

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0173264

Recurso de Apelación 402/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 740/2016

Apelante-apelado: PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE
ADMINISTRACIONES DE LOTERÍA

Procurador: D. Argimiro Vázquez Guillén

Letrado: D. Roberto Vallina Hoset, D. Gonzalo Serrano Fenollosa y D.
Germán Ferrer Gónvalvez

APELANTE-APELADO: SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y
APUESTAS DEL ESTADO SA
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 515/2020

En Madrid, a 23 de octubre de 2020.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Enrique García García, D. José Manuel de Vicente Bobadilla y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto en grado de apelación, bajo el

número de rollo 402/2019, los autos del procedimiento nº 740/2016, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, relativo a acciones en materia de competencia desleal.

Han intervenido en la segunda instancia, en la doble condición de apelantes y apeladas, la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS y la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA. Ambas han estado representadas por procurador y defendidas por abogado.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante escrito de demanda presentado con fecha 14 de octubre de 2016 por la representación de la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS contra la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA, en el que solicitaba lo siguiente:

“Que tenga por presentado este escrito y documentos que se acompañan, se sirva admitirlos y tenga por interpuesta demanda de juicio

ordinario por actos de competencia desleal contra SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO S.A., en base a los hechos y fundamentos de derecho anteriormente expuestos; emplace a la demandada y, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia por la que:

(i) **DECLARE** que SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A., ha cometido actos de competencia desleal tipificados en los artículos 15 y 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; y en consecuencia;

(ii) Con carácter principal, **CONDENE** a SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A. a cesar y abstenerse de reiterar en el futuro la conducta desleal consistente en la vulneración de los derechos legales y contractuales de sus puntos de venta integrales (Administraciones de Loterías) a distribuir en exclusiva los Billetes de Lotería Nacional, discriminando a dichos puntos de venta frente a los puntos de venta mixtos; o

(iii) Con carácter subsidiario respecto a la anterior pretensión, **CONDENE** a SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A. a cesar en la conducta desleal consistente en autorizar a los puntos de venta Mixtos a vender Lotería Nacional en cualquier formato que no sean los

resguardos autorizados en 2010 y, en particular, pero no exclusivamente, mediante un papel preimpreso que imite o resulte similar a los Billetes de Lotería clásicos; y

(iv) **CONDENE** a **SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A.** a cesar y abstenerse de reiterar en el futuro la conducta desleal consistente en la vulneración de los derechos legales y contractuales de las Administraciones de Loterías mediante la venta de billetes de Lotería Nacional a través de su propia página web en internet; y

(v) **CONDENE** a **SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A.** al pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 8 de abril de 2019, cuyo fallo era el siguiente:

*“Que estimando parcialmente la demanda formulada a instancia de **PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS**, representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén y asistida del Letrado D. Roberto Vallina Hoset y Dña. Alba Sellés Marco; contra*

lademandada **SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO, S.A.**, representada y asistida por la Abogacía del Estado; debo

(i) *Declarar que la demandada ha cometido actos de competencia desleal tipificados en el art. 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.*

(ii) *Condenar a la demandada a cesar y abstenerse de reiterar en el futuro la conducta desleal consistente en la vulneración de los derechos legales y contractuales de sus puntos de venta integrales (administraciones de loterías) mediante la venta directa a través de la página web "<https://juegos.loteriasyapuestas.es>" del billete o "décimo" de la lotería nacional, sea en resguardo, sea en soporte pre-impreso denominado "billete azul" o sea en soporte digital asociado a un usuario/adquirente identificado, discriminando a dichos puntos de venta integrales en lo relativo a la atribución de las comisiones por criterios geográficos.*

(iii) *Condenar a la demandada a cesar y abstenerse de reiterar en el futuro la conducta desleal consistente en la vulneración de los derechos legales y contractuales de las*

administraciones de Loterías mediante la venta de billetes de Lotería Nacional a través de su propia página web en internet.

(iv) Desestimar las demás pretensiones formuladas; sin hacer imposición de las costas de ésta instancia.”

