

NOTAS RELATIVAS A LA INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE PRESUPUESTOS ANUALES SOBRE EL SECTOR PROFESIONAL DE LAS LOTERÍAS.

La aprobación en sus actuales términos de las disposiciones adicionales 32 y 34 del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 no conllevará un sistema de juegos públicos más ágil y eficiente, ni mucho menos más rentable para las arcas públicas. Nos permitimos realizar algunas observaciones críticas:

1. **Se aborda una reforma de los juegos públicos más emblemáticos sin que previamente se apruebe una ley que fije las bases de los juegos del Estado.** Se trata de una medida precipitada que pretende imponer unos hechos consumados a esa futura normativa y reducir el papel de lo público. La Administración baja a la arena de los contratos privados, se suprime una regulación objetiva y estable y se hace disminuir el control público sobre este ámbito.
2. **Se apela desde LAE al Derecho comunitario, cuando ninguna norma de Bruselas ni ninguna sentencia de Luxemburgo han obligado a medidas similares,** que parecen encaminadas a repartir cartas entre el futuro regulador y los potenciales operadores. Muy al contrario el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en reiterada doctrina, valga de ejemplo la reciente sentencia de 8 de septiembre de 2009, ha dejado claro que no existe normativa comunitaria al respecto, siendo perfectamente posible y compatible con el mercado único europeo el mantenimiento por parte de los Estados del monopolio de los juegos como las Loterías.
3. En otra ocasión analizamos las divergencias entre contrato o concesión administrativa y régimen negocial mercantil. Interesa ahora destacar que el contrato mercantil al ser un acuerdo entre partes no tiene el carácter general propio de las concesiones, que han de ser sustancialmente idénticas. Por tanto, **quien se acoja al día de hoy al clausulado de un contrato mercantil que prevea la comercialización de unos juegos no podrá nunca llamarse a la disposición y venta de juegos que se creen en el futuro** que podrán negociarse con nuevos contratistas y sin que quepa apelar al equilibrio financiero del contrato. Puede ser la ruina.

Simplemente recordar, entre otras, como principales consecuencias que conllevaría **el paso a los contratos mercantiles** en lugar de las actuales concesiones, que ello haría que no se pudieran transferir al Administrador de Lotería o hacerle participar en las potestades y prerrogativas de la Administración, lo cual es relevante más aún cuando como en este caso es claro que se ejercen funciones públicas; además el sometimiento a un contrato mercantil conllevaría una serie de **consecuencias negativas**

como, por ejemplo, las siguientes: **no se garantizan los derechos exclusivos ni excluyentes; el Administrador estaría sujeto al clausulado del contrato; podrían darse diferencias entre el clausulado que se estipula con unos y otros contratistas, provocando una desigualdad de las condiciones injustificable; no se garantiza el equilibrio financiero del negocio del mismo modo que en el ámbito público; se podría llegar a perder el carácter profesional de los Administradores de Loterías, etc.**

Además también variaría la Jurisdicción competente, al cambiar el régimen jurídico, considerando que la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es decir, la que hoy conoce de los problemas relacionados con la concesión, cuenta con más medios de carácter tuitivo, es decir, protector, respecto de quien ostenta un título administrativo -como es el caso de los Administradores de Lotería- que por lo que el orden civil se refiere en relación con un contrato mercantil.

Debe tenerse en cuenta que de entrar en vigor la reforma planteada podría darse la circunstancia de que aunque se mantengan las concesiones, salgan nuevos juegos que se concedan a través del contrato mercantil o, incluso, que una vez firmado esos contratos se abran nuevas posibilidades de juego, en cuyo caso serían para los nuevos pero no para aquellos que están vinculados por el contrato que ya han firmado, lo que puede generar importantes diferencias que sin duda influirían también en la competencia con los actuales Administradores de Lotería.

4. **Lo que se busca** –y parece increíble que algunos administradores y sus asesores jurídicos no lo vean- **es la desaparición del sector profesional y su consiguiente participación preceptiva ante nuevos cambios del modelo.** En el futuro habrá relaciones bilaterales entre delegados (o quien los sustituya) y contratistas. Y podrá recaer el contrato en cualquiera; normalmente se formarán empresas tendentes al oligopolio en grandes superficies. En suma, los más poderosos “diversificarán” sus ya amplia oferta comercial con el producto “juegos públicos” en detrimento de los más modestos. Salvo raras excepciones, el que una sociedad creada por un administrador actual, con distintos puntos de venta, pueda ser competitiva con los grandes emporios comerciales parece irreal. Por tanto la oferta de LAE en el sentido de permitir al contratista mercantil una ampliación numérica de los lugares de venta no deja de ser un señuelo o una invitación al alto riesgo empresarial.
5. Los grandes establecimientos comerciales y aquellas superficies medianas u otros negocios diversificados que desde el cambio legal despachen lotería no necesitarán de personal adicional. Inversamente, **es obvio el peligro de pérdida de numerosos puestos de trabajo en las actuales Administraciones de Loterías ante la competencia imposible** con

dichas empresas, que ostentarán una posición dominante en el mercado de juegos.

6. **También es más que un riesgo evidente, en tiempos de crisis y severo déficit público, la obtención con el nuevo modelo, de una menor recaudación, con los consiguientes efectos para los ingresos del Estado** (a lo que hay que unir los efectos perniciosos sobre la venta de la más que previsible desaparición física, de facto, del décimo). No parece juicioso desorientar a una clientela fiel y conocedora del producto e identificada con su proveedor inmediato, con un cambio radical y desorientador. Podrá tener éxito o no. El actual sistema, pese a los errores de gestión de muchos años, sigue siendo altamente rentable para el erario estatal.
7. **La importancia de negociar en estos momentos de debate presupuestario con el grupo parlamentario que sostiene al Gobierno (desde criterios de defensa de lo público) y con los de la oposición es fundamental.** Es impensable que, posteriormente, un grupo parlamentario que no se oponga ahora a la reforma que se quiere colar con los Presupuestos vaya a entablar un recurso de inconstitucionalidad. Recurso que, como la cuestión que pudiera plantear un juez ordinario ante el Tribunal Constitucional, es, además, difícil de argumentar ya que es complicado encontrar un precepto constitucional que se vulnere claramente con la reforma legal. Tampoco parece fácil que los actuales Administradores –o sus trabajadores que puedan verse en el paro- puedan invocar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, prevista en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. A nuestro entender, el Estado argumentaría que no hay tal responsabilidad ya que la ley dice respetar los derechos adquiridos permitiendo que, quien lo desee, se quede en situación “a extinguir” con su concesión administrativa, lo que no vulneraría el principio de legítima confianza.
8. **Sólo manteniéndose la práctica totalidad del sector en la situación de concesión se desactivaría gran parte de los efectos negativos de la reforma y, por ello, ésta fracasaría.** Pero como es más que imaginable que, por muy diversas razones y por asesoramientos a veces ingenuos y otras arteros, se produzca un fraccionamiento progresivo en la posición de los sectores afectados, parece de todo punto obligado agotar todas las vías.

Leopoldo Tolivar Alas
Catedrático de Derecho Administrativo