

La libre prestación de servicios de juegos de azar: la normativa europea y reflexiones sobre la futura legislación española del juego online

Sumario: RESUMEN.—I. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS EN EUROPA Y SUS EXCEPCIONES.—II. ¿EXISTE UN VACIO LEGAL EN LA REGULACIÓN EUROPEA DE LOS JUEGOS DE AZAR?.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIAL EUROPEO SOBRE JUEGOS DE AZAR.—3.1. Sentencia Shindler.—3.2. Sentencia Familiapress.—3.3. Sentencia Läärä.—3.4. Sentencia Zenatti.—3.5. Sentencia Lindman.—3.6. Sentencia Anomar.—3.7. Sentencia Gambelli.—3.8. Sentencia Placanica.—IV. ASUNTOS PENDIENTES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—4.1. El caso de la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional (Asunto C- 42/07).—4.1.1. Planteamiento de la cuestión.—4.1.2. Aplicación de la Directiva 98/34.—4.1.3. La libre prestación de servicios de los juegos de azar.—4.1.3.1. Casos acumulados C-358/07, 359/07, 360/37, 409/07 y 410/07. Kolpa y otros.—4.1.3.2. Caso C-525/06. 4.1.3.3. Caso C-212/08.—V. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE.—VI. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EL JUEGO ONLINE.—6.1. La disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.—6.2. Madrid y el País Vasco se adelantan en la regulación del juego online.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

La Directiva europea sobre servicios ha supuesto un importante paso adelante en el proceso de integración del mercado único. Sin embargo, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación algunos servicios, entre ellos los servicios de juegos de azar.

¿Existe un vacío legal en la regulación europea de los juegos de azar? Este trabajo pretende contestar a esta cuestión, analizando el Derecho comunitario y, especialmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Se muestra la conveniencia de regular este mercado que tuvo en 2007 unos ingresos que superan los

* Letrado de las Cortes Generales.

50 mil millones de euros. Esta normativa se hace más perentoria con el progresivo desarrollo del juego online en el que no existen fronteras y en el que los Estados miembros de la UE, como es el caso de España, están dando los primeros pasos para su regulación.

I. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS EN EUROPA Y SUS EXCEPCIONES

La aprobación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de servicios en la Unión Europea ha supuesto un importante paso adelante en el proceso de integración del mercado único. El objetivo de la Directiva es avanzar hacia el mercado interior de los servicios de forma que, en este sector que es el más potente y el que genera más empleo en la Unión, las empresas y los consumidores puedan aprovechar las oportunidades que brinda este instrumento jurídico. La Directiva constituye una oportunidad para que los ciudadanos europeos se beneficien de las libertades consagradas en el Tratado (arts. 43 a 49): libertad de establecimiento y prestación de servicios eliminando, para ello, los obstáculos que todavía hoy impiden o limitan su ejercicio. La Directiva se aplica a una amplia gama de servicios. Sus normas tienen su fundamento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre libertad de establecimiento y prestación de servicios. Además de imponer a los Estados miembros la obligación de transponer sus normas a los ordenamientos jurídicos nacionales, prevé otro tipo de medidas, más prácticas, como son el establecimiento de ventanillas únicas para los operadores de servicios, la implantación de procedimientos por medios telemáticos y la llamada “cooperación administrativa”. La Directiva introduce otros elementos innovadores como son la revisión de la legislación nacional y el proceso de evaluación recíproca. Sin embargo, si la Directiva 2006/123/CE va a constituir un marco general de la libertad de establecimiento y la libre circulación de los servicios a los prestadores establecidos en un Estado miembro, la norma europea excluye de su ámbito de aplicación algunos de estos servicios. En concreto los siguientes:

1. Servicios no económicos de interés general.
2. Servicios financieros.
3. Servicios y redes de comunicaciones electrónicas.
4. Servicios de transporte y portuarios.
5. Servicios de empresas de trabajo temporal.
6. Servicios sanitarios, tanto públicos como privados.
7. Servicios audiovisuales.
8. Actividad de juego que implique apuestas de carácter monetario en juegos de azar.
9. Actividades vinculadas al ejercicio del poder público.
10. Servicios sociales.
11. Servicios privados de seguridad.
12. Servicios prestados por notarios y agentes judiciales.

La exclusión de los servicios y actividades relacionados con el juego del ámbito de aplicación de la Directiva se argumenta en el apartado 25 de su Exposición de Motivos señalando que estas actividades específicas entrañan para los Estados miembros la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores.

La circunstancia de que se excluyan los servicios y actividades relacionadas con los juegos de azar del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios y que no exista a nivel europeo una normativa específica de derecho derivado que los regule, no significa, ni mucho menos, que se encuentren fuera del marco legal de la Unión, desamparados por el sistema jurídico comunitario. Bien al contrario, los servicios y actividades relacionadas con los juegos de azar se encuentran amparadas por las disposiciones del Tratado, y en general, del derecho primario europeo así como por la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en esta materia.

Pero esta laguna pone también de manifiesto una circunstancia igualmente importante cual es la perentoria necesidad de reglamentar un mercado que produce una enorme riqueza y que afecta de modo directo a la protección de los consumidores y usuarios.

En efecto, el mercado del juego, especialmente online, está experimentando un crecimiento espectacular durante los últimos años, consecuencia de la implantación progresiva de Internet en los hogares, de las conexiones de alta velocidad y de su coste reducido que contribuyen decisivamente a su desarrollo.

Un informe del pasado mes de enero de 2008 de la consultora Global Betting and Gaming calculaba para este año 2008 unos ingresos brutos de 16, 5 mil millones de dólares para los juegos online a nivel mundial, con un crecimiento anual de 10,3% hasta 2112 y con un volumen para ese año de 24,4 mil millones de dólares, lo que representa el 6,4% del mercado total a nivel mundial.

Según el estudio sobre los juegos de azar en la Unión Europea realizado por el Institut Suisse de Droit Comparé por encargo de la Comisión el 14 de junio de 2006, las cuatro grandes categorías de juegos generaron en 2003 en los 25 Estados miembros integrantes de la Unión desde 1 de mayo de 2006 unos ingresos brutos, tras reducir premios, de 51.500 millones de euros (http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling-en.htm).

La naturaleza de este servicio de juegos que mueve tan ingente cantidad de recursos económicos y que afecta de forma tan sensible a los consumidores, especialmente a los jóvenes que son los mayores usuarios de Internet, hace necesario que los operadores de este mercado se ajusten de manera estricta a los principios de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), debiéndose adoptar por las instituciones europeas normas muy rígidas sobre lo que se denomina “juego responsable” en el sentido de la prevención de la ludopatía, la seguridad en las transacciones, la prevención del fraude y la protección del consumidor y, en particular, de la juventud.

Por tanto, en un mercado único como el europeo especialmente el de las telecomunicaciones donde Internet hace prácticamente inviable cualquier tipo

de barrera, la regulación de la prestación de estos servicios online se hace imprescindible a nivel europeo.

En este trabajo vamos a examinar la normativa europea en materia de juegos de azar, en concreto las disposiciones del derecho primario y la interpretación que de las mismas ha venido haciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Analizaremos también la normativa española en esta materia, especialmente a través de sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas.

II. ¿EXISTE UN VACIO LEGAL EN LA REGULACIÓN EUROPEA DE LOS JUEGOS DE AZAR?

Nos hemos referido ya a que aunque la Directiva de servicios no sea de aplicación a los juegos de azar y no existe a nivel europeo una normativa específica que los regule, no significa que esta actividad se encuentre al margen del ordenamiento jurídico comunitario. Las normas del Tratado CE sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios son de plena aplicación al sector de los juegos de azar.

Los fines de la Comunidad Europea (art. 2 CE) deben alcanzarse mediante las acciones previstas en el artículo 3 CE y, en concreto, a través del establecimiento de “un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” (ap. 1 letra c- del art. 3 CE).

Las cuatro libertades comunitarias que constituyen las bases del mercado interior, se encuentran reguladas en la tercera parte del Tratado CE (Políticas de la Comunidad):

Título I: Libre circulación de mercancías: artículos 23 a 31

Título II: Libre circulación de personas, servicios y capitales.

Capítulo 1: libre circulación de trabajadores: artículos 39 a 42

Capítulo 2: Derecho de establecimiento: artículos 43 a 48

Capítulo 3: Libre prestación de servicios: artículos 49 a 55

Capítulo 4 Libre circulación de capitales y pagos: artículos 56 a 60

Conforme al artículo 50 CE “se consideran como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”, entendiéndose, claro está, que se trata de servicios transnacionales dentro de la Comunidad” (art. 49.1 CE).

Como tendremos ocasión de comprobar en el apartado siguiente, la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia Europeo ha entendido como “servicio”, a los efectos del Tratado, la actividad de juegos de azar.

Ya en la sentencia Schindler de 24 de marzo de 1994, el Tribunal consideró que las actividades de lotería no se rigen por las normas relativas a la libre cir-

culación de mercancías. Tampoco se rigen por las normas relativas a la libre circulación de personas, ni de capitales que se refieren a los movimientos de capitales propiamente dichos y no al conjunto de los flujos monetarios necesarios para las actividades económicas. “Al contrario, dichas loterías deben considerarse actividades de servicios, en el sentido del Tratado” (núm. 25 de la sentencia).

Pues bien, de acuerdo con el artículo 3.1 C) CE citado la consecución del mercado interior supone la supresión de los obstáculos a estas libertades, prohibiéndose, por lo que a los servicios se refiere, “las restricciones.. dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación” (art. 49 CE).

El Tribunal de Justicia, desde la famosa sentencia de 11 de julio de 1974, en el caso *Dassonville*, viene estableciendo una doctrina limitativa del término “restricción”, que se producirá no sólo en los supuestos de imposibilidad absoluta del ejercicio de la libertad, sino también cuando se dificulte su ejercicio de forma potencial.

Las restricciones a la libre prestación de servicios pueden estar establecidas tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en las legislaciones de los Estados miembros.

El derecho primario europeo justifica estas restricciones, en casos excepcionales, como el previsto para la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el artículo 46 CE en relación con el 55 CE. Razones de orden público, seguridad y salud pública pueden justificar medidas restrictivas a estas libertades. Si el derecho secundario mediante reglamentos o directivas, prevén algún tipo de restricción, sólo estas restricciones podrán admitirse como tales.

Las legislaciones de los Estados miembros pueden también introducir restricciones a estas libertades, siempre y cuando no se encuentren en contradicción con el ordenamiento comunitario. Los Estados miembros tendrán un mayor margen normativo si la actividad que pretenden regular no ha sido desarrollada por el derecho derivado europeo. En este supuesto, basta con su compatibilidad con el Tratado y la jurisprudencia del Tribunal en interpretación del mismo. Tal es el caso de la actividad de juegos de azar que al no encontrarse regulada por el derecho derivado europeo ha provocado una falta de armonización y que los Estados miembros establezcan numerosas restricciones a su ejercicio fundándose en razones de orden público, seguridad y salud pública. No sería el caso, si la actividad se encontrara desarrollada a nivel comunitario como ocurre con las incluidas en la Directiva de servicios, pues sólo esta sería la competente para establecer las restricciones.

Nos encontramos pues que, en la actividad de los juegos de azar, las restricciones que pueden imponerse serían las previstas en las disposiciones del Tratado CE que regulan la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Ya nos hemos referido a que el Tratado permite restricciones por razones justificadas de orden público, seguridad y salud públicas (art. 55 en re-

lación con el art. 46 CE), que se conocen como “conceptos jurídicos indeterminados” que requieren una interpretación.

Como tendremos ocasión de comprobar al examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una extensa doctrina sobre los supuestos restrictivos que pueden englobarse en estos conceptos para limitar y obstaculizar la libre prestación de servicios de los juegos de azar.

Motivos como la lucha contra la ludopatía o adicción al juego, la represión contra el fraude y el blanqueo de capitales, la prevención del juego compulsivo, la protección de los consumidores y usuarios, del orden público y de la seguridad pública, incluso razones tan genéricas como las de orden religioso, moral y cultural se justifican por los Estados miembros para imponer restricciones a la actividad del juego en sus normativas nacionales. Estas abarcan una enorme casuística en Europa. Así, hay Estados que establecen un verdadero monopolio en esta actividad bien explotando y gestionando directamente el juego bien concediendo sus derechos exclusivos a un organismo público con o sin ánimo de lucro. Otros, como el caso de Italia, se ceden a un organismo deportivo como es el Comité Olímpico Nacional, para determinadas apuestas sobre eventos deportivos. Hay países que, más liberalizadores, establecen un cupo máximo de licencias que se licitan entre las empresas que operan en este mercado y otros que simplemente lo permiten bajo concesión de la oportuna licencia administrativa. Hay Estados que gravan fiscalmente los premios obtenidos en juegos de azar de otros Estados miembro, mientras que los premios nacionales se encuentran exentos de tributación. En fin, el abanico de supuestos que se pueden producir en una Unión con 27 países miembros nos podría llevar casi hasta el infinito.

¿Es posible ante esta situación una liberalización del mercado de los juegos de azar?

Mientras que la liberalización de la circulación de mercancías y trabajadores se ha desarrollado en un plazo relativamente razonable, no ha ocurrido otro tanto con la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. La primera supone el derecho a desarrollar una actividad económica en todo el territorio de la Unión Europea y la segunda conlleva el desarrollo de estas actividades bajo su aspecto objetivo, es decir sin desplazamiento, lo que implica que, en su común aceptación, ambas libertades deban caminar al unísono.

El instrumento jurídico idóneo para conseguir este objetivo de armonización de las legislaciones nacionales y establecer una liberalización del sector, no puede ser, sin más, los reglamentos comunitarios que imponen una unificación legislativa. Las diferencias normativas de los Estados consecuencia de las distintas políticas seguidas por cada uno de ellos, no permite este instrumento legislativo. Se hace necesaria, pues, la vía indirecta a través de las directivas que obligan a los Estados miembros a introducir mediante una norma interna, los principios contenidos en aquellas. La liberación en materia de servicios se articula en tres planos distintos: programa general de la Comisión, adopción de las directivas por el Parlamento Europeo y el Consejo y aprobación de las normas nacionales que cada Estado adopta en ejecución de las directivas.

Las instituciones europeas y, en concreto, la Comisión no se han implicado en la liberalización de los juegos de azar hasta finales de los años 80, como consecuencia de varias quejas de los operadores británicos que querían prestar sus servicios o establecerse en otros Estados miembros de la Unión (ver sentencias de los casos Zenatti, Gambelli y Placanica, examinadas más adelante).

En 1991, la Comisión Europea encargó la elaboración de un informe “Gambling in the Single Market” (El juego en el Mercado único). Sin embargo, esta iniciativa se abandonó por la presión de algunos Estados miembros que se oponían a la liberalización de este mercado, ya que en sus territorios existe un monopolio o cuasimonopolio público del sector.

Cuando se dicta la sentencia Gambelli en noviembre de 2003, la Comisión retomó nuevas iniciativas. Así, en un principio se pensó aplicar la Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico a los juegos de azar por Internet, aunque pronto esta idea fue abandonada. Se optó, más tarde, en introducir los juegos de azar en la Directiva 2006/123, de servicios, pero finalmente, en febrero de ese año, por Resolución del Parlamento Europeo y del Consejo se suprimió la inclusión de este servicio de la Directiva, como, por otra parte, hubiera sido lo lógico, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia venía reiterando la naturaleza de “servicio” de los juegos de azar y, por lo tanto, su inserción en el ámbito de aplicación de los artículos 49 a 55 del Tratado CE reguladores de la libre prestación de servicios.

Son ilustrativas, en este sentido, las palabras pronunciadas por el Comisario, Sr. Mc Creevy ante el Pleno del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 2006. Manifestaba, el responsable europeo del mercado interior que la “Comisión no pretende liberalizar este sector, sino únicamente garantizar que cualquiera que sean las medidas que se adopten por los Estados miembros, las mismas sean compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea. Los Estados miembros ya conocen bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, que espero que en el futuro siga desarrollándose”.

Hasta la fecha parece que la Comisión ha abandonado temporalmente la idea de legislar en esta materia, cediendo el testigo al Tribunal de Justicia. En consecuencia, la prestación de servicios de juego y su liberalización quedan sumidas en un futuro incierto que, esperamos, no sea muy prolongado.

