

BREVE NOTA JURÍDICA SOBRE LA COMUNICACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE LA SOCIEDAD ESTATAL DE LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO DE 9 DE MAYO DE 2020 SOBRE LA REAPERTURA DE LA RED DE VENTAS DE LA SOCIEDAD ESTATAL DE LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SELAE

PRIMERO. El pasado sábado 9 de mayo, después de la publicación fugaz en la intranet de la Sociedad, de un documento titulado “ACUERDO PARA LA REAPERTURA DE LA RED DE VENTA”, fue publicado el documento “REAPERTURA DE ACTIVIDAD DE LA RED DE VENTA”.

En dicho comunicado se anuncian dos escenarios exclusivos o fechas para la reapertura, el 18 de mayo o el 21 de mayo. Así se afirma:

“[...] la reapertura se realizará, dependiendo de la masa crítica de puntos que estén autorizados a abrir, en base a dos posibles escenarios:

a) En el caso de que el sábado 16 de mayo de 2020, se produjera algún tipo de recuperación de territorios para la fase 1, que pudiese implicar la existencia en dicha fase de una masa crítica de puntos de un 72% del total de la red, la apertura se realizaría con la siguiente forma y calendario:

- El día 18 de mayo de 2020 se iniciaría la venta de todos los juegos activos. Se sortearían, en la semana del 18 al 24 de mayo, Lotería Primitiva y Euromillones. Los sorteos de Bonoloto y Gordo de la Primitiva se reiniciarían en la semana del 25 al 31 de mayo.

b) En el caso de que no se diera la circunstancia reseñada para el sábado 16 de mayo de 2020, y no se recuperaran territorios para la fase 1, la apertura se realizaría con la siguiente forma y calendario:

- El día 21 de Mayo de 2020 se iniciará la venta de todos los juegos activos, excepto en el caso de Euromillones que se iniciaría el día 23 de mayo de 2020. Los sorteos de todos los juegos activos se iniciarán el lunes 25 de mayo de 2020.

En ambos escenarios, la Lotería Nacional, en cualquiera de sus formatos de comercialización, volverá a ponerse a la venta el día en que se inicie la venta de juegos activos. Los sorteos se reanudarán a partir del 11 de junio de 2020, dado, que por la especial idiosincrasia de este producto (devoluciones, abonados), debe realizarse con la mayor masa de puntos de venta abierta.”

SEGUNDO. Esta decisión resulta absolutamente contraria a Derecho. Y ello, tanto en relación con los puntos de venta que de acuerdo con la *Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad* y su Anexo, pudieran abrir (o pudieran hacerlo de acuerdo con las sucesivas órdenes que se dicten); como en relación con aquellos otros puntos de venta que deban continuar cerrados.

TERCERO. La comunicación parte de la innegable existencia de una Red de ventas. No hay que olvidar que el Contrato de Servicios de Gestión de Puntos de Venta, entre las obligaciones de SELAE, la cláusula 5.6 (a) establece que “*SELAE orientará sus decisiones en materia de organización y diseño de la Red externa a fin de que esté formada por un número de establecimientos que permita un dimensionamiento óptimo*”. Sin embargo, ahora menosprecia clamorosamente esta circunstancia.

Así, si bien fija el primer sorteo de lotería para el 11 de junio de 2020, ya que “*debe realizarse con la mayor masa de puntos de venta abierta*”; fija el inicio de la venta de todos los juegos activos para el 18 de mayo, en caso de que la Orden del Ministerio de Sanidad prevista para el sábado 16 de mayo incluyese en la fase 1 territorios en los que se encontrasen el 72% de puntos de venta del total de la Red; si eso no ocurriera, se fija el inicio de la venta de todos los juegos activos el 21 de mayo, excepto el de Euromillones cuya venta se iniciaría el día 23 de mayo, **sea cual fuere el porcentaje de puntos de venta que pudieran -legalmente- abrir.**

SELAE no puede desconocer los graves perjuicios que esta decisión ocasionará tanto a aquellos puntos de venta que en las fechas indicadas no puedan abrir. Como a aquellos puntos de venta que se verán forzados a hacerlo, para cumplir su (discutible en este caso) obligación de mantener abierto y plenamente operativo para el público el punto de venta.

