



Roj: **STS 3049/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3049**

Id Cendoj: **28079130032018100339**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/07/2018**

Nº de Recurso: **4306/2017**

Nº de Resolución: **1349/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6703/2017,**
ATS 12353/2017,
STS 3049/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.349/2018

Fecha de sentencia: 23/07/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4306/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2018 Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.10

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 4306/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1349/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 23 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el presente recurso de casación número 4306/2017, formulado por el procurador de los tribunales don Carlos Jiménez Padrón, en nombre y representación de la entidad Digital Distribution Management, S.L., bajo la dirección letrada de don Ángel Jiménez Anguita, contra la sentencia de 29 de mayo de 2017, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso nº 807/2015, sostenido contra la resolución dictada el 21 de septiembre de 2015 por el Secretario de Estado de Hacienda que desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Director General de Ordenación del Juego de fecha 3 de noviembre de 2014 por la que se acordó imponer una sanción de apercibimiento.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don Carlos Jiménez Padrón, actuando en nombre y representación de la entidad "Digital Management SL" (en adelante DIGIDIS) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de mayo de 2017 (rec. 807/2015), por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Secretario de Estado de Hacienda de 21 de septiembre de 2015 que desestimó el recurso de alzada interpuesto con la resolución del Director General de Ordenación del Juego de 3 de noviembre de 2014 por la que se acordó imponer a Digital Management SL la sanción de apercibimiento.

La Administración consideró que dicha actividad implicaba la realización de la infracción prevista en el art. 40 . L) de la Ley 13/2011, de 29 de mayo de Regulación del Juego, interpretado en relación con el art. 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, imponiéndole una sanción de apercibimiento.

La sentencia de instancia desestima el recurso por entender que la actividad desempeñada por la recurrente afecta a la Lotería Nacional, Primitiva, Gordo y Euro millones, actividades comprendidas en el concepto de loterías del art. 3.b) de la Ley del Juego y que por ser de ámbito estatal están afectadas por la reserva en favor del operador legal del artículo 4.1 de la Ley del Juego.

La sentencia argumenta que siendo aplicable la reserva del artículo 4.1 de la Ley del Juego, la lotería ofertada por dicha empresa se encuentra comprendidas dentro de la reserva que la DA la de la citada Ley del Juego hace en favor de SELAE y ONCE. Por tanto, la comercialización de loterías de ámbito estatal solo puede realizarse o bien por los operadores designados o bien por los sujetos que expresamente hayan sido autorizados por estos (art. 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre).

La sentencia centra la controversia en determinar si las actividades de la recurrente deben calificarse como comercialización o intermediación.

La Sala, de conformidad con lo afirmado por el Abogado del Estado, entiende por comercialización de material de juego: toda actividad comercial o mercantil que tenga por objeto la venta de billetes de lotería.

Para determinar si la actividad desarrollada por la recurrente debe ser comprendida dentro del concepto de comercialización debe atenderse a si dicha actividad es o no mercantil. Para ello se apreciará si en la entidad demandante existe un propósito de lucro, la respuesta es indudablemente positiva por lo que su actividad debe calificarse como incuestionablemente mercantil y comercial.

En este supuesto la actividad de la recurrente al comercializar Lotería Nacional, Primitiva, Gordo y Euro millones sin ser operador designado y sin haber sido autorizado por estos, supone para el tribunal de instancia la realización de una actividad al margen de la regulación del juego en España, por lo que su actuación es subsumible dentro del tipo del artículo 40 . L) de la Ley del Juego que, tipifica «la fabricación, comercialización,



mantenimiento o distribución de material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego objeto de reserva en el artículo 4 de esta Ley sin la debida autorización».

En consecuencia, no puede dudarse de que la recurrente, al establecer un canal de compra por internet de billetes de Lotería Nacional, Primitiva, Gordo y Euromillones, realiza una actividad mercantil y, por ende, una actividad de comercialización de lotería estatal. Y al haber realizado esta actividad sin la autorización preceptiva, ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 40.1 de la Ley del Juego .

A esta argumentación añade que si alguna duda pudiera existir con relación a si la actividad realizada es comercialización, es claro que la recurrente al menos estaría participando en la comercialización, según dispone este artículo 30 del Real Decreto 1614/2011 , lo que lleva al mismo tipo sancionador aplicado.

Y finalmente la Sala considera que la actividad que realiza es la intermediación en la compra de billetes de lotería, esta actividad sí tiene por objeto material de juego. El objeto de esta actividad mercantil es el material de juego, con independencia del título jurídico que ostente con los billetes con los que comercia, de tal modo que es irrelevante que mantenga o no contacto físico con el material, es decir los billetes o boletos.

