



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 / 2 0 0 6

(Pleno)

La Laguna, a 24 de febrero de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *requerimiento de incompetencia al Gobierno de la Nación respecto al Real Decreto 1.366/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Española la explotación de una lotería instantánea o presorteado en todo el ámbito nacional (EXP. 21/2006 CC).**

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 18 de enero de 2006, el Presidente del Gobierno interesa, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.C.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, preceptivo Dictamen por el procedimiento ordinario en relación con el requerimiento de incompetencia que el Ejecutivo autonómico pretende formular al Estado de conformidad con lo previsto en el art. 63 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en relación con el Real Decreto 1.366/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) la explotación de una lotería instantánea o presorteada en todo el ámbito nacional.

Acompañan la solicitud de Dictamen el preceptivo certificado de los Acuerdos gubernativos de formulación de requerimiento y de solicitud de Dictamen a este Consejo (art. 50.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio) y el asimismo preceptivo informe del Servicio Jurídico del Gobierno [art. 20.b) del Reglamento del indicado

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], favorable, por cierto, al planteamiento del requerimiento.

Se ha acordado por el Gobierno, simultáneamente (art. 21 de la Ley 5/2002), formular al Estado el requerimiento de incompetencia y solicitar el Dictamen sobre el particular. Ello comporta que la función consultiva no se produzca precedentemente, como ya tiene dicho este Consejo, en orden a procurar una actuación jurídicamente adecuada y a proteger el interés autonómico normativamente definido y garantizado, al no ser el Dictamen de realización previa, por lo que, consecuentemente, deviene en poco útil o eficaz para el mencionado interés autonómico.

2. Mediante el citado R.D. 1.336/2005 (BOE núm. 279, de 22 de noviembre), el Estado, en efecto, autoriza a la ONCE “la comercialización de una modalidad de lotería, de ámbito nacional, denominada genéricamente lotería instantánea o presorteada” (art. 1). Este Real Decreto no es sino la expresión reglamentaria de la ejecución del Acuerdo suscrito entre el Gobierno del Estado y la ONCE, de 27 de febrero de 2004, en el que, entre otros aspectos, se contemplaba la “comercialización conjunta por Loterías del Estado y la ONCE” de una lotería presorteada, aunque el referido Real Decreto atribuye la comercialización en exclusiva a la ONCE.

El citado Real Decreto se fundamenta “tanto en la labor social llevada a cabo por la ONCE como la estabilidad en el empleo de las personas que comercializan los juegos que tiene concedidos” (Exposición de Motivos), lo que, a juicio del Gobierno de Canarias, colide con las competencias exclusivas que la Comunidad tiene asumidas en materia de “casinos, juegos y apuestas, con la exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas” (art. 30.28 del Estatuto, EAC), habilitación competencial que ha dado lugar a la aprobación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Juegos y Apuestas de Canarias, y a la autorización de los juegos incluidos en el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad, incluido el de lotería (art. 1), significándose que el art. 3.c) del Decreto 57/1986, de 4 de abril, por el que se aprueba, modificado por el Decreto 234/1997, de 30 de septiembre, contempla el juego de la lotería presorteada como uno de los juegos autorizados por la Comunidad Autónoma. Dicha competencia exclusiva comprende la posibilidad de organizar o autorizar, dentro de su ámbito territorial, la práctica de juegos que tienen similares características a los que el Estado gestiona en todo el territorio nacional, como es el caso de las loterías.

Así, para la STC 163/1994, de 26 de mayo, FJ 7º “la aprobación de los Estatutos de Autonomías atribuyendo a determinadas Comunidades Autónomas competencia exclusiva en materia de juegos y apuestas ha supuesto una alteración del ámbito funcional de la Lotería Nacional al confiarse a aquéllas la potestad de organización y gestión de los juegos (incluso Loterías), en su propio territorio”.

Todo lo cual fundamenta, justamente, el planteamiento del requerimiento de incompetencia sometido a la consideración de este Consejo.

II

1. Según el art. 40.1 EAC, todas las competencias autonómicas “se entienden referidas al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”. El principio de territorialidad tiene, pues un doble aspecto; de limitación extraterritorial del ejercicio de las competencias propias y, como contrapartida, de ámbito de ejercicio de esas competencias en los términos que disponga el Estatuto de Autonomía.