Es cuestionable, sin embargo, que si se ha logrado la liberalización en mercados tan difíciles como Internet, a través, entre otras de las Directivas 2000/31 y 98/34 no sea posible conseguirlo en el sector del juego. Ya hemos hablado de que algunos Estados miembros se resisten apelando tanto a razones de defensa del orden público y de los consumidores como incluso a motivaciones del orden religioso, moral y cultural. En una Unión Europea de 27 Estados miembros apelar a conceptos tan complejos para impedir que se regule una actividad que, en todo caso, tiene un carácter fundamentalmente económico nos puede llevar a una situación de absoluta paralización, creado, también un mal precedente para el futuro. El propio Tribunal de Justicia ha adoptado una postura más tolerante y flexible respecto de estas restricciones morales. En su sentencia de 24 de marzo de 1994 en el caso Schindler manifi-

esta (ap. 32): “las loterías no pueden considerarse actividades prohibidas en todos los Estados miembros a causa de su nocividad, y cuya situación con el Derecho comunitario, pueda relacionarse con la de las actividades de productos ilícitos (véase en relación con los estupefacientes, la sentencia de 28 de febrero de 1984, Einberçer, 294/82 Rec. P. 1177) aunque, como observan los gobiernos belga y luxemburgués, los contratos de juego puedan considerarse nulos con arreglo al Derecho de algunos Estados miembros. *Suponiendo que la moralidad de las loterías pueda, al menos, cuestionarse, no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir la apreciación de los Estados miembros en los que dicha actividad se practica legalmente por la suya.* (véase sentencia de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Urborn Children Ireland C. 159/90, Rec. p. I 4685)”.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIAL EUROPEO SOBRE JUEGOS DE AZAR

El Tribunal de Justicia Europeo (TJCE) hasta la fecha sólo se ha pronunciado en materia de juegos de azar a través de cuestiones prejudiciales. Ante la falta de regulación por el derecho derivado, los juegos de azar quedan sometidos, como hemos visto, al derecho de los Tratados o derecho primario y a la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia dicte en interpretación del mismo.

A continuación, vamos a examinar las sentencias dictadas por el TJCE en materia de juegos de azar en la amplia gama que se desarrollan en este mercado, tanto offline como online, así como algunos asuntos que todavía se encuentran pendientes de resolución.

3.1. Sentencia Shindler

La sentencia de 24 de marzo de 1994, en el caso Shindler (Rec. 1994,1-1039) fue la primera en que el Tribunal de Justicia Europeo se pronunció sobre le juego.

Resuelve una cuestión prejudicial planteada por la “High Court of Justice” de Inglaterra y Gales en relación con la interpretación de los artículos 30, 36, 56 y 59 del Tratado CEE en el marco de un litigio entre la Oficina de Aduanas británica, demandante, y los señores Shindler, demandados, sobre el envío a ciudadanos británicos de publicidad y formularios para participar en una lotería organizada en Alemania.

Los demandados que eran agentes de un organismo alemán que organizaba loterías enviaron desde Holanda publicidad y formularios a ciudadanos británicos para participar en esta lotería. La Oficina de Aduanas británica interceptó estos envíos por infracción de la Revenue Act 1898 que prohibía la importación de publicidad o anuncios de sorteos o loterías en el Reino Unido.

La parte demandada alegó que la interceptación de los sobres con la publicidad de loterías y, en concreto la ley nacional que prohibía la importación al

Reino Unido de los mismos era contraria al artículo 30 del Tratado CEE que garantiza la libre circulación de mercancías o subsidiariamente al artículo 59 del mencionado Tratado que garantiza la libre presentación de servicios.

Por otro lado, la demandante, la Oficina de Aduanas británica alegó que la lotería no puede considerarse una mercancía, en el sentido del Tratado, ni tampoco era de aplicación la libre prestación de servicios, ya que la prohibición de importación tenía carácter general y no discriminatorio, encontrándose justificada por razones de política social y prevención de fraude.

La respuesta del Tribunal a las cuestiones prejudiciales planteadas es clara:

- 1) La importación en un Estado miembro de material publicitario y de billetes de lotería para que sus ciudadanos participen en dicha lotería organizada en otro Estado miembro debe considerarse “un servicio”, de acuerdo con las normas del Tratado.
- 2) Una legislación como la británica que prohíbe el envío de billetes de lotería a sus ciudadanos para que participen en dicha lotería celebrada en otro Estado miembro, constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios.
- 3) La libre prestación de servicios no se opone a una legislación como la británica que prohíbe la importación de billetes de lotería, habida cuenta de las razones de política social y prevención del fraude que la justifican.

Los fundamentos jurídicos de este fallo los encontramos, sobre todo, en los números 24 y siguientes, 45 y 49 y siguientes de la sentencia.

En efecto, la resolución del Tribunal entiende que “las loterías deben considerarse actividades de servicios” comunitarios (núm. 25) ya que se trata de prestaciones en la que “el organizador de la lotería hace participar a los compradores de billetes en un juego de azar ofreciéndoles la esperanza de ganancia, y dedicando la recaudación de las apuestas a la organización de los sorteos y la determinación y el pago de los premios (núm. 27). Estas prestaciones tienen carácter transfronterizo, como en el presente caso, ya que se ofertan en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecido el organizador de la lotería (núm. 29). En consecuencia, una legislación como la británica que prohíbe la celebración de loterías en el territorio de otro Estado miembro constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios (núm. 45).

Pero el TJCE además de identificar las loterías como un servicio, permite la imposición por los Estados miembro de restricciones a su libre prestación, justificándolo en los números 59, 60, 61, y 63 de la sentencia.

“59. Habida cuenta de la naturaleza tan peculiar de las loterías... dichas razones pueden justificar... restricciones que incluyan la prohibición de las loterías en un Estado miembro.

60. En efecto, en primer lugar, no puede prescindirse de las consideraciones de orden moral, religioso o cultural que rodean tanto a las loterías como a los demás juegos en los Estados miembros.

Dichas consideraciones tienden, en general, a limitar e incluso a prohibir el juego y a evitar que sea una fuente de enriquecimiento individual. A continuación, hay que destacar que, habida cuenta del importe de las sumas que permite reunir y de las ganancias que puede ofrecer a los jugadores... las loterías implican riesgos elevados de delito y de fraude. Además, constituyen una incitación al gasto que puede tener consecuencias individuales y sociales perjudiciales. Por último, y sin que esta razón pueda considerarse en sí misma una justificación objetiva, cabe destacar que las loterías pueden participar significativamente en la financiación de actividades filantrópicas o de interés general como obras sociales, obras benéficas, el deporte o la cultura.

61. 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.

62. Cuando un Estado miembro prohíbe que en su territorio se organicen grandes loterías y, más en particular, la publicidad y difusión de billetes de dicho tipo de loterías, la prohibición de importar materiales de loterías que permitan que los nacionales de dicho Estado miembro participen en aquellas organizadas en otro Estado miembro, no puede considerarse como una medida que atente injustificadamente contra la libre prestación de servicios. En efecto, tal prohibición de importación es un elemento necesario de protección que dicho Estado miembro pretende dispensar en su territorio en materia de loterías.”

En definitiva, en esta primera sentencia del TJCE sobre juegos de azar, se viene a concluir que nos encontramos ante un servicio que si bien su ejercicio se encuentra amparado por el derecho primario europeo (tratados), sin embargo puede estar sometido a restricciones por razones de política social y de política administrativa, siempre y cuando las mismas no sean discriminatorias.

3.2. Sentencia Familiapress

La sentencia del TJCE de 26 de junio de 1997 en el asunto Familiapress (Rec. 1997, 1-3689) resolvió la cuestión prejudicial planteada por un tribunal austriaco (el *Handelgericht* de Viena) en el juicio principal que enfrentó a una editorial de prensa (Familiapress) contra un editor de publicaciones periódicas establecido en Alemania, al objeto de que el tribunal nacional ordenara a este último que cesara la venta en territorio austriaco de publicaciones que ofrecían a los lectores la posibilidad de participar en juegos con premios, alegando que se

vulneraba la ley austriaca de competencia desleal de 1992 (Gesetz Über un lauterer Wettbewerb) que prohíbe de forma general ofrecer a los consumidores, sin contrapartida, premios vinculados a la venta de bienes o a la prestación de servicios (art. 9 de la Ley). Aunque los hechos de este asunto difieren a los del caso Schindler, podemos señalar que las conclusiones del Tribunal son similares.

En este caso, el demandado en el juicio principal (Heinrich Bauer Verlag) editaba en Alemania una revista que también distribuía en Austria. Uno de los números contenía un crucigrama que si los lectores remitían la solución correcta podían participar en un sorteo con premio económico. Los números siguientes de la revista contenían juegos similares. La empresa austriaca demandante (Familiapress) consideró que dicho juego vulneraba la ley austriaca de competencia desleal que prohibía la venta de bienes vinculados a premios. Una norma similar no existía en Alemania.

Dado que estas ventas de prensa afectaban al comercio intracomunitario, el tribunal austriaco que conocía el caso preguntó al TJCE si la prohibición de tales transacciones era contraria a los Tratados (art. 30 Tratado CEE).

Si bien el Tribunal Europeo recuerda que en principio son contrarias al Tratado todas las restricciones a las importaciones así como cualquier otra medida de efecto equivalente (núm. 6), sin embargo, la aplicación de disposiciones nacionales que limitan o prohibían ciertas modalidades de venta pueden no obstaculizar el comercio intracomunitario (caso Dassonville, 8/74, sentencia de 11 de julio de 1974) siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad y cuando afecten del mismo modo a los productos nacionales y a los procedentes de otros Estados miembro (núm. 9).

Es decir, el Tribunal Europeo viene a reconocer limitaciones a las libertades comunitarias, siempre que no sean discriminatorias. El Tribunal viene también a establecer las diferencias entre este caso y el caso Schindler ya examinado.

En el caso Shindler se estimó que las particularidades de la lotería podían justificar restricciones a este tipo de prestación de servicios, sin embargo en el caso Familiapress se trata de sorteos a pequeña escala y poco importantes que no constituyen una actividad económica independiente a la venta de la revista, por lo que no puede invocarse la protección del orden social. Si pueden, por el contrario, las leyes nacionales establecer restricciones o prohibiciones de estos productos de prensa que contengan juegos con premios “siempre y cuando estas prohibiciones sean proporcionadas al mantenimiento del pluralismo de la prensa y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas menos restrictivas” (parte dispositiva de la sentencia).

3.3. Sentencia Lääriä

El TJCE en su sentencia de 21 de septiembre de 1999 en el asunto Lääriä (Rec.1996, I-6067) resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal finlandés de apelación de Jyväskylä sobre explotación de máquinas tragaperras en ese país.

En Finlandia, por la ley 491 de 1965 sobre juegos de azar, la organización y explotación de estas actividades entre las que se encuentran los casinos y las máquinas tragaperras necesitan autorización administrativa y sólo pueden realizarse para recaudar fondos para acciones benéficas o sin ánimo de lucro. La Administración puede conceder a un organismo de derecho público autorización para realizar estas actividades. La Asociación para la gestión de máquinas tragaperras obtuvo esta autorización con carácter exclusivo. Además, conforme al Código Penal finlandés quien organice juegos de azar para los que se requiere autorización previa puede ser sancionado con la multa y pena de prisión de hasta seis meses.

Pues bien, el Sr. Läära, responsable de la empresa finlandesa Transatlantic Software Ltd. que tenía una concesión de la sociedad británica Cotswold Microsystems Ltd para explotar en Finlandia un tipo de máquinas tragaperras que continuaban siendo propiedad de esta última, en virtud de un contrato suscrito entre ambas compañías, fue inculcado por explotar dichas máquinas sin autorización administrativa. En su alegato, negó haber cometido la infracción que se le imputaba, ya que las máquinas tragaperras en cuestión no daban premios esencialmente por el azar, sino principalmente por la habilidad del jugador, de forma que no podían considerarse como juegos de azar en si mismos.

Argumentó que la legislación finlandesa era contraria al Derecho comunitario que regula la libre circulación de mercancías y la prestación de servicios.

Los interesados fueron condenados en primera instancia y en apelación, el órgano judicial nacional acordó plantear un procedimiento prejudicial ante el Tribunal Europeo.

La sentencia viene a establecer claramente las diferencias entre este caso y el caso Shindler.

En este último se trataba de actividades de lotería que deben considerarse como servicios, mientras que en el presente caso nos encontramos con máquinas tragaperras que constituyen mercancías y como tales pueden estar comprendidas en el artículo 30 del Tratado (núm. 20).

Mientras que la legislación nacional en la sentencia Schindler prohíbe la celebración de loterías en el territorio del Estado miembro afectado, la normativa legal en este caso no prohíbe el uso de máquinas tragaperras, sino que reserva su explotación a un organismo público que detenta una autorización concedida por la Administración competente (núm. 21).

Por último, contrariamente el caso Schindler, en el que nos ocupa este fallo le podrían ser de aplicación otras disposiciones del Tratado, como las relativas al derecho de establecimiento o las normas sobre competencia. (núm. 22).

Tampoco el Tribunal entiende que existe similitud entre el presente asunto y el caso Familiapress ya examinado. En este se trataba de juegos-concursos propuestos en una revista en forma de crucigrama y después de un sorteo, permitían ganar premios a determinados lectores que habían acertado las respuestas. Tales juegos, organizados a pequeña escala y con apuestas poco importantes, no constituyen una actividad económica independiente, sino un elemento entre otros del contenido de la revista (núm. 16).

Por el contrario, en el presente asunto nos encontramos ante juegos de azar y las máquinas tragaperras que ofrecen mediante pago, la posibilidad de un premio en metálico. La cuantía relativamente modesta de las apuestas y de los premios alegadas por los recurrentes no impide considerar que tales máquinas permiten recaudar cantidades considerables, en particular, debido al número de jugadores potenciales y a la tendencia de la mayor parte de ellos a volver a jugar un gran número de veces, dado la brevedad del juego y su carácter repetitivo (núm. 17).

Establecidas estas diferencias, el Tribunal señala que una legislación como la finlandesa puede obstaculizar la libre circulación de mercancías, en la medida que el organismo público autorizado por la Administración es legalmente el único gestor posible de máquinas tragaperras (núm. 25), si bien, dada la falta de datos suficientes sobre las consecuencias efectivas de la legislación nacional sobre la importación de máquinas tragaperras, el Tribunal no puede pronunciarse sobre si el artículo 30 del Tratado CEE se opone a una legislación de esta naturaleza (núm. 26).

El Tribunal, en segundo lugar, se pronuncia sobre si la legislación finlandesa se opone a la libre prestación de servicios, señalando que, en la medida en que se impide a los operadores de otros Estados miembro poner ellos mismos a disposición del público este tipo de máquinas para su utilización, dicha normativa nacional constituye un obstáculo a la libertad de servicios en el seno de la Unión (núm. 29).

No obstante, como ocurriera en el caso *Schindler*, esta libertad puede estar sujeta a limitaciones si se encuentran justificadas por razones imperativas de interés general, si son apropiadas para garantizar la consecución del objetivo que se proponen y si no van más allá de lo necesario para su consecución (núm. 31).

Entre estas limitaciones se encuentran aquellas que responden al interés en limitar la explotación de la pasión de los seres humanos por el juego, en evitar los riesgos de delito y fraude que entrañan estas actividades lúdicas y en autorizarlas únicamente para recaudar fondos destinados a obras de beneficencia o sostenimiento de proyectos sin ánimo de lucro (núm. 32).

Otras limitaciones están relacionadas con la protección de los destinatarios de estos servicios y más en general, de los consumidores, así como a la protección del orden social ya señaladas en otras sentencias (núm.33).

Por todo lo anterior, el Tribunal contesta a la pregunta prejudicial, declarando que las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios no se oponen a una legislación nacional como la finlandesa, que concede a un solo organismo público derechos exclusivos de explotación de máquinas tragaperras, habida cuenta de los objetivos de interés general que persiguen.

3.4. Sentencia Zenatti

La sentencia del TJCE de 21 de octubre de 1999 en el asunto *Zenatti* (Rec. 1999, 1-7289) plantea nuevamente la problemática de las limitaciones a la libre prestación de servicios por razones de política social y prevención del fraude, tomando como precedente la sentencia *Schindler*.

El Sr. Zenatti, ciudadano italiano, realizaba la actividad de intermediador en su país de una sociedad establecida en el Reino Unido, especializada en apuestas sobre eventos deportivos. En concreto, el Sr. Zenatti gestionaba un centro de transmisión de datos para los clientes italianos de la sociedad inglesa, remitiendo a la central en Londres, por Internet, los formularios cumplimentados por sus clientes, acompañados de la fotocopia de la transferencia bancaria.

El Questore de Verona ordenó el cese de la actividad, alegando que la misma no podía tener autorización para operar ya que era contraria al Decreto 773 de 18 de junio de 1931, sobre seguridad pública, que únicamente permite conceder licencia para apuestas, cuando la actividad constituya un requisito necesario para el buen desarrollo de la competición deportiva. El Sr. Zenatti recurrió la medida ante el Tribunal Administrativo Regional del Veneto solicitando que se planteara una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo ya que el asunto principal afectaba al comercio intracomunitario, limitando el ejercicio de la libertad de libre prestación del servicio.

El tribunal nacional planteó a la Corte de Luxemburgo la siguiente cuestión prejudicial:

“¿ Se oponen las normas del Tratado en materia de prestación de servicios a un régimen como el establecido por la normativa italiana sobre apuestas, habida cuenta de las consideraciones de política social y de prevención del fraude que la justifican?”

En Italia, a tenor del artículo 88 del Decreto número 773 de 18 de junio de 1931, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes de seguridad pública, no puede concederse ninguna autorización para la recogida de apuestas, con excepción de las que se refieren a carreras, regatas, juegos de pelota o balón y otras competiciones deportivas similares, cuando la recogida de apuestas constituya un requisito imprescindible para el buen desarrollo de la competición.