SEGUNDO. Mediante Auto de 20 de noviembre de 2017 se admitió el recurso declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en:

«1.- en interpretar el artículo 40 . l) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego , y, en concreto, en interpretar si la utilización por el precepto del sustantivo "comercialización" incluye las actividades realizadas a través de plataformas o aplicaciones digitales, por cuenta de los clientes de la sociedad y a cambio de un precio, de adquisición de productos de lotería sujetos a reserva legal, así como el cobro de los correspondientes premios;

2.- en interpretar el artículo 30.2 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre , por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, y, en concreto, en interpretar si la utilización por el precepto de la expresión "participación en la comercialización" incluye las actividades anteriormente descritas y, en caso afirmativo, si dicha actividad está tipificada como sancionable a la vista de los artículos 40 . l de la Ley 13/2011 y 30.2 del Real Decreto 1614/2011 .».

TERCERO . La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación.

La empresa define los servicios que presta como:

«la adquisición, en nombre de sus clientes y por expreso mandato de éstos, de determinados productos de lotería comercializados por la Sociedad Estatal de Lotería y Apuestas del Estado (en adelante SELAE). Los servicios [...] consisten, bien en la adquisición de los billetes de lotería que le son encargados por sus clientes, bien en la realización de las apuestas o pronósticos que le son indicadas por estos en los denominados juegos activos de lotería. En ambos casos, Digidis actúa en nombre y representación de sus clientes-mandantes en virtud del encargo recibido, adquiriendo para éstos los productos que le han sido previamente encargados».

La parte plantea los siguientes motivos de impugnación:

1º Infracción del art. 40 . l) de la Ley 13/2011, de 29 de mayo de Regulación del Juego .

La entidad recurrente entiende que la sentencia se equivoca al considerar que un servicio para la adquisición y gestión de productos de lotería es una actividad de comercialización de juegos de lotería y, por lo tanto, aplica inadecuadamente e infringe el artículo 40.l de la Ley de regulación del juego.

Ni la Ley del Juego ni el ordenamiento jurídico tiene, a juicio de la entidad recurrente, una definición de lo que ha de entenderse por comercialización. La Sala considera por comercialización la actividad comercial o mercantil que tenga por objeto la venta de billetes de lotería. Pero, a juicio de la recurrente esta definición debe ser cuestionada por varias razones: en primer lugar, porque no existe previsión que exija que la naturaleza comercial debe estar presente en una conducta para entender que estamos ante una actividad de comercialización; y, por otra parte, porque si comercialización debe ser de los billetes de lotería, debería dejarse fuera toda las actividades relacionadas con los juegos de lotería que no se comercializan mediante billetes.

A su juicio comercializar un producto es ponerlo a la venta, siendo irrelevante que la venta tenga o no carácter mercantil y que exista o no ánimo de lucro. Argumenta que la actividad que realiza la sociedad recurrente no puede ser considerada como una actividad de comercialización de juegos de lotería, porque dicha sociedad carece del producto que comercializa y no se puede poner a la venta algo de que lo que no se dispone. Lo que realiza la sociedad es ofrecer un servicio para, en nombre de un tercero, adquirir un producto en el lugar donde se comercializa (en la red comercial del Servicio de loterías y apuestas del Estado, en adelante SELAE), se trata de una relación jurídica que puede ser considerada como un mandato. Estamos ante una oferta de servicio pero



no ante una actividad de comercialización de un material de juego, pues dicho material solo es adquirido por dicha sociedad cuando cuenta con el mandato de un cliente y siempre en nombre de quien realiza el encargo.

No se trata de una actividad de intermediación sino de mandato de modo que el mandatario (DIGIDIS) representa a su mandante y actúa en nombre de esta, a diferencia de lo que hace un intermediario, independiente de ambas partes, que trata de facilitar un acuerdo entre ellas.

No existe en nuestro ordenamiento ninguna prohibición para recibir mandatos de compra de productos de lotería, sin que su naturaleza cambie por realizarse a título profesional. El legislador podía haber prohibido esta actividad pero no lo ha hecho y es la Administración la que, forzando la norma sancionadora, pretende prohibir lo que legalmente no está prohibido.

2º La sentencia interpreta de forma errónea y extensiva el concepto de material de juego, infringiendo el art. 40. L) de la LRJ.