Por mor del art. 149.3 CE, “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus propios Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas”. Son del Estado, pues, las competencias que no han asumido las Comunidades en sus Estatutos, y el de Canarias sólo excluye de la competencia autonómica determinada clase de apuestas. La cuestión, pues, es si la materia *juego de ámbito nacional* tiene la suficiente entidad material para ser objeto de atribución competencial residual del art. 149.3 CE, sin tener en cuenta que la materia *juego* ha sido objeto de competencia autonómica y por ello territorializada. Si no cabe ignorar la fuerza atributiva del art. 149.3 CE, el Estado tampoco puede ignorar la distribución de competencias en materia de *juego*, en los términos que resultan del bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, y por lo que se refiere al alcance de la citada cláusula residual, no “resulta preciso” acudir a su aplicación cuando “cabe entender que una materia competencial ha sido incluida en una o en otras mediante la utilización de los criterios interpretativos ordinarios” (SSTC 123/1984, de 26 de noviembre, 180/1992,

de 19 de octubre, 133/1997, de 16 de julio, 206/1997, de 27 de noviembre, y 40/1998, de 19 de febrero).

Puede que haya sido ésta la razón por la que la STC 171/1998, de 23 de julio, que entra a conocer de la delimitación competencial en relación con el sorteo de la ONCE, al que denomina "lotería de ciegos", no se haya fundamentado en la aplicación de la cláusula residual de competencias, sino que buscara otros fundamentos, asimismo cuestionables.

2. En efecto, sobre las anteriores consideraciones de carácter general, hemos de traer a colación la citada STC 171/98, de 23 de julio, dictada en conflictos de competencias acumulados que tenían por objeto la autorización del cupón pro ciegos como juego de ámbito nacional. En esta Sentencia, que concluye que la materia concierne al título de "Hacienda general" del art. 149.1.14ª CE, se sientan las siguientes consideraciones en las que se apoya el fallo dictado:

A. Históricamente, la ONCE se ha configurado como una entidad con "fines y objetivos de evidente interés público (...) que conectan directamente con el mandato del art. 49 de la CE". Además, ejerce, en cuando "Corporación de Derecho Público (...) funciones públicas o de interés público en aquellos supuestos concretos en que la Administración le delega su ejercicio".

B. Para el cumplimiento de tales fines, el Estado "ha asumido desde su creación y (...) en la actualidad" la necesidad de proveerle de medios económicos "en lugar de asignarle una consignación con cargo a su propio presupuesto", lo que se concreta en el reconocimiento del "sorteo del cupón" como su más importante fuente de financiación, sorteo también llamado "lotería de ciegos".

C. Las competencias autonómicas sobre juego tienen alcance territorial, pues afectan a la "celebración de juegos en el territorio de la Comunidad Autónoma (...), pero no evidentemente de cualquier juego en todo el territorio nacional", puesto que el Estatuto de Autonomía limita a su territorio el ámbito de ejercicio de sus competencias.

D. La interpretación de los títulos competenciales debe hacerse de forma "sistemática de todo el bloque de la constitucionalidad", sin que el silencio normativo implique carencia de título habilitante.

E. Históricamente, la lotería era una regalía; luego, un monopolio fiscal que se extendió a los demás juegos de suerte; y, como tales, fuente de ingresos de la

Hacienda General; monopolio "históricamente definido institucionalmente". Es lo que explica el carácter nacional de la lotería y la prohibición de todo juego que no contara con la autorización estatal.

F. No es que la extensión territorial del juego atribuya competencia al Estado, "sino que éste debe ejercerla en nombre del interés general (...) consecuencia de la específica naturaleza, finalidad y evolución del cupón pro-ciegos".

G. Como el sorteo "tiene ámbito nacional" y se superpone al de la lotería (...), por ello se entiende también dentro de la competencia estatal, pues si afecta al ámbito del monopolio (...) sólo al titular de éste, que es el Estado, le corresponde autorizarlo".

III

1. Pese al carácter exclusivo de la competencia autonómica en materia de juegos y apuestas, el Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación expansiva de los títulos competenciales estatales que, de alguna manera, tienden a desnaturalizar dicha competencia autonómica.