El Tribunal de Justicia Europeo viene a confirmar en este fallo su jurisprudencia anterior, admitiendo limitaciones a la libre prestación de servicios en materia de juego, siempre que estén justificadas por objetivos de justicia social y dirigidas a restringir los efectos nocivos de estas actividades y si las restricciones nacionales no son desproporcionadas con dichos objetivos.

En fundamento de su fallo, el Tribunal Europeo recuerda la sentencia Schindler en la que se establece que las legislaciones nacionales pueden limitar o impedir los juegos de azar cuando sean una fuente de beneficios individuales, pretendan evitar los riesgos del delito y el fraude así como las consecuencias perjudiciales de incitación al gasto de los consumidores, permitiendo esta actividad lúdica únicamente en la medida que tenga un carácter de utilidad pública y social (núm. 31).

La apreciación de estas limitaciones a la libre prestación de servicios en materia de loterías y otros juegos de azar es competencia de las autoridades nacionales (núm. 33).

Respecto de las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios, el Tribunal Europeo recuerda también, en base a dicha sentencia, que la organización de loterías está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 49 del Tratado, siempre y cuando uno de los prestadores del servicio esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ofrece el servicio (núm. 24). En consecuencia, las medidas previstas en la legislación italiana que nos ocupa este caso, constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios (núm. 27), obstáculos o limitaciones que estarían justificadas en el supuesto de la actividad de los juegos de azar por razones de interés general a las que nos venimos refiriendo (núm. 29). No es necesario que exista una prohibición total del juego para demostrar que existe una finalidad superior de interés general, también en los casos de autorizaciones limitadas para el ejercicio del juego, las legislaciones nacionales pueden restringir esta actividad con el fin de prevenir el fraude y de utilizar los beneficios que se derivan para objetivos de utilidad pública (núm. 35).

Estas limitaciones no estarán justificadas, por el contrario, si pretenden reducir la igualdad de oportunidades entre operadores nacionales y los de otros Estados miembros y si la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo tiene carácter accesorio y no la justificación real de una política redistributaria por razones de interés general (núm. 36).

3.5. Sentencia Lindman

La sentencia de 31 de enero de 2003, en el asunto Lindman (Rec. 2003, I, 13519) plantea una vertiente distinta a las analizadas hasta ahora. En la cuestión prejudicial planteada se trataba de resolver el distinto trato fiscal de los premios de loterías, si estas se organizaban en el Estado en cuestión o se trataba de loterías de otros Estados miembros.

La Sra. Lindman, ciudadana finlandesa ganó un premio en un sorteo de lotería celebrado en Estocolmo (Suecia), cuyo billete compró durante su estancia en esa ciudad. Este premio se consideró como un rendimiento de actividades económicas sujeto al Impuesto sobre la Renta, así como se encontraba sujeto a otros impuestos de carácter municipal. La Sra. Lindman recurrió esta resolución, alegando que el premio debería quedar exento y, subsidiariamente, que no debía tributar en concepto de rendimiento de actividades económicas, sino como rendimiento de capital, sujeto a un tipo menor. De acuerdo, con la legislación tributaria finlandesa los premios de loterías organizados por el Estado están exentos del Impuesto sobre la Renta.

El tribunal nacional que conoció de esta reclamación planteó una cuestión prejudicial, preguntando si este distinto trato fiscal de los premios de loterías organizadas en Finlandia o en otros Estados miembros era contrario al artículo 49 del Tratado relativo a la libre prestación de servicios.

La respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa, resolviendo que se opone a dicho artículo 49, la normativa de un Estado miembro que considera

rendimientos del ganador los premios obtenidos en loterías organizadas en otros Estados miembros, mientras que los premios de las loterías nacionales están exentos de tributación.

El Tribunal de Justicia recuerda que la tributación directa es competencia nacional y no europea, aunque debe ejercerse respetando el Derecho comunitario (núm. 18).

Por su parte, la actividad de juegos de azar incluyendo las loterías entra en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios que, según el artículo 49 del Tratado CE, prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio de un prestador así como cualquier restricción u obstáculo a esta libertad fundamental, aunque se aplique indistintamente a los prestadores nacionales y no nacionales (núm. 20).

En este caso existe una clara discriminación pues no puede equipararse que los juegos en Finlandia no estén sujetos al impuesto sobre juegos de azar y que los juegos de otros Estados miembro lo estén al Impuesto sobre la Renta que grava los premios obtenidos por los contribuyentes en loterías organizadas fuera de dicho país (núm. 22). Esta discriminación produce que los residentes en Finlandia prefieran jugar a la lotería en este Estado que en otros Estados miembros ya que la diferencia fiscal es notoria. No ha quedado acreditado, además, que existan motivaciones vinculadas al interés general que justifiquen esta diferencia de trato fiscal entre unos y otros premios (núm. 26).

3.6. Sentencia Anomar

La sentencia de 11 de septiembre de 2003 en el asunto Anomar (Rec 2003,I-8621) viene a reiterar la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia en la libre prestación de servicios de los juegos de azar.

La cuestión prejudicial de la que trae causa este fallo plantea la compatibilidad o no con el Derecho comunitario de la legislación portuguesa sobre juego, que prohíbe la explotación y práctica de este tipo de juegos fuera de los recintos de los casinos.

La Asociación Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas Portuguesas (Anomar) planteó una acción civil declarativa contra el Estado por considerar que el Decreto- Ley 422/89 que regula el juego conculcaba las disposiciones del Tratado CE. En concreto solicitaban:

- Que se reconozca el derecho de explotación y práctica de juegos de suerte y azar fuera de las áreas de juego determinadas (casinos) terminando así con el monopolio de los mismos y se declaren derogados determinados artículos del Decreto- Ley 422/89 que lo regulan, habida cuenta de la primacía de las normas y principios del Derecho comunitario.
- Que se consideren además derogadas las disposiciones que recogen los tipos penales previstos en dicho Decreto-Ley así como todas aquellas normas nacionales prohibitivas y restrictivas del ejercicio de esta actividad.

El Tribunal civil de Lisboa que conoció de este caso planteó al Tribunal de Justicia Europeo un total de trece preguntas prejudiciales que podríamos resumir de la forma siguiente:

1. ¿Constituyen los juegos de azar una “actividad económica” en el sentido del artículo 2 CE?
2. ¿Las actividades de producción, importación y distribución de máquinas recreativas son independientes de la actividad de explotación de estas máquinas y por lo tanto les es de aplicación el principio de libre circulación de mercancías (arts. 28 y 29 CE) o por el contrario se incluyen en la prestación de servicios (art. 49 y siguientes CE)?
3. ¿Están excluidas del artículo 31 CE las actividades de los juegos de azar, considerando que este artículo no incluye los monopolios de prestación de servicios?
4. ¿Aún cuando constituyen un obstáculo a la libre prestación de servicios (art. 49 CE), el sistema legal portugués que se aplica indistintamente a los nacionales y a los ciudadanos y empresas de otros Estados miembros es compatible con el Derecho comunitario, teniendo en cuenta que dichos obstáculos o limitaciones vienen impuestas por razones de interés general?
5. La atribución a la Inspección general de juegos de una facultad discrecional para calificar los temas de juegos de azar ¿infringe algún principio o norma de Derecho comunitario?

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal entiende que los juegos de azar constituyen actividades económicas a los efectos del artículo 2 CE, puesto que cumplen los dos criterios establecidos en su jurisprudencia (caso Schindler) que son: la prestación de un servicio determinado a cambio de una remuneración y el ánimo de lucro (núm. 47).

Respecto de la segunda cuestión, el Tribunal recuerda su doctrina de los apartados 24 y 25 de la sentencia Schindler, reiterando que las actividades de juego de azar no son actividades relativas a mercancías, ni están comprendidas en el artículo 30 del Tratado, sino que deben considerarse actividades de servicio a efectos del Tratado (núm. 53). Es más, como ya señalara en la sentencia Läära (núms. 20 a 29) la explotación de máquinas recreativas está vinculada a su importación, exportación y distribución, por lo que estas actividades se incluyen en el ámbito de aplicación del Tratado sobre libre prestación de servicios (núm. 55 y 56).

En relación con la tercera cuestión, el Tribunal entiende que considerando el artículo 31 que obliga a los Estados miembros a adecuar los monopolios nacionales de carácter comercial con el fin de garantizar la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros se ubica en el capítulo sobre prohibiciones cuantitativas y se refiere a importaciones y exportaciones de “productos”, es decir, de mercancías, no puede afectar a la prestación de servicios en la que se incluyen los juegos de azar (núm. 59).

Mediante la cuarta pregunta se cuestiona si un sistema como el portugués que limita la explotación y práctica de los juegos de azar a determinados luga-

res (casinos) constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios. Esta limitación se justifica por dos razones. Primero, porque es aplicable indistintamente a los nacionales y a aquellos de otros Estados miembros y segundo, porque es necesaria por los motivos de interés general.

Según el Tribunal, la normativa portuguesa se asemeja a la legislación finlandesa de máquinas tragaperras (caso *Läärä*) en el que se afirmó que la misma no era desproporcionada con los fines que perseguía. Además, considera que una autorización limitada de los juegos de azar a determinados lugares se enmarca con la búsqueda de los objetivos del interés general.

En consecuencia, el Tribunal Europeo de Justicia entiende que una normativa como la portuguesa que limita la práctica de los juegos de azar a los casinos y se aplica indistintamente a nacionales y a los ciudadanos de otros Estados miembros constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, aunque no es contraria a los artículos 49 y siguientes del Tratado CE ya que se basa en principios de política social y prevención del fraude (núm. 75).

El Tribunal profundiza más en esta idea ya que ante la cuestión de si en otros Estados miembros la práctica de los juegos es menos restrictiva que la portuguesa y, por tanto, esta puede ser incompatible con el Derecho comunitario, responde que este hecho no influye en la apreciación de la necesidad o proporcionalidad de la decisión que se adopte, esta debe apreciarse únicamente en relación con los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que pretende garantizar (caso *Läärä*) (núm. 80).

Finalmente, la quinta cuestión plantea si la legislación portuguesa sobre juegos de azar que utiliza conceptos jurídicos indeterminados para calificar distintas modalidades de juegos y atribuye a la Inspección general una facultad discrecional para la calificación de los temas de juegos es incompatible con el Tratado.

Entiende el Tribunal que las medidas nacionales que restringen la libre prestación de servicios, aplicables indistintamente y justificadas por el interés general como sucede en el presente caso (núms. 68 y 72 a 75), deben entenderse apropiadas para garantizar la consecución del objetivo perseguido. No obstante, corresponde exclusivamente a las autoridades nacionales, en el marco de su facultad de apreciación, definir los objetivos que quiere proteger, los medios que considera más idóneos para su consecución y prever las modalidades de explotación y práctica del juego más o menos restrictivas (núm. 87).

En definitiva, corresponde a las autoridades nacionales, en el marco de su facultad de apreciación, decidir las modalidades de organización y control de las actividades de explotación y práctica de los juegos de azar.

3.7. Sentencia Gambelli

La sentencia de 6 de noviembre de 2003 en el asunto Gambelli (rec 2003, I, 13031) plantea el litigio en que se vió envuelto el ciudadano italiano Sr. Gambelli y otros, como responsables de unas agencias que operaban en Italia

conectadas por Internet con el corredor de apuestas Stanley International Betting Ltd. establecido en el Reino Unido. El Sr. Gambelli y otros fueron imputados del delito de fraude por atentar contra el régimen de monopolio sobre apuestas deportivas atribuido al organismo del Comité Olímpico Nacional Italiano.

La entidad británica Stanley es una sociedad privada de apuestas con licencia para operar en el Reino Unido y en el extranjero, ofrece al público europeo una amplia gama de apuestas a precio fijo sobre acontecimientos deportivos nacionales, europeos y mundiales. Los clientes realizaban sus apuestas por Internet, fax o teléfono. En Italia, Stanley actúa a través de intermediarios nacionales a los que les instala centros de transmisión de datos, que ponen a disposición de los usuarios los medios telemáticos necesarios para realizar las apuestas que son transmitidas a Stanley.

Los inculcados se encuentran registrados en la Cámara de Comercio italiana como propietarios de empresas de explotación de centros telemáticos y cuentan con una autorización del Ministerio de Telecomunicaciones para la transmisión de datos.

El Tribunal di Ascole Piceno que conocía del proceso penal planteó una cuestión prejudicial preguntando al Tribunal de Justicia si la legislación italiana sobre el juego respeta el principio de proporcionalidad del Derecho comunitario, habida cuenta del rigor de la prohibición que establece y de las sanciones penales que lleva aparejada lo que puede impedir que los operadores comunitarios legalmente establecidos en otros Estados miembros no puedan operar en este país y si estas limitaciones establecidas en interés de la salud pública y la política social pueden justificar estos obstáculos a la libre prestación de servicios.

El Tribunal de Justicia Europeo examina, en primer lugar, si la normativa italiana sobre el juego (Ley 401/89) constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

La respuesta afirmativa del Tribunal se basa en los siguientes fundamentos:

“46. En la medida en que una sociedad, como Standey, establecida en un Estado miembro, ejerce la actividad de apuestas a través de una organización de agencias establecidas en otro Estado miembro, las restricciones impuestas a las actividades de dichas agencias constituyen obstáculos a la libertad de establecimiento.

47. Además... el Gobierno italiano reconoció que la normativa nacional... contiene restricciones. Según dicho Gobierno, el hecho de que ninguna entidad haya recibido autorización para ejercer estas actividades, salvo las que tienen el monopolio en dicho ámbito, se debe a que la legislación italiana está concebida de tal modo que sólo puede otorgarse la concesión a determinadas personas.

48. Pues bien, en la medida en que la inexistencia de operadores extranjeros entre los concesionarios del sector de las apuestas deportivas en Italia se debe a que la normativa italiana excluye a las sociedades de capital que cotizan en

los mercados regulados de los demás Estados miembros puedan obtener concesiones constituye, a primera vista, una restricción a la libertad de establecimiento, aunque dicha restricción se imponga indistintamente a todas las sociedades de capital...

49. Por lo tanto, no puede excluirse que los requisitos impuestos por la normativa italiana para participar en las licitaciones destinadas a atribuirles concesiones constituyan igualmente un obstáculo a la libertad de establecimiento”

En segundo término, el Tribunal Europeo examina si, en el presente caso, existe una restricción a la libre prestación de servicios.

El Tribunal argumenta en este sentido:

“52..... la importación de material publicitario y de billetes de lotería para que los habitantes de un Estado miembro participen en una lotería organizada en otro Estado miembro, constituye un servicio (sentencia Schindler). Por analogía, la actividad que consiste en facilitar a los nacionales de un Estado miembro que participen en juegos de apuestas organizadas en otro Estado miembro, aunque estos tengan por objeto acontecimientos deportivos organizados en el primer Estado miembro, constituye “un servicio”, en el sentido del artículo 50 del Tratado CE.

54. De la aplicación de dicha interpretación a la problemática del asunto principal resulta que el artículo 49 comprende los servicios que un prestador, como Stanley, establecido en un Estado miembro, en el presente asunto el Reino Unido, ofrece por Internet —y por tanto, sin desplazarse— a destinatarios establecidos en otro Estado miembro, en el presente caso, la República italiana, de modo que cualquier restricción de dichas actividades constituye una restricción a la libre prestación de servicios por un prestador de este tipo.

55. Además, la libre prestación de servicios implica no sólo la libertad del prestador de ofrecer y prestar servicios a destinatarios establecidos en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio se encuentra el prestador, sino también la libertad de recibir y disfrutar, como destinatario, los servicios ofrecidos por un prestador establecido en otro Estado miembro, sin sufrir restricciones.

57. Tal prohibición (la de un particular a contratar vía Internet con un corredor de apuestas establecido en otro Estado miembro utilizando su tarjeta de crédito para realizar una apuesta)... constituye una restricción a la libre prestación de servicios.

58. Puede afirmarse lo mismo de la prohibición impuesta a los intermediarios de facilitar la prestación de servicios de apuestas sobre acontecimientos deportivos organizados por un prestador como Stanley, que está establecido en un Estado miembro distinto de aquel en que dichos intermediarios ejercen su actividad, dado que tal prohibición constituye una restricción del derecho del corredor de apuestas a la libre prestación de servicios, aunque los intermediarios estén establecidos en el mismo Estado miembro que los destinatarios de dichos servicios.

59. Por lo tanto, procede constatar que una normativa nacional como la legislación italiana sobre apuestas...constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios”.

Por último, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre si las restricciones a los juegos de azar previstas en la legislación italiana en cuestión se encuentran justificadas de acuerdo con las excepciones de los artículos 45 CE y 46 CE y la jurisprudencia europea.

Sobre este punto, señala:

“62. Tal como se desprende de la sentencia Zenatti, las restricciones deben responder al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y la financiación de actividades sociales.