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por las respectivas representaciones de la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS y de la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA se interpusieron sendos recursos de apelación que, una vez admitidos por el mencionado juzgado, fueron tramitados en legal forma.

Completado el trámite ante el juzgado, los autos fueron enviados a la Audiencia Provincial, en cuyo registro general tuvieron entrada con fecha 18 de junio de 2019.

Turnado el asunto a la sección 28ª, tras recibir ésta los autos, se procedió a la formación del rollo de apelación, que se ha seguido con arreglo a los trámites previstos para los procedimientos de su clase.

CUARTO.- La vista del asunto, para efectuar alegaciones sobre el valor de la prueba documental admitida en la segunda instancia, se celebró el

23 de octubre de 2020, respetando el orden de señalamientos establecido en este órgano judicial.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad denominada PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS, que es una asociación constituida para la defensa de los intereses de los gestores de administraciones de lotería, y que agrupa a más de dos centenares de ellos, presentó demanda contra la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA (SELAE), que es una sociedad mercantil de capital cuyo único socio es la Administración del Estado español, que se encarga de la gestión, explotación y comercialización de los juegos de titularidad estatal. Lo que ejercitó en ella fueron las acciones de declaración de comportamiento desleal, de cesación de tal conducta y de prohibición de su reiteración futura, fundadas en la Ley de competencia desleal (LCD - Ley 3/1991, con sus reformas correspondientes). Los ilícitos concurrenciales que se imputaban a la demandada eran la violación de normas (artículo 15.1 de la LCD) y el abuso de dependencia económica (artículo 16.2 de la LCD). Los comportamientos que se censuraban a la parte demandada eran que había pasado a vender por sí misma lotería a través de su página web, con lo que se habría erigido en competidora de las administraciones de lotería, y había autorizado a los denominados

establecimientos mixtos a vender lotería nacional, aunque puedan desarrollar otras actividades, en tanto que los gestores de administraciones de lotería sólo pueden comercializar productos y servicios de la demandada, con exclusión de otra actividad, sin que les reconozca una exclusiva en correspondencia con ella. Además, reprochaba a la demandada que hubiera establecido un sistema de reparto de comisiones por la venta de lotería en internet que consideraba arbitrario y discriminatorio, que no se adecuaría a ningún criterio objetivo.

En la resolución pronunciada en la instancia precedente el juez desestimó el planteamiento de la demandante, salvo en un aspecto. Consideró que el sistema de reparto de comisiones por la venta de lotería en internet suponía, en un contexto de dependencia económica como el que apreciaba, un abuso por parte de la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA, porque lo tachó de arbitrario, de manera que señaló el juzgador que estimaba la demanda únicamente a ese respecto.

Ambas partes se han mostrado discrepantes con el criterio del juzgador. La SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA no está conforme con la estimación en parte de la demanda, a la que reprocha además los defectos procesales de incongruencia, incoherencia interna y de falta de motivación, por lo que propugna su completa desestimación. La demandante, PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS, por su lado, censura la comisión de errores en la valoración de la prueba, e insiste en que constituiría un abuso de dependencia económica que la demandada esté permitiendo que se comercialicen en los puntos de venta mixtos billetes de lotería tanto en los formatos de “resguardos de lotería” como de “billete azul”, ya que, en definitiva, ello vaciaría de contenido la exclusiva de los gestores de administraciones de lotería para vender los billetes

de ese juego y supondría además un tratamiento desigual entre los puntos de venta, pues vendiendo lo mismo tendrían impuestas obligaciones diferentes.

El debate se ha ceñido en esta segunda instancia a la posibilidad de subsumir las conductas de la entidad demandada en el tipo de ilícito concurrencial regulado en el artículo 16.2 de la LCD, consistente en la explotación por parte de aquella de la situación de dependencia económica de los asociados de la demandante. Ya no se esgrime el tipo de violación de normas del artículo 15.1 de la LCD, por lo que, por razones de congruencia procesal, no debemos volver sobre ello.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, que representa y defiende a la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA, denuncia la comisión en la sentencia de la primera instancia de los defectos procesales de incongruencia con las peticiones de la demanda, de incoherencia y de falta de motivación. No apreciamos, sin embargo, tras el examen de la resolución apelada, que sea merecedora de tales reproches.