El Estado parece acudir, simultáneamente, a un criterio territorial para delimitar la competencia autonómica en materia de juegos y apuestas, reservándose para sí la competencia sobre los juegos y apuestas de ámbito estatal. Así, en el art. 2 del R.D. 904/1985, de 11 de junio, al atribuir al Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado la competencia para celebrar y autorizar "sorteos, rifas, combinaciones aleatorias, juegos y apuestas cuyo ámbito se extiende a todo el territorio nacional". El alcance territorial de las competencias del Estado se amplía aún más, si cabe, al atribuir a la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado el desarrollo de todo tipo de apuestas cuyo "ámbito de desarrollo, aplicación, celebración o comercialización abarque el territorio nacional o exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma" (disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

Que una materia tenga interés público, incluso general, no puede servir como título habilitante de competencias. Menos aún al amparo de lo dispuesto en el art. 49 CE, que no es atributivo de competencias, sino que incorpora un mandato a "los poderes públicos" -a todos, habría que añadir- con el alcance del art. 53.3 CE a fin de que cada uno, *en el ámbito de las respectivas competencias*, provean lo

pertinente para la consecución del indicado principio rector “de la política social y económica”.

Ahora bien, la definición del alcance territorial de una actividad no puede servir de habilitación competencial; salvo, habría que añadir, que esa ordenación se vincule con un título competencial expreso o inducido conforme al parámetro de constitucionalidad. Desde esta perspectiva, el Constituyente delimitó la materia *juego* positivamente en los Estatutos y de forma negativa en el art. 149.1 CE. Fue el Estatuto de Autonomía el que ordenó la competencia autonómica en la materia de forma exclusiva con la única excepción de las apuestas; y no todas, sino las “apuestas mutuas deportivo-benéficas” sin hacer mención expresa a los juegos de la ONCE, ni a ninguno otro.

En efecto, el Constituyente y el Estatuyente han definido los respectivos ámbitos de interés, general y autonómico, en la formulación de los distintos títulos competenciales, de una manera no siempre clara pues ya se sabe que, en la práctica, no existen títulos competenciales puros, ni siquiera los que afectan a materia exclusiva. Ello es lo que determina que nuestro sistema autonómico de competencias sea de hecho materialmente concurrente, bien porque el Estado cuenta con título expreso, bien porque cuente con otro que incida transversalmente en la competencia autonómica, bien porque la materia sea conexa con aspectos que permitan deducir para la titularidad del Estado determinada competencia. Ahora bien, dicho esto, la interpretación del sistema de competencias, aceptando la complejidad de su articulación, no puede depender de las interpretaciones expansiva o innovativa de los títulos competenciales, por parte en este caso del Estado, ni siquiera so capa de la defensa de los intereses generales, ya implícitos en la definición de tales títulos o de forma explícita cuando ese interés general, definido en cada caso por el propio Constituyente, sirve justamente para delimitar la materia sobre la que se ejerce la competencia.

Es el caso de los puertos y aeropuertos de interés general (art. 149.1.20ª CE), pero no del *juego*, respecto del que el Constituyente, como se dijo, no efectuó pronunciamiento expreso alguno. Como señala la STC 29/1986 de 20 de febrero, la delimitación del sistema de competencias ha sido configurada por la Constitución “teniendo presente el interés general (...) y el Legislador no puede incidir en él sin una expresa previsión constitucional o estatutaria”.

Lógicamente, el Estado no puede calificar una actividad como de interés general al margen del sistema constitucional de competencias, pues en tal caso todo ese sistema estaría dependiendo de la voluntad del Estado y no de lo que la Constitución dispone. La atención de las necesidades públicas debe hacerse a través del sistema de competencias previsto en la Constitución. Ciertamente, que habrá casos en los que ese sistema de competencias complique la adopción de ciertas medidas o la gestión de determinados servicios, pero esa complejidad es consustancial al propio Estado de las Autonomías.

En esos casos de concurrencia competencial, existen mecanismos, depurados casuísticamente por el Tribunal Constitucional, que permiten reconducir la pluralidad propia del sistema autonómico a una cierta armonía, defendiéndose esos intereses generales mediante técnicas de coordinación o colaboración, siempre que, lógicamente, haya competencia en la materia o título que permita la intervención prevalente del Estado, de forma expresa (es el caso del art. 149.1.15ª CE) o implícita, pero con soporte en título competencial que la ampare.