63.el Tribunal de Justicia declaró en las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti que las particularidades del orden moral, religioso o cultural así como las consecuencias perjudiciales, desde un punto de vista moral y económico para el individuo y la sociedad que llevan consigo los juegos y las apuestas, podrían justificar la existencia a favor de las autoridades nacionales de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social.

64. En todo caso, para estar justificadas las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

Estos requisitos serían los siguientes:

— Las restricciones al juego pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, como la protección de los consumidores y la prevención del fraude y la incitación a los ciudadanos al gasto excesivo en juegos (sentencias Schindler, Läärä y Zenatti). Estas restricciones para evitar perturbaciones al orden social deben ser proporcionadas para alcanzar los objetivos que persiguen (núm. 67).

En el caso que nos ocupa, en la medida que las autoridades del Estado italiano inducen e incitan a participar en juegos de azar para obtener mayor recaudación fiscal, no pueden considerarse como razón de orden público y social y por tanto no está justificada de acuerdo con el Derecho comunitario (núm. 68).

— Las restricciones deben aplicarse indistintamente y con los mismos criterios a los prestarios de servicios de juego nacionales y no nacionales de otros Estados miembros (núm. 70).

— Las restricciones no deben ir más allá de lo necesario para conseguir el objetivo perseguido.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional valorar y ponderar estas restricciones ya que como intérprete ordinario del Derecho comunitario a dicho órgano

le compete resolver en cada caso concreto si las restricciones impuestas a la libre circulación de servicios son proporcionadas y ajustadas a los artículos 45 CE y 46 CE.

En definitiva, la sentencia Gambelli aparece como un compendio muy ilustrativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en materia de juegos de azar.

3.8. Sentencia Placanica

La sentencia del TJCE de 6 de mayo de 2007 en los casos acumulados Placanica (C-338-04) Palazzese (C-359/04) y Sorricchio (C-360/04) es una continuación de la doctrina legal europea establecida en el caso Gambelli.

El Ministerio Fiscal italiano imputó al Sr. Placanica el delito contemplado en la Ley número 401/89 (art. 4) al haber ejercido una actividad organizada de recogida de apuestas sin contar con la autorización administrativa preceptiva.

El Sr. Placanica actuaba en Italia como agente de la sociedad británica Stanley Internacional Betting Ltd. que cotiza en la Bolsa de Londres. La compañía opera en el sector de los juegos de azar en el Reino Unido y ocupa el cuarto lugar como corredor de apuestas siendo, además, el primer propietario de casinos. Stanley se encuentra autorizada para actuar como corredor de apuestas en virtud de una autorización otorgada por las autoridades británicas. Stanley opera en Italia a través de agencias —más de doscientas— llamadas “centros de transmisión de datos” que ofrecen sus servicios en locales abiertos al público en los que se pone a disposición de los apostantes un sistema telemático que les permite acceder al servicio que Stanley tiene en el Reino Unido. A través de este sistema se realizan en tiempo real las apuestas deportivas sobre los acontecimientos deportivos, los pagos y, en su caso, los premios.

Pues bien, el Sr. Placanica regentaba uno de estos locales en Italia cuya legislación criminal (Ley núm. 491, sobre intervención en el sector del juego y de las apuestas clandestinas y para la tutela del buen desarrollo de los acontecimientos deportivos) tipifica como delito la organización de apuestas o concursos de pronósticos sobre acontecimientos deportivos gestionados por el Comité Olímpico Nacional Italiano (art. 4) que, como hemos visto en la sentencia Gambelli, es el organismo público que cuenta con la autorización administrativa para organizar estas apuestas. Imputado por el Ministerio Fiscal por la comisión de este delito, el Tribunal de Larino, antes de dictar sentencia, planteó al Tribunal Europeo la siguiente cuestión prejudicial:

¿Es compatible el artículo 4 de la Ley número 401/89 con los principios enunciados en los artículos 43 y siguientes y 49 del Tratado CE en materia de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios transfronterizos, a la luz de las divergencias interpretativas entre las sentencias del Tribunal de Justicia en el caso Gambelli y de la Corte Suprema de Casación italiana (en el caso Gesuaedi)? En concreto, ¿es aplicable en Italia el régimen penal que se pretende aplicar al Sr. Placanica?

Hay que señalar que la Corte Suprema de Casación italiana en el caso Gesualdi tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad de la normativa nacional sobre juegos de azar con los artículos 43 y 49 del Tratado CE sentenciando que dicha normativa no era contraria al Derecho comunitario. Su argumentación se resume en el apartado número 16 de la sentencia Placanica que comentamos:

“16. En la sentencia Gesualdi, la Corte Suprema de Casación señala que el legislador italiano aplica desde hace muchos años una política de fuerte expansión de los juegos de azar, con el objeto evidente de aumentar los ingresos fiscales, sin que quepa buscar justificación de la normativa italiana en el objetivo de proteger a los consumidores, limitar su propensión al juego o reducir la oferta de los juegos. En cambio, identifica como objetivo real de la normativa italiana el deseo de encauzar las actividades de juegos de azar en circuitos controlables, con el fin de impedir la explotación de tales actividades con intenciones delictivas. Por este motivo, la normativa italiana somete a control y vigilancia a las personas que explotan apuestas y concursos de pronósticos y a los lugares donde se realiza dicha explotación.

La Corte Suprema de Casación considera que tales objetivos, por si solos, pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios”.

En consecuencia, existe una contradicción entre la jurisprudencia del Alto Tribunal italiano y el Tribunal Europeo ya que el primero entiende que no hay incompatibilidad entre la normativa italiana y las normas comunitarias sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios y el Tribunal Europeo de Justicia considera que existe dicha incompatibilidad (caso Gambelli).

Según el Tribunal Europeo, las características de la normativa italiana sobre juegos de azar son cuatro, fundamentalmente:

1. Obligación de obtener una concesión.
2. Un sistema de adjudicación de dichas concesiones, mediante licitación que excluye a determinados tipos de operadores y, en concreto, a las sociedades cuyos accionistas individuales no pueden ser identificados en todo momento.
3. La obligación de disponer de una autorización de policía.
4. Sanciones penales en caso de incumplimiento de la normativa de aplicación.

Con carácter general, la jurisprudencia comunitaria viene estableciendo que las normativas nacionales sobre juegos de azar que contienen sanciones penales en caso de su incumplimiento son contrarias al Derecho comunitario por incorporar restricciones a las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

Ahora bien, la cuestión principal se encuentra en determinar si dichas restricciones son compatibles con las excepciones previstas en los artículos 45 y

46 Tratado CE o con la jurisprudencia del Tribunal (caso Gambelli). Por consiguiente, es necesario examinar separadamente cada una de las restricciones previstas en la normativa italiana sobre juegos de azar.

3.8.1. *Sobre la obligación de concesión*

El hecho de que el organismo público autorizado para otorgar estas concesiones limite su número podría estar justificado, en opinión del Tribunal Europeo, por un doble objetivo. Primero, para reducir las oportunidades de juego y segundo, para luchar contra la criminalidad al someter a control a los operadores que realizan esta actividad (núm. 52).

En relación con el primer objetivo, las restricciones del número de operadores podrían estar justificadas, aunque deben responder, en todo caso, al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y limitar su ámbito de manera coherente y sistemática (casos Zenatti y Gambelli) (núm. 53). Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación ha declarado que el legislador italiano aplica una política de fuerte expansión de los juegos de azar con fines recaudatorios y no cabe invocar los objetivos de limitación al juego de los consumidores o la reducción de la oferta para justificar esta normativa (núm. 54).

Por lo tanto, entiende el Tribunal de Justicia que el sistema de concesiones de la legislación italiana sobre juego puede ser un mecanismo eficaz para evitar actividades delictivas o fraudulentas, pero debe ser el órgano judicial nacional el que debe determinar si el número total de licencias que se otorgan cumple, en realidad, este objetivo (núm. 57 y 58).

3.8.2. *Sobre el modo de adjudicar las concesiones*

La normativa italiana establece que las concesiones se otorgan mediante licitación a las que no pueden concurrir las sociedades cuyos accionistas individuales no puedan ser identificados en cualquier momento, y, por lo tanto, quedan excluidas las sociedades que cotizan en Bolsa.

El Tribunal Europeo entiende que esta conclusión aunque afecte igualmente a las sociedades italiana que a las establecidas en otros Estados miembros y, por tanto no sea discriminatoria, es contraria al ordenamiento comunitario por cuanto excede de lo necesario para evitar que los operadores de este mercado se vean implicados en actividades delictivas, ya que existen mecanismos menos rígidos para controlar las cuentas y las actividades de dichos operadores y, en consecuencia, menos restrictivos con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (núm. 62).

Por lo tanto, los artículos 43 y 49 del Tratado CE se oponen a la normativa italiana que excluye del sector de los juegos de azar a los operadores bajo forma de sociedades que cotizan en los mercados regulados (núm. 64).

3.8.3. *Sobre la exigencia de una autorización de policía*

La exigencia con carácter general de que los operadores y sus locales estén sometidos a un control inicial mediante una autorización especial de policía y a una vigilancia continuada constituye para el Tribunal una medida proporcionada ya que puede evitar actividades delictivas o fraudulentas (núm. 65).

Sin embargo, en el caso de autos, el Tribunal considera que a los procesados en el juicio principal no puede cersurarseles la falta de esta autorización, ya que para obtenerla es requisito previo el obtener una concesión de la actividad de juegos de azar que no poseían. Si conforme al Derecho comunitario podían beneficiarse de dicha concesión, podrían haber obtenido con posterioridad la autorización de policía, que incluso solicitaron antes de ejercer la actividad (núms. 66 y 67).

3.8.4. *Sobre las sanciones penales*

Si bien, de conformidad con el ordenamiento comunitario, la legislación penal es competencia de los Estados miembros, es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia Europeo (caso Calfa, sentencia de 19 de enero 1998) que dicha legislación no puede restringir las libertades fundamentales del Derecho comunitario (núm. 68). Además, de esta jurisprudencia se deriva que un Estado miembro no puede imponer una sanción penal por no cumplir una formalidad administrativa cuando dicho Estado niegue o haga imposible el cumplimiento de dicha formalidad, infringiendo de este modo el Derecho comunitario (caso Rienks, sentencia de 15 de diciembre 1983).

En el caso que nos ocupa, se produce este supuesto, ya que los imputados como agentes de Stanley, sociedad que cotiza en la Bolsa de Londres, no podían obtener las concesiones y autorizaciones de policía exigidas por la normativa italiana, porque, además, Italia, infringiendo el Derecho comunitario, condiciona la expedición de la autorización de policía a la obtención previa de la concesión para explotar juegos de azar (núm. 70).

Por todo ello, el Tribunal entiende que los artículos 43 y 49 CE se oponen a una normativa nacional que impone una sanción penal a personas por ejercer una actividad de apuestas sin disponer de la oportuna concesión exigida por la norma nacional, cuando tales personas no han podido obtener las citadas concesiones debido a que el Estado miembro en cuestión, con infracción del Derecho comunitario, se ha negado a concederlas.

En definitiva el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones planteadas, declarado:

1. Una normativa nacional que prohíbe las actividades de apuestas sobre acontecimientos deportivos, cuando no dispone de una concesión o una autorización expedida por la autoridades nacionales constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, reconocidos en los artículos 43 CE y 49 CE, respectivamente.

2. Corresponde a los órganos judiciales nacionales comprobar si, al limitarse el número de operadores en el sector de los juegos de azar, la normativa nacional responde, en verdad, al objetivo de evitar actuaciones delictivas o fraudulentas en dicho sector.
3. Los artículos 43 CE y 49 CE se oponen a una normativa nacional que excluye del sector de los juegos de azar a los operadores constituidos como sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa.
4. Los artículos 43 y 49 del Tratado CE deben interpretarse como que se oponen a una normativa nacional que imponen una sanción penal a personas que han ejercido la actividad de apuestas sin disponer de concesión o de autorización de policía que exige la norma nacional, cuando dichas personas no han tenido posibilidad de obtener tales concesiones o autorizaciones, debido a que el Estado miembro en cuestión, infringiendo el Derecho comunitario, se ha negado a concedérselas.

IV. ASUNTOS PENDIENTES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Son varios los asuntos pendientes de sentencia ante el Tribunal de Justicia Europeo en materia de juegos de azar. Entre otros asuntos se encuentran *Markus Stob* y otros, *Nacionale Loterj* (C-525/06) y *Zeturj* (C-212/08). Aquí nos vamos a limitar a comentar uno en concreto, el asunto C-42/07, *Liga Portuguesa de Fútbol Profesional* en el que el Abogado General, Sr. Yves Bot, ha presentado ya sus conclusiones. Este asunto ha despertado el interés general, por ser parte en el procedimiento una entidad con tanto reflejo en los medios de comunicación como es la Liga Profesional de Fútbol Portuguesa y por afectar a un sector tan pujante y con un desarrollo tan espectacular como es el de las apuestas y juegos online o sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas. En definitiva, se espera del Tribunal Europeo consolide su jurisprudencia en defensa del mercado interior, fundado en las cuatro libertades (mercancías, personas, establecimiento y servicios) y en el que como consecuencia de la implantación y desarrollo generalizados de Internet cada vez están menos justificadas las restricciones establecidas en las legislaciones de los Estados miembros a dichas libertades.

4.1. El caso de la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional (Asunto C-42/07)

4.1.1. Planteamiento de la cuestión

El Tribunal de Primera Instancia de lo Criminal de Oporto ha planteado ante el Tribunal de Justicia Europeo, en el seno del litigio que conoce entre la Liga Portuguesa de Fútbol Profesional y Baw Internacional Ltd, más conocida como Bwin, por un lado y la entidad portuguesa, Departamento de Juegos de la Santa Casa de Misericordia de Lisboa, organismo público con varios siglos

de antigüedad y sin ánimo de lucro que tiene el monopolio para organizar y gestionar las loterías y las apuestas en todo el territorio portugués, por otro.

La Liga Portuguesa de Fútbol Profesional es una entidad con personalidad jurídica propia de derecho privado, con estructura asociativa y sin ánimo de lucro, que integra a todos los clubes que participan en los campeonatos de fútbol profesional portugueses. A la Liga le corresponde la explotación comercial de las competiciones deportivas que organiza.

Bwin, por su parte, es una empresa de juegos online con domicilio en Gibraltar. Cuenta con las autorizaciones pertinentes para gestionar este tipo de actividades otorgadas por las autoridades gibraltareñas, pero no tiene ningún establecimiento permanente en Portugal. Todas las apuestas y juegos se realizan online a través de la página web de Bwin. Las apuestas deportivas se refieren fundamentalmente a los resultados de los partidos de fútbol, de rugby, de la Fórmula 1 y de baloncesto de la Liga norteamericana.

Según la legislación portuguesa, el Departamento de Juegos de la Santa Casa de Misericordiosa de Lisboa tiene el derecho exclusivo de organizar y explotar las loterías y las apuestas en todo el territorio nacional que se extiende a todos los medios electrónicos y sistemas interactivos basados en comunicaciones online, incluidos Internet. La normativa establece además sanciones administrativas para quienes organicen este tipo de juegos vulnerando la exclusividad.

Bwin y la Liga Portuguesa de Fútbol suscribieron un contrato de patrocinio para las temporadas 2005/06 a 2009/10 por el cual Bwin asumía el patrocinio de la Liga portuguesa de la Primera división de fútbol y estaba autorizada para: primero, exhibir la publicidad de su marca en las camisetas de los jugadores de los equipos que participaban en dicha Liga y segundo, realizar apuestas online a través de su sitio web sobre los resultados de los partidos de Liga y partidos extranjeros, así como otros juegos de lotería en los que los participantes pronostican los resultados.

La Santa Casa de Misericordia impuso a la Liga y a Bwin multas de 75.000 y 74.500 euros, respectivamente, por patrocinar y organizar apuestas online, vulnerando la legislación nacional. Ambas entidades recurrieron estas sanciones invocando las normas y la jurisprudencia comunitarias ante el Tribunal de Primera Instancia de lo Criminal de Oporto que acordó plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia Europeo.

Se plantea esencialmente la cuestión de si el régimen de exclusividad de lotería de la Santa Casa de Misericordia constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, a la libertad de establecimiento y a la libertad de pagos, recogidas en los artículos 49, 43 y 56 CE, teniendo en cuenta que Bwin, que es quien realiza esta actividad, se encuentra domiciliada en otro Estado miembro y no cuenta con establecimientos permanentes en Portugal.

Se desea conocer el criterio del Tribunal sobre si el Derecho comunitario y en particular las mencionadas libertades contravienen la legislación portuguesa que consagra un régimen de exclusividad a favor de una entidad pública para la explotación de loterías y apuestas a través de cualquier medio incluyendo Internet y que se extiende a todo el territorio nacional.

Como hemos señalado este asunto está pendiente de fallo del Tribunal Europeo. El Abogado General, Sr. Yves Bor, ha presentado sus conclusiones el 14 de octubre de 2008 que contienen una serie de particularidades que conviene analizar.