CUARTO. En relación con aquellos puntos de venta que no pudieran abrir el 18 o 21 de mayo la decisión de SELAE:

- Vulnera la obligación contractual implícita de SELAE, o la obligación legal de su Ministerio matriz, de no celebrar sorteos de juegos de cuya venta se haya excluido a parte de los puntos de venta de la Red, con la consiguiente imposibilidad de obtención de la comisión.
- Vulnera la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, al favorecer con su actuación a los Puntos de Venta de determinados territorios que pueden abrir, frente a aquellos que no pueden. Con el consiguiente desplazamiento temporal y definitivo de la demanda.
- Mayor vulneración de las normas contractuales, legales, y de competencia se produciría si SELAE procediera a activar la venta de juegos por INTERNET. No cabe desconocer, además, que SELAE tiene prohibida la venta de lotería por internet por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 6 de Madrid de 8 de abril de 2019, no firme.
- En estas circunstancias la Plataforma Juego Limpio de Administraciones de Loterías, y sus asociados, se reservan el derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios y del lucro cesante que tal comportamiento les ocasione.

QUINTO. En relación con aquellos puntos de venta que, por estar situados en territorios en fase 1, y ajustarse a lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, pudieran abrir la decisión de SELAE les causaría notables perjuicios:

- De un lado, deberán abrir desde el 18 o el 21 de mayo, sin los juegos de apuestas deportivas; sin sorteo de Bonoloto y Gordo de la Primitiva en la primera semana, y sin sorteo de lotería hasta el 11 de junio.
- De otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, mientras esté vigente el estado de alarma se restringen las comunicaciones comerciales de las entidades que realicen una actividad de juego.¹ Y, por tanto, también de SELAE y de sus juegos.
- Todo ello, les ocasionará no sólo importantes daños y perjuicios, sino también de un relevante lucro cesante, que también serán objeto de reclamación en los mismos términos que en el apartado anterior.

SEXTO. A todo ello hay que añadir la vulneración de derechos de los consumidores de los juegos reservados a SELAE. La apertura de los puntos de venta y el reinicio de los

¹ “Artículo 37. Medidas de restricción a las comunicaciones comerciales de las entidades que realicen una actividad de juego regulada en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

1. Las medidas previstas en este artículo se aplican a todas las entidades que desarrollen una actividad de juego incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

2. A efectos de lo previsto en este artículo, se entiende por comunicaciones comerciales cualquier forma de actividad publicitaria difundida por cualquier medio o soporte, destinada a promocionar, de manera directa o indirecta, las actividades de juego definidas en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, o las entidades que las realizan.

3. Se prohíben las comunicaciones comerciales que, de forma implícita o expresa, hagan referencia a la situación de excepcionalidad que deriva de la enfermedad COVID-19 o interpielen al consumo de actividades de juego en este contexto.

4. Durante el tiempo de vigencia de la declaración del estado de alarma realizada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, las entidades referidas en el apartado 1 no podrán realizar las siguientes actuaciones:

a) Actividades de promoción dirigidas a la captación de nuevos clientes o de fidelización de clientes existentes que recojan cuantías económicas, bonos, bonificaciones, descuentos, regalos de apuestas o partidas, multiplicadores de cuotas o premios o cualquier otro mecanismo similar.

b) Emisión de comunicaciones comerciales en los servicios de comunicación audiovisual referidos en el artículo 2.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, incluidos los servicios a petición cuando aquellas sean distinguibles y separables, excepto en la franja horaria comprendida entre la 1 y las 5 de la mañana.

c) Emisión de comunicaciones comerciales que se comercialicen, vendan u organicen por prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas definidos como tales en la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, excepto en la franja horaria comprendida entre la 1 y las 5 de la mañana.

d) Emisión de comunicaciones comerciales en servicios de la sociedad de la información (incluidas comunicaciones individualizadas en correos electrónicos o medios equivalentes y redes sociales).»

5. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en este artículo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de lo dispuesto la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.”

sorteos no es un tema exclusivamente bilateral que incumba solamente a los titulares de puntos de venta y a SELAE.

Deben tenerse en cuenta también los derechos, y si no los intereses legítimos, de los ciudadanos en relación con los juegos con los que opera SELAE que, atendidas sus especiales características, penetración social, destino público de los ingresos, han sido reservados por Ley a la sociedad.