Se trata, en suma, de hacer operativo el “respeto estricto de las competencias ajenas”, exigencia del principio de lealtad constitucional (STC 152/1988, de 20 de julio) consustancial a nuestro sistema.

Para fijar el límite de las competencias estatutarias “no hay que aislar” uno o varios preceptos constitucionales (STC 26/1987, de 27 de febrero), pues los principios constitucionales “no son compartimientos estancos” (STC 27/1981, de 20 de julio). La distribución de competencias “ha de resultar, pues, del conjunto armónico de los preceptos constitucionales” (STC 63/1982, de 20 de octubre). Por otra parte, aunque el Estatuto “resulta en principio decisorio” para la delimitación de las competencias en juego, no se puede olvidar que el “principio de supremacía de la Constitución” obliga a interpretar los preceptos de aquél a su través (STC 18/1982, de 4 de mayo); es decir, que los Estatutos se interpretan “dentro de los términos de la Constitución” (STC 69/1982, de 23 de noviembre).

Por el contrario, el Estado “no puede incidir con carácter general en el sistema de delimitación de competencias (...) sin una expresa previsión constitucional o estatutaria” (STC 76/1983, de 5 de agosto); tampoco puede “dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución”, ni dictar “normas meramente

interpretativas”, pues ello significa cruzar “la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos”. La Constitución “distingue entre distintos niveles del interés general”; y el de la Nación se debe conseguir a través del art. 149 CE (STC 42/1981, de 22 de diciembre).

Tampoco puede el Estado utilizar *su organización administrativa* o el alcance supraterritorial de una fundación o asociación para de ahí deducir una competencia material sobre una actividad concreta (*juego*) realizada por aquélla.

En todo caso, el Tribunal Constitucional ha declarado también que “en supuestos de concurrencia entre unas competencias autonómicas específicas (...) y una genérica competencia estatal (...), primar la aplicación de esta última, aun cuando no se advierta una directa y significativa incidencia sobre la actividad (...) de la competencia objeto de controversia, sería tanto como vaciar de contenido el título competencial más específico” (SSTC 45/2001, de 15 de febrero; 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero y 128/1999, de 1 de julio).

2. La ONCE fue creada por Decreto de 12 de diciembre de 1938 como “organización dependiente del Ministro de Interior”. Su Reglamento de Organización, aprobado por Orden del Ministerio de la Gobernación de 28 de octubre de 1939, la calificaba como “entidad de Derecho Público y de Beneficencia General”, controlado y tutelado por la Administración del Estado que ejercía su protectorado; y así siguió y se reconoció en los Decretos de 15 de febrero de 1968, 17 de agosto de 1972 y 11 de enero de 1974. Mediante el R.D. 1.041/1981, de 22 de mayo, se modificó su estructura organizativa, cambiando -así como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS de 14 de junio de 1985, 30 de abril y 30 de junio de 1987, 23 de octubre de 1989, 24 de julio de 1990, 22 de octubre de 1991 y 1 de diciembre de 1992- la concepción fundacional original por una naturaleza asociativa como elemento identificador básico. Este Real Decreto califica a la ONCE como entidad de Derecho Público que desarrolla su actividad en todo el territorio del Estado bajo el protectorado del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social.

Esta naturaleza se refuerza por el R.D. 2.385/1985, de 27 de diciembre, de modificación de estructura orgánica, definiéndose la ONCE como “Corporación de Derecho Público de carácter social”; declaración que reproduce el R.D. 358/1991, de 15 de marzo, por el que se reordena la ONCE, y sus Estatutos, aprobados por Resolución de la Subsecretaría de Asuntos Sociales de 23 de noviembre de 1992. Real Decreto modificado por los RR.DD. 1.200/1999, de 9 de julio, y 1.359/2005, de 18 de

noviembre, que confirman ese carácter. También sus nuevos Estatutos, aprobados por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 23 de marzo de 2000.