Hay que hacer la salvedad que el Abogado General actúa en el procedimiento de forma absolutamente independiente e imparcial y que sus conclusiones no vinculan ni condicionan, en absoluto, la decisión del Tribunal de Justicia.

Entiende el Abogado General que la compatibilidad de la normativa nacional en este caso con el Derecho comunitario debe analizarse desde una doble perspectiva.

Primera, en la medida que se otorga a un organismo público portugués la exclusividad de las loterías y las apuestas online e impide a cualquier otro prestador realizar esta actividad, la normativa portuguesa podría ampararse en la Directiva 98/34 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas sobre los servicios de la sociedad de la información.

Segundo, en la medida que prohíbe la publicidad de loterías y apuestas, la normativa portuguesa se encontraría comprendida en el ámbito del artículo 49 del Tratado CE.

El Abogado General analiza separadamente estas dos cuestiones.

4.1.2. *Aplicación de la Directiva 98/34*

Su artículo 1 apartados 2 y 11 establecen:

“2. “servicio” todo servicio de la sociedad de información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”

11. “reglamento técnico”: las especificaciones técnicas u otros requisitos o las reglas relativas a los servicios, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación y cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto, para la comercialización, protección de servicios o establecimiento de un operador de servicios o la utilización en un Estado miembro o en gran parte del mismo, así como a reserva de las contempladas en el artículo 10, *las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíben la fabricación, importación, comercialización o utilización de un producto o que prohíben el suministro o utilización de un servicio o el establecimiento como prestador de servicios*”.

Como puede comprobarse en este artículo 1 se recogen las definiciones de los conceptos fundamentales de la Directiva.

El artículo 2 se refiere a la obligación de informar a la Comisión Europea de los nuevos ámbitos en relación con los que los organismos nacionales de normalización en el caso de Portugal, el Instituto Portugués de Calidad (en Es-

paña AENOR), hayan acordado establecer normas o modificarlas, salvo si se trata de una transcripción idéntica o equivalente de una norma internacional o europea.

El artículo 8 de esta Directiva establece:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, los Estados miembros comunicarán inmediatamente a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico, salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastará una simple información referente a dicha norma, igualmente los Estados miembros dirigirán a la Comisión una notificación referente a las razones por las cuales es necesaria la adopción de tal reglamento técnico, a menos que dichas razones se deduzcan ya del proyecto”

Por su parte el artículo 9.1 dispone:

“Los Estados miembros aplazaran 3 meses, a partir de la fecha de recepción por parte de la Comisión de la comunicación mencionada en el apartado 1 del artículo 8, la adopción de un proyecto de reglamento técnico”

Pues bien, en este procedimiento prejudicial la Comisión ha sostenido que la normativa portuguesa que analizamos al extenderse a la organización de loterías por todos los medios electrónicos, incluyendo Internet, constituye un “reglamento técnico”. Este criterio es compartido por los demandantes en el juicio principal, la Liga y Bwin.

Por otro lado, el Gobierno portugués, parte en este procedimiento prejudicial, es de la opinión contraria. Primero, el juez remitente no ha planteado ninguna cuestión sobre esta Directiva 98/34 y, segundo, porque los juegos de azar están excluidos de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico y de la Directiva 2006/123 de servicios en el mercado interior.

El Abogado General no comparte el criterio del Gobierno portugués por cuanto que, de acuerdo con su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia puede interpretar las disposiciones de una Directiva —en este caso la Directiva 98/34— aunque el tribunal nacional que plantea la cuestión prejudicial no lo haya solicitado (aps. 157, 158 y 159 de las conclusiones).

A este respecto cita la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 7 de noviembre de 2002 en los casos Bourrasse y Perchico (C-228/01 y C-289/01, Rec 2001 I-10213)

En opinión del Abogado General, la normativa portuguesa que analizamos se encuentra en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/34 y más en concreto, en los conceptos “servicio” y “reglamento técnico”.

Por lo que se refiere al concepto “servicio” la actividad que ejerce Bwin de realizar apuestas vía Internet encaja en la definición de “servicio” contenida en el artículo 1 apartado 2 de la Directiva 98/34 que hemos reproducido, ya que se trata de un servicio prestado a cambio de una remuneración, a distancia,

por una vía electrónica y a petición del destinatario. Igualmente, la actividad de Bwin se encuadra en el concepto de servicio previsto en artículo 50 CE, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal, como se recoge en pone de manifiesto la propia Directiva 98/34 en su considerado 19.

También es criterio del Abogado General que el concepto de “reglamento técnico” definido en el apartado 11 de artículo 1 de la Directiva 98/34 es de aplicación a la normativa portuguesa que estamos analizando al prohibir libremente la actividad de apuestas online.

En efecto, el Abogado General señala que “este concepto (reglamento técnico), tras la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 98/34 a los servicios de la sociedad de la información no se limita a las especificaciones que definen las características de los productos, como sucedía con la Directiva 83/189/CEE.

Por lo tanto, la normativa portuguesa que atribuye a la Santa Casa de Misericordia el derecho exclusivo para organizar y explotar apuestas por Internet en todo el territorio nacional, imponiendo sanciones administrativas contra cualquier operador que actúe vulnerando esta exclusividad, produce la consecuencia de prohibir que un operador de juegos por Internet realice estos servicios, por lo que la mencionada normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del apartado 11 del artículo 1 de la Directiva 98/34 sobre “reglamento técnico” (aps. 165, 166 y 167 de las conclusiones).

Como hemos visto, la Directiva 98/34 incorpora un sistema de notificaciones obligatorio de los Estado miembros a la Comisión de los proyectos de normativas nacionales que se pretendan adoptar incluidos los “reglamentos técnicos”.

Como explica muy didácticamente el Abogado General en sus conclusiones, este sistema de notificación no prejuzga la normativa nacional y menos aún que esta sea contraria al Derecho Comunitario (ap. 169 de las conclusiones). Su objeto es que la Comisión y los demás Estados miembros conozcan el proyecto de normativa, la examinen y que, en el caso de contener alguna restricción a la libre prestación de servicios, se introduzcan las modificaciones pertinentes para evitarlas. Se produce así, una armonización de las normativas nacionales, al efecto de crear y consolidar el mercado común europeo en el que circulan libremente mercancías y servicios.

De lo anterior se deduce, según el Abogado General, que “La Directiva 98/34 sólo será verdaderamente eficaz si todos los reglamentos técnicos de los Estados miembros son notificados (y así lo ha establecido el Tribunal en su sentencia en el caso CIA Security Internacional) incluyendo los juegos de azar, ya que estos juegos constituyen una actividad económica y se rigen por la libertad de establecimiento y por la libre prestación de servicios (ap. 173 de las conclusiones).

Esta interpretación estaría en consonancia con la jurisprudencia de 26 de octubre de 2006, caso Comisión/ Grecia en la que se consideró “reglamento técnico” del artículo 1 apartado 11 de la Directiva 98/34, la ley griega que prohibía la utilización de juegos en los ordenadores que se encontraran en empresas proveedoras de servicios en Internet.

En consecuencia, el Abogado General propone al Tribunal que responda al órgano judicial portugués que el artículo 1, apartado 11 de la Directiva 98/34 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional en cuya virtud el derecho exclusivo de organizar y explotar loterías y apuestas en todo el territorio estatal comprendiendo todos los medios de comunicación electrónicos, incluyendo Internet, constituye un reglamento técnico en el sentido de dicha Directiva (ap. 177 de las conclusiones).

Acto seguido, el Abogado General examina las consecuencias de la falta de notificación de la normativa portuguesa.

Como hemos señalado en páginas anteriores, el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 98/34 obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión todo proyecto de “reglamento técnico”, debiendo aplazar la aprobación de dicho proyecto durante un periodo de 3 meses desde su notificación a la Comisión (art. 9).

En las presentes actuaciones la normativa nacional no fue notificada a la Comisión y así fue reconocido por el Gobierno portugués.

Es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que las disposiciones de una directiva tienen aplicabilidad directa en un Estado miembro y pueden ser invocadas por los particulares antes los tribunales, si dicho Estado no hubiera cumplido en tiempo y forma las disposiciones contenidas en aquella, y las mismas tienen un carácter incondicional y son suficientemente precisas. En concreto, en la sentencia *CIA Security International* antes citada, el Tribunal de Justicia entendió que las obligaciones de notificación y aplazamiento de los artículos 8 y 9 de la Directiva 98/34 son incondicionales y suficientemente precisos para poder ser invocadas por los particulares ante los tribunales nacionales.

En consecuencia, *Bwin*, sociedad legal constituida en territorio comunitario así como la *Liga* pueden ampararse en tales disposiciones e invocar su aplicación ante los tribunales portugueses que, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento nacional, como ha establecido una reiterada doctrina del Tribunal de Justicia, tendría la obligación de aplicar las disposiciones de la Directiva en lugar del derecho nacional (aps. 187, 188, 189 y 190 de las conclusiones).

A este respecto, el Abogado General hace unas interesantes consideraciones sobre los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia en los procedimientos prejudiciales respecto del tribunal nacional remitente (aps. 193 y siguientes de las conclusiones).

Entiende el Abogado General que las alegaciones de algunos Estados miembros en este procedimiento no se ajustan a Derecho, pues entienden que la interpretación de una Directiva en un procedimiento prejudicial no vincula al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión.

El Abogado General es de la opinión contraria. Considera que las sentencias prejudiciales tienen “carácter vinculante para el órgano judicial remitente incluso cuando el Tribunal de Justicia se pronuncia acerca de una norma de Derecho comunitario a la que no hace alusión la cuestión prejudicial planteada por este órgano jurisdiccional”. (Ap. 194 de las conclusiones). Y ello es así

porque, en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal tiene establecido que el derecho de los Tratados y su derecho derivado prevalece sobre las normas nacionales de contrario imperio, con independencia de su naturaleza y, siempre y cuando, que las disposiciones comunitarias tengan por objeto la creación de derechos a favor de los particulares (sentencias en los casos Van Genel & Loos y Costa/ENEL).

Además, los Estados miembros al incorporarse a la Unión Europea y asumir como propio el Derecho comunitario, tanto el primario como el secundario o derivado, se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación efectiva de dicho Derecho y esta obligación se impone también a sus autoridades judiciales, por lo que los tribunales nacionales están obligados a garantizar la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

“El juez nacional —dice el Abogado General— debe, en particular, dejar inaplicadas, por su propia iniciativa, cualquiera de las disposiciones de su legislación nacional contrarias a una norma comunitaria directamente aplicable, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de esta legislación en su ordenamiento interno. Si la norma comunitaria no es directamente aplicable, está obligado a interpretar el Derecho nacional en su conjunto haciendo todo lo posible para alcanzar el resultado perseguido por esta norma, de conformidad con la exigencia de interpretación conforme” (sentencias citadas de 5 de octubre 2004, caso Pfeiffer y otros y de 24 de junio de 2008, caso Comune de Mesquer) (ap. 89 de las conclusiones).

Por lo tanto, el juez nacional tiene encomendada la misión de garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario.

Se refiere, a continuación el Abogado General a la actuación del juez nacional en el supuesto de que las partes en el litigio no hayan invocado la norma de Derecho comunitario aplicable.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se producen dos supuestos distintos: primero, el órgano judicial nacional estará obligado a examinar de oficio la norma de Derecho comunitario aplicable cuando, en virtud del Derecho nacional, tiene la obligación o facultad para hacerlo en relación con una norma de carácter imperativo de su Derecho interno (sentencia de 12 de febrero de 2008 en el caso Kempster). Segundo, el órgano judicial nacional no estará obligado a hacerlo en el caso que su Derecho interno no establezca esta obligación o facultad y las partes hayan tenido la oportunidad de alegar este motivo durante el procedimiento (sentencia de 7 de junio de 2007, caso Van der Weerd y otros). Tampoco será obligatorio el examen de oficio por el juez nacional cuando el examen del motivo en que se funda la infracción del Derecho comunitario obligaría a dicho juez a excederse de los límites del litigio, tal y como ha quedado delimitado por las partes (sentencia de 12 de febrero 2008, caso Kempster, citada).

Estos límites por el contrario, no son aplicables al Tribunal de Justicia en el procedimiento prejudicial, en base a la función que tiene encomendada de garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario.

Después de sentar esta importante doctrina jurídica, el Abogado General afirma su convicción sobre el carácter vinculante para los órganos judiciales nacionales de las sentencias del Tribunal Europeo en los procedimientos prejudiciales, ya que estos tienen como finalidad, precisamente, garantizar una interpretación uniforme del Derecho comunitario por parte de dichos órganos y, así también lo tiene establecido la propia jurisprudencia del Tribunal (sentencia de 3 de febrero de 1977, caso *Benedetti*) cuando señala que los fallos pronunciados con carácter prejudicial vinculan al juez nacional en cuanto a la interpretación de las disposiciones de los actos comunitarios en cuestión (ap. 204 de las conclusiones).

En definitiva, el carácter vinculante de las sentencias prejudiciales constituye el corolario de la obligación de los órganos judiciales nacionales de garantizar la aplicación del Derecho comunitario. Aplicando la doctrina sustentada por el Abogado General al caso que nos ocupa habría que concluir que la sentencia que en su día dicte el Tribunal de Justicia estableciendo la aplicabilidad de las normas contenidas en la Directiva 98/34 y su primacía sobre las disposiciones nacionales relativas a la regulación del juego de azar online tiene carácter vinculante para el órgano judicial nacional remitente, aún cuando este órgano no se hubiera referido a las normas de la Directiva al plantear la cuestión prejudicial.

4.1.3. *La libre prestación de servicios de los juegos de azar*

Las consideraciones que el Abogado General aporta en su escrito de conclusiones finalizan con un examen sobre la libertad de prestación de servicios aplicable a la normativa portuguesa sobre los juegos de apuesta.

Ciertamente, la compatibilidad o no de la normativa portuguesa con el ordenamiento jurídico comunitario se circunscribe a las disposiciones sobre libre prestación de servicios, ya que nos encontramos con que a un operador, Bwin, establecido en territorio de otro Estado miembro, Gibraltar, se le impide ejercer la actividad de apuestas por Internet en Portugal.

Parece evidente que la normativa portuguesa contiene una restricción en el sentido del artículo 49 CE a esta libertad, por cuanto prohíbe a un operador de apuestas online establecido en un Estado miembro que no es Portugal, operar en este país ofreciendo a sus residentes dichos juegos de apuestas por Internet.

Como se ha analizado en otras sentencias del Tribunal de Justicia, la cuestión fundamental está en determinar si tal restricción se encuentra justificada, de acuerdo con las disposiciones del Derecho comunitario.

La visión sobre este punto de los demandantes, la Liga y Bwin y el demandado, la Administración portuguesa, podemos resumirla como sigue.

Para la Liga y Bwin la restricción consistente en otorgar un derecho exclusivo a la Santa Casa de Misericordia para explotar y gestionar las loterías y apuestas en territorio portugués, cerrando este mercado de juegos online a cualquier otro operador constituye “el ataque más grave a la libre prestación de servicios, por lo que dicha restricción no está justificada”.

La Liga y Bwin entienden que con este derecho exclusivo a la Santa Casa de la Misericordia, Portugal no aplica una política de limitación de juego coherente, tal y como exige la jurisprudencia. En la práctica, con la exclusividad se pretende aumentar la recaudación, como lo prueba el importante aumento que los juegos de azar han tenido en Portugal, gracias a una publicidad muy agresiva. Además, sostienen que los objetivos de la normativa portuguesa sobre juegos de azar, podría alcanzarse con medidas menos restrictivas, como la apertura de este mercado a un número limitado de operadores privados sometidos a estrictas normas de conducta y vigilancia, subrayando que la legislación de Gibraltar a la que está sometida Bwin es de las más estrictas de Europa. Bwin es pionera en la elaboración de normas destinadas a garantizar el juego responsable para proteger a los consumidores y cuenta con procedimientos internos para luchar contra el blanqueo de dinero.

Por otra parte, el Gobierno portugués alega que el régimen de exclusividad otorgado a la Santa Casa de Misericordia es una legítima manifestación de la facultad de apreciación del propio Estado para regular adecuadamente el sector de los juegos de azar. Este derecho exclusivo obedece, en efecto, a la voluntad de Portugal de regular las prácticas del juego de azar para limitar los riesgos sociales aparejados a esta actividad y destinar sus beneficios a causas de interés social. La extensión de la exclusividad a los juegos por Internet aparece, pues, como una medida necesaria y adecuada para proteger estos juegos online de forma segura y controlada. Finalmente, manifiesta que el monopolio de la Santa Casa de Misericordia sobre los juegos de azar es conforme al Derecho comunitario ya que es una medida proporcionada y no discriminatoria.

La opinión del Abogado General en su escrito de conclusiones sobre esta restricción a la libre prestación de servicios de juego online se estructura en cinco puntos:

El *primero* examina el alcance de la facultad de los Estados miembros para regular los juegos de azar.

