



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 / 1 9 8 8

La Laguna, a 22 de junio de 1988.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno autónomo sobre *requerimiento de incompetencia del Gobierno de Canarias al del Estado en relación con sorteos de la bonoloto (EXP. 3/1988 CC)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen será analizar, a solicitud de la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), interesando su emisión por el trámite de urgencia, la adecuación al Estatuto de Autonomía (EACan) y la observancia del Ordenamiento jurídico -Constitución (CE) y normativa aplicable, particularmente la Ley orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias (LOTRACA)- de un requerimiento de incompetencia al Gobierno estatal, acordado presentar por el Consejo de Gobierno canario en sesión celebrada el 12 de abril de 1988, en relación con los sorteos de la Lotería primitiva, sistema de abono a cuatro concursos (bonoloto), efectuados los días 4, 5, 6 y 7 de dicho mes.

A tal efecto, se tendrán en cuenta, además de los preceptos de las normas antes citadas que fueren de aplicación en esta materia competencial, las disposiciones, estatales o autonómicas, con incidencia en la regulación de las actividades concernidas (juegos y apuestas), cuales son: Ley autonómica 6/1985, de 30 de diciembre; Real Decreto 1116/1985, de 5 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la CAC; Real Decreto 1360/1985, de 1 de agosto, por el que se autoriza la explotación de la Lotería primitiva; Orden de 27 de octubre de 1987, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se regulan determinados aspectos de dicha Lotería; y Resolución de 20 de enero de 1988, de la

* **PONENTE:** Sr. Pedreira Gómez.

Dirección General del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, por la que se amplían las normas sobre los concursos de pronósticos de aquella.

II

Sin embargo, antes de entrar a analizar la cuestión de fondo sometida a la consideración de este Organismo, es preciso, por sus obvias consecuencias respecto a la función consultiva del mismo, efectuar ciertas observaciones sobre el expediente que motiva el presente dictamen. A este respecto, se observa que del tenor literal del escrito de solicitud de este Dictamen y del acuerdo del Consejo de Gobierno que se adjunta, así como de las fechas de uno y de otro, resultan determinadas deficiencias, en relación con la normativa que regula las actuaciones de este Organismo, que conviene advertir.

Así, el escrito de referencia, aparte de no contener propia o expresamente la resolución del órgano unipersonal al que se refiere la Ley 4/1984, de 6 de julio, en su art. 11.1 (aún cuando implícitamente así se pudiera deducir), no se ajusta a lo que al respecto previene el artículo 48 del Reglamento de organización y funcionamiento de este Consejo sobre la necesidad de concretar los términos de la consulta con la mayor precisión posible.

Por otra parte, a tenor de lo preceptuado en los artículos 10.4 y 16 de la mencionada Ley 4/1984, no parece que se hayan cumplido los requisitos de previdencia y simultaneidad que se exigen en los preceptos indicados, por cuanto que, habiéndose adoptado por el Gobierno autónomo el acuerdo de requerir de incompetencia al Gobierno del Estado el pasado día 12 de abril y habiéndose efectivamente remitido el requerimiento, se espera al día 27 del mismo mes para decidir la referida solicitud, ejecutándose ésta a su vez el día 4 de mayo. Todo ello, manifiestamente, contradice las reseñadas exigencias y, con ello, el objetivo que con las mismas pretenden alcanzar las normas citadas.

Por último, ha de señalarse que, por su naturaleza, objeto, finalidad y efectos, la función consultiva de este Organismo ha de realizarse normalmente con garantía de disponibilidad de tiempo y medios bastantes para que sea adecuada y efectiva. Por ello, ha de admitirse que la regla general aplicable a la emisión de los dictámenes recabados al Consejo debe ser la prevenida en el art. 15.1 de la Ley 4/1984, es decir, que dicha emisión ha de hacerse al mes de recibirse en aquel la correspondiente

solicitud, salvo caso de fuerza mayor o de imposibilidad material, debiéndose, en consecuencia, entender que la que se contiene en el nº 2 del mencionado artículo ha de tener carácter excepcional, por lo que su uso debiera limitarse a supuestos muy concretos que, razonablemente, demanden la urgente evacuación del dictamen. En este sentido, es evidente que en el supuesto analizado no parece se den las indicadas condiciones como claramente resulta, no ya del retraso con el que, como se acaba de indicar, se ha procedido a remitir la solicitud, sino, además, del hecho de que los actos requeridos de anulación por supuesta incompetencia de su autor se realizaron los días 4, 5, 6 y 7 de abril del presente año y, por consiguiente, siendo determinante la primera de esas fechas por la naturaleza del asunto concernido (bonoloto), el Gobierno autónomo disponía de un plazo que finalizaba el 4 de junio para formular dicho requerimiento (cfr. art. 63.2, LOTC).