El art. 40. L) de la LRJ restringe la actividad típica de comercialización al material de juego propiedad de los operadores de lotería, no a los productos de lotería en sentido amplio. Al margen de que no realiza actividad de comercialización, en ningún caso la actividad desarrollada por dicha empresa tiene por objeto «material de juego propiedad de los operadores designados por la Ley para el desarrollo y explotación de los juegos de lotería».

La sentencia identifica material de juego con los billetes de lotería, lo que, a su juicio, es incorrecto. Cuando la LRJ se refiere a material de juego en el artículo 40. L) se está refiriendo al material tangible empleado en los juegos de lotería, ello se corrobora por el hecho de que con la entrada en vigor de la LRJ se derogó la Disposición Adicional 18 de la ley 46/1985 de Presupuestos Generales del Estado para 1986 en cuyo apartado primero se prohibía la circulación comercio tenencia de billetes, boletos, sellos cartones, resguardos.

A juicio de la entidad recurrente, el art. 40. L) de la LRJ está destinado a sancionar actividades que impliquen la comercialización de material de juego ilícitamente adquirido o falsificado y por esta razón se pone el acento en el material de juego sea propiedad de los operadores de lotería, pues su actividad no dispone ni tiene contacto con billetes de lotería, ya que es la Administración de lotería la que custodia los billetes.

3º El material de juego no es propiedad de los operadores de lotería. El tipo infractor del art. 40.L) de la LRJ se refiere a la comercialización de «material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego [...]». El objeto de comercialización no solo tiene que ser material de juego, sino que, además, ese material de juego debe ser propiedad de los operadores de lotería, y DIGIDIS no dispone de ninguna clase de material de juego puesto que es adquirido únicamente cuando sus clientes se lo encargan. Y aunque se considerase como mera hipótesis que dicha sociedad vende los productos que previamente adquiere se trataría de un supuesto de reventa no subsumible en el art. 40.L) de la LRJ.

4º Infracción del art. 30 del RD 1614/2011, de 14 de noviembre, por falta de concreción de los conceptos de comercialización y participación en la comercialización.

El artículo 30 del Real Decreto remite al régimen sancionador de la LRJ, pero el Real Decreto no establece una conexión absoluta entre la falta de autorización para la comercialización de juegos de lotería y la aplicación taxativa de los tipos infractores referidos.

La entidad recurrente no realiza ninguna actividad de comercialización de material de juego de los operadores designados ni de participación en ella por lo que no necesita ninguna clase de autorización para realizar la actividad que desarrolla.

Cuando la sentencia afirma que frente a las dudas que pudieran existir sobre si realiza una actividad de comercialización, la sentencia razona que al menos estaría realizando una actividad de participación en la comercialización tipificada en el art. 30 del Real Decreto 1614/2011, está poniendo de manifiesto las carencias de la tipificación, máxime cuando la comercialización y la participación en la comercialización no son conductas coincidentes y el reglamento incluye conductas (la participación) no contempladas en el tipo infractor de la ley.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

a) En cuanto al concepto de comercialización.

El recurrente alega que la "comercialización" a la que se refiere el tipo consiste únicamente en la venta del producto, y que además, tal venta exige tener el producto a disposición "jurídica o material" del vendedor, con independencia de que haya o no ánimo de lucro. Entiende que la actividad que ella realiza nunca puede considerarse como venta, puesto que no tiene a su disposición el material de juego, y ofrece una alternativa:

bien entender que actúa, como mandatario, en nombre y representación de su cliente, y nunca adquiere el producto, bien entender que, aunque lo adquiera, estaría ante una reventa no sancionada.

Lo cierto es que la empresa se presentaba digitalmente como «líder en la comercialización telefónica y no-line de Loterías y Apuestas del Estado en España», por lo que ella misma asumía que su actividad era de comercialización. Añade que comercialización significa según la RAE «1. tr. Dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta.». Según wikipedia «conjunto de actividades vinculadas al intercambio de bienes y servicios entre productores y consumidores». Y el extendido www.wordreference.com considera como primera acepción «1.tr. Desarrollar y organizar los procesos necesarios para facilitar la venta de un producto» , por lo que el concepto comercialización no puede quedar reducido, como pretende la parte recurrente, al negocio jurídica de compraventa.