En primer lugar, porque lo que la congruencia de la sentencia exige (artículo 218.1 de la LEC) es una adecuación entre lo resuelto -parte dispositiva-y el objeto del proceso, que se determina atendiendo a los sujetos, el “*petitum*” y la “*causa petendi*”. Pues bien, la resolución dictada en la instancia precedente comprendió el problema que se suscitaba y respondió, tras dar las explicaciones jurídicas que estimó precisas, con una estimación en parte de la demanda, que ceñía el ilícito apreciado al sistema de reparto de comisiones por la venta de lotería en internet que consideraba arbitrario y discriminatorio. Por esa razón estimó oportuno no sólo declarar la comisión de

la infracción, sino imponer órdenes de cesación a la demandada. No se desvió con ello de lo que se le solicitaba en la demanda. No puede apreciarse, por lo tanto, incongruencia en la resolución judicial. Otra cosa es que la parte demandada considere errónea la decisión del juzgador o desmedida la condena impuesta, pero eso no es suficiente para la apreciación de falta de congruencia.

Es cierto que el suplico de la demanda estaba redactado de un modo un tanto espeso, aunque resultaba inteligible a la luz de la fundamentación que le precedía. Pues bien, lo mismo hemos de predicar del fallo judicial, que no implica un exceso sobre lo pedido por la demandante y respeta el principio de justicia rogada (artículo 216 de la LEC).

Tampoco entrevemos que pueda llegarse al extremo de considerar incoherente la resolución judicial, porque el problema no estriba en la falta de una conexión lógica entre la fundamentación de la sentencia y el fallo de la misma. El juez se limita a anudar una consecuencia determinada, que le había sido solicitada, a la infracción que considera cometida. Que la parte demandada la estime desmedida para la clase de comportamiento sancionado no implica que el juzgador no haya obrado de modo coherente, pues simplemente ha pretendido asignar una reacción prevista en la ley ante determinada vulneración de derechos por él apreciada. Otra cosa es que la condena pueda considerarse desproporcionada. Pues bien, para que se revise si la condena impuesta a la parte demandada desborda la respuesta que merece la infracción finalmente detectada por el juez, ya dispone la parte afectada del recurso de apelación, en cuyo marco puede exigirse al tribunal que procure que aquella se aquilate mejor a las circunstancias del caso. El remedio a aplicar no pasa por suplir la aducida falta de coherencia, sino por medir bien el acierto de la respuesta que

debe darse para reprimir de manera acertada la eventual comisión de un ilícito concurrencial de determinadas características.

Por último, el requisito de la exigencia de motivación (artículo 218.2 de la LEC) no implica que el juez se hubiera tenido que referir en su sentencia a todas las posibles perspectivas que podía suscitar el debate sostenido por las partes. Bastaba con que se centrara en lo que, según su criterio, era lo relevante para poder adoptar su decisión sobre la contienda que se estaba sometiendo a su conocimiento. Porque la exigencia constitucional no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial. Es suficiente que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (sentencias del TC n.º 196/2005, de 18 de julio y n.º 325/2005, de 12 de diciembre, y sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2008, 22 de mayo de 2009, 9 de julio de 2010, 30 de octubre de 2013 y 2 de marzo de 2020). Y eso se reconoce perfectamente en la resolución apelada.

Constituye un problema diferente que la parte apelante discrepe de la corrección y suficiencia del relato de hechos contenido en la sentencia o de su valoración jurídica, así como de la decisión finalmente adoptada, lo que no compromete ni la validez formal de la resolución recurrida ni puede justificar un alegato de infracción de las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución, pues se trata de argumentos de fondo del recurso de apelación y en sede de éste cabe que el tribunal reexamine tanto los hechos oportunamente alegados como la aplicación del derecho realizada en primera instancia. La

parte apelante no resulta autorizada a denunciar infracción procesal porque entienda que han quedado defraudadas sus expectativas o porque considere desacertada tanto la reflexión como la conclusión jurídica que han sido explicitadas en la sentencia de primera instancia, sin perjuicio de su derecho a someter al análisis del tribunal de apelación lo que a su derecho convenga.

