

# *El Tahir de Luxemburgo\**. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia sobre juegos y apuestas

*Carlos Padrós Reig*

Doctor en Derecho.  
Profesor Titular de Derecho Administrativo.  
Magistrado suplente de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

## RESUMEN

Los juegos de azar se han considerado en muchos Estados miembros como monopolios nacionales. Las razones utilizadas varían desde la prevención del fraude hasta la garantía de los ingresos fiscales para el Estado. Esta configuración legal se ha debido confrontar con la libre circulación y la libertad de establecimiento al declararse por el Tribunal que los juegos y apuestas se hallan comprendidos dentro de los servicios económicos. El artículo examina la jurisprudencia comunitaria al respecto así como el cambio que supone la calificación de servicio público que efectúa la reciente sentencia de 13 de septiembre de 2007. Finalmente, se examina la cuestión de la litigiosidad del juego on line ante la OMC y las posibles soluciones reguladoras.

**Palabras clave:** juegos de azar, monopolio fiscal, libre prestación de actividades económicas, servicio público; Organización Mundial del Comercio.

**Keywords:** Gambling; State monopolies; freedom to provide services; public services; World Trade Organisation.

## ABSTRACT

Gambling has been considered in many European member States as a national monopoly. The reasons argued range from fraud prevention to the guarantee of fiscal revenues. This legal configuration has to be confronted with the principles of free provision of services and freedom of establishment, since the European Court of Justice declared in its case law that gaming and betting are included within the scope of economic services. The article examines the existing european case law as well as the change that a new judgement of september 13th 2007 supposes when declares gambling constitutes a public service. Finally, we explore the online gambling issue before WTO and the potential regulatory solutions.

\* Según definición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, un tahir es un jugador fullero que juega con trampas y engaños.

SUMARIO

1. LA CARACTERIZACIÓN DEL JUEGO EN ESPAÑA
  2. LA PROBLEMÁTICA DE LAS APUESTAS ON LINE
  3. LA EXISTENTE JUSRIPUDENCIA EUROPEA
  4. LAS NUEVAS SENTENCIAS DE 2007
  5. LA LITIGIOSIDAD ANTE LA OMC. EL CASO ANTIGUA-BARBUDA Y LA UNLAWFUL INTERNET GAMBLING ENFORCEMENT ACT DE ESTADOS UNIDOS
  6. CONCLUSIONES
-

## 1. LA CARACTERIZACIÓN DEL JUEGO EN ESPAÑA<sup>1</sup>

Los juegos de azar pueden dividirse según su régimen legal en públicos (loterías y apuestas) y privados (casinos, bingos y máquinas recreativas).

La regulación de los juegos de azar públicos se caracteriza en España por dos elementos: uno la reserva monopolista a favor del Estado; otro, la regulación de los juegos a nivel autonómico<sup>2</sup>. En el origen de la regulación encontramos tanto el Decreto-Ley 16/1977 de 25 de febrero de 1977 como el Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo que regula los aspectos penales, administrativos y fiscales del juego. La doctrina destacó ya en su momento la inadecuación de esta normativa al marco constitucional<sup>3</sup>.

Superados los obstáculos que representaba la regulación preconstitucional respecto a los principios de tipicidad y legalidad, la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de junio, de reforma parcial y urgente del Código Penal reintroduce en parte una penalización de los juegos no autorizados. Con

<sup>1</sup> No es el objeto de este estudio realizar una pormenorizada y exhaustiva presentación de la regulación del juego. Para ello contamos ya con trabajos especializados de entre los que podemos destacar: RAMIS REBASSA, M. L. Régimen jurídico del juego. Marcial Pons, Madrid, 1992; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. La regulación de los juegos de azar. Tecnos, Madrid, 1996; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. I. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (dirs.) Régimen legal de juego en España. Estudios de Derecho Judicial núm. 48. CGPJ, Madrid, 2004; PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) Régimen del juego en España. Aranzadi, 2006; MAZÓN HERNÁNDEZ, M. Análisis económico, jurídico y fiscal del juego. Tirant lo Blanch. Valencia 2007.

<sup>2</sup> Cfr. NIETO, A. «Competencias estatales y autonómicas en materia de Casinos, Juegos y Apuestas» en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Libro Homenaje a F. Garrido Falla Tomo I. Madrid, 1992. GONZÁLEZ TREVIANO, P. «Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de juego» en; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. I. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (dirs.) Régimen legal de juego en España. Estudios de Derecho Judicial núm. 48. CGPJ, Madrid, 2004.