III

En lo que a la cuestión competencial de que se trata se refiere, ha de indicarse en principio que, según el art. 34.A).9, EACan, la CAC ejercerá competencias legislativas y ejecutivas, en los términos señalados en el art. 35 de aquel, en materia de casinos, juegos y apuestas, salvo las Mutuas Deportivo-Benéficas. Precisamente, el citado art. 35 estatutario preceptúa que la asunción de competencias sobre las materias recogidas en preceptos anteriores del Estatuto, que se deberán ejercitar respetando la normativa estatal cuando así lo exija el art. 149.1, CE, se efectuará por uno de los dos mecanismos que se señalan a continuación, de los que sólo el segundo es propiamente estatutario, aunque su utilización no podía entonces ser inmediata al depender del transcurso del plazo de 5 años prevenido en el art. 148.2, CE. Y, en efecto, como es sabido, aquella se materializó -con independencia de que técnicamente hubiera sido más adecuado hablar en este asunto de ampliación y no de asunción competencial- a través del primero de los mencionados mecanismos, ejercitando el Estado a este fin la facultad, discrecional pero limitada en su objeto y efectos, que le otorga el art. 150.2, CE. Es decir, el Parlamento estatal dictó la conocida LOTRACA, lo que supuso la ampliación extraestatutaria, condicionada y controlada de facultades -que no exactamente competencias- autonómicas sobre ciertas materias -las mencionadas en varios artículos del Estatuto- de titularidad estatal, sin que por ello el Estado pierda dicha titularidad, ni esas facultades se equiparen exactamente a las del titular o adquieran naturaleza estatutaria.

Es claro que, no sólo porque la normativa contenida en los arts. 34 y 35, EACan es precisa al respecto, sino porque no se explicaría de otro modo la existencia misma de la LOTRACA y, además, porque la aplicabilidad en la materia del art. 149.3, CE es indiscutible, la titularidad o, si se prefiere, la competencia sobre la materia de que se trata es, en cualquier caso, estatal y no autonómica, con todo lo que ello comporta respecto al contenido de las facultades comunitarias sobre esa materia o las posibles limitaciones de los efectos de su ejercicio y de las garantías a su propio mantenimiento, sea o no aplicable en tal materia el art. 149.1.14, CE. Únicamente así se explicaría la posibilidad de ejercitar la facultad del art. 150.2, CE, y su efectiva utilización, sin olvidar, por otra parte y en relación con la competencia exclusiva del Estado sobre la Hacienda General, que alguna razón habría para que el legislador estatutario no asumiera para la CAC la competencia sobre la referida materia, cuando podría parecer que podía hacerlo al no venir aquella expresamente recogida en la relación del art. 149.1, CE.

En cualquier caso, cabe advertir que la competencia autonómica sobre juegos y apuestas, además de no ser "exclusiva" -en cuyo caso, de todas formas habría que guardar las necesarias reservas sobre ese calificativo y matizar adecuadamente sus efectos, como indica repetidas veces la jurisprudencia del TC, en relación con la posible incidencia en esta materia de competencias estatales que pudieran ser prevalentes de acuerdo con la Constitución, según la interpretación y los criterios señalados por el propio Alto Tribunal-, tampoco es propiamente estatutaria, "asumiéndose" tan sólo después de que el Estado, facultado constitucionalmente para ello y sin estar jurídicamente obligado a hacerlo, estableciese la LOTRACA, con todas las consecuencias limitativas y condicionantes que esto comporta. Las cuales, se insiste, surgen o existen "ab initio" por el hecho de que la referida competencia no ha sido asumida estatutariamente, ni es exactamente una competencia como sinónima de titularidad, sino que es transferida en el sentido de facultades sobre una materia cuyo titular es el Estado -que, por eso, puede transferirlas o delegarlas como y cuando estime oportuno-, señalándose, por demás, su existencia tanto en el Estatuto (cfr. arts. 34 y 35) como, obviamente, en la LOTRACA (cfr. art. 1), refiriéndose el primero al art. 149.1, CE y la segunda, como no podía ser de otra manera, al art. 150 del texto constitucional.