TERCERO.- Tras el análisis de las alegaciones de las partes y estudiada la documentación aportada por ellas, tanto en la primera como en la segunda instancia, podemos afirmar que la Lotería Nacional es un juego de titularidad estatal, que es gestionado, porque está legalmente habilitada para ello (disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 26/2009 y RD 2069/1999, modificado por el RD 1029/2002), por la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA, que tiene organizados diferentes canales para ello. En concreto, se trata de los tres siguientes: 1º) el billete de lotería tradicional, estructurado en décimos, que es un título valor como tal (arts. 4 y 11 de la Instrucción General de Loterías, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, que tiene aplicación transitoria según la disposición transitoria tercera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego), que viene ya previamente impreso en un documento especial por la Casa de la Moneda, el cual solo se vende en los establecimientos denominados punto integral de venta, que son regentados por los conocidos como gestores de administraciones de lotería; 2º) el resguardo de lotería (sistema implantado en 2010, con una versión mejorada en 2015), que se emite por un terminal informático y que se puede adquirir en cualquiera de los puntos de venta de la red de Lotería Nacional, es decir, tanto en los establecimientos de punto integral de venta como en los denominados mixtos;

y 3º) la página web de la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA

Los puntos de venta integrales son establecimientos comerciales que desarrollan única y exclusivamente la actividad de prestación de los servicios de puesta a disposición del público de los correspondientes juegos y, en concreto, en lo que aquí se trata, la venta tanto del billete tradicional de lotería como de los resguardos de lotería. Inicialmente estaban vinculados por medio de una relación de carácter administrativo, que se ha ido adaptando progresivamente (por la vía señalada tras la Ley 26/2009 – disposición adicional trigésima cuarta) a la liberalización de la actividad del juego en España con la suscripción de los correspondientes contratos mercantiles con SELAE.

Los puntos de venta mixtos son establecimientos comerciales en los que se desarrolla otra actividad principal, no concurrente, además de la puesta a disposición del público de los correspondientes juegos mediante, en lo que aquí nos atañe, los resguardos de lotería. Su relación se rige por contratos mercantiles suscritos con SELAE.

CUARTO.- Este tribunal considera que los establecimientos de punto de venta integral (despachos de administración de lotería) no gozan de un derecho de exclusiva para la venta de Lotería Nacional por todos los canales en las que ésta se realiza.

La exclusiva para la venta se ciñe a la concedida a los establecimientos de punto de venta integral (despachos de administración de lotería) para la comercialización del billete de lotería tradicional, que es un título valor como

tal (arts. 4 y 11 de la Instrucción General de Loterías, aprobada por Decreto de 23 de marzo de 1956, que tiene aplicación transitoria según la disposición transitoria tercera de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego), que viene ya previamente impreso en un documento especial por la Casa de la Moneda. Ello se justifica porque se exige que la venta del correspondiente título valor se haga en unos establecimientos especializados al efecto, que deben estar dotados de unas características y medidas de seguridad ad hoc que garanticen la custodia y tratamiento adecuado de aquél.

La exclusiva que en su momento se otorgó a las administraciones de loterías para la venta lo era para esos billetes (art. 8 del Decreto de 23 de marzo de 1956, que estuvo en vigor hasta su derogación por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego), porque ese era, entonces, el único medio de comercialización existente para esa clase de juego. Lo cual no implica que los nuevos canales de comercialización de la lotería que hayan ido surgiendo o puedan hacerlo en el futuro como consecuencia de la evolución tecnológica, en los que ya no se emplee el ejemplar físico del título valor en el que consiste el billete tradicional, queden automáticamente reservados al que en su momento disponía de la exclusiva para comercializar estos últimos, con independencia de que pueda conservar un derecho adquirido restringido al canal de venta de los mismos. El derecho de exclusiva solo puede oponerlo el titular que lo hubiese adquirido merced a una situación que implique una atribución legal de esa índole (requisito imprescindible para reconocerle la facultad de exclusión –que entrañaría un *ius prohibendi*–, como excepción al principio general de la libre empresa – artículo 53.1 de la Constitución en relación con el artículo 38 de mismo texto fundamental) o el que hubiese obtenido de manera explícita y concreta la asignación convencional para ello que el propio titular efectúe, con