<sup>3</sup> «Que intervenciones tan profundas (...) en la vida y actividad de las empresas que organizan la práctica de los juegos, que limitaciones tan ostentosas de la libertad de empresa y de la libertad personal misma de jugar, se contengan en simples Ordenes ministeriales, desamparadas de toda cobertura legal establecida en forma, es algo que la Constitución, desde luego, no acepta». MUÑOZ MACHADO, S. «En los confines del Estado de Derecho: la ordenación de los juegos de azar» Revista Española de Derecho Administrativo núm. 49, 1986, pg. 9. Vide igualmente, MAZA MARTÍN, J. M. «Los principios de legalidad y tipicidad y concepciones jurisprudenciales en materia de juego» en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. I. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (dirs.) Régimen legal de juego en España. Estudios de Derecho Judicial núm. 48. CGPJ, Madrid, 2004. También el Tribunal Constitucional alemán ha declarado recientemente (sentencia de 28 de marzo de 2006. Caso 1BvR 1054/01) que el monopolio sobre las apuestas deportivas es contrario a la Constitución federal. Cfr. HAMBACH, W. y SCHÖTTLE, H. «The German Sports-Betting Market: Uncertainty and Chaos for Private Providers like Bwin» Gaming Law Review vol. 10 n. 6, 2006, pg. 521.

ello, se pone de manifiesto cómo se protege fundamentalmente a la Administración empresaria del juego que ve peligrar su propio negocio por la competencia que suponen los operadores privados. La Hacienda pública organiza ciertos tipos de juegos en régimen de monopolio y penaliza la fabricación y tráfico de otros soportes<sup>4</sup>. En España, el Estado es el primer empresario del juego a través de la explotación de un monopolio fiscal<sup>5</sup>. En la STC 163/1994 de 26 de mayo, se estableció ya con meridiana claridad que «como monopolio fiscal, pues, cuyo establecimiento constituye una manifestación del poder financiero del Estado reservando el ejercicio exclusivo de un juego de suerte para producir ingresos públicos, corresponde a la Administración del Estado la gestión y explotación del juego de la Lotería en todo el territorio nacional».

La regulación pública se ejerce por el Ministerio de Economía a través de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado según prevé la Ley 24/2001 de 27 de diciembre. Ley de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado para 2002<sup>6</sup>. Esta regulación alcanza no sólo las loterías públicas sino cualquier manifestación que presente una concurrencia de rendimientos (en expresión de la STC 171/1998, de 23 de julio). Siguiendo a LALANDA FERNÁNDEZ, el régimen legal varía según el tipo de juego:

<sup>4</sup> Sobre la aplicación del derecho de la competencia a este sector, cfr. PETITBO JUAN, A. «Juego y competencia» en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. I. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (dirs.) Régimen legal de juego en España. Estudios de Derecho Judicial núm. 48. CGPJ, Madrid, 2004. Para el ex-presidente del TDC, «más allá de las argumentaciones basadas en el análisis económico o en la consideración de la aplicación del Derecho de defensa de la competencia a otros sectores económicos, el análisis de la jurisprudencia pone de relieve que, a pesar de que el monopolio no es el único instrumento para organizar el juego y de que es posible combinar la competencia con la debida regulación o que los objetivos moralizadores o recaudatorios podrían alcanzarse mediante formas de mercado distintas del monopolio, la normas y la jurisprudencia benefician a las formas legales del juego ejercidas en régimen de monopolio con el debido amparo». op. cit. pg. 318. Por su parte el TDC examinó en la Resolución de 2 de agosto de 2007 (Expte 666/05) la cuestión de la comercialización por Internet de juegos de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, resolviendo la inexistencia de vulneración a la legislación de defensa de la competencia.

<sup>5</sup> Este monopolio viene unirse a los tradicionales monopolio de tabaco y monopolio de petróleo. Cfr. SALA ARQUER, J. M. «Liberalización del monopolio del loterías y competencias sobre el juego» Revista Española de Derecho Administrativo núm. 120, 2003. Sobre el tema de los monopolios fiscales y su compatibilidad con el derecho europeo, vide también SÁNCHEZ GALIANA, J. A. «La adaptación de los monopolios fiscales españoles a las exigencias del derecho comunitario europeo» en AA VV, Estudios sobre armonización fiscal y derecho presupuestario europeo. Granada, 1987.