Precisamente, a consecuencia de lo anteriormente explicitado y en aplicación de las facultades limitada y condicionadamente transferidas por el Estado a la CAC,

tanto legislativas como ejecutivas y administrativas, se producen el Real Decreto 1116/1985, de 5 de junio, por el que se traspasan las funciones y servicios de orden gubernativo de la Administración del Estado a la autonómica en materia de casinos, juegos y apuestas, por un lado, y la Ley autonómica 6/1985, de 30 de diciembre, que regula dicha materia en el ámbito comunitario, por el otro. Y ello, sin que, al menos expresamente, el primero traspase función o servicio alguno relacionado con la Lotería Nacional, ni la segunda ordene nada respecto a ésta, sea la moderna o sea la primitiva -que ya funcionaba en el momento de su establecimiento como supuestamente integrada en aquella y gestionada por el Organismo Nacional, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, correspondiente, con el consentimiento, o sin reserva alguna sobre ello, de la CAC entonces y, al parecer, ahora-, en su variedad ordinaria o en su variedad bonoloto.

IV

El requerimiento que se dictamina, desde luego, no tiene por objeto pretender la derogación por el Estado del Real Decreto 1360/1985, la Orden de 28 de octubre de 1987 o la Resolución de 20 de enero de 1988 -pretensión que, dirigida contra estas normas directamente, ya no sería técnicamente posible efectuar por la CAC y, por tanto, tampoco lo sería plantear al respecto el subsiguiente conflicto constitucional de competencia, según dispone el art. 63, LOTC-. Ni siquiera se dirige contra los actos (sorteos) efectuados en aplicación de dichas normas, en general, sino contra los realizados de acuerdo con lo establecido en la mencionada Resolución, aunque tampoco contra todos, sino contra el que se refiere a la apuesta que se resuelve, necesariamente dado el sistema de que se trata, mediante los sorteos celebrados los días 4, 5, 6 y 7 de abril de 1988, puesto que tales sorteos están tan íntimamente relacionados entre sí y con tal apuesta que constituyen una unidad de actuación, especialmente en lo que concierne al fin aquí pretendido.

No obstante, en el requerimiento se añade también la pretensión de que el Estado derogue, en el ámbito de la CAC, la Resolución antes indicada y cese de efectuar toda clase de actividades emprendidas a su amparo en la Comunidad. Sin embargo, además de que dicho cese es inútil pedirlo porque, derogada la Resolución, ya no se podía actuar en su aplicación, lo cierto es que el órgano requiriente parece olvidar que tal resolución no surge de la nada ni se mantiene en el Ordenamiento sin

fundamento alguno, pues, en efecto, se ha dictado en ejecución la Orden de 28 de octubre de 1987 en la que se fundamenta, Orden que, a su vez, difícilmente se hubiera podido establecer, ni existiría, sin que antes se estableciera el Real Decreto 1360/1985.

Por tanto, o el requerimiento es defectuoso porque, incongruentemente, no llega, como sin duda debiera, a las últimas consecuencias de su pretensión anuladora-derogatoria, o bien, es dudoso que tenga algún sentido su formulación cuando, al parecer, no se discute la validez de las normas reglamentarias en las que se fundamenta, coherentemente, la Resolución que se pide sea derogada indirectamente y, en apariencia, como mera consecuencia de que el Estado es incompetente para celebrar los sorteos prevenidos en ella. Dicho de otro modo, o la CAC entiende que el Estado no tiene competencia para establecer y celebrar la Lotería primitiva en el ámbito autonómico, cualquiera que fueren su naturaleza o la de los boletos e ingresos correspondientes y sus posibles variedades, y, consecuentemente, le requiere para que deje de hacerlo, admitiendo que sus normas reguladoras no son aplicables en Canarias, o no parece correcto que, aceptando esta aplicabilidad, la CAC trate de pretender la derogación únicamente de la norma de tercer grado que, con base en otras cuya legitimidad no se discute, prevé la creación de la bonoloto como simple forma nueva de realización de dicha Lotería.