En opinión del Abogado General, ante la falta de normas comunitarias para regular esta actividad, la regulación de los juegos de azar es competencia de los Estados miembros que deberá respetar las normas europeas sobre libre prestación de servicios (ap. 243 de las conclusiones). Considera, además que el Derecho comunitario no tiene como objetivo someter a los juegos de azar a las leyes del mercado ni de la libre competencia.

Lo prueba, en su opinión, el hecho que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia haya reconocido reiteradamente las amplias facultades de apreciación de los Estados miembros para delimitar el grado de protección de los consumidores y del orden público, así como la organización del sector de los juegos de azar y el destino de los ingresos derivados del juego. Incluso un Estado miembro puede prohibir en su territorio la práctica del juego (sentencia Schindler ya analizada).

Las dificultades para apreciar la conformidad de las legislaciones nacionales con el Derecho comunitario surgen, principalmente, cuando los Estados

miembros establecen un derecho de exclusividad a favor de una entidad — normalmente de derecho público— o la atribuyen a un número limitado de operadores excluyendo a los demás.

Para los jueces nacionales el problema radica, pues, en determinar el límite a partir de cual ya no está justificado el derecho exclusivo o limitado para proteger el orden público y a los consumidores contra las prácticas abusivas de los juegos de azar. Los jueces nacionales deben, por tanto, determinar si las medidas restrictivas previstas en las normativas internas que regulan estos juegos son idóneas para alcanzar sus objetivos de protección y proporcionalidad.

En consecuencia, el Abogado General entiende que el Derecho comunitario sólo puede establecer como limitación a la competencia de los Estados miembros para regular los juegos de azar, la prohibición de que se desvirtúe la finalidad de las medidas restrictivas para obtener el máximo beneficio económico.

Por tanto, el control sobre las restricciones del orden público y de los consumidores en esta actividad debe circunscribirse únicamente en comprobar que los Estados miembros no han excedido de forma manifiesta su margen de apreciación, dentro del contexto en que tales restricciones fueron establecidas.

En punto *segundo* examina en qué medida las restricciones para proteger el orden público y a los consumidores afectan a la libre prestación de apuestas por Internet.

El criterio del Abogado General es que los juegos de azar por Internet pueden generar riesgos para el orden público y los consumidores.

De estos riesgos, el Abogado General justifica que un Estado miembro adopte los medios necesarios para controlar este tipo de juegos con el objetivo de proteger el orden público y a los consumidores.

El punto *tercero* que analiza el Abogado General se refiere a la adecuación de la legislación portuguesa sobre el juego online para alcanzar los objetivos de protección del orden público y de los consumidores.

Para valorar si existe una correcta adecuación, se deben cumplir, en opinión del Abogado General, dos condiciones. Por una parte, que el Estado dirija y controle de modo efectivo la actividad de la entidad pública que monopoliza los juegos online (en el caso portugués, la Santa Casa de Misericordia) y por otro lado, que el Estado no desvíe dicha entidad de los objetivos (protección del orden público y de los consumidores) para obtener el máximo de beneficios.

La apreciación de estas dos condiciones corresponde al juez nacional que conoce del caso principal.

Ambas condiciones se cumplen según el criterio del Abogado General en el caso de la normativa portuguesa reguladora de los juegos online.

Respecto de la primera condición porque, conforme a esta normativa los miembros del consejo rector de, la Santa Casa de Misericordia son nombrados por el Gobierno a quien corresponde mediante decreto-ley, la creación y organización de los juegos, su distribución y, en fin, todas las medidas de explotación de la actividad. Además, la normativa portuguesa prevé numerosas garantías para que los juegos se desarrollen con limpieza, estableciendo los controles oportunos. Por último, contempla la creación de un Consejo de juegos, ór-

gano consultivo, que emite dictámenes e informes para la práctica de un juego responsable que pueden tenerse en cuenta para la introducción de las modificaciones de la normativa sobre el juego.

En relación con la segunda cuestión, también corresponde al órgano judicial nacional determinar si la normativa sobre juegos online se aplica para alcanzar los fines de interés general que persigue y no se desvía buscando la obtención del máximo beneficio.

El Abogado General considera que también se cumple este segundo requisito.

Este cumplimiento se produce, en primer término, porque la Santa Casa de Misericordia, que recordemos explota y gestiona los juegos y las apuestas online, no ha ampliado la oferta de estos juegos en relación con los que ya ofrecía por los medios tradicionales. Es decir, no se ha creado nuevos juegos online.

Aún admitiendo que se hubiera ampliado esta oferta de juegos y apuestas online, como alegan los demandantes en el procedimiento principal, el Abogado General considera que esta medida no supone una desviación de los objetivos de interés general, sino la constatación de que los juegos por Internet se han convertido en una realidad incuestionable. Es más, puede ser un medio para prevenir la explotación ilegal del juego y aumentar los beneficios que se destinan a causas de interés social (aps. 294 y 295 de las conclusiones).

Por otro lado, la condición de que la restricción a la explotación de los juegos online se aplique mediante una política coherente y sistemática, debe apreciarse, en opinión del Abogado General, en el contexto del mercado del juego en Portugal. Corresponde al juez nacional apreciar esta circunstancia y comprobar si existen excesos en la explotación de este monopolio. Esta tesis estaría en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de julio de 2004 Comisión/ Francia en la que se establece que es competencia de los Estados miembros determinar en que nivel pretenden asegurar la protección de la salud pública y de los medios para alcanzar dicho nivel de protección.

El *cuarto* punto examinado por el Abogado General se refiere a la proporcionalidad de la legislación portuguesa sobre el juego y apuestas para garantizar los objetivos de protección del orden público y de los consumidores.

El Abogado General opina que un Estado miembro puede legítimamente garantizar eficazmente la limpieza del juego mediante la concesión de un derecho exclusivo a una entidad de derecho público que ejerce la actividad bajo su control.

Finalmente, el Abogado General analiza el posible carácter discriminatorio de la legislación portuguesa en la medida que establece el derecho exclusivo de la Santa Casa de Misericordia para gestionar la actividad del juego. Tampoco entiende, en este caso, que exista discriminación ya que la prohibición para ejercer esta actividad se extiende a toda persona con independencia de su nacionalidad.

A la vista de este conjunto de consideraciones el Abogado General propone al Tribunal de Justicia las siguientes conclusiones:

- El artículo 1, apartado 11 de la Directiva 98/34 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas

sobre los servicios de la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que una normativa de un Estado miembro en cuya virtud el derecho exclusivo de organizar y explotar loterías y apuestas en todo el territorio nacional y queda extendido a todos los medios electrónicos de comunicación, en particular, a Internet, constituye un “reglamento técnico” en el sentido de esta disposición.

- Si tal normativa no ha sido notificada con arreglo a lo dispuesto en dicha Directiva 98/34, no puede invocarse frente a los particulares. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si dicha normativa ha sido notificada o no.
- Una sentencia prejudicial vincula al órgano jurisdiccional remitente incluso en la parte que se refiera a una norma de Derecho comunitario a la que este no se haya aludido en su cuestión.
- El artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual el derecho exclusivo de organizar y explotar loterías y apuestas mutuas en todo el territorio de ese Estado conferido a una única entidad controlada por él y sin ánimo de lucro y, se extiende a todos los medios electrónicos de comunicación, en particular a Internet, si esta normativa está justificada por razones imperiosas de interés general, es adecuada para garantizar la realización de los objetivos perseguidos, no va más allá de lo necesario para lograr estos objetivos y se aplica de modo no discriminatorio.
- Incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar que se cumpla estos requisitos.
- A la vista de los riesgos generados por los juegos de azar y de dinero en Internet, un Estado miembro puede legítimamente restringir el derecho de organizar y explotar tales juegos con el fin de proteger a los consumidores y el orden público.
- Tal normativa es adecuada para alcanzar estos objetivos, si permite al Estado miembro dirigir y controlar efectivamente la organización y la explotación de estos juegos y si, en la aplicación práctica de esta normativa, el Estado miembro no ha excedido manifiestamente su margen de apreciación.
- La concesión de un derecho exclusivo a una sola entidad controlada por el Estado miembro y que no tiene ánimo de lucro puede constituir una medida proporcionada para la consecución de tales objetivos.
- Una normativa de estas características, como tal no es discriminatoria.

4.1.3.1. Casos acumulados C-358/07, 359/07, 360/37, 409/07 y 410/07. Kolpa y otros

Los casos C-358/07, 359/07, 360/37, 409/07 y 410/07 fueron acumulados por Auto del Tribunal de 15 de octubre de 2007. Todos ellos tienen por objeto una demanda de decisión prejudicial.

Los tres primeros — C-358/97, C-359/97 y C-360/07— se plantean por el Verwaltungsgerichts de Stuttgart (Alemania) que solicita del Tribunal de Justicia una contestación a las dos siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que se oponen a un monopolio nacional sobre determinados juegos de azar, por ejemplo, las apuestas deportivas y loterías, si en el Estado miembro de que se trate falta completamente una política coherente y sistemática para la limitación de los juegos de azar, los organizadores nacionales con licencia animan a participar en otros juegos de azar, como apuestas deportivas estatales y loterías y hacen publicidad de ellos, y además los operadores privados pueden prestar servicios de juego con idéntico o incluso con mayor riesgo de adicción como las apuestas sobre determinados acontecimientos deportivos (carreras de caballos) los juegos en máquinas recreativas y de azar, así como los juegos en casinos?
2. ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que las autorizaciones expedidas por las autoridades estatales competentes de los Estados miembros para organizar apuestas deportivas, que no están limitadas al territorio nacional que se trate, facultan al titular del permiso, así como a terceros mandatarios, para poner en conocimiento del público y ejecutar en el ámbito de los demás Estados miembros ofertas para celebrar contratos sin necesidad de otra autorización nacional?

En los casos C-409/07 y C-401/07 el Verwaltungsgericht de Gießen (Alemania) plantea dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia casi idénticas a las anteriores.

En este procedimiento no se ha celebrado todavía vista oral y, por tanto, el Abogado General no ha emitido su escrito de conclusiones.

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido la existencia de derechos exclusivos en la actividad de los juegos de azar y las apuestas a entidades de derecho público sin ánimo de lucro. Tal es el caso, por ejemplo de la sentencia de 21 de septiembre de 1999 en el caso *Läära* ya examinada en el que si bien el Tribunal de Justicia considera un obstáculo a la libre prestación de servicios el hecho de que una legislación nacional otorgue a un único organismo público derechos exclusivos de explotación de máquinas tragaperras, impidiendo a otros operadores realizar esta actividad, entiende, no obstante el Tribunal, que dicho obstáculo puede estar justificado por motivos de orden social o de defensa de los consumidores, siempre que no implique discriminación por razón de la nacionalidad. Es decir, que esta prohibición afecte, de igual modo, a los operadores de juegos de azar y apuestas nacionales y de otros Estados miembros.

4.1.3.2. Caso C-525/06

En este asunto el Rechtbank Van Koophan del Hasselt (Bélgica) plantea al Tribunal de Justicia Europeo distintas cuestiones prejudiciales en términos muy similares a los anteriores.

Las cuestiones prejudiciales son las siguientes:

1. ¿Debe interpretarse el artículo 49 CE en el sentido de que disposiciones nacionales restrictivas, que obstaculizan a una empresa el acceso al mercado de vender con beneficio boletos de participación conjunta en Euromillón, están admitidas si tienen en cuenta el interés general (prevención de gastos excesivos en juego) sabiendo que:
 - a) La Lotería Nacional belga, que ha obtenido del Estado un monopolio legal por el que paga un canon y que tiene por finalidad canalizar el deseo de jugar innato al hombre, hace publicidad regularmente para participar en el Euromillón, con el resultado de que, en realidad, se aviva la afición al juego.
 - b) La publicidad realizada regularmente por la Lotería Nacional y sus métodos de venta producen un efecto de ampliación del mercado, de forma que dicho organismo se rige por la maximización del volumen de negocio (motivación financiera) en lugar de guiarse por canalizar el deseo a jugar.
 - c) Medidas menos restrictivas, tales como la limitación de las posibilidades de apuestas y obtención de ganancias, puede encauzar mejor el objetivo perseguido de canalizar este deseo al juego.
2. Una medida nacional restrictiva que impide a una empresa el acceso al mercado al objeto de vender con beneficio boletos de participación en el Euromillón ¿es contraria a la libre prestación de servicios (art. 49 CE) sabiendo que la demandada en el juicio principal no organiza ninguna lotería, que únicamente pretende organizar de forma lucrativa la participación en grupo en el Euromillón, mediante boletos de participación propios de la Lotería Nacional?

En la jurisprudencia analizada hemos comprobado como los Estados miembros cuentan con amplias competencias para regular la actividad de los juegos de azar y de las loterías no sólo para establecer el grado de protección de los consumidores (lucha contra la ludopatía) sino también en relación con las modalidades de organización de dichos juegos de azar.

Los Estados miembros, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pueden no sólo limitar sino prohibir en su territorio la práctica de un juego determinado (sentencia Schindler), restringir la oferta de juegos y su regulación para canalizar el deseo de juego de los ciudadanos y garantizar otros

principios como el orden público. La cuestión esencial se encuentra en valorar si estas restricciones están justificadas de acuerdo con el Derecho comunitario, son proporcionadas con los objetivos que persiguen y no son discriminatorias.

4.1.3.3. Caso C-212/08

También en este asunto, el tribunal nacional plantea ante el Tribunal de Justicia Europeo un procedimiento prejudicial. En el caso C-212/08, el Consejo de Estado francés plantea las dos cuestiones siguientes:

- 1) ¿Los artículos 49 CE y 50 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece un régimen de exclusividad de las apuestas hípcas fuera de los hipódromos a favor de un único operador sin ánimo de lucro, si bien parece apropiada para garantizar el objetivo de combatir la delincuencia y proteger de esta forma el orden público, de forma más eficaz que otras medidas menos restrictivas, va acompañada, para neutralizar el riesgo de que aparezcan circuitos de juego no autorizados y orientar a los jugadores hacia la oferta legal, de una política comercial dinámica del operador que no alcanza por completo, en consecuencia, el objetivo de reducir las oportunidades de juego?
- 2) Para determinar si una normativa nacional como la actualmente vigente en Francia, la cual establece un régimen de exclusividad de gestión de las apuestas mutuas fuera de hipódromos a favor de un operador único sin ánimo de lucro, contraviene los artículos 49 CE y 50 CE ¿procede analizar la vulneración de la libre prestación de servicios desde el único punto de vista de las restricciones impuestas a la oferta de apuestas hípcas online o procede tomar en consideración el conjunto del sector de las apuestas hípcas con independencia de la forma según la cual se ofertan y resultan accesibles a los jugadores?

Al igual que ocurre en las cuestiones planteadas ante el Tribunal de Justicia Europeo en la mayoría de las sentencias que hemos examinado, en este caso también nos encontramos ante las grandes cuestiones que, en el ámbito del Derecho comunitario, plantea la libre prestación de servicios en materia de juegos de azar y apuestas, a saber la explotación y gestión de esta actividad por un único operador que detenta un derecho exclusivo y valorar como la defensa del orden público y de los consumidores justifican medidas de carácter tan restrictivo para el ejercicio de esta actividad económica.

V. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Como acabamos de comprobar, la actividad de juegos de azar, loterías y apuestas en sus múltiples variedades y por distintos medios tanto offline como online, han sido objeto de una abundante jurisprudencia del Tribunal de Jus-

ticia. Las normativas de los Estados miembros en esta materia se ha sometido al Tribunal Europeo a través del procedimiento prejudicial para determinar si dichas normativas se adecuan a la interpretación del Derecho comunitario. A continuación exponemos algunas conclusiones:

- En primer lugar, los juegos de azar constituyen en el ámbito europeo, una actividad económica, de acuerdo con el artículo 2 CE. Así lo estableció el Tribunal en su sentencia de 24 de marzo de 1994, caso Schindler en el que en su apartado 19 dice:

“19 Como algunos Gobiernos mantienen que las loterías no son actividades económicas con arreglo al Tratado, procede destacar que una importación de mercancías o una prestación de servicios remunerada (véanse, sobre este último extremo, las sentencias de 14 de julio de 1976, Doña, 13/76, Rec, p/1333, apartado 2 y de 5 de octubre de 1988, Steymann 196/87, Re, p. 6159 ap. 10) deben considerarse “actividades económicas” con arreglo al Tratado.