La cuestión, sin embargo, no es relevante a los efectos que ahora interesa. Lo importante es que para el Estado -es decir, para sus normas jurídicas de rango secundario- la ONCE es el instrumento por el que aquel cumple con sus obligaciones públicas en el ámbito social; es decir, la ONCE ejerce *funciones públicas asistenciales de carácter general en lugar del Estado*.

Todo ello es cuestionable por muchas razones:

La ONCE fue creada en época preconstitucional y siguió funcionando (con cambios en su denominación y naturaleza: Fundación; asociación; Corporación de Derecho Público) sin que en ningún momento se cuestionara desde el punto de vista competencial: Fue creada por el Estado, así que es una organización que es ajena a las competencias de las Comunidades Autónomas, se diría.

La cuestión es si la ONCE es ajena en cuanto prestataria de funciones públicas y de servicios públicos al sistema de reparto de competencias constitucionalmente previsto.

La Constitución y los Estatutos efectúan una delimitación de competencias que parte de una premisa básica: Las Comunidades ejercen competencia en su territorio; el Estado cuenta con las competencias que por propia definición son de interés estatal, es decir, global. También, habría que añadir, las que afecten a más de una Comunidad Autónoma. Los efectos territoriales de una actividad o realidad material pueden ser determinante para el ejercicio por el Estado de una determinada competencia y ello es así porque la Constitución lo dice expresamente (art. 149.1.21ª y 22ª CE). Pero, al margen de estos supuestos concretos, el interés general del Estado se encuentra implícito -como se dijo- en el art. 149 CE, sin que el Estado pueda inducir, salvo las inflexiones efectuadas por el Tribunal Constitucional, títulos distintos.

3. El sorteo del cupón es el medio más importante de financiación de la ONCE, pues le permite llevar a cabo su programa social, que es el del Estado. El Estado puede dotarle de los medios financieros que estime oportunos. Es cierto, pero no puede olvidarse que la potestad de gasto no es título atributivo de competencias. En efecto, la potestad de gasto no delimita competencias (STC 179/1985, de 19 de

diciembre), lo que está condicionado a que el Estado posea competencias, alguna clase de competencias, en la materia. Es decir, el Estado podrá financiar la gestión de las materias que sean de su competencia, pero no puede deducir la competencia de la financiación que acuerde.

Por otra parte, el referido Real Decreto, como se dijo, no es sino la expresión del cumplimiento de un Acuerdo entre el Gobierno y la ONCE; y al respecto se ha de recordar que los Convenios son irrelevantes para delimitar competencias (STC 71/1983, de 29 de julio); como los Reales Decretos de traspasos, por más que tengan valor interpretativo (STC 95/1986, de 10 de julio).

4. En materia de asistencia social y servicio sociales, la competencia de la Comunidad es exclusiva (art. 30.13 EAC). Pero la Comunidad ejerce competencias en materia de "fundaciones y asociaciones de carácter (...) benéfico, asistencial y similares en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias" (art. 30.7 EAC). Luego, no la posee cuando se trate de esas organizaciones en tanto cumplan su función *esencialmente* fuera de Canarias, supuestos al que habría que homologar el de fundaciones y asociaciones que ejerzan sus funciones *en todo el territorio del Estado*; en este caso, no parece forzado sostener que es el criterio territorial el que predomina, por lo que una asociación/fundación de carácter social o asistencial pasará a estar regulada por el Estado, el cual le otorga posteriormente la condición de Corporación de Derecho Público y de cuyo régimen jurídico es parte esencial su sistema financiero y dentro de él, el *juego*; pero en este ámbito material la competencia autonómica es exclusiva (art. 30.28 EAC), salvo, como se ha dicho, las apuestas mutuas deportivo benéficas.

La financiación no es sino una técnica instrumental al servicio del ejercicio de las funciones materiales, en este caso asistenciales a favor de los disminuidos visuales y de otra naturaleza. Estamos ante una competencia que se proyecta sobre una actividad concreta (*juego*) organizado a nivel estatal o general y no limitado a una específica Comunidad Autónoma; *juego* que en este caso no es un fin en si mismo en cuanto actividad generadora de beneficios de la empresa gestora en cuanto actividad económica que es, sino que se trata de un instrumento, básico, de la financiación de las actividades prestacionales de la ONCE, que tienen la condición de ser funciones estatales de prestación social a los minusválidos visuales, actividad típica de asistencia social competencia de la Comunidad Autónoma.