En este sentido, conviene reflexionar en que, habiéndose dejado pasar la oportunidad de impugnar directamente la mencionada Resolución, si se anulase sin más la apuesta cuya solución mediante cuatro sorteos sucesivos comenzó el 4 de abril, es claro que se perjudicarían indebidamente intereses de los eventuales ganadores y se pondría a la Administración, la estatal y seguramente la autonómica, en una situación problemática de orden técnico y económico de difícil solución porque la anulación, máxime si es por incompetencia y ésta se debe a que el órgano competente para actuar sobre el asunto concernido es otro, ha de hacerse con todas sus consecuencias. Es más, tales consecuencias afectarían no sólo a los sorteos impugnados, sino a los restantes que se hubiesen celebrado en las mismas condiciones, de manera que la anulación de aquellos debería conllevar la de éstos, tanto los efectuados en Canarias como los realizados en otras Comunidades con supuestas similares competencias, por aplicación del principio de coherencia y complitud del Ordenamiento y por un mínimo respeto de la igualdad ante la Ley de todos los españoles.

Por todo ello, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, vista la competencia limitada y condicionada de la CAC en materia de juegos y apuestas, la regulación de la Ley autonómica 6/1985 y el contenido del Real Decreto 1116/1985, y aún admitiendo a efectos dialécticos que, pese a no darlo a entender así la mencionada Ley 6/1985, existe diferencia entre los conceptos juego y de apuesta -con lo que ello pudiera significar de distinción entre la Lotería moderna, que sería un juego, y la primitiva, que sería una apuesta, según cierta doctrina-, teniendo presente que, además, no se conoce que exista en la CAC una bonoloto o similar gestionada por la Administración autónoma, puede indicarse ahora que no parece haber inconveniente jurídico para que en la actualidad puedan celebrarse, con efectos en Canarias y con participación de los ciudadanos que tienen la condición política de canarios, sorteos de la Lotería moderna y de la Lotería primitiva, incluida su variedad de bonoloto, siendo su gestor el Estado a través del Organismo Nacional competente.

V

1. Es sabido que un determinado sector doctrinal trata, como se ha señalado ya, de distinguir conceptualmente entre juego y apuesta, de lo que se deduce una distinción clara entre la Lotería moderna (juego) y Lotería primitiva (apuesta mutua), que, por consiguiente, no pueden reconducirse a un concepto o figura común cual es la Lotería Nacional -calificativo este que, ciertamente, no puede servir como fundamentación justificación, per se, de que una competencia sea estatal-, interviniendo el Estado como jugador (banca) en la primera y como mero operador no participante en la segunda. O bien, de diferenciar una de la otra, tanto en el plano formal como en el material, en cuanto que la Lotería moderna viene reconocida en algunas leyes formales, aunque fuera creada por Decreto, y la primitiva está regulada sólo reglamentariamente, y en cuanto que los ingresos procedentes de aquella son exactamente renta del Estado, reconocida así expresamente, y estando previstos tales ingresos y los premios, que no dependen de ellos, en el correspondiente estado de los Presupuestos estatales, -siendo los boletos considerados "valores" del Estado, que, como banquero-jugador, se arriesga a una hipotética pérdida en el juego-, mientras que los de ésta únicamente son de forma parcial ganancias del Estado que éste obtiene como operador, no reconociéndose presupuestariamente los pagos, que dependen inmediatamente de los ingresos, no perdiendo aquel nunca en la operación y no siendo los boletos asimilables a "valores" estatales.

Es más, algunos autores sostienen la tesis de que la Lotería Nacional, tanto la moderna como, en cualquier caso, la primitiva, es inconstitucional. Y ello, porque entienden que, como monopolio estatal creado o regulado por una mera Instrucción, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, su existencia violaría el art. 128, CE, por una parte, y las normas constitucionales de distribución competencial, en el supuesto de Estatutos que hubiesen asumido competencia sobre la materia concernida, por otra. O, en el mejor de los casos, afirman que ha de distinguirse entre la Lotería moderna, cuya constitucionalidad pudiera admitirse, aún cuando fuere de modo particularísimo y forzando la interpretación de los arts. 128.2 y 149.1.14, CE, de la primitiva, que no la tendría en forma alguna, pues, no estando legalmente prevista, directa o indirectamente, ni siendo sus ingresos calificables o reconocibles técnicamente como renta estatal procedente de un monopolio fiscal, no puede ser asimilable jurídicamente a la moderna, como monopolio o como renta, puesto que no puede recibir, mediante la analogía, idéntico tratamiento jurídico que ella porque no caben interpretaciones o aplicaciones analógicas de normas restrictivas de derechos individuales -aquí el recogido en el art. 38, CE-, cuales son las que establecen los monopolios.