<sup>6</sup> El Organismo Autónomo Loterías y Apuestas del Estado se regulaba por el Real Decreto 904/1985, de 11 de junio, hoy derogado por el Real Decreto 1069/1999, de 30 de diciembre (modificado a su vez en algunos aspectos por el Real Decreto 1029/2007, de 20 de julio).

Tipo de juego	Operador	Régimen legal
Loterías	Estado y CCAA	Monopolio <sup>7</sup>
Apuestas deportivas	Estado	Monopolio <sup>8</sup>
Juegos de azar	privados	Autorización administrativa

De este modo, el régimen legal se basa en la reserva monopolista. Algunos autores han cuestionado esta reserva al no tratarse de un servicio esencial ex art. 128.2 CE, aportando para ello el razonamiento del Consejo de Estado francés en el arret Rollin de 27 de octubre de 1999. «En nuestro Derecho, en el que manejamos un concepto de servicio público mucho más estricto que el francés (donde se identifica con la totalidad de la actividad administrativa), parece que debe rechazarse con mayor razón la configuración de las actividades del Monopolio estatal de las loterías como un servicio público. No hay razón alguna, por tanto, que justifique su reserva al Estado con base al artículo 128.2. De la Constitución (...). En alguna ocasión se ha afirmado, tratando de justificar la existencia de una «misión de interés general» en los monopolios de loterías –en relación con el artículo 90.2. del Tratado de la Unión Europea– que éstos reflejan la voluntad de canalizar los juegos de azar con vistas a evitar su proliferación, confiándolos a una sola entidad, que ejerce su misión bajo control permanente de los poderes públicos. La teoría de la canalización de la pasión por el juego no resistiría, en el caso español, su confrontación con el proceso expansivo de las loterías públicas»<sup>9</sup>.

Más allá de la discusión doctrinal, la DA 20<sup>a</sup> de la Ley 24/2001 no deja dudas: corresponde al Estado ejercer la competencia para la autorización de todo tipo de apuestas, cualquiera que sea el soporte de las mismas. El cierre del sistema se realiza además con la DA 19<sup>a</sup> de prohibición de loterías extranjeras.

## 2. LA PROBLEMÁTICA DE LAS APUESTAS ON LINE

La actividad tradicional de juegos y apuestas se ha visto superada en los años recientes por la aparición de los operadores de Internet o casinos virtuales<sup>10</sup>. Algunos de ellos son empresas específicas dedicadas a esta actividad, otras son divisiones *on line* de casas tradicionales de apuestas. Como explica el periodista Fernando BARCIELA, «la rápida expansión del juego por Internet

<sup>7</sup> Con concurrencia de un operador privado especial como es la ONCE.

<sup>8</sup> Con excepción de las apuestas en hipódromos.

<sup>9</sup> SALA ARQUER, J. M. «Liberalización del monopolio del loterías y competencias sobre el juego» Revista Española de Derecho Administrativo núm. 120, 2003, pgs. 532-533.

<sup>10</sup> Los primeros casinos virtuales datan de 1995: la norteamericana «National Indian Lottery» y la «Lotería Internacional de Liechtenstein». Mientras los primeros operadores eran privados, a partir de 1997 Australia opera un sistema público de casino virtual. Cfr. LALANDA FERNÁNDEZ, C. «Los juegos de azar en internet. Aproximación jurídica desde la perspectiva del Derecho español» en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) Régimen del juego en España. Aranzadi, 2006, pgs. 555 y ss.

ha creado un gran desconcierto en Gobiernos de media Europa. Pero la actual situación de indefinición según los ejecutivos del sector tendrá que solucionarse en breve porque es mala para las arcas públicas (que no perciben impuestos por la actividad) y para los usuarios (que están desprotegidos). Mientras las apuestas online suponían poco dinero no había premura por regularlas. Pero el sector en 2006 movió 413 millones de euros, que subirán a 600 ó 700 este año y casi a 1.000 en 2008, y ya no caben dilaciones»<sup>11</sup>.