Por ello, la resolución administrativa originaria afirma que «La comercialización comprende, pues, todas las acciones de distribución y venta que se desarrollan desde que un producto sale del establecimiento del productor hasta que llega al consumidor final, esto es, la puesta a disposición del producto a aquél. Es decir, el comercializador participa en ese intercambio de bienes entre productores y consumidores finales, pudiendo haber sucesivos comercializadores a lo largo del proceso; es decir, la puesta a disposición al consumidor final puede desarrollarse a varios niveles de la cadena de valor, por ejemplo a través de revendedores» . Llegándose pues a la conclusión en la Resolución de que «por comercialización de loterías ha de entenderse cualquier actividad, forma y canal destinada a facilitar la adquisición de los boletos. Es decir, el acceso a los mismos, su "puesta a disposición", ya que «El comercializador es, en definitiva, el canal mediante el cual los jugadores acceden al producto». En definitiva, se trata de toda actividad comercial o mercantil que tenga por objeto facilitar la adquisición del material de juego. Por ello el ánimo de lucro es determinante para establecer que nos encontramos ante una actividad comercial o mercantil.

Lo contrario implicaría una forma de eludir la fuerte intervención administrativa que somete a reserva el ejercicio de esta actividad dado los intereses públicos en juego, incluido la prohibición de venta a menores de edad o determinadas personas, identificación y garantías de pago del ganador, control sobre la comercialización transfronteriza etc (...).

Tampoco comparte que nos encontremos ante un mandato en el que se retribuyan las prestaciones accesorias. Y ello por varias razones: en primer lugar, porque aunque se tratase de un mandato ello no sería incompatible con entender que se realiza un actividad de comercialización, tal y como razona la resolución administrativa impugnada; en segundo lugar, porque la relación que mantiene con sus clientes no puede considerarse un mandato en el que el producto se adquiere por y para el mandate sin quedar nunca a disposición de la sociedad mandataria ahora recurrente y en la que la retribución sería por las prestaciones accesorias, pues la entidad recurrente puede retener, en determinadas circunstancias, los billetes premiados (cuando existan boletos premiados y el jugados no satisface las condiciones y requisitos) lo que significa que la empresa actúa como portadora del título, y la empresa tiene obligaciones respecto de los títulos adquiridos en caso de deterioro o pérdida frente al jugador. Su retribución no está vinculada a los servicios accesorios y desvinculada del juego, sino que, por el contrario, dicha retribución sin la comercialización del billete de lotería no existiría.

Y al margen de que no puede identificarse comercialización con compraventa, tampoco es posible descartar que exista una compraventa al exigir esta que el objeto de tal contrato esté a disposición del vendedor pues en nuestro ordenamiento son validadas la ventas de cosa ajena en las que el vendedor se compromete a adquirir el objeto del contrato para el comprador.

b) sobre el concepto material de juego.

Partiendo del antes mencionado concepto de comercialización resulta indiferente que la entidad recurrente disponga inicialmente o no del material de juego, pues lo decisivo es que lo oferte y que cree un canal de distribución. Tampoco es relevante que tenga efectivamente a su disposición el material de juego, aunque se restringiese tal concepto a la compraventa, dado el carácter obligacional de tal contrato. La recurrente crea un canal de distribución respecto de material de juego propiedad de los operadores autorizados, y el material de juego ha de ser entendido en un sentido amplio, tal y como lo define el art. 3.b) de la LRJ.

c) Sobre el concepto de participación en la comercialización.

A su juicio, la conducta de la entidad DIGIDIS entra de lleno en el concepto de comercialización de material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego objeto de reserva en el artículo 4 de la Ley. Es decir no existe ninguna duda de que la conducta de la entidad sancionada es la de " *comercializar* ", y no la de " *participar en la comercialización* ".



Y este control público implica que, en caso de que el operador de juego de loterías se preste a dar su autorización para que un tercer comercialice o pueda participar en la comercialización de sus productos, quien tendría que responder frente a los eventuales incumplimientos de dicho bloque normativo por parte de sus comercializadores, según la normativa vigente, sería el operador de juego en cuestión y no los comercializadores de sus productos.

La interpretación de todas las normas que, directa o indirectamente, regulan la reserva de la actividad de loterías debe estar basada en el principio de estricto control de la misma.

Así, la única forma de garantizar la salvaguarda de los principios que motivan la exigencia de una autorización de los operadores reservados para poder comercializar o garantizar la comercialización de su material de juego es que todas las actuaciones relacionadas con la actividad de comercialización que no cuenten con dicha autorización puedan tener su reflejo en los tipos infractores que se mencionan expresamente en el artículo 30 del RDL SAR, a saber, los párrafos g) o h) del artículo 39 y el artículo 40. l de la Ley 13/2011, de 27 de mayo .