Sin embargo, aún cuando se harán más adelante algunas precisiones respecto a los argumentos precedentes en cuanto permitan ayudar a clarificar la cuestión debatida, ha de recordarse que la Ley autonómica 6/1985 parece asimilar, a los efectos de su regulación, el juego y la apuesta -quizás porque, aunque sean actividades conceptualmente distinguibles, sobre todo en sus orígenes, en la actualidad funcionan en base a principios y producen resultados jurídicos equiparables, al menos desde la perspectiva jurídico-pública- y conviene observar que, aún cuando hay evidentes diferencias entre la Lotería moderna y la primitiva, tal como están ordenadas en el presente, especialmente en lo que se refiere a su mecánica funcional y a la situación del Estado en ellas frente a los participantes, no parece que las haya entre la Lotería primitiva ordinaria y la bonoloto. Además, en todo caso, no debe perderse de vista que lo que realmente ha de dilucidarse en el asunto sometido a la consideración del Consejo, al objeto de determinar si existe vulneración del Estatuto o inobservancia del Ordenamiento jurídico con la celebración en Canarias de sorteos de Lotería por el Estado, es si la CAC puede evitar que se realicen los mismos en absoluto o al mismo tiempo que los de su propia Lotería, es decir, si la competencia en la materia, tras entrar en vigor la LOTRACA, es totalmente autonómica, siendo la consecuencia que, existiendo una norma legal

comunitaria que ordena, en exclusiva, los juegos y apuestas que pueden efectuarse en la Comunidad, solamente cabe que se realicen en Canarias los sorteos de la Lotería catalogada y ordenada por los órganos autonómicos de acuerdo con esa norma.

Al respecto, procede indicar que, no sólo la competencia de la CAC en materia de juegos y apuestas no es exclusiva, ni siquiera estatutaria, como se ha advertido anteriormente, sino que la Ley 6/1985, al mencionar en su art. 14 la Lotería entre los que, en el ámbito autonómico, deben ser catalogados por el Gobierno comunitario, no la califica de manera que permita afirmar que dicha Lotería es, si ello fuera jurídicamente posible, exactamente la misma que funcionaba, como moderna o primitiva, en Canarias hasta entonces, ni contiene precepto alguno que, en relación con el comentado, faculte para sostener que, establecida esa Ley y aprobado el Catálogo correspondiente, la Lotería Nacional, en cualquiera de sus clases y variedades, no podría celebrarse en la Comunidad, al menos la primitiva, salvo previo traspaso de aquella o de ésta, como mínimo, del Estado a la CAC. Y, si esto es así en lo que concierne a la Lotería primitiva, ha de admitirse que asimismo lo es en lo que se refiere a la bonoloto, puesto que ésta no es más que una variedad de aquella que, a partir de la Orden de 28 de octubre de 1987 y de la Resolución de 20 de enero de 1988, se realiza a través de dos tipos de apuestas, la ordinaria y la abonada a cuatro sorteos, sin alterarse su naturaleza o su funcionamiento básico.

2. Por otra parte, sin perjuicio de que, como se señaló previamente, es indudable que existen notables diferencias entre la Lotería moderna y la primitiva, también lo es que ambas son contratos de similar naturaleza, idéntico contenido y efectos equiparables. Unos contratos difícilmente calificables de privados por sus fines, funcionamiento y consecuencias, en los que interviene un sujeto jurídico-público -en principio, el Estado- que, en uso de sus facultades, los ordena y controla, gestionándolos y respondiendo de su ejecución, de manera que se compromete a su realización, corrección y pago, por lo que, al hacerlo, soporta cierto riesgo de sufrir pérdidas económicas, siendo su objetivo, en uno y otro caso, obtener recursos para financiar sus actividades públicas. Es cierto que ese riesgo es más evidente en la Lotería moderna, en la que puede convenirse que interviene como jugador, porque los premios están fijados de antemano sin importar el número de jugadores y los billetes son "valores" del Estado, pero no es menos cierto que, asimismo, asume un

riesgo en la primitiva, al garantizar el abono de las apuestas ganadoras y mantener una organización administrativa para que funcione la Lotería. Además, los potenciales participantes y beneficiarios en ésta son los ciudadanos del país en general y una parte sustancial de la recaudación es, por definición, un ingreso el Tesoro Público que permitirá cubrir determinados gastos estatales y, en consecuencia, facilitar la consecución del interés general de la Nación, que es deber del Estado satisfacer, razón por la que pudiera admitirse que, aunque ese ingreso no sea calificable técnicamente de renta, sí que es público y propio de la Hacienda General y que la existencia, desarrollo y resultado de la Lotería primitiva del Estado es algo que afecta al interés nacional y al interés de todos y cada uno de los españoles.