- En segundo término, los juegos de azar no están comprendidos en el ámbito de las actividades sobre mercancías, sino en la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. En el caso Schindler (apartados 24 y 25) el Tribunal así lo establece y lo reitera, entre otros, en el caso Läärä (ap. 20) caso Anomar (ap. 52) caso Zenatti (ap. 24) y el caso Lindman (ap. 19).
- Tercero, el Tribunal ha reconocido que la prohibición a que operadores tanto nacionales como de otros Estados miembros organicen y gestionen la actividad de juegos de azar o que la misma se atribuya mediante un derecho exclusivo a un organismo de carácter público o privado constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios. Así se reconoce en el caso Schindler (ap. 45), caso Zenatti (ap. 27) caso Anomar (ap. 75) caso Läärä (ap. 29) Gambelli (ap. 54) caso Lindman (ap. 20) y caso Placanica (ap. 42).
- Cuarto, el Tribunal de Justicia tiene también establecido que las actividades de juego de azar tienen una naturaleza especial que las diferencia de otras puramente mercantiles. Así se destaca en la sentencia del caso Shindler sobre consideraciones de orden moral, religioso o cultural que rodean a las loterías como a los demás juegos (ap. 60) que se reitera en las sentencias en el caso Läärä (ap. 13) caso Zenatti (ap. 14) y Gambelli (ap. 63) entre otros.
- Quinto, precisamente por el carácter específico de la actividad de los juegos de azar, el Tribunal de Justicia admite que las legislaciones de los Estados miembros puedan establecer determinadas restricciones a su ejercicio, fundadas en la protección de los consumidores y del orden público. La sentencia en el caso Schindler así lo justifica (aps. 59 a 63) caso Zenatti (ap. 31) Anomar (ap. 75) caso Läärä (ap. 33) caso Gambelli (apartado 63 y siguientes) y caso Placanica (ap. 46 y siguientes).

- Sexto, si bien los Estados miembros son libres para aprobar su normativa nacional en materia de juegos de azar deben definir con precisión las restricciones que imponen para salvaguardar la defensa del orden público y de los consumidores, ya que deben cumplir con los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La sentencia en el caso *Placanica* así lo establece expresamente en su apartado 48.

Con carácter general, las restricciones a la libre prestación de servicios en materia de juegos de azar deben cumplir tres características: no aplicarse de forma discriminada entre operadores nacionales y de otros Estados miembros, estar justificadas para garantizar el objetivo de preservar la protección del orden público y de los consumidores que persiguen y, por último, no excederse del límite necesario para alcanzar este objetivo.

Podemos citar la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Gambelli* cuyo apartado 65 establece de forma clara y precisa estos requisitos:

“64. En todo caso, para estar justificadas las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse, en especial, las sentencias 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, Rec 1992 p. I 1663, ap. 32 y de 30 de noviembre de 1995, *Gebnard* C-55/95, Rec 1995, p. I-41/65 apartado 37)

65. En efecto, según dicha jurisprudencia, dichas restricciones deben estar justificadas por razones imperiosas de interés general, deber ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En todo caso deben aplicarse de modo no discriminatorio”.

Finalmente hay que subrayar que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar en cada caso la adecuación de las normativas internas sobre el juego al Derecho comunitario, y sobre todo, garantizar los derechos reconocidos en este ordenamiento, entre ellos la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en las sentencias de 4 de octubre 2004, caso *Pleiffer* y otros, y de 24 de junio de 2008, caso *Commune des Mesquer*, el juez nacional tiene encomendada la misión de garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario y su compatibilidad con el ordenamiento interno.

VI. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE EL JUEGO ONLINE

El juego dejó de ser ilegal en España por el Real Decreto Ley 16/1997 de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas que fue desarrollado por

el Real Decreto 444/1997, de 11 de marzo que organizaba esta actividad, incluida un catálogo de juegos y, creaba la Comisión Nacional del juegos. Los delitos y las faltas son derogados con la reforma del Código Penal de 1983. Posteriormente se dictan otras normas como la reglamentación de los casinos.

La Constitución de 1978 introduce otro cambio legislativo importante ya que admite que las competencias sobre juegos de azar puedan ser ejercidas por las Comunidades Autónomas, salvo las que se transfieren a la Entidad Pública de Loterías y Apuestas del Estado (lotería nacional, primitiva, apuestas deportivas y la ONCE).

En la actualidad las Comunidades Autónomas han asumido esta competencia en sus Estatutos y han aprobado sus respectivas leyes sobre el juego. A continuación recogemos una síntesis de la legislación nacional y autonómica sobre el juego.

Legislación Estatal

Real decreto-Ley 17/77, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y las apuestas.

Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de Potestad sancionadora de la Administración Pública en materia de juegos de suerte, envite o azar.

Legislación Autonómica

Andalucía:

Ley 2/1986, de abril, del Juego y apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aragón:

Ley 2/2000, de 28 de junio, del juego de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificada por las Leyes 4/2003 y 3/2004.

Asturias:

Ley 3/2001, de 4 de marzo, de Juegos y Apuestas.

Islas Baleares:

Decreto 35/2000, de 10 de marzo, por el que se establece la nueva Comisión del Juego de las Islas Baleares.

Canarias:

Ley 6/1999, de 26 de marzo, reguladora del Juego y Apuestas en Canarias.

Cantabria:

Ley 15/2006, de 24 de octubre, de Juego de Cantabria.

Castilla y León:

Ley 4/1998, de 24 de junio, del Juego y Apuestas de Castilla y León.

Castilla la Mancha:

Ley 4/1999, de 31 de marzo, del juego de Castilla la Mancha.

Cataluña:

Ley 15/1984, de 20 de marzo, del Juego.

Ley 1/1991, de 27 de febrero, reguladora del régimen sancionador en materia de juegos en Cataluña.

Extremadura:

Ley 6/1998, de 18 de junio, del Juego de Extremadura.

Galicia:

Ley 14/1985, de 23 de octubre, reguladora de los juegos y apuestas en Galicia.

Ley 7/1991, de 19 de junio, de tributación sobre el juego.

Madrid:

Ley 6/2001, de 3 de julio, del Juego de la Comunidad de Madrid.

Murcia:

Ley 2/1995, de 15 de marzo, reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.

Navarra:

Ley Foral 16/2006, de 14 de diciembre, del Juego.

País Vasco:

Ley 47/1991, de 18 de junio, del Juego en el País Vasco.

Valencia:

Ley 4/1988, de 3 de junio, del Juego de la Comunidad Valenciana.

Sin embargo, la aparición de Internet y, en general, la posibilidad de poder realizarse los juegos de azar y las apuestas a través de sistemas interactivos, basados en comunicaciones electrónicas han revolucionado este mercado, pues ya no es necesario contar con un establecimiento permanente en el territorio en cuestión para prestar este servicio. La Compleja estructura legislativa de leyes nacionales y autonómicas sirve de poco cuando los usuarios mediante su ordenador personal juegan y apuestan a través de un operador que se encuentra a miles de kilómetros de sus hogares.

Es necesario, por lo tanto, buscar medios jurídicos que permitan, a los jugadores practicar su afición con plena seguridad, a los operadores prestar servicios con garantías y a Hacienda Pública obtener los réditos fiscales que produce esta actividad. Se impone, en nuestra opinión, la aprobación de un marco legal a nivel nacional que ordene este mercado.

Ya se ha dado un primer paso importante con la aprobación de la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información que in-

cluye una Disposición Adicional en la que se mandata al Gobierno para que presente ante las Cortes Generales un proyecto de ley que regule el juego y las apuestas online.

6.1. La Disposición Adicional Vigésima de la Ley 56/2007 de 28 de diciembre de Medidas de impulso de la Sociedad de la Información

Como consecuencia de una enmienda del Grupo Catalán de Convergencia i Unió en la tramitación parlamentaria de esta Ley, se introdujo la Disposición Adicional vigésima sobre regulación del juego a través de sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas.

En concreto, la Disposición Adicional fue introducida en la tramitación del Senado del proyecto de ley. En el Mensaje motivado que el Senado remitió al Congreso de los Diputados que incluye las enmiendas aprobadas se señala textualmente:

“Disposición adicional (nueva)

Se introduce una nueva disposición adicional sobre presentación por el Gobierno de un proyecto de Ley para regular las actividades de juego y apuestas, en particular las realizadas a través de sistemas interactivos, basados en comunicaciones electrónicas.” (BOCG, VIII Legislatura, serie A núm. 134-14, de 19 de diciembre de 2007).

Ya en la tramitación de la Ley en el Congreso de los Diputados, el Grupo parlamentario Catalán de Convergencia i Unió presentó una enmienda en similares términos a la aprobada en el Senado (enmienda núm. 229, publicada en BOCG VIII Legislatura, serie A, núm. 134-9, del 19 de septiembre de 2007).

Durante el debate de la Ley en la Comisión de Industria, Turismo y Comercio del Congreso de los Diputados, el portavoz parlamentario de este Grupo, Sr. Vilajuana Rovira, en defensa de esta enmienda señalaba que: “actualmente los ciudadanos españoles pueden acceder a una amplia oferta de servicios de juego y apuestas por medios electrónicos, especialmente, a través de Internet, que son operados por empresas autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Dichos servicios, a pesar de contar con una amplísima aceptación e implantación, en el mercado español, se encuentran sometidos a una normativa estatal claramente inadecuada que no ofrece un régimen satisfactorio ni para los consumidores, ni para la Hacienda Pública, ni para los propios operadores de dichas actividades...En este momento, estamos perdiendo oportunidades, no hay control adecuado y la Hacienda Pública no se beneficia de los ingresos de estas compañías. Repito que es un tema que tiene la suficiente importancia para que lo consideremos en el menor tiempo posible” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 929, año 2007).

En esta Disposición Adicional vigésima, el Parlamento mandata al Gobierno para que presente aunque sin fijar un plazo perentorio, un proyecto de ley que regule los juegos y apuestas online.

En su apartado 6 se establece la competencia de la Administración General del Estado para la ordenación de las actividades de juego y apuestas por medios interactivos, cuando su ámbito comprenda al conjunto del territorio nacional o comprenda a más de una Comunidad Autónoma.

En primer lugar, debemos subrayar que el futuro proyecto de ley deberá someterse antes de su tramitación parlamentaria al procedimiento de notificación a la Comisión Europea previsto en la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la Información. A esta Directiva 98/34 ya nos hemos referido en el apartado de la jurisprudencia comunitaria, al examinar las conclusiones el Abogado General en el asunto Liga Portuguesa de Fútbol. Señalamos entonces que la Directiva 98/34 tiene por objeto reducir y suprimir los obstáculos al ejercicio de las libertades comunitarias que puedan derivarse de la adopción por los Estados miembros de normativas técnicas. Su ámbito de aplicación se amplió a todos los servicios de la sociedad de la información, en virtud de la Directiva 98/348. (art. 1 ap. 2º), que se refiere a los servicios prestados a cambio de remuneración por vía electrónica. Decíamos también en el comentario al caso Liga Portuguesa de Fútbol, que a las apuestas online le es de aplicación el concepto de “reglamento técnico” definido en el apartado 11, artículo 1, de la Directiva 98/34.

Recordemos que el “reglamento técnico” se define como las especificaciones técnicas u *otros requisitos o reglas relativas a los servicios*, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación y cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto, para la comercialización, *prestación de servicios o establecimiento de un operador de servicios* o la utilización en un Estado miembro o en la gran parte del mismo, así como, a reserva de las contempladas en el artículo 10, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que prohíben la fabricación, importación, comercialización o utilización de un producto o que prohíbe el suministro o utilización de un servicio o el establecimiento como prestador de servicios.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la interpretación de “reglamento técnico” en su sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto Comisión/Grecia (ap. 60). (Rec, 2006. I. 10341).

En consecuencia, si los servicios online o a través de Internet entre ellos los juegos y las apuestas, están comprendidos en el concepto de “reglamento técnico” de la Directiva 98/34, la futura ley que regule el juego online lo estará también, por lo que será de aplicación lo previsto en el artículo 8.1 de la citada Directiva 98/34 que obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión Europea todo proyecto técnico, salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea, en cuyo caso bastará una simple información referente a dicha norma. Igualmente, los Estados miembros dirigirán a la Comisión una notificación referente a las razones por las cuales es necesaria la adopción de tal reglamento técnico, a menos que dichas razones se deduzcan ya del proyecto.

De acuerdo con el artículo 9. 1 de la Directiva 98/34, la Comisión y los restantes Estados miembros tienen un plazo de tres meses desde la notificación para plantear sus alegaciones sobre el proyecto que se hubiere remitido.

Con este sistema de notificación se establece un control preventivo de las legislaciones nacionales, a fin de evitar que contengan restricciones a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de la sociedad de la información, ya que tanto la Comisión como los Estados miembros pueden proponer que se introduzcan modificaciones al proyecto.

Entendemos, que el futuro Proyecto de Ley que regule el juego online deberá someterse a este procedimiento de notificación, antes de ser remitido al Parlamento para su tramitación.

El Proyecto de ley debe basarse en un conjunto de principios que recoge la Disposición Adicional y que resumidamente son los siguientes:

1º Asegurar la compatibilidad de esta regulación con la normativa aplicable a otros ámbitos vinculados a la prestación de este tipo de servicios y, en especial, a la protección de los menores, la juventud, de los grupos especialmente sensibles de usuarios, así como de los consumidores en general, además del ámbito de protección de datos de carácter personal y de servicios a la sociedad de la información.

Tres son, a nuestro juicio los principios que deben de asegurarse y ser regulados de forma conveniente en la futura Ley. En primer lugar, garantizar la transparencia de los operadores y de la oferta de juegos que gestionen. Segundo, la protección de datos personales y tercero, la protección y defensa de los consumidores y usuarios, en especial de la juventud.

Por lo que al primer principio se refiere, la futura Ley que regule los juegos online debe establecer las disposiciones necesarias para garantizar la absoluta transparencia de los operadores en este mercado, a fin de que los usuarios dispongan de una información adecuada para tomar una decisión sobre la oferta de juegos y que la autoridad nacional de control, vigile y supervise el cumplimiento por los operadores de los criterios de transparencia establecidos. Como base de los criterios o estándares de transparencia empresarial podrían servir de modelo los previstos en la Directiva 2004/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. En España, esta Directiva ha sido incorporada, en sus elementos esenciales, por la Ley 6/2007 de Reforma de Ley 34/1988, del Mercado de Valores y por el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre.

Para garantizar la seguridad de datos personales es necesario que las operadoras de este mercado estén sometidas a los procedimientos previstos en la legislación nacional.

En nuestro país, la protección de datos personales se encuentra regulada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

Carácter Personal que garantiza y protege los derechos fundamentales de las personas amparados por la Constitución en el ámbito de los datos de carácter personal, entendiendo por tales, toda información concerniente a las personas identificadas o identificables que aparezca registrada en cualquier soporte, que permita su tratamiento manual o automatizado y su posterior utilización.

La seguridad debe amparar no sólo a los datos personales de los usuarios sino también a los medios de pago que se realizan en las operaciones de juego, ajustándose a los estándares internacionales establecidos.

La protección y defensa de los consumidores de los juegos de azar online y especialmente de la juventud entre la que se encuentra el porcentaje más alto de usuarios de Internet, requiere que la futura Ley prevea medidas para garantizar lo que se conoce como “juego responsable”, con prevención de la ludopatía y la adicción al juego, la prevención del fraude y la prohibición de que los menores puedan acceder a las ofertas de juegos online.

En el Informe sobre regulación del juego en Europa, se propone como puntos que deben regularse en protección de los consumidores los siguientes:

- Prohibición del juego anónimo mediante un control obligatorio y fiable de la identidad de los jugadores.
- Comprobación exacta y rigurosa de la edad de los jugadores, con exclusión de los menores.
- Posibilidad de limitar el importe de las apuestas.
- Conceder a los jugadores la opción de acceder a su cuenta
- Servicio al cliente que se adapte al modelo de negocio: en el caso de los operadores online, servicio permanente de 24 horas los 365 días del año.
- Hojas informativas y enlaces Web a servicios cualificados de asesoramiento que sirvan de consulta en caso de comportamiento problemático en el juego.
- Medidas para combatir el fraude
- Normas sobre publicidad

La publicidad de la actividad del juego se encuentra sometida a un régimen especial, en protección del orden público y de los consumidores y usuarios. La normativa europea que así lo establece ha sido desarrollada en España por la Ley 34/1988, General de Publicidad que, en su artículo 8, permite que la publicidad sobre el juego sea regulada por normas especiales o sometidas al régimen de autorización administrativa previa. Por su parte, la Ley 34/1987, reguladora de la Potestad sancionadora de la Administración en materia de juegos de suerte, envite o azar tipifica como infracción grave efectuar publicidad de los juegos de azar o de los establecimientos en los que estos se practiquen sin la debida autorización o al margen de los límites establecidos en la misma (art. 2). Finalmente, el Real Decreto 1067/1981, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de juego mediante boletos prohíbe toda publicidad de este medio.

En definitiva, la Ley que regule el juego online deberá tener en cuenta estos aspectos que garanticen la transparencia de los operadores, la protección de los usuarios y el control por el órgano supervisor.

2º Establecer una regulación sobre la explotación de actividades de juego por medios interactivos, de conformidad con la normativa y los principios generales del Derecho Comunitario.

Tanto al examinar el derecho del Tratado CE como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo hemos comprobado que las libertades de establecimiento y prestación de servicios son de plena aplicación al juego online. La regulación española sobre la explotación de esta actividad deberá respetar, pues, el Derecho comunitario que, no se olvide, entra a formar parte de nuestro ordenamiento interno y cuenta con primacía en casos de conflicto con las normas nacionales. La normativa y los principios del Derecho comunitario han de informar la legislación española en esta materia. Entre los principios que guiarán la elaboración de esta Ley se encuentran los siguientes:

En primer lugar, la prohibición de cualquier discriminación entre operadores nacionales y de otros Estados miembros. El Tratado CE prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad.