Del sistema complejo de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas y por la confluencia de los títulos antedichos, alguna intervención debe corresponder a la Comunidad, pues, en caso contrario, ello sería tanto como reconocer que la ONCE es ajena a la distribución de competencias constitucionalmente configurada; o que el Estado puede o podría laminar un título autonómico de carácter exclusivo organizando supraterritorialmente esa actividad. Las posibles competencias del Estado en materia asociativa o juego no pueden servir de excusa para laminar las competencias autonómicas en materia, por ejemplo, de asistencia social y servicios sociales o de juego, excluidas las apuestas mutuas deportivo-benéficas.

5. Todos los juegos (o apuestas) que sean gestionados por la Entidad Pública Loterías y Apuestas del Estado pasan a integrar el monopolio fiscal del Estado, bajo la competencia del art. 149.1.14ª CE (SSTC 163, de 26 de mayo, 164, de 26 de mayo, y 216 de 14 de julio de 1994; 49/1995, de 16 de febrero, y 171/1998, de 23 de julio). En consecuencia, entra en consideración el título competencial estatal “Hacienda general” que, como ha señalado dicho Tribunal Constitucional, no se circunscribe únicamente a los ingresos tributarios, sino también a estos otros ingresos que genera y gestiona el Estado mediante un monopolio fiscal. No se trata, pues, de reconocer la competencia del Estado por razón de la modalidad de juego, sino porque la competencia sobre Hacienda pública comprende el monopolio fiscal como productor de ingresos públicos, al margen concreto del juego organizado (STC 163/1994, de 26 de mayo).

Quedarían fuera del monopolio fiscal los juegos gestionados por la ONCE, pero respecto a estos últimos el Tribunal Constitucional ha mantenido la competencia estatal, por afectar a la obtención de recursos del monopolio fiscal (STC 171/1998, de 23 de julio), Sentencia esta última de mayor trascendencia para el caso que nos ocupa, dado que el objeto de la misma, como se dijo, es el cupón pro-ciegos, cuyos ingresos no constituyen un recurso de la Hacienda pública en el sentido del art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dado que no son gestionados por la Administración del Estado, no están destinados a cubrir el gasto público y, sobre todo, no se integran (ni revierten) en el Tesoro.

No se trata sólo de utilizar el título de “Hacienda general” para de ahí generar la competencia estatal para autorizar la competencia sobre el juego supraautonómico;

es que la interpretación sistemática de la Constitución y el Estatuto lleva a la multiconfluencia de títulos, no ya el cuestionable de la Hacienda general, sino los de juego, asistencia social y hasta el de organización de la propia Administración pública. Nuestro sistema de delimitación de competencias es complejo y de esa complejidad da fe la cuestión que se plantea respecto de la ONCE, sus funciones, naturaleza, organización y medios de financiación.

Para resolver el conflicto de títulos habrá de estarse al “sentido o finalidad propia” de los títulos en la Constitución y Estatuto, así como “el carácter de (las) disposiciones y actos traídos al conflicto” (STC 87/1987, de 2 de junio) y su “objetivo predominante” (STC 13/1989 de 26 de enero), sin que el silencio pueda “interpretarse de manera automática como equivalente a la falta de competencia en la materia” (STC 123/1984, de 18 de diciembre).

Se debe atender al interés “prevalente”, y para ello atender a la “razón o fin de la norma atributiva de competencia” (STC 153/1885, de 7 de noviembre). “La competencia genérica debe ceder ante la competencia específica” (SSTC 71/1982, 87/1989 y 190/2000). Y, por último, “no cabe subsumir una competencia (carreteras en transportes o transportes en infraestructuras), al ser funciones públicas diferenciadas a los efectos de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas” (STC 65/1998, de 18 de marzo).