Desde luego, no parece sostenible la tesis que defiende la inconstitucionalidad de la Lotería moderna por ser ésta un monopolio estatal regulado por Decreto. No sólo porque no sería éste el único caso en que, inevitablemente, hay materias o cuestiones que, pese a que su ordenación actual deba hacerse por Ley formal al exigirlo así la vigente Constitución, permanecen estando, aunque fuere de manera provisional y temporal, reguladas reglamentariamente por permitirlo así la legalidad anterior, como ineludible exigencia de la seguridad jurídica y, por ende, del interés general, con todas las matizaciones que sea preciso y una aplicación lo más acorde posible con el nuevo orden constitucional, sino porque, además, la competencia del Estado sobre la mencionada Lotería y el carácter monopolístico de ésta viene contemplado en diversas leyes, tales como la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964 o la Ley General Presupuestaria de 1977. Por otra parte, siendo la Lotería lo que se ha dicho que es y sabida cual es la justificación de su existencia, no parece que sea objetable que la competencia estatal sobre ella se encuentre en el art. 149.1.14, CE. A mayor abundamiento, tanto en relación con sus participantes como en lo que supone de ingresos, concebidos legalmente como renta del Estado y destinados a satisfacer el interés nacional procurando medios al Ente constitucionalmente facultado y obligado a su prosecución, la Lotería moderna bien puede ser calificada de servicio público de interés social general o, cuando menos, se justificaría su mantenimiento como monopolio del Estado, visto el art. 128.2, CE, al proporcionarle efectivamente unos recursos que son esenciales en cuanto facilitan muy considerablemente la realización por los órganos estatales de sus actividades constitucionales.

En la línea de lo argumentado hasta aquí, similar razonamiento justificativo, en lo que se refiere a sujetos implicados o interesados y a fines recaudatorios de interés general, podría, en principio, aducirse respecto a la Lotería primitiva, forzando de este modo la competencia estatal para establecerla y gestionarla en relación con lo dispuesto en el art. 149.1.14, pero no cabe ciertamente asimilarla a la Lotería moderna a tal efecto, puesto que, según se ha indicado, el único parecido entre una y otra es la denominación -y, por tanto, la posible inclusión de las dos, aunque con sus propias características particulares, en la materia de "juegos y apuestas"-, al ser diferentes en concepto, funcionamiento, carácter de los respectivos ingresos y boletos, o posición contractual del Estado. Por ello, siendo cuestionable conceptual o formalmente esa asimilación, también lo sería pretender aplicar sin más la ordenación de la Lotería moderna a la primitiva, especialmente cuando se hace para monopolizar ésta por el Estado. Es por este motivo por el que, reconocida la distinción entre las dos clases de Lotería, resulta objetable la constitucionalidad del Real Decreto 1360/1985 en cuanto que, de ordenar la creación de un monopolio sobre la Lotería primitiva, estaría incumpliendo la exigencia del art. 128.2, CE de necesidad de ley parlamentaria para instrumentar esa operación o, en general, para reservar ciertos servicios o recursos al sector público. Por supuesto que, si el mencionado Real Decreto es inconstitucional desde esta perspectiva formal, igualmente lo serían las normas reglamentarias de rango inferior que encuentran su fundamento en ella, es decir, la Orden de 28 de octubre de 1987 y la Resolución de 20 de enero de 1988.

Pero es que, si la Lotería primitiva no es equiparable a la moderna -no cabiendo incluirla con ésta en la expresión "Lotería Nacional" como si fuesen variedades de la misma actividad, sujetas ambas entonces sin mayor problema ni necesidad de instrumentación legal al control total y gestión monopolística del Estado-, resulta que, aun admitiendo que esto último suceda con la Lotería moderna, no ocurre igual con la primitiva desde una perspectiva, no ya formal, sino también competencial. Así, el Estado no parece que esté en situación de pretender monopolizar esa Lotería sin acudir al procedimiento legal constitucionalmente fijado para ello, porque existen Estatutos que asumen competencias para las respectivas Comunidades en materia de juegos y apuestas, siendo indudablemente la Lotería una clase de estas actividades. Sin embargo, por las razones justificativas reseñadas previamente, quizás pudiera

defenderse que, sin perjuicio de que ello habría de hacerse propiamente mediante ley, el Estado podría seguir celebrando sorteos de Lotería primitiva, ordinaria o bonoloto con efectos nacionales al tiempo que se celebrasen en las Comunidades competentes sorteos de su Lotería autonómica con efectos únicamente en cada Autonomía.