En la actualidad es indudable la relevancia económica del sector:

### Principales empresas europeas de juego on line.

Empresa	Sede	Licencia	Actividad	Facturación (millones €)	Beneficios (millones €)
Sportingbet	UK	UK	Apuestas deportivas y Poker	618,4	145,9
888.com	Gibraltar	Gibraltar	Casino y Poker	289,9	87,4
Betfair	UK	UK, Austria, Malta, Australia	Apuestas exchange	295,3	56,7
Globet	UK	UK	Apuestas deportivas		
Bwin	Gibraltar	Gibraltar, Canadá, Alemania, Italia, UK México	Apuestas deportivas	268,9	-539,6
Ladbrokes	UK	UK	Apuestas convencionales	2.057,0	1.369,0
Hill	UK	UK	Apuestas y Casino	1.714,0	480,4
Party Gaming	Gibraltar	Gibraltar	Casino y Poker	1.104,9	128,4
Unibet	Malta	Malta	Apuestas, Casino y Poker	152,6	77,3

<sup>11</sup> El País, 28 de octubre de 2007.

**Cifras de ingresos por juego on line (millones \$)<sup>12</sup>.**

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
USA	1.048	1.446	1.798	2.198	2.599	3.043	3.471
Japón	103	195	275	372	473	591	709
UK	82	159	317	545	817	1.046	1.296
Mundo	442	754	1.429	2.599	4.326	6.335	9.048
TOTAL	1.675	2.554	3.819	5.714	8.215	11.015	14.524

Ante esta situación, aparecen dos opciones parcialmente contrapuestas: los prohibicionistas<sup>13</sup> y los regulacionistas<sup>14</sup>. Para los primeros, las apuestas on line son simplemente ilegales puesto que para operar es necesario obtener una autorización administrativa en España y estas empresas no la tienen. Para los segundos, incluida la propia industria, la mejor opción es proceder a una regulación adecuada con órganos de control y supervisión.

Según contempla el Informe de la secretaría General Técnica del Ministerio del Interior «*Principios para una regulación de juego por Internet*»<sup>15</sup>: la Unión Europea no ha entrado hasta la fecha, a regular cuestión alguna en relación con el juego en Internet y así la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, excluye de forma expresa a las actividades de juego por dinero, excepto las realizadas para comunicaciones comerciales. El documento resume dos posiciones parcialmente contrapuestas:

**a) Posición del Foro Europeo de Reguladores de Juego (GREF).**

El GREF está compuesto por representantes de organizaciones reguladores de juego de toda Europa. En su reunión de Helsinki, en mayo de 1998, llegó a las siguientes conclusiones respecto al juego en Internet:

- La regulación del juego es competencia y jurisdicción de cada país.
- En el supuesto de que se autoricen juegos por Internet, los mismos se han de desarrollar bajo las condiciones o circunstancias de los tipos concretos

<sup>12</sup> Estudio elaborado por Informa Media Group. Citado por MAZÓN HERNÁNDEZ, M. Análisis económico, jurídico y fiscal del juego. Tirant lo Blanch. Valencia 2007, pg. 183. Más allá de la precisión estadística, interesa destacar el espectacular aumento de magnitudes en un escaso período de tiempo.

<sup>13</sup> En la actualidad Chequia está analizando la posibilidad de prohibir el juego por Internet y Noruega ha anunciado su intención de prohibir las transferencias bancarias a empresas de juego on line.

<sup>14</sup> Una descripción más completa y precisa de los distintos modelos reguladores se puede encontrar en SCHRIEVER, E. «Conflict and Coordination between diverse regulatory environments» en AAVV Cross-Border Gambling on the Internet Challenging National and International Law. Swiss Institute of Comparative Law. Zürich, 2004.

<sup>15</sup> Disponible en [www.mir.es](http://www.mir.es).

de juego que estén permitidos, debiendo ser respetadas estas decisiones por las restantes jurisdicciones.

– Si en una jurisdicción se permite el juego por Internet se deben contemplar aspectos tales como:

- Aquellos a los que se les permita ofrecer dichos juegos deben estar sujetos a idénticos niveles de investigación y prohibición que a los operadores tradicionales.

- Los operadores autorizados deben estar ubicados en el territorio del país autorizante, a fin de poder efectuar el correspondiente control de sus actividades.

– El juego autorizado por Internet debe limitarse a los residentes en la jurisdicción autorizante y a los residentes de cualquier jurisdicción con los que existan acuerdos recíprocos o de cooperación.

– Las regulaciones que se lleven a cabo deberían contemplar:

- Métodos de control a fin de que las operaciones se lleven a cabo de forma limpia y segura.

- Que el juego por Internet no sirva como cauce para el «blanqueo de dinero».

- No se permite la concesión de créditos para la práctica del juego.

- Métodos de protección y garantía de los fondos depositados y dinero ganado por los jugadores.