el alcance que desee hacerlo, a favor de un tercero. Pero lo que no cabe es ampliar, a conveniencia, el alcance de un derecho de exclusiva, si no se dispone de amparo legal que conceda ese acrecimiento o se efectúa un nuevo acto de disposición del titular de ese derecho para extenderlo a favor de un tercero beneficiario. La demandante no puede esgrimir en beneficio de los gestores ni lo uno ni lo otro, precisamente porque la contraparte, en el legítimo derecho que le confiere ser la titular legal y exclusiva del juego, no ha querido otorgar a las administraciones de lotería (establecimientos de punto de venta integral) el derecho para que exploten en exclusiva las nuevas vías de comercialización que se han ido descubriendo con el avance tecnológico que la ley reserva al titular del juego (sin perjuicio de que sí les ha permitido que participen en ellas, junto con otros sujetos, como luego veremos).

QUINTO.- Si el problema estribase en que los establecimientos de punto de venta integral (despachos de administración de lotería) consideraran injustificado el tener que someterse a la venta en exclusiva de productos SELAE, no pudiendo comercializar los procedentes de tercero, lo que deberían haberse planteado es si disponían de apoyo para atacar la validez de la relación jurídica, o, en su caso, del clausulado concreto que les impusiera esa dedicación exclusiva, de manera que pudieran aspirar a quedar liberados para comercializar otros productos. Sin embargo, no es eso lo que se pretende con la demanda, con la que se aspira a conservar en su integridad la vigencia de la relación que se mantiene con la entidad demandada, pero tratando de ampliar el alcance de la exclusiva de comercialización que antaño les fue concedida, de manera que no se limitara al billete tradicional sino que abarcara, o al menos cercenara, los otros canales de comercialización.

SEXTO.- Podemos admitir que SELAE ostenta una posición de dominio en el mercado de la lotería nacional, el cual por el tipo de servicios de que se trata (participaciones en un sorteo de titularidad estatal), su dimensión territorial (ámbito nacional), las condicionantes que existen para acceder a él (barreras legales), además de su dimensión y volumen económico, resulta perfectamente reconocible como un contexto diferenciable de otros. En la delimitación de ese mercado relevante no incide ni la existencia de otros juegos estatales (quiniela, primitiva, etc), ni la de operadores para otro tipo de juegos de iniciativa privada, que constituyen otros ámbitos diferenciables del que aquí nos ocupa.

Admitimos que existe respecto de los establecimientos regentados por los gestores de administraciones de lotería (puntos de venta integral) una situación de dependencia económica con la demandada, SELAE, pues ésta ostenta un poder relativo de mercado con respecto de esos operadores, que no disponen de una alternativa equivalente para el ejercicio de la actividad de venta de lotería nacional.

Ahora bien, lo que caracteriza el ilícito concurrencial del artículo 16.2 de la LCD es que concurra un requisito adicional, consistente en que se estuviese produciendo una explotación de esa supremacía. Para que ello pudiera apreciarse así resultaría imprescindible que mediase un aprovechamiento de la situación de superioridad que, no hallándose justificada objetivamente, ocasionase un beneficio al sujeto activo en perjuicio del pasivo.

Pues bien, lo que no advertimos, como seguidamente explicaremos, es que la demandada se aproveche de un modo desleal de la posición de

dependencia de las oficinas de punto de venta integral (despachos de administración de lotería).

SÉPTIMO.- No resulta desleal que SELAE permita la venta de lotería a través de los denominados resguardos (sistema implantado en 2010, con una versión mejorada en 2015) en los establecimientos mixtos. Éstos han accedido a ese canal de comercialización en función de un contrato con SELAE, que dispone de habilitación normativa para ceder ese derecho (disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 26/2009 y RD 2069/1999, modificado por el RD 1029/2002). En virtud de la misma, concede la autorización para la comercialización por esa vía tanto a los establecimientos de punto integral de venta como a los denominados mixtos, porque así favorece la actividad de venta de sus servicios.