3. En el particular caso de la CAC, aunque la competencia en cuestión no es estatutaria ni exclusiva, es un hecho que existe, razón por la que se estableció la Ley autonómica 6/1985 en la que se prevé, como juego y/o apuesta a celebrar en Canarias, una Lotería, que no tiene que ser la estatal, ni seguramente pueda serlo, pero cuya existencia es indiscutible, no habiendo sido impugnada esa Ley. Sin embargo, además de que, dado el carácter y la forma de obtención de las facultades autonómicas al respecto, éstas pueden ser recuperadas por el Estado y están limitadas expresa y ampliamente en su ejercicio o no impiden que aquel regule sobre la materia en base a otros títulos habilitantes constitucionales -sin que esto pueda significar o permitir la posibilidad de desconocimiento o anulación estatal de dichas facultades-, lo cierto es que el gobierno autónomo parece que admite o no discute la competencia del Estado para mantener en Canarias el monopolio sobre la Lotería moderna y también, extrañamente, sobre la primitiva, mientras que, sorprendentemente, cuestiona que la bonoloto estatal tenga efectos en la Comunidad, creyendo erróneamente al parecer que esa bonoloto es algo distinto de la Lotería primitiva, cuando, en realidad, es una variedad de apuesta o concurso subsumible en ella, como podrían serlo otras en el futuro.

Así, la Lotería primitiva se efectúa actualmente, teniendo el mismo carácter en cuanto a la actividad realizada, los boletos y los ingresos, similar funcionamiento e idénticas consecuencias para los participantes y para el Estado operador, tanto a través de una apuesta única que se resuelve en un sólo sorteo como mediante una apuesta acumulada o abonada que lo hace en cuatro.

Estas deficiencias iniciales se complican, por demás y como se advirtió con anterioridad, por la incorrecta apreciación que aparentemente hace el Gobierno autónomo de la regulación sobre el asunto analizado, siendo el resultado la incongruente y objetable pretensión, tanto en su objeto como en su fundamentación, que quiere aquel instrumentar con el requerimiento dictaminado. En efecto, aunque la Ley 6/1985 es posterior al Real Decreto 1360/85, es evidente que la

cuestionabilidad de éste, formalmente y, en su caso, competencialmente, surge en el momento en que se estableció y en tal momento, o a raíz del primero o sucesivos actos realizados en su aplicación, debió ser impugnado. Lo que no ha sucedido en absoluto, ni siquiera impugnando los sorteos actualmente celebrados. Pero es que el Gobierno autónomo tampoco discutió la legitimidad de la Orden ministerial que "crea" la bonoloto o de la Resolución que instrumenta su funcionamiento, la cual se intenta ahora, de modo seguramente forzado y difícilmente viable, que se derogue, manteniéndose, sin embargo, el olvido respecto a las normas que la fundamentan.

VI

En relación con lo últimamente explicitado, a la luz de lo dispuesto en los arts. 34.A).9 y 35, EACan y estando vigente la Ley autonómica 6/1985, cabría preguntarse, en definitiva, si en el asunto que se estudia, más que existir una invasión de competencias autonómicas por el Estado, podría haber extralimitación de éste en el ejercicio de las suyas sobre la materia de referencia, partiéndose del hecho de que dicha Ley se estableció legítimamente en base a la transferencia competencial efectuada por la LOTRACA y que ha de entenderse que pretende regular los juegos y apuestas que se efectúen en Canarias, y que no tengan carácter estatal o no se haya reservado el Estado, que se ordenen por la CAC tras su entrada en vigor o que estén incluidas en la relación a la que se refiere el Real Decreto 1116/1985.