- Métodos para evitar que el juego pueda ser practicado por ciudadanos menores de edad.

- Protección a los jugadores compulsivos así como a otros que tengan dificultades en su control por el juego.

- Control de la publicidad.

- Protección de la privacidad y confidencialidad de los jugadores.

- Protección de datos y seguridad en la transmisión de los mismos.

– Si alguna jurisdicción pretende la prohibición del juego por Internet, más que prohibirlo expresamente para sus jugadores, debería pretender que los operadores existentes en la red incluyeran cláusulas excluyentes y de prohibición para los ciudadanos de dicha jurisdicción.

#### **b) Posición de la Asociación Internacional de Reguladores del Juego (IAGR).**

Se trata de otra organización que agrupa a reguladores de juego de Australia, Bahamas, Canadá, Jamaica, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Estados Unidos, Reino Unido y Holanda.

En la reunión de la IAGR celebrada el 21 de febrero de 2001, se establecieron las siguientes conclusiones:

- Internet no reconoce fronteras nacionales.
- Se admite que las diferentes jurisdicciones adopten distintas políticas hacia el juego en Internet: prohibición absoluta o autorización sujeta a reglamento.
- Se deben fomentar unos principios comunes para la regulación del juego en Internet cuando sea permitido.
- A efectos de esta declaración el juego significa todas las formas de juego, incluyendo apuestas, partidas y loterías.
- La IAGR reconoce que el juego remoto está también disponible a través de otros medios y que unos principios similares deberían ser aplicados a todas las formas de juego remoto.
- Los principios que se deben tener en cuenta para una regulación del juego en Internet son los siguientes:
  - Todo juego debe estar sujeto a un Reglamento aprobado por el regulador y sus reglas claramente indicadas al jugador.
  - Los operadores a quienes se les permita ofrecer juegos en Internet se someterán a comprobaciones sobre su integridad y situación económica.
  - Los sistemas operativos, equipos y procesos requieren su aprobación y adecuarse a la práctica internacional.
  - Los jugadores han de inscribirse en el registro del operador con sus datos personales.
  - Sistemas de control para impedir el acceso a menores de edad, en todo caso nunca menos de 18 años.
  - Protección y garantía de los fondos depositados y dinero ganado por los jugadores garantizando su pago.
  - Los sistemas de juego deben incluir medios para garantizar la seguridad y confidencialidad de los jugadores.
  - Posibilidad de establecer límites a las apuestas y pérdidas.
  - Sistemas de exclusión para juegos, bien por un período fijo o permanente y asesoramiento sobre sus problemas.
  - Los jugadores deben tener libre acceso a su historial de juego de forma comprensible.
  - La resolución de conflictos se solventará de acuerdo a procedimientos establecidos.
  - Sistema de control para evitar el blanqueo de dinero.

- Control de la publicidad.
- Seguimiento de auditoría de todas las transacciones llevadas a cabo por el titular de la licencia.
- Cumplimiento de la política pública y financiera de la jurisdicción en la que operen.

Estos principios se recogen en parte en la Disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007 de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, con la rúbrica de *Regulación del juego*. El Gobierno presentará 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, que atenderá a los siguientes principios:

1. *Asegurar la compatibilidad de la nueva regulación con la normativa aplicable a otros ámbitos vinculados a la prestación de este tipo de servicios, y, en especial, a la normativa de protección de los menores, de la juventud, de 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 de la Sociedad de la Información.*

2. *Establecer una regulación sobre la explotación de actividades de juego por sistemas interactivos de acuerdo con la normativa y los principios generales del derecho comunitario.*

3. *Articular un sistema de control sobre los servicios de juego y apuestas por sistemas interactivos que garantice unas condiciones de mercado plenamente seguras y equitativas para los operadores de tales sistemas así como unos adecuados niveles de protección de los usuarios. En particular, **deberá regular la actividad de aquellos operadores que ya cuenten con una autorización para la presentación de los mencionados servicios otorgada por las autoridades de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea.***

4. *Establecer un sistema de tributación sobre los servicios de juego y apuestas por sistemas interactivos atendiendo al origen de las operaciones objeto de tributación. La regulación deberá igualmente prever un sistema de distribución de la tributación obtenida como consecuencia de la explotación de servicios de juego y apuestas por medios electrónicos en España entre la Administración Estatal y las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta la especificidad fiscal de los regímenes forales.*