Efectivamente, en lo que atañe a ese canal de venta, operan simultáneamente tanto los establecimientos de punto integral de venta como los denominados mixtos y no se favorece a los unos sobre los otros, pues ambos pueden ejercer esa misma clase de actividad. Los establecimientos de punto integral de venta acceden a la comercialización de lotería mediante los resguardos en las mismas condiciones que los denominados puntos mixtos.

La existencia de diferencias en cuanto a las exigencias que se imponen a unos y otros establecimientos no vienen en relación a aquello en los que los mismos coinciden, sino en lo que se distinguen. Si los establecimientos de punto integral de venta tiene que tener características especiales y están sujetos a restricciones en cuanto a la posibilidad de comercializar productos que no sean de SELAE se debe a que también ellos tienen concedido por ésta un

derecho al que nadie más puede acceder, que lo es la venta en exclusiva del billete tradicional, preimpreso, de la lotería nacional. Por lo tanto, hay desigualdad de trato, pero ante situaciones que son también distintas, lo que puede justificarlo. Y si lo que se quiere discutir es lo aquilatado que supone la correlación entre uno y otro en el seno de los establecimientos de punto de venta integral habría que acudir a un planteamiento del litigio como el que expusimos en el fundamento cuarto de esta resolución judicial, no a un juicio comparativo con terceros que están en una situación que no resulta parangonable a la suya.

El mero hecho de que el resguardo de lotería, inicialmente implantado en 2010, haya evolucionado hacia una versión mejorada en 2015, que se asemeja más en su aspecto externo al billete preimpreso (aunque todavía con notables diferencias con él), no interfiere en que la realidad, tanto fáctica como jurídica, es que el billete tradicional constituye un canal de comercialización distinto, aunque todos los conductos contribuyan, finalmente, a posibilitar la participación de los clientes en un mismo juego. Pero el alcance del derecho que ostenta la demandante no es el mismo en el seno de uno y otro canal.

El problema estriba en que en la demanda subyace una idea equivocada que se alberga en la mente de los asociados de la demandante, que consideran que deberían tener el derecho en exclusiva para comercializar la Lotería Nacional, de ahí que traten de cerrar el paso a las ventas realizadas por canales alternativos, surgidos como fruto de la evolución tecnológica. Pero esa consecuencia no se compadece con el alcance de los derechos que les corresponden a los gestores de administraciones de lotería (puntos de venta integral). Porque eso supondría que tendrían que ostentar un derecho de exclusiva que no les viene asignado a ellos por ley, ni les ha sido cedido con

ese alcance por parte de la sociedad que gestiona los derechos sobre el juego de titularidad estatal, ni de los entes que precedieron a ésta (que no pudieron disponer en su momento sobre lo que no estaba todavía implantado en el comercio).

OCTAVO.- Tampoco resulta desleal que SELAE comercialice lotería nacional por medio de su propia página web. Es una habilitación normativa (Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego -disposición adicional primera y disposición transitoria segunda- y Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2566/2005) la que atribuye a SELAE la comercialización de un servicio estatal, como lo es el juego de la Lotería Nacional, vía este canal. Se trata de un fenómeno que es fruto del implemento de las nuevas tecnologías en el mercado. No vemos la razón por la cual los gestores de los puntos de venta integrales (tradicionales administraciones de lotería) puedan arrogarse el derecho a exigir a SELAE que les tenga que reservar a ellos ese canal, ni tampoco para cercenar a esa entidad que pueda ponerlo en marcha. Ya hemos explicado que los condicionantes que se les imponen a los puntos de venta integrales (tradicionales administraciones de lotería) son fruto de que solo ellos tengan la exclusiva para la venta del billete tradicional; si están o no justificados habría que decidirlo en ese contexto, no por comparación a los otros canales de distribución de la Lotería Nacional.