En este sentido, la redacción dada al apartado 1 del artículo 30 del RDL SAR, realiza un ejercicio de precisión con el objetivo de garantizar más adecuadamente la salvaguarda de los principios que motivaron la existencia de la autorización. Bajo este prisma completo, resulta plenamente justificada la equiparación de ambos términos, comercialización y participación en la comercialización, que se realiza en el apartado 2 del artículo 30 del Real Decreto 1614/2011 , a efectos de la inclusión de las eventuales vulneraciones cometidas en el mismo tipo infractor.

A la vista de lo anterior, no ha tenido lugar contravención alguna del principio de legalidad y, por consiguiente, de tipicidad, pues éste no supone la concreción absoluta del tipo en la norma sancionadora. Existe un ejercicio de valoración, acerca de si la conducta en cuestión está incurso en el tipo, que corresponde realizar a los órganos instructores y resolutorios en el procedimiento administrativo sancionador, evidentemente sujeto a la revisión, precisión o confirmación por parte del Orden jurisdiccional. De hecho, la delimitación normativa de los tipos infractores previstos en una ley no tiene por qué agotar toda su casuística.

Finalmente, como argumento complementario a todo lo expuesto con anterioridad, las actividades de participación en la comercialización del artículo 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre , pueden o podrían corresponderse también con las de todas o algunas de las actividades incluidas en el tipo infractor del artículo 40 . l) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo .

Así, algunas actividades de participación en la comercialización podrían, por sus características, consistir total o parcialmente en una actividad de distribución del material de juego de los operadores; pudiendo, en algunos casos, incluso consistir total o parcialmente en actividades de fabricación o de mantenimiento del material de juegos.

Este hecho puede ampliar la base para establecer que la remisión que se efectúa en el artículo 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre , de los eventuales incumplimientos a lo previsto en el tipo infractor previsto en el apartado l) del artículo 40 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo , resulta totalmente procedente; y para establecer que en ningún caso ese artículo 30 del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre , está creando un nuevo tipo infractor o está ampliando el existente más allá de lo justificable.

Conforme a todo ello solicita de este Tribunal que se desestime el recurso y se interprete el artículo 40 . l) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego , en el sentido de que la "comercialización" allí referida incluye las actividades realizadas a través de plataformas o aplicaciones digitales, por cuenta de los clientes de la sociedad y a cambio de un precio, de adquisición de productos de lotería sujetos a reserva legal, así como el cobro de los correspondientes premios, siendo innecesario acudir al concepto de "participación" en la comercialización; y que, subsidiariamente y en todo caso, se incluiría en tal concepto de participación, que está tipificada como sancionable a la vista de los artículos 40 . l de la LRJ y 30.2 del RD 1614/2011 .

QUINTO. Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 3 de julio de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad "Digital Management SL" (en adelante DIGIDIS) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de mayo de 2017 (rec. 807/2015) por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Secretario de Estado de Hacienda de 21 de septiembre de 2015 que desestimó el recurso de

alzada interpuesto con la resolución del Director General de Ordenación del Juego de 3 de noviembre de 2014 por la que se acordó imponer a DIGIDIS la sanción de apercibimiento.

SEGUNDO . Sobre la actividad desplegada por la recurrente.

La entidad recurrente define su actividad como una empresa que viene prestando, a través de Internet, servicios para la adquisición de productos de loterías y de gestión de la participación colectiva en juegos a nivel nacional (lotería nacional, primitiva, gordo y euro millones). Actúa en el tráfico jurídico mediante el empleo de distintos nombres comerciales, siendo "atrapamillones" o "serviapuestas" algunos de los más utilizados.

En el desarrollo de su actividad recibe de sus clientes encargos de compra de productos de loterías u otros juegos nacionales y, sobre la base del mandato recibido, adquiere directamente en las Administraciones de Lotería (hoy puntos de venta de la red comercial de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado (en adelante, SELAE), los productos que le son encargados, prestando otros servicios a sus clientes como, por ejemplo, de información de los resultados del juego (de tal forma que el cliente no se tiene que molestar en ver si ha ganado o no, porque dicha empresa le informa) o de gestión del cobro de los premios de los que eventualmente hubiera resultado acreedor (siendo DIGIDIS quien se encarga en su nombre de cobrarlos y de ingresárselo en su cuenta).

La entidad recurrente considera que actúa siempre y en todo caso como mandatario de sus clientes y ofrece a éstos, a cambio de un precio, unos servicios que les permite adquirir productos de loterías sin tener que ir personalmente a un punto de venta de la red comercial de SELAE, además de otros servicios adicionales como los referidos de información sobre resultados y de gestión del cobro de eventuales premios.