5. *La actividad de juego y apuestas a través de sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas **sólo podrá ejercerse por aquellos operadores autorizados para ello por la Administración Pública competente, mediante la concesión de una autorización tras el cumplimiento de las condiciones y requisitos que se establezcan.** Quien no disponga de esta autorización no podrá realizar actividad alguna relacionada con los juegos y apuestas interactivos. En particular, se establecerán las medidas necesarias para impedir la realización de publicidad por cualquier medio así como la prohibición de utilizar cualquier medio de pago existente en España. Por otra parte, se sancionará de conformidad con la legislación*

*de represión del contrabando la realización de actividades de juego y apuestas a través de sistemas interactivos sin contar con la autorización pertinente.*

6. *La competencia para la ordenación de las actividades de juegos y apuestas realizadas a través de sistemas interactivos corresponderá a la Administración General del Estado cuando su ámbito sea el conjunto del territorio nacional o abarque más de una Comunidad Autónoma.*

Como ha señalado el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en las conclusiones del caso C-338/04, «La ausencia de derecho derivado aplicable a los juegos de azar exige una solución de las cuestiones prejudiciales desde el derecho originario, aunque, a la vista de las esferas afectadas, sería conveniente una armonización de la materia en los ámbitos competenciales de la Comunidad, para la que no han faltado oportunidades». Hubo un primer intento en 1991, cuando la Comisión, sobre la base del estudio «Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation»<sup>16</sup>, pretendió que la regulación del juego se sometiera al régimen del mercado común; mas no siguió adelante por las reticencias de algunos Estados miembros. Otra ocasión surgió con la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, pero excluyó expresamente «las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas loterías y apuestas» [artículo 1, apartado 5, letra d), tercer guión].

Actualmente se discute la propuesta de una importante Directiva sobre los servicios, donde se quiere crear un marco jurídico «para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios» (artículo 1), que afectaría a los juegos de azar (artículo 2, *a contrario sensu*), aunque contempla un período transitorio, en el que el «principio del país de origen» no rige «las actividades de juegos por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías y las operaciones relacionadas con las apuestas» [artículo 18, apartado 1, letra a)], respecto de las que se prevé la posible armonización complementaria, «a la luz de un informe de la Comisión y de una amplia consulta con las partes interesadas» (artículo 40) dada la trascendencia de lo que se ha de debatir. Si se lograra esta concertación en la Comunidad, se resolverían muchos de los problemas de las apuestas por Internet. Mientras tanto, las medidas que se adopten unilateralmente han de analizarse desde la óptica del Tratado»<sup>17</sup>.

Lo cierto es que la dicción literal del considerando 25 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece que «procede excluir las actividades de juego por dinero, incluidas las loterías y apuestas, del ám-

<sup>16</sup> Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1991.

<sup>17</sup> Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos acumulados C-338/04; C-359/04 y C-360/04, presentadas el 16 de mayo de 2006. Apartados 144 a 148.

bito de aplicación de la presente Directiva, habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores».

En España, la Orden EHA/2566/2005 de 20 de julio de 2005 previó ya la regulación de la participación a través de Internet de los juegos y apuestas comercializados por la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado. No se trata de comercializar productos nuevos sino de validar por Internet las apuestas existentes<sup>18</sup>. Pero mientras no se desarrolle el mandato que la Ley 56/2007 realiza al gobierno, la cuestión de la regulación general del juego on line en España queda pendiente.

Todo ello resulta altamente relevante puesto que la regulación del juego on line presenta numerosos retos desde el punto de vista regulador. A modo de ejemplo, las apuestas virtuales no permiten controlar la identidad del apostante ni la honorabilidad del organizador de la apuesta. Además, la cuestión de la Ley aplicable resulta también problemática. Para la visión estadounidense más restrictiva, el acceso de un particular a una página web haría que se creara un casino en su territorio. Por tanto, es el jugador quien determina la Ley aplicable y no la nacionalidad del sitio web<sup>19</sup>. A pesar de ello, continúa existiendo la dificultad de ejecutar las sentencias o prohibiciones fuera de la jurisdicción que las dicta.

### 3. LA EXISTENTE JURISPRUDENCIA EUROPEA

Los antecedentes primeros de la jurisprudencia europea pueden situarse en la sentencia del caso Schindler de 24 de marzo de 1994<sup>20</sup>. Al respecto, el profesor SALA ARQUER ha tenido ocasión de expresar que: «La tesis que parece imponerse, hasta el momento, es la de que el artículo 90.2 del Tratado, aunque se refiere