceptos del Real Decreto 1336/ 2005 hayan sido modificados. En concreto el Real Decreto 1706/2011, de 18 de noviembre, da nueva redacción al art. 2 y a los apartados 3, 4 y 6 del art. 3. Tal y como tenemos reiteradamente señalado, por todas la STC 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 c), en las controversias de alcance competencial es necesario apreciar los efectos que tiene sobre el conflicto la entrada en vigor de nueva normativa reguladora de algunos de los aspectos en discusión, operación que debe realizarse atendiendo en cada caso a las circunstancias concretas y, ante todo, a la pervivencia de la controversia competencial, esto es, a si la

disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes, de modo que si la normativa en torno a la cual se trabó el conflicto resulta parcialmente modificada por otra que viene a plantear los mismos problemas competenciales la consecuencia necesaria será la no desaparición del conflicto. Esto es, precisamente, lo que ocurre en este caso en que las modificaciones que ha sufrido la norma impugnada afectan únicamente a los conceptos a deducir de los ingresos que deberán ser afectados al cumplimiento de sus fines y a las condiciones en que deben adoptarse las decisiones comerciales por el consejo general de la ONCE, de modo que no tienen trascendencia alguna sobre la cuestión competencial planteada.

3. Asimismo, debemos precisar cuál debe ser el parámetro de control del presente recurso, pues resulta de aplicación nuestra doctrina sobre el *ius superveniens*, según la cual el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes en el momento de dictar Sentencia (STC 83/2012, de 18 de abril, FJ 2). Ello determina que nuestro pronunciamiento deba dictarse a la luz de la delimitación de competencias que deriva de la reforma del Estatuto de autonomía de Andalucía llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

4. El real decreto impugnado, como hemos sostenido recientemente en la STC 32/2012, de 15 de marzo, que resolvió un conflicto positivo de competencia en el que se impugnaba esta misma norma, debe encuadrarse en la materia juego y apuestas. En la Sentencia citada, que a su vez aplica la doctrina establecida en la STC 204/2002, de 31 de octubre, afirmamos que «la materia de juego, a pesar de no ser mencionada en los arts. 148.1 y 149.1 CE y en los Estatutos de Autonomía, 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. [En consecuencia], de acuerdo con el art. 149.3 CE, y dado que en el art. 149.1 no se reserva expresamente al Estado dicha materia, cabe afirmar que corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con su Estatuto de Autonomía, la competencia exclusiva sobre los casinos, juegos y apuestas, excepto las apuestas mutuas deportivo-benéficas (STC 52/1988, FJ 4), y que la misma comprende la de organizar y autorizar la celebración de juegos en el territorio de la Comunidad Autónoma (SSTC 163/1994, FJ 3; 164/1994, FJ 4), precisamente en dicho territorio; pero no, evidentemente, la de cualquier juego en todo el territorio nacional, puesto que los Estatutos de Autonomía limitan al territorio de la Comunidad el ámbito en el que ha de desenvolver sus competencias».

De ahí que la STC 32/2012, de 15 de marzo, FJ 3, afirmara también que «ni el silencio del art. 149.1 CE respecto al género juego, ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía 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 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, de 26 de mayo, FJ 4; 164/1994, de 26 de mayo, FJ 5; 216/1994, de 20 de julio, FJ 2; y 49/1995, de 16 de febrero, FJ 3)».

El art 81.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) establece que «[c]orresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de juegos, apuestas y casinos, incluidas las modalidades por medios informáticos y telemáticos, cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en Andalucía», y el apartado segundo de este precepto estatutario añade que «[l]a autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal, o bien la modificación de las existentes, requiere la deliberación en la Comisión Bilateral Junta de

Andalucía-Estado prevista en el Título IX y el informe previo de la Junta de Andalucía», por lo que, como señalamos en la STC 32/2012, de 15 de marzo, FJ 3, está reconociendo la existencia de modalidades y apuestas de ámbito estatal.

Por otra parte, debe indicarse que, en contra de lo que sostiene la Junta de Andalucía, la norma recurrida no puede encuadrarse en la materia de asistencia social, pues los preceptos impugnados «no pretenden ni ordenar ni disponer regla alguna sobre las actividades de asistencia o protección social encomendadas y dispensadas», tal y como afirmamos en la STC 171/1998, de 23 de julio, FJ 3, en la que también resolvíamos un conflicto de competencia en materia de juego y apuestas, y en el que también una de las partes pretendía fundamentar su competencia en el título competencial relativo a la asistencia social.

5. Resulta, por tanto, que como declaramos en la STC 32/2012, de 15 de marzo, FJ 4, en un supuesto análogo, «la competencia exclusiva autonómica comprende los supuestos de juegos que se desarrollen exclusivamente en Andalucía. Y este no es desde luego el caso del citado real decreto que justo comienza por precisar (art. 1) que la modalidad de lotería que establece es de ámbito nacional, lo que determina la competencia estatal sobre la misma». De ahí que la citada STC 32/2012, de 15 de marzo, FJ 8 declarase que «no hay duda de que el Real Decreto 1336/2005 impugnado no menoscaba ni invade la competencia autonómica en materia de juego».

Procedente será por consecuencia la desestimación del presente conflicto.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el conflicto positivo de competencia.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.