La presente controversia se centra en establecer si dicha actividad está tipificada como infracción grave en la ley reguladora del Juego. La Administración considera que dicha actividad puede encuadrarse en el tipo previsto en el art. 40 . L) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego , que regula como infracciones graves «l) La fabricación, comercialización, mantenimiento o distribución de material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego objeto de reserva en el artículo 4 de esta Ley sin la debida autorización».

TERCERO . Algunas consideraciones sobre la actividad del juego.

Debemos empezar por destacar las especiales características que tiene el sector del juego en orden a su regulación.

La actividad del juego, tanto en su organización y comercialización, ha sufrido una profunda transformación con la aparición de las nuevas tecnologías y su aplicación este sector. La desvinculación de la práctica del juego con la presencia física y con el territorio motivó, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 13/2011 «la necesidad de iniciar un nuevo camino en la regulación del sector del juego asegurando mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos ineludibles de tutela y protección social de los menores y de los participantes en los juegos, al tiempo que se pretenden alcanzar otras importantes finalidades como son la prevención de actividades fraudulentas y de blanqueo de capitales, y todo ello a través de una oferta dimensionada del juego, de una regulación de la práctica de aquellos juegos que puedan ser autorizados, así como del control público del sector».

En definitiva, el legislador estatal consideró necesario «dotar de un nuevo marco jurídico a las actividades de explotación y gestión de juegos de ámbito estatal y, particularmente, a aquellos juegos que se practican a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos y en los que los medios presenciales tienen un carácter accesorio».

El legislador, por lo que ahora nos ocupa, muestra una gran preocupación en regular la venta y distribución de boletos y billetes de lotería y otras apuestas del Estado, estableciendo importantes controles, manteniendo la explotación reservada a ciertos operadores y con un estricto régimen de autorizaciones. Así se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley al afirmar:

«El gran volumen de juego asociado a las loterías, así como la posibilidad de que el carácter de documentos de pago al portador de sus boletos y billetes pueda ser empleado como instrumento de blanqueo de capitales, requiere una reserva de esta actividad a determinados operadores, públicos o privados, que han de quedar sujetos a un estricto control público, asegurándose de este modo la protección de los intereses del Estado contra los riesgos de fraude y criminalidad, evitando asimismo los efectos perniciosos del juego sobre los consumidores.

En este sentido, se hace plenamente necesario mantener la reserva en exclusiva de la actividad del juego de loterías de ámbito estatal a favor de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado y de la Organización



Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), como operadores de juego que vienen explotando de forma controlada hasta la fecha estas loterías.

La Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado continuará sometida a un régimen de control público de su actividad dado el gran volumen de juego gestionado por esta y su extensa red comercial, de gran raigambre en la sociedad española desde hace más de 250 años. Por otra parte, la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), que desde 1938 se ha consolidado en España como una institución social singular en el objetivo de atención a las personas con discapacidad, seguirá manteniendo su singularidad jurídica en materia de juego en las actividades sujetas a reserva, tal y como se establece en las Disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de esta Ley.

Con esta finalidad, se encomienda al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comisión Nacional del Juego, el establecimiento de los procedimientos de autorizaciones y la adopción de aquellas medidas que permitan el seguimiento y control de los operadores que realicen actividades de juego sujetas a reserva en virtud de esta Ley y del control del cumplimiento, por parte de éstos, de las condiciones que se establezcan, en especial, en relación con la protección del orden público y la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo».

Ya la jurisprudencia venía señalando que la intervención del Estado en materia de juego:

«[...], revela la existencia de una protección a intereses superiores de carácter general, las actividades relativas al juego, por tanto, tiene un carácter privado pero no pueden ser consideradas actividades empresariales "normales" toda vez que sus condiciones de ejercicio vienen reglamentadas por la Ley por su interés general: se da la existencia de intereses definidos por parte de las personas que explotan la afición al juego, pero ha de ser intervenida por los poderes públicos, en aplicación de principios y valores contenidos en nuestro texto constitucional como los relativos a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios (art. 51 CE)... por ello se respeta el principio de libertad de empresa pero se establecen unos límites que deben cumplirse y que se reflejan en la normativa vigente en el sector del juego, medidas que pueden ser limitativas o que dificultan el libre desarrollo de la actividad empresarial, pero están justificadas por la protección de los usuarios, y han de prevalecer sobre el principio de libertad de empresa, porque la trascendencia social de los juegos de azar hace necesario un control administrativo y una regulación de tal actividad, dado el impacto que la misma tiene sobre las economías de la población [...]» (STS de 27 de abril de 2004).