Es más, los establecimientos de puntos de venta integrales (tradicionales administraciones de lotería), como los asociados a la demandante, son partícipes del beneficio obtenido por ese cauce de comercialización a través del cobro de una comisión que se justifica, precisamente, por su participación en la promoción de ese canal comercial. Por

lo tanto, ni tan siquiera SELAE les está negando el derecho a ser partícipes en la explotación de ese canal, con lo que no hay resquicio para apreciar abuso de posición de dominio por parte de ésta.

NOVENO.- Tampoco consideramos justificado que pueda hablarse en este caso del modo de reparto de las comisiones por la venta de lotería en internet como un mecanismo para la comisión de abuso de dependencia económica por parte de SELAE.

El sistema de cobro de comisiones se apoya en la creación de una herramienta informática que permite al cliente que así lo desea adquirir lotería nacional a través de internet, de manera que al realizar su registro, antes de poder efectuar la compra, tenga que realizar, con carácter necesario, la elección de un punto de venta virtual (“punto amigo”) para la operación, que es lo que conllevará que el elegido percibirá la correspondiente comisión por esa venta.

No creemos que resulte sostenible que se tache a este sistema de discriminatorio, pues permite que cualquiera de los establecimientos regentados por los gestores de administraciones de lotería (puntos de venta integral) pueda beneficiarse del cobro de una comisión del 4 % sobre cada operación. Las condiciones son las mismas para todos los interesados.

Por otro lado, tampoco es un sistema que quede al arbitrio de la predisponente, SELAE, sino que está en función de la elección que efectúe cada cliente, lo que supone que no se depende del criterio de aquélla sino de la designación efectuada por un tercero imparcial. Es cierto que ello no excluye que éste pueda proceder en algunos casos a una elección aleatoria, pero, precisamente, para prevenirlo está previsto que los miembros de la red, los

puntos de venta, deban hacerse partícipes de impulsar este modo de comercialización (que permite la venta las 24 horas de cada uno de los siete días de la semana), que es lo que constituye, además, la razón por la que les reconoce el derecho a la percepción de un 4% de comisión por cada operación, según consta en la documentación obrante en autos. La incidencia en la captación del cliente para el sistema es la razón de ser de este mecanismo. El modelo responde a la lógica de la elección por el cliente del interlocutor que le motiva para ello. En todo caso, el sistema persigue facilitar además la labor mediante el empleo de códigos postales que permitan al cliente situarse en el entorno espacial de referencia para él.

Es posible que el sistema resulte mejorable, y podría explorarse esa posibilidad por parte de los interesados, pero no responde a un modelo discriminatorio ni queda al albur de la mera arbitrariedad del empresario dominante. Es por ello que consideramos que el fallo de la primera instancia fue desacertado y debemos revocarlo, para desestimar en su integridad la demanda.

DÉCIMO.- Las costas de la primera instancia deben ser impuestas a la parte actora, ya que fruto de esta apelación va a resultar desestimada, por completo, su demanda. Así resulta de la aplicación del principio del vencimiento objetivo que, como regla general, se establece en el nº 1 del artículo 394 de la LEC.

UNDÉCIMO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas correspondientes a la segunda instancia, al amparo de lo previsto en el nº 2 del

artículo 398 de la LEC en el caso de estimación, total o parcial, del recurso. Tal como ocurre con la apelación planteada por la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA

En cambio, han de imponerse las costas al apelante en el caso de desestimación de su recurso, según la regla que se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC. Norma ésta que ha de aplicarse en el caso de la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS al ser repelida su apelación.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el procedimiento nº 740/2016.

2º.- Revocamos la mencionada resolución judicial y en su lugar desestimamos la demanda planteada por la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO

DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS contra la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA e imponemos a la mencionada demandante las costas ocasionadas en la primera instancia de este litigio; y no efectuamos expresa imposición de las costas de esa apelación.

3º.- Desestimamos el recurso de apelación presentado por la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS y le imponemos las costas derivadas de su apelación.

Devuélvase a la SOCIEDAD ESTATAL LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO SA el depósito que hubiera tenido que constituir para poder recurrir y dese al constituido por la PLATAFORMA JUEGO LIMPIO DE ADMINISTRACIONES DE LOTERÍAS el destino legal.

Hacemos saber a las partes que tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal contra la presente sentencia, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