Pues bien, es patente que, una vez establecido ese Real Decreto -seis meses anterior a la Ley 6/1985-, e independientemente de que en ésta y, obviamente, en aquel no se mencione para nada la Lotería Nacional, moderna o primitiva, que funcionaba antes del establecimiento de la Ley 6/1985, la CAC ejercía ciertas competencias de orden administrativo sobre los juegos y apuestas entonces existentes. Competencias que, evidentemente, se incrementarían en el señalado establecimiento, incluyendo la ordenación legal pormenorizada de los juegos y apuestas que se celebrasen en la Comunidad y su subsiguiente regulación y catalogación reglamentaria, entre los que se prevé una Lotería, que no es la nacional, sea la moderna o sea la primitiva (con bonoloto incluida) estatal.

Así, la cuestión quedaría prácticamente reducida a determinar si el Estado, a través del Organismo Nacional de Loterías y, antes que éste, del Ministerio de

Economía y Hacienda, ha incumplido sus propias reglas en la materia, contempladas las facultades que transfirió a la CAC por la LOTRACA, de manera que cabría decir que el Real Decreto 1369/1985 no puede ser aplicable en Canarias, al menos sin ningún tipo de matización o reserva a favor de la CAC, y, similarmente, establecida la Ley 6/1985, tampoco lo serían, con más razón, ni dicho Real Decreto, ni la Orden de 28 de octubre de 1987 o la Resolución de 20 de enero de 1988. Es claro que, si esto fuera así, en todo caso tales normas debieran ser impugnadas por el Gobierno autónomo, para lo cual el Ordenamiento pone a su disposición los mecanismos jurisdiccionales adecuados que, ciertamente, no se limitan únicamente al expediente de requerimiento de incompetencia seguido de planteamiento de conflicto competencial ante el TC.

Sin embargo, de acuerdo con los razonamientos aquí expresados, tanto en relación con la limitada y condicionada competencia autonómica en la materia como referentes a la naturaleza y regulación de la Lotería y a la concreta ordenación autonómica de los juegos y apuestas o al contenido del Real Decreto 1116/1985, parece difícil negar que el Estado, cuando menos en lo que concierne a Canarias, está facultado para ordenar y gestionar una Lotería moderna y primitiva, ordinaria y bonoloto, de carácter general, cabiendo que participen en ellas y se produzcan efectos sobre ellos los ciudadanos canarios junto a los de otras partes del territorio nacional. Aunque, por otra parte, ello no obsta para que, exceptuada la Lotería moderna que está sujeta a monopolio del Estado, Canarias pueda implantar su Lotería autonómica al amparo de la LOTRACA y de la Ley 6/1985 y sin perjuicio de respetar la normativa básica estatal de orden hacendístico y fiscal, Lotería que coexistiría con la primitiva estatal, habida cuenta de que la supuesta condición monopolística de ésta es discutible desde una perspectiva formal o desde otra competencial, así como lo es su pretendida asimilación a la Lotería moderna.

De cualquier modo, ha de repetirse que la situación actual del Gobierno autónomo en la cuestión debatida no es la más adecuada para intentar reclamar una posible competencia comunitaria al respecto, pues no sólo ha aceptado y sigue aceptando la legitimidad del Real Decreto 1.360/1985 -y, por consiguiente, que la Lotería primitiva estatal produzca efectos en Canarias-, sino que, además de estimar erróneamente que existe diferencia entre aquella y la bonoloto, también parece admitir la validez de la Orden ministerial de 28 de octubre de 1987.

CONCLUSIONES

1. La solicitud del presente dictamen presenta las deficiencias formales explicitadas en su Fundamento II, por las razones y con las consecuencias que en el mismo se indican.

2. Como se razona en los Fundamentos III, IV, V y VI, no parece adecuadamente formulado el requerimiento analizado, observándose que su pretensión resulta incongruente con su propia finalidad e insuficientemente fundamentada a la vista de la competencia estatal y autonómica en la materia, en particular la que disciplina la Lotería, estatal (moderna o primitiva) o comunitaria.

3. No obstante, se advierte la posible invalidez, por las causas formales y competenciales indicadas, del Real Decreto 1.360/1985, y consiguientemente de la Orden de 28-X-87. Y, asimismo, que, pese a poderse celebrar en Canarias en la actualidad sorteos de Lotería moderna y de Lotería primitiva, ordinaria o bonoloto, gestionados por el Estado, el monopolio estatal al respecto sólo afecta a la primera de ellas, por lo que cabría realizar también en su ámbito territorial otros correspondientes a una Lotería comunitaria gestionados por la Administración autonómica.