La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también considera legítima la intervención de las autoridades nacionales en la reglamentación del sector empresarial vinculado a la explotación de juegos de azar por razones de política social, protección de los menores de edad y de prevención del fraude fiscal y blanqueo de capitales.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de marzo de 1994 (C-275/92), se expone que en los Estados miembros los juegos de azar son objeto de una normativa particularmente estricta y de un estrecho control por parte de las autoridades públicas por razón de interés general, siempre que no constituyen un obstáculo injustificado de la libre protección de servicios o a las normas de competencia:

«[...] Dichas particularidades justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las particularidades socioculturales de cada Estado miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de las loterías y al volumen de las apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan. Ante estas circunstancias, las autoridades nacionales deben apreciar no sólo si es necesario restringir las actividades de las loterías sino también prohibirlas, siempre que dichas restricciones no sean discriminatorias. » .

Y de acuerdo con jurisprudencia consolidada del TJUE, recogida entre otras en las sentencias antes citadas de 8 de septiembre de 2009 (asunto 42/07), 3 de junio de 2010 (asuntos C-203/08 y 258/08) y 8 de septiembre de 2010 (asuntos C-46/08 y C-316/07), los Estados miembros pueden restringir la organización y explotación de juegos de dinero por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública y se ha considerado igualmente que razones imperiosas de interés general pueden justificar también las citadas restricciones, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general.

Es más, estos objetivos han justificado importantes restricciones de la publicidad de los juegos de suerte, envite o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego, sin disponer de la autorización correspondiente (art. 7 de la Ley 13/2011). Es más, la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2010 (C-316/07 , apartados 101 a 103), ha matizado que las medidas internas restrictivas que persigan el objetivo de protección de los consumidores no son incompatibles con una cierta publicidad, pero siempre que esta



pretenda dirigir a los consumidores hacia la oferta del titular del monopolio público, que se supone establecida y concebida precisamente para facilitar la consecución de los objetivos públicos perseguidos y siempre que la publicidad difundida por el titular del monopolio público sea mesurada y se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores a las redes de juego autorizadas.

Es en este contexto en el que ha de ser analizada la actividad desplegada por la empresa recurrente, interpretado el término "comercialización" de material de juego empleado en el art. 40 l) de la Ley del juego 13/2011, de 27 de mayo, poniendo en relación este concepto con el resto de los preceptos de dicha norma legal.

CUARTO . Sobre la interpretación del término "comercializar".

Tal y como se afirmó en el Auto de admisión, la cuestión que presenta interés casacional reside en la interpretación del artículo 40 . l) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego , y, en concreto, si el término "comercialización", utilizado en dicho precepto, incluye las actividades de adquisición de productos de lotería u otros boletos de juego, realizadas por las plataformas o aplicaciones digitales por cuenta de los clientes y a cambio de un precio.

El art. 4 de la Ley 13/2011 establece una reserva a favor de ciertos operadores designados para todo lo relativo a la lotería de ámbito estatal, siendo el Servicio de Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) y la ONCE los operadores designados para su comercialización. La razón de ser de esta reserva y las restricciones impuestas a la libertad de organización y comercialización se basa, según hemos señalado anteriormente en:

«El gran volumen de juego asociado a las loterías, así como la posibilidad de que el carácter de documentos de pago al portador de sus boletos y billetes pueda ser empleado como instrumento de blanqueo de capitales, requiere una reserva de esta actividad a determinados operadores, públicos o privados, que han de quedar sujetos a un estricto control público, asegurándose de este modo la protección de los intereses del Estado contra los riesgos de fraude y criminalidad, evitando asimismo los efectos perniciosos del juego sobre los consumidores».

Por ello, el artículo 4, junto con establecer que las loterías de ámbito estatal quedan reservadas a los operadores designados, establece importantes restricciones a la libertad de organización y comercialización. Así, el Ministerio de Economía y Hacienda al conceder las autorizaciones para comercializar la lotería de ámbito estatal fijará las condiciones de gestión para el juego que incluye, entre otros aspectos: los derechos de los participantes y los procedimientos de reclamación, las condiciones en las que podrán realizar actividades de publicidad y patrocinio de las actividades autorizadas y las medidas de protección a los menores, personas dependientes y para la prevención del fraude y del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo en los términos de lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril.