Segundo, la prohibición de restringir la libre prestación de servicios en el comercio transfronterizo, siempre que no exista una causa justificada. El artículo 49 CE reconoce expresamente esta prohibición. El Tribunal de Justicia Europeo ha entendido que existe restricción a esta libertad comunitaria cuando resulte imposible su ejercicio no sólo de forma real y efectiva sino también de manera potencial (sentencia de 11 de julio de 1974, caso Dassonville).

En tercer lugar, conforme al Derecho comunitario es posible que las legislaciones nacionales puedan establecer restricciones a esta libertad, siempre y cuando se encuentren justificadas. Si la actividad en cuestión a la que se le aplica la restricción sólo se encuentra amparada por el Derecho primario, como es el caso de los juegos de azar, el Tribunal de Justicia ha establecido los límites a que dicha restricción debe circunscribirse. El Tribunal de Justicia Europeo ha admitido restricciones siempre que cumplan los requisitos siguientes: se encuentren justificadas por el interés general, deben ser adecuadas para garantizar el fin que persigue y no deben extralimitarse para conseguir dicho objetivo y, finalmente no deben ser discriminatorias entre los nacionales y los ciudadanos de otros Estados miembros.

3º Articular un sistema de control sobre los servicios de juego y apuestas online que garantice condiciones de mercado seguras y equitativas para los operadores así como unos adecuados niveles de protección de usuarios.

En España, la Comisión Nacional de Juego es el organismo de control y supervisión a nivel nacional de la actividad de los juegos de azar, habiéndose creado

por las Comunidades Autónomas organismos análogos que tienen competencias en sus respectivos territorios. El Decreto 444/1977 que lo regula lo define como el órgano central de coordinación, estudio y control de las actividades relacionadas con los juegos de azar, correspondiéndole, entre otras, las competencias de propuestas del catálogo de juegos, de las solicitudes de autorización de casinos y la de emitir informes en materia de juegos de azar y loterías.

La supervisión de los juegos de azar es imprescindible para que los operadores de este mercado cumplan estrictamente con las condiciones establecidas en las licencias y en las restantes disposiciones legales de aplicación. Su principal función debe ser la de informar sobre la normativa del juego así como garantizar su cumplimiento. A través de su supervisión se garantiza la prevención de la ludopatía, el cumplimiento de las normas de publicidad, la seguridad de los productos de juegos ofertados así como el pago puntual de las obligaciones fiscales de los operadores.

La Agencia Española de Protección de Datos, creada por la Ley Orgánica 15/1999, también ejerce su función de vigilancia sobre el juego y muy especialmente sobre el juego por Internet por la incidencia que los datos de los usuarios tienen en este mercado electrónico. La Agencia es un organismo público con personalidad jurídica propia que actúa con independencia de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones que se sintetizan en la vigilancia del cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y el control de su aplicación, en especial en lo relativo a acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos personales.

En su Memoria del año 2007, la Agencia manifiesta su preocupación por la prestación de servicios de la sociedad de la información en un mundo globalizado, manifestando la necesidad de impulsar los estándares internacionales que permitan garantizar los derechos de los usuarios cualquiera que sea el lugar donde se encuentren. En la prestación de servicios del juego online esta necesidad de desarrollar los estándares internacionales de protección de los usuarios deben reforzarse en la futura Ley.

4º Establecer un sistema de tributación sobre los servicios de juego y apuestas por Internet, atendiendo al origen de las apuestas objeto de tributación.

El sistema de competencias sobre el juego de las Comunidades Autónomas ha determinado una enorme diversidad en los sistemas de tributación. Así, mientras el tipo general en Andalucía, Asturias, Castilla y León o Galicia, por ejemplo, se encuentra en el veinte por ciento, en Castilla la Mancha y Valencia es del veintisiete por ciento y en Cataluña del veintiocho por ciento.

Una de las características principales de los juegos online es su carácter transterritorial, ya que no conoce fronteras. El operador puede prestar sus servicios con carácter prácticamente universal, sin necesidad de contar con sucursales o establecimientos permanentes.

Por tanto, los servicios de juego y apuestas por Internet deben tener un sistema de tributación único en todo el territorio nacional, aunque, como consecuencia del principio constitucional de competencias entre el Estado y las Co-

munidades Autónomas el sistema de tributación que establezca la futura ley deberá tener en cuenta la distribución o reparto de la recaudación obtenida entre ellos.

El sistema de tributación del juego online debería ajustarse a una serie de principios entre los que podríamos citar los siguientes:

- Imposición sobre los ingresos obtenidos en el territorio nacional y no sobre los ingresos totales. Los operadores online tributarán separadamente en cada Estado donde presten sus servicios.
- Exclusión de la doble imposición. El sistema de tributación que se establezca deberá tener en cuenta este aspecto.
- Tipo homogéneo en todo el territorio y competitivo para evitar el juego ilegal y el fraude en el sector.

Es cierto que la situación actual de Europa respecto de los sistemas fiscales sobre el juego obedecen a criterios muy dispares y muy pocos se adecuan a las características transfronterizas de los mecanismos electrónicos. El sistema tributario que establezca la nueva ley sobre el juego online debería tener en cuenta estos aspectos facilitando la futura armonización europea.

5º Establecer un sistema de licencia única válida para todo el territorio nacional, imprescindible para la prestación de estos servicios.

La regulación de la actividad de los operadores de juego online tiene en el sistema de concesión de licencias uno de sus pilares fundamentales. Conforme al apartado segundo de esta Disposición vigésima esta regulación deberá ajustarse a los principios del Derecho comunitario.

Ya hemos analizado en páginas precedentes las disposiciones del Tratado CE sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios y su interpretación por el Tribunal de Justicia que son de aplicación a la actividad de los juegos de azar. Conforme a estos principios el sistema de autorización para operar en el mercado de juegos online mediante la concesión de licencias deberá cumplir, en todo caso, los siguientes principios de derecho comunitario:

- a) Si bien los Estados miembros tienen la facultad de exigir a los operadores online la posesión de una licencia y a establecer los requisitos de la misma así como los derechos y obligaciones que comporta, una vez que el operador la hubiera obtenido en un Estado miembro, el ordenamiento jurídico comunitario establece que se reconozcan las condiciones que conlleva la licencia otorgada evitándose así, las dobles comprobaciones y controles. Es decir, teniendo en cuenta que el juego online tiene un carácter transfronterizo, se hace indispensable que se reconozcan estas condiciones y comprobaciones en el otorgamiento de la licencia por el Estado de origen en los demás Estados donde se realiza la actividad, lo que requiere una estrecha colaboración entre los organismos nacionales competentes para otorgar las licencias de juego online.

- b) El sistema de otorgamiento de licencias no puede ser discriminatorio entre los operadores nacionales y los de otros Estados miembros. Un agravamiento de las condiciones para obtener estas licencias a los operadores online no nacionales supondría un trato discriminatorio y contrario al Derecho comunitario.
- c) El sistema de otorgamiento de licencias tampoco puede imponer la obligación a los operadores de contar con establecimientos permanentes en los países en que realiza su actividad. El principio de libre prestación de servicios del Derecho comunitario así lo establece. El cumplimiento de las obligaciones fiscales de los operadores no requiere contar con una sucursal en otros Estados, ya que el pago de impuestos sobre los juegos de azar está vinculado a la licencia.
- d) Finalmente, en aras a la simplificación y eficacia del sistema debería bastar con una única licencia para todo el territorio nacional

6.2. Madrid y el País Vasco se adelantan en la regulación del juego online

La Comunidad de Madrid, y el País Vasco, son las dos únicas Comunidades Autónomas que regulan los juegos online, adelantándose incluso a la legislación estatal, que como hemos señalado todavía se encuentra en proyecto.

En efecto, el Decreto 106/2006, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de apuestas de la Comunidad de Madrid contempla que los juegos y apuestas incluidos en el catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad de Madrid, puedan explorarse y gestionarse a través de medios interactivos o de comunicación a distancia por los operadores autorizados para el desarrollo de las actividades de juego, al amparo del artículo 4.3 de la Ley 6/2001 del Juego de la Comunidad de Madrid.

El artículo 26 del Reglamento contiene los requisitos básicos de la organización y funcionamiento de los juegos y apuestas online de los que recogemos a continuación los más relevantes.

- a) El procedimiento para la formalización de las apuestas online debe desarrollarse en condiciones de máxima seguridad y garantía para el usuario.
Estas condiciones de máxima seguridad y garantía en que debe presentarse el servicio conlleva que se extienda, entre otros a los siguientes aspectos: garantía contra las posibles caídas del servicio o de la red, seguridad de los juegos y apuestas ofertadas y garantías de los pagos por Internet. Para ello es necesario que los operadores cumplan estrictamente con los procedimientos de seguridad establecidos, adaptándose a las exigencias de los sistemas de evaluación de calidad de la seguridad informática.
- b) La recogida de datos personales, su tratamiento y utilización posterior deben ajustarse a la legislación sobre la protección de datos personales.

- c) La operativa de acceso al sistema debe establecer la forma de registro de los usuarios y el contenido de los datos a registrar, garantizando en todo caso, que los menores de edad no puedan participar en las apuestas. El sistema garantiza, además, la negación de acceso a las personas que lo soliciten voluntariamente al órgano competente en materia de ordenación y gestión del juego o así se haya establecido por resolución judicial. Se recogen, en este caso, los principios del juego responsable que comprende la protección del menor, la prevención de la ludopatía y la adicción al juego.
- d) Las normas de organización y funcionamiento de las apuestas deben establecer la forma de realizarlas y el sistema de validación y detallarán los mecanismos de pago y el cobro de los premios. El pago podrá realizarse por cualquier medio legal admitido por el operador. Los sistemas de pagos electrónicos han experimentado un enorme desarrollo en su seguridad, estableciendo estándares internacionales de seguridad de datos para proteger al máximo las tarjetas de crédito. Además, a estas transacciones es de aplicación la Directiva 2005/60/CE (3ª Directiva) sobre el blanqueo de capitales que prohíbe los pagos en efectivo, establece límites a los ingresos y exige la identificación de los clientes, en defensa de los usuarios y de prevención del fraude.
- e) El régimen de cierre de admisión de las apuestas se remite al artículo 25 del Reglamento que establece tres supuestos: con carácter general, las apuestas se admiten hasta que los terminales o máquinas auxiliares estén operativas, las apuestas mutuas antes del comienzo del acontecimiento o evento objeto de la apuesta y finalmente, en las apuestas de contrapartida o cruzadas antes de finalizar el acontecimiento objeto de la apuesta.
- f) Se reconoce el derecho del usuario a obtener la confirmación electrónica de la apuesta, cuyo boleto deberá contener al menos los requisitos del artículo 24 apartado 2 del Reglamento, constituyendo el documento válido a efectos de reclamación, por lo que deberá aportar además la información necesaria para identificar y reconstruir fidedignamente la transacción realizada.

El Reglamento de apuestas de la Comunidad de Madrid recoge los aspectos más importantes de las apuestas online: seguridad en las ofertas de juego y de los medios de pago, garantía de la protección de datos personales de los usuarios, transparencia de las empresas operadoras sometidas al régimen de licencia previa.

La Comunidad Autónoma Vasca también ha decidido regular el juego online, reconociéndole como una extensión progresiva de las nuevas tecnologías.

En efecto, el Decreto 95/2005, de 19 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Apuestas de la Comunidad Autónoma de Euskadi reconoce las apuestas de juego por medios telemáticos, cuya competencia de autorización corresponde a la Dirección de Juego y Espectáculos del Departamento de In-

terior del Gobierno Vasco. Las empresas que quieran operar en el sector del juego online deberán obtener de dicho organismo la oportuna licencia, previo el depósito de una fianza de 500.000 euros. Se prohíbe, con carácter general la publicidad del juego, si bien pueden autorizarse promociones exclusivamente informativas, al objeto de poner en conocimiento del público determinados aspectos relacionados con las apuestas. No obstante, se autoriza el patrocinio de actividades deportivas por parte de las empresas explotadoras de las apuestas así como aquellas otras que estén organizadas o amparadas por entidades institucionales salvo que dichas actividades sean para menores de edad.

El control de esta actividad de juego es competencia de la Comisión de Apuestas de Euskadi a quien corresponde velar por las buenas prácticas en el desarrollo de apuestas, incluyendo el análisis, debate y elaboración de propuesta para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en esta modalidad de juego.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El mercado del juego en Europa, especialmente online, está experimentando un importante crecimiento. En 2007 los ingresos brutos del juego, tanto offline como online, alcanzaron los 116.000 millones de dólares. Sin embargo, la normativa del juego en los países de la Unión Europea es bastante dispar. Como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sentencia Placanica) los sistemas legales de los Estados miembros pueden abarcar desde la prohibición total del juego, pasando por los monopolios públicos que solo estarían justificados si tienen como finalidad objetivos de seguridad o salud pública, hasta sistemas de una mayor liberalización, en los que se permite operar a las empresas bajo el régimen de licencia previa.

La actividad de los juegos y las apuestas se encuentra amparada por el Derecho comunitario en las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Según el artículo 50 del Tratado CE, los servicios son prestaciones realizadas a cambio de una remuneración, considerándose especialmente como tales, las actividades industriales, comerciales, artesanales y liberales. Esta definición se completa con el texto del artículo 49 CE que se refiere al carácter transfronterizo de la prestación, señalando que la libertad de servicios afecta a la prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país distinto al del destinatario de la prestación.

Las libertades de establecimiento y prestación de servicios, al igual que la circulación de personas, mercancías y capitales, no están sujetas a ninguna traba u obstáculo en su ejercicio. Así lo proclama el artículo 49 CE citado en su primer párrafo: "En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad".

La jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia Europeo ha entendido que la actividad de juegos de azar se encuentra en el ámbito de aplicación

de las disposiciones del Tratado CE, que ampara la libre prestación de servicios, por lo que se encuentra prohibida, en principio, toda restricción a la misma. Sólo en algunos supuestos excepcionales es posible limitar esta libertad fundamental, en los casos en que una disposición nacional lo prevea por motivos que así lo justifiquen. Estas restricciones deben respetar, en todo caso, el Derecho comunitario.

El ámbito de los juegos de azar, como hemos tenido ocasión de examinar, no se ha desarrollado por el derecho secundario o derivado, por lo que las restricciones nacionales a esta actividad han sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia Europeo en base a las disposiciones del Tratado.

La primera condición que ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal para admitir una restricción es que cumpla los siguientes requisitos: no puede discriminar a los prestadores de otros Estados miembros a favor de los nacionales, debe ser pues, neutral. Debe estar justificada por razones de protección del interés general y de los ciudadanos, debe ser idónea para alcanzar el objetivo que persigue y, por último, no puede extralimitarse de lo estrictamente necesario para conseguir el fin que persigue.

Como hemos visto, el Tribunal de Justicia se ha referido en sus fallos a las razones religiosas, morales y culturales que los Estados miembros alegan para imponer restricciones a la actividad del juego. No se trata en nuestra opinión, de proteger con estas medidas una identidad nacional (art. 63 CE) de una Unión Europea cada vez más diversa después de su ampliación a 27 Estados, se trata de aplicar las libertades que constituye los pilares un Mercado común a todos los países de la Unión.

La jurisprudencia del Tribunal ha reconocido algunas de estas restricciones como hemos tenido ocasión de comprobar. Sin embargo, no en todos los casos se encuentran justificadas, es necesario demostrar la idoneidad de la restricción, su carácter proporcionado y si la finalidad de bonomía que persigue no puede obtenerse mediante otro mecanismo menos restrictivo. Son varios los asuntos que sobre restricciones a la libertad de prestación del juego se encuentran pendientes de resolución ante el Tribunal de Justicia. En los próximos meses podremos comprobar si la jurisprudencia europea continua dando pasos adelante para la consecución de un mercado único sin restricciones.

En nuestra opinión, las restricciones al juego resultan cada vez menos eficaces con la consolidación de Internet en los hogares. En efecto, la modificación de las pautas de comportamiento derivadas de los nuevos instrumentos de la sociedad de la información debe de llevarnos, no a prohibir o restringir la actividad del juego online y menos aún a dar la espalda a este fenómeno imparable, sino a regularlo en aras, precisamente, a garantizar con más eficacia el cumplimiento de los objetivos de tutela y protección del interés social así como del fomento de los intereses fiscales, mediante la instauración de un sistema normativo más uniforme en la Unión Europea, que haga posible la normalidad con que la práctica de esta actividad se realiza en la sociedad.

En España se ha dado un importante paso adelante en esta dirección con la aprobación de la Disposición Adicional vigésima de la Ley 56/2007, de Medi-

das de Impulso de la Sociedad de la Información que impone un mandato al Gobierno para que elabore y presente al Parlamento un proyecto de ley de regulación del juego a través de sistemas interactivos, basados en comunicaciones electrónicas. Esperemos que este proyecto de ley pronto sea una realidad.