Acudir al título “Hacienda general” para buscar amparo al ejercicio estatal de la competencia sobre la denominada “Lotería instantánea o presorteada” es bastante sesgado. No es, propiamente, fuente de ingresos de la Hacienda estatal, no es exigida y gestionada por la Administración del Estado, ni se integran en el Tesoro Público. Se deduce del hecho de que la lotería de ciegos tiene el mismo ámbito que la lotería y ésta es, en cuanto monopolio estatal, fuente de ingresos para la Hacienda Pública. De ahí se deduce que *el juego citado es Hacienda estatal*. Según la Exposición de Motivos del R.D. 1.336/2005, “la actual evolución de los juegos en España hace preciso dotar a la ONCE de nuevos instrumentos para que esta organización pueda continuar disponiendo de los medios necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y fines sociales (por lo que) se entiende necesario que la ONCE comercialice una nueva modalidad de lotería, de ámbito nacional (...)”.

El fin prevalente y específico es que se trata de la financiación de una actividad de asistencia social organizada bajo la cobertura del Estado, comercializando “una nueva modalidad de lotería”.

Por otra parte, en la medida que la financiación es una cuestión conexa con la actividad asistencial que la ONCE presta, la competencia sobre esta última materia debiera arrastrar a aquélla y no al contrario.

6. La cuestión es si una institución estatal -la lotería (o el cupón pro ciegos)- puede permanecer inmune al sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No hay que argumentar demasiado para concluir que de su configuración histórica no se deriva el carácter nacional -es decir, estatal- de una institución. Desde el punto de vista competencial, la lotería nacional es estatal y desde la perspectiva competencial es un juego. Como juego, es de ámbito estatal y le corresponde, limitadamente, al Estado en razón del art. 149.3 CE, pues la competencia en materia de juego es de las Comunidades Autónomas, y de forma exclusiva. El Estatuto excluyó expresamente de las competencias autonómicas a las "apuestas mutuas deportivo-benéficas", pero no los juegos de la ONCE.

De las calificaciones no jurídicas sino sociales de las instituciones no se pueden efectuar categorías de bienes o actividades a efectos competenciales -bastaría calificar a cualquier juego como *lotería* para extender el ámbito del monopolio-; por otra parte, tampoco es cierto ese monopolio, pues existen loterías de ámbito autonómico.

Ello sólo significa que se puede territorializar el juego, incluso el de la lotería. La cuestión es que no se puede ampliar el monopolio de la lotería para aplicarlo analógicamente "para dotar a la ONCE de nuevos instrumentos" para que "comercialice una nueva modalidad de lotería", "para el cumplimiento de sus objetivos y fines sociales", cuando las Comunidades Autónomas ejercen control sobre la *lotería autonómica*. No son razones competenciales sino de otra índole las que sustentan el carácter estatal de esa nueva modalidad de lotería, de ámbito nacional.

El Real Decreto objeto del requerimiento no es sino la expresión ejecutiva reglamentaria del Acuerdo suscrito entre el Gobierno y la ONCE, de 27 de febrero de 2004, en el que, entre otros aspectos, se contemplaba la "comercialización conjunta por Loterías del Estado y la ONCE" de una lotería presorteada, aunque el referido Real Decreto atribuye la comercialización en exclusiva a la ONCE. Es decir, que en el Acuerdo sí se trababa una relación entre la lotería presorteada -de la que el Estado se reservaba el 50% de su comercialización- y la Hacienda general, reserva que el

Real Decreto de referencia ha eliminado, lo que debilita la conexión de la materia con el título que el Estado invoca.

“Desde luego, reservar tanto la labor social llevada a cabo por la ONCE, como la estabilidad en el empleo de las personas que comercializan los juegos que tienen concedidos, unidas a las circunstancias de carácter comercial señaladas (...)” (Exposición de Motivos), no son cláusulas atributivas de competencias, y no sirven para deducir la competencia que se pretende ejercer por el Estado.

Deducir del cupón pro ciegos la competencia de autorización del ámbito nacional de la lotería presorteada es tomar el efecto como causa, además de utilizar el territorio como elemento determinante de la delimitación de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. El argumento es que como el sorteo es de ámbito estatal -es decir, el juego se ejerce en todo el territorio del Estado o, de otra forma, en todas las Comunidades Autónomas- el juego se solapa y afecta al ámbito del monopolio de la lotería, por lo que es el Estado quien debe autorizarlo. La afección o colusión de actividades o competencias no es técnica para delimitar esas competencias; en tales casos, se impone la coordinación o colaboración, mas no el sacrificio de la competencia de un ente (la Comunidad) mediante la interpretación unilateral efectuada por el otro.