Muchos de estos ciudadanos juegan con una combinación habitual o una apuesta determinada de Lotería Primitiva o de cualquier otro juego. Semana a semana. Año a año. Si mediante una apertura parcial de puntos de venta se defrauda su derecho, interés legítimo o confianza legítima de adquirir el número deseado o jugar con su combinación habitual en determinadas provincias o territorios, la SELAE podría incurrir en un supuesto de responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

SÉPTIMO. Por todo ello, sería más acorde con el respeto debido a la red de ventas, a las disposiciones de competencia, al contenido del contrato de servicios de gestión de puntos de venta, a la manifestación contenida en la comunicación de que “necesitamos hacer ajustes tecnológicos que no podían ejecutarse sin conocer la concreción de la desescalada, así como dar tiempo a nuestra Red y a las Delegaciones para preparar aspectos organizativos de protección sanitaria, logística de atención a los puntos de venta, y elementos de comunicación a la ciudadanía de nuestra vuelta a la actividad”, y al propio sentido común, esperar al 8 de junio para el inicio de actividad en la red, y con todos los juegos disponibles, salvo los de apuesta deportiva.

OCTAVO. Este lapso de tiempo permitiría, además de iniciar la actividad con casi toda la red, resolver las dudas que suscita la interpretación del concepto de “**entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal**” que utiliza la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo.²

² Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

[...]

En el ámbito del comercio minorista y de prestación de servicios, se mantiene la apertura de los locales y establecimientos minoristas siempre que tengan una superficie igual o inferior a 400 metros cuadrados, y con excepción de aquellos que se encuentren dentro de parques o centros comerciales sin acceso directo e independiente desde el exterior. Asimismo, podrán proceder a su reapertura al público, mediante la utilización de la cita previa, los concesionarios de automoción, las estaciones de inspección técnica de vehículos y los centros de jardinería y viveros de plantas sea cual fuere su superficie de exposición, así como las entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal.

[...]

Artículo 1. Objeto.

Esta orden tiene por objeto establecer las condiciones para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas por el estado de alarma, en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta orden será de aplicación a las actividades objeto de la misma que se desarrollen en las unidades territoriales que constan en el anexo, así como a las personas que residan en dichas unidades, de acuerdo

NOVENO. Finalmente, entendemos que no debe haber problema en el inicio simultáneo de la actividad de todos los Puntos de Venta, y con todos los juegos -salvo los de

con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 3 del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Sin perjuicio de lo anterior, lo previsto en los Capítulos VIII, IX, X y XI, así como lo dispuesto en los artículos 41 y 42 no será de aplicación respecto de las unidades territoriales contempladas en el apartado quince del anexo.

2. Las personas vulnerables al COVID-19 también podrán hacer uso de las habilitaciones previstas en esta orden, siempre que su condición clínica esté controlada y lo permita, y manteniendo rigurosas medidas de protección.

No podrán hacer uso de dichas habilitaciones, ya sea para reincorporarse a su puesto de trabajo o para acudir a los locales, establecimientos, centros, lugares de espectáculos o realizar las actividades a que se refiere esta orden, las personas que presenten síntomas o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19, o que se encuentren en período de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con síntomas o diagnosticada de COVID-19.

[...].

Artículo 10. Reapertura de los establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados.

[...]

3. Asimismo, podrán proceder a su reapertura al público, mediante la utilización de la cita previa, los concesionarios de automoción, las estaciones de inspección técnica de vehículos y los centros de jardinería y viveros de plantas sea cual fuere su superficie útil de exposición y venta.

Igualmente, podrán proceder a su reapertura al público las entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal, a excepción de aquellos que se encuentren ubicados dentro de centros comerciales o parques comerciales, sin acceso directo e independiente desde el exterior.

[...].”

Debe señalarse que el concepto de “entidades concesionarias de juego público de ámbito estatal” resulta, en primer término, ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. Y puede dar lugar a confusión.

“Juego público de ámbito estatal” podría identificarse con las actividades de juego de ámbito estatal reservado a los operadores designados por la ley. Es decir, y de conformidad con la Disposición adicional primera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, a la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado y a la Organización Nacional de Ciegos Españoles.