Es en este contexto en el que la empresa recurrente pretende desarrollar la actividad de adquisición de billetes de lotería y la práctica de apuestas a nivel nacional (Primitiva, Gordo y Euromillones) como cualquier otra empresa que presta servicios on line, careciendo de autorización para la comercialización.

El término comercializar como elemento determinante del tipo infractor definido en el art. 40 . l) de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego debe interpretarse, tal y como señala la Real Academia de la Lengua, como «Dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta.», o como señala (www.wordreference.com) «Desarrollar y organizar los procesos necesarios para facilitar la venta de un producto» . En definitiva, "comercializar" material de juego implica desarrollar de forma habitual, no ocasional, una actividad comercial o mercantil que tenga por objeto la distribución o venta del soporte material del juego, en este caso los billetes de lotería o los boletos de apuestas, siendo el ánimo de lucro relevante para establecer que nos encontramos ante una actividad comercial o mercantil.

La actividad, ya descrita, que desarrolla la empresa recurrente ha de entenderse comprendida en el término "comercialización", pues aunque la actividad desarrollada por la empresa se calificase como un mandato ello no sería incompatible con entender que se realiza una actividad de comercialización. Lo relevante no es si nos encontramos ante una compraventa de material de juego o ante un mandato, sino que la recurrente tiene una organización que sirve para la distribución y compra de material de juego propiedad de los operadores autorizados (lo oferta y lo adquiere para su consumidor final), facilitando así el desarrollo y difusión del juego correspondiente sin disponer de la autorización administrativa para ello.

La entidad actora al no ostentar título habilitante, ni autorización no se la ha exigido garantizar que no tengan acceso al juego aquellos que no deben tenerlo o que a través del juego no se realicen actos contrarios a la ley y además no participa en la comercialización del juego en igualdad de condiciones que otras empresas que ostentan el correspondiente título habilitante y cumplen los requisitos legales.



Acierta la resolución administrativa cuando afirma que «La comercialización comprende, pues, todas las acciones de distribución y venta que se desarrollan desde que un producto sale del establecimiento del productor hasta que llega al consumidor final, esto es, la puesta a disposición del producto a aquél. Es decir, el comercializador participa en ese intercambio de bienes entre productores y consumidores finales, pudiendo haber sucesivos comercializadores a lo largo del proceso; es decir, la puesta a disposición al consumidor final puede desarrollarse a varios niveles de la cadena de valor, por ejemplo a través de revendedores.» . Llegándose pues a la conclusión en la Resolución de que «por comercialización de loterías ha de entenderse cualquier actividad, forma y canal destinada a facilitar la adquisición de los boletos. Es decir, el acceso a los mismos, su "puesta a disposición"», ya que «El comercializador es, en definitiva, el canal mediante el cual los jugadores acceden al producto». En definitiva, se trata de toda actividad comercial o mercantil que tenga por objeto facilitar la adquisición del material de juego.

Tampoco se albergan dudas, por lo que respecta al material de juego, que conforme al espíritu que inspira la reforma operada por la ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, el concepto de "material de juego" debe entenderse referido a cualquiera de las modalidades que permiten las actuales tecnologías para tener constancia de la participación en el mismo. Así se recoge en el art. 3.b) de dicha norma en la que se comprende como material de juego tanto los billetes, boletos o su equivalente electrónico, que justifican la participación en el juego correspondiente con independencia de que el soporte sea material, informático, telemático, telefónico o interactivo. También resulta indiferente que la entidad recurrente tenga en su poder los billetes de lotería o el boleto correspondiente a las apuestas realizadas, pues lo decisivo es que oferte y contribuya a la adquisición y distribución de material de juego propiedad de los operadores autorizados, careciendo de título para ello.

En consecuencia, está acreditada la existencia de una actividad de comercialización de material de juego por una empresa que no ostenta título ni autorización para ello, incurriendo en el tipo infractor consistente en la «La comercialización [...] o distribución de material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego objeto de reserva en el artículo 4 de esta Ley sin la debida autorización», por el que ha sido sancionada.

Lo hasta ahora expuesto hace innecesario cualquier pronunciamiento sobre si nos encontramos en una modalidad de "participación en la comercialización" y si ésta pretendida modalidad debe entenderse o no comprendida en el término "comercialización" empleado por el tipo infractor.

QUINTO . Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la entidad "Digital Management SL" contra la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de mayo de 2017 (rec. 807/2015).

2º No hacer expresa condena en costas en casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas

Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.