7. La doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 163/1994, de 26 de mayo, y 171/1998, de 23 de julio, han sido objeto de críticas, puestas de manifiesto en los votos particulares que realizan algunos magistrados con sólidos argumentos, que conviene traer a colación y sintetizar:

Tras negar que la potestad de ingresos pueda convertirse en título competencial, sostienen que aceptar el solapamiento de títulos competenciales -Hacienda General de una parte, juego de otra- equivale a desconocer el criterio hermenéutico basado en la presunción de coherencia del Legislador, que no puede haber querido decir la misma cosa con términos y conceptos distintos.

En segundo lugar, que el hecho de que la actividad humana o social que constituye el objeto sobre el que se ejerce la competencia se extienda al territorio de más de una Comunidad Autónoma, no significa que la actividad pública que constituye el contenido de la competencia deba ser, necesariamente, único y uniforme y corresponder al Estado.

La utilización de la competencia sobre Hacienda general como título habilitante comportaría que en dicha competencia se encuadrarían “actividades tan alejadas del núcleo de ese título y de las que resulta tan difícil predicar el carácter de monopolios fiscales del Estado, como son las actividades de organización, gestión o autorización de rifas, tómbolas o sorteos, cuyos rendimientos económicos, además, no afluyen además al Tesoro Público”.

Los argumentos sintetizados expuestos se proyectan sobre la interpretación extensiva que el Tribunal Constitucional hace a favor de la competencia estatal en materia de Hacienda general, para defender su aplicación en la materia de juegos y apuestas. Pero, además, el propio Tribunal Constitucional admite que la competencia del Estado *ex art. 149.1.14ª CE* “no se trata de una competencia general en orden a la creación por parte del Estado de cualesquiera juegos y apuestas, sino de una especial atribución de la que le corresponde sobre un monopolio fiscal históricamente definido y conservado hasta hoy” (STC 163/1994, de 26 de mayo).

Es decir, para que una determinada modalidad de juego quede integrada en el monopolio fiscal no basta con una mera determinación legal en ese sentido, sino que dependerá de razones históricas y de las características intrínsecas de su organización y gestión, de su ámbito territorial, de su gestión por un ente estatal y de su contribución a la hacienda estatal.

8. Es conveniente reconocer que todos los pronunciamientos constitucionales sobre el asunto analizado han sido siempre favorables al Estado, por lo que las posibilidades de que prospere un posible conflicto de competencias planteado por la Comunidad Autónoma, son, cuando menos, dudosas. Los precedentes son que la defensa de la competencia autonómica en materia de juegos y apuestas se ha encontrado con una Jurisprudencia constitucional que atribuye al Estado amplias competencias en dicha materia a través de una interpretación expansiva del título “Hacienda general”, que, no obstante, estimamos socava los cimientos mismos del sistema constitucional del reparto competencial.

C O N C L U S I O N E S

1. La competencia exclusiva *ex art. 30.28* del Estatuto de Autonomía determina que dentro de su ámbito territorial corresponde a la Comunidad Autónoma establecer

la política sobre el juego y, consecuentemente, la posibilidad de organizar o autorizar, en dicho ámbito, la práctica de juegos y apuestas.

2. La competencia exclusiva autonómica no desapodera al Estado de sus competencias en materia de juegos y apuestas en cuanto a las apuestas mutuas deportivo-benéficas, ni respecto del monopolio fiscal de loterías y apuestas en relación con la Hacienda general (art. 149.1.14ª CE), en cuanto fuente de ingresos para el Tesoro Público.

3. De la actual Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se desprende que todos los pronunciamientos sobre el asunto analizado han sido siempre favorables a la competencia del Estado, lo que entraña, salvo alteración de la mencionada Doctrina, dificultad para la aceptación del requerimiento de incompetencia.

4. No obstante, la interposición del conflicto ante el Tribunal Constitucional se justificaría en función de la competencia exclusiva autonómica antes mencionada, de interpretarse que se trata de un juego diferente y no coincidente con los juegos -con las características de la Lotería Nacional-, a los que se refiere la referida Jurisprudencia constitucional.