“Entidades concesionarias” podría identificarse con los citados operadores. Pero para ello deberíamos tomar la expresión de “concesionario” en un sentido vulgar o impropio, como equivalente vulgar de la de adjudicatario o beneficiario de una licencia. Ya que estas entidades no son jurídicamente “concesionarios”. Su título habilitante, aparte de la reserva legal, no es una concesión, sino una autorización. Así resulta claramente de lo dispuesto en el apartado Dos de la Disposición adicional primera de la Ley del Juego:

“Las autorizaciones en virtud de las cuales la ONCE y la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado desarrollan las actividades de juego en la modalidad de loterías se inscribirán en una sección especial del Registro General de Licencias de Juego a efectos de mera publicidad”.

En sentido jurídico estricto, los concesionarios serían los “titulares de puntos de venta en régimen administrativo de la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado”. Esa relación de derecho administrativo ha sido calificada por la jurisprudencia y por el propio Consejo de Estado como concesión. Así en el Dictamen de 6 de septiembre de 2007, el Consejo de Estado dice:

“En este marco hay que tener presente, como se apunta en la mencionada sentencia, que la Administración no está obligada a conceder en todo caso la modificación del emplazamiento. El adjudicatario se encuentra sometido a la Administración mediante una relación de sujeción especial, viene a ser un concesionario y gestiona unos ingresos de naturaleza pública, de tal forma que si bien es cierto que tiene un interés directo en ampliar sus beneficios económicos, dicho interés se subordina al de la Administración pública en mejorar los ingresos públicos derivados de los juegos y apuestas del Estado.” Es esta una duda que debiera resolverse antes de una apertura incompleta de la red.

apuesta deportiva- ya que SELAE debe conservar las disponibilidades líquidas con las que contaba al inicio del estado de alarma, al resultarle necesarias para financiar su actividad³.

Por todo ello, y con la finalidad de evitar la situación de inseguridad jurídica a la que aboca la decisión de SELAE, y de vulneración de derechos de los titulares de los puntos de venta reconocidos contractual y legalmente, y de los clientes, procedería que SELAE dejase sin efecto la decisión comunicada.

Barcelona, 12 de mayo de 2020

Manuel J. Silva Sánchez

Socio Consultor R&J

³ El Real Decreto ley 11/2020 afirma en su Exposición de Motivos:

“En segundo lugar se prevén medidas en materia de disponibilidades líquidas y donaciones del sector público.

La crisis sanitaria provocada en España por el COVID-19 está generando una tensión sin precedentes en los Presupuestos Generales del Estado, dando lugar a la necesidad de atender gastos imprescindibles, imprevisibles y de importante cuantificación, que no tienen cabida en un presupuesto prorrogado desde 2018.

Por ello, se precisa de todos los medios financieros disponibles y, por tanto, de las disponibilidades líquidas de los organismos autónomos y otras entidades integrantes del sector público estatal.”

Y en su parte dispositiva, el artículo 49:

“Artículo 49. Disponibilidades líquidas de los organismos autónomos y otras entidades integrantes del sector público estatal.

Con la finalidad de atender los gastos para combatir la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, se dispone la transferencia a la cuenta del Tesoro Público que se determine, de las disponibilidades líquidas de los organismos autónomos y otras entidades integrantes del sector público estatal, de conformidad con lo dispuesto en art. 45 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

*Se autoriza a la Ministra de Hacienda para requerir el ingreso en el Tesoro Público de la totalidad o parte de las disponibilidades líquidas, a excepción de las procedentes de cotizaciones y conceptos de recaudación conjunta, **cuando pudieran no ser necesarias para financiar el ejercicio de la actividad indicada.***

Dicho importe podrá generar crédito en la Sección 35 «Fondo de Contingencia» para atender exclusivamente gastos y actuaciones que sean necesarios para hacer frente a esta crisis sanitaria que tiene su efecto en todos los ámbitos de la sociedad, con el fin de paliar los efectos de la misma en el empleo, en las personas y sectores más afectados, o para atender cualquier gasto que sea necesario para reforzar las capacidades de respuesta a esta crisis derivada del COVID-19.

La Ministra de Hacienda autorizará las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias.

Excepcionalmente, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Presupuestos Generales del Estado, el importe de la Sección 35 «Fondo de Contingencia» podrá superar el límite previsto en el artículo 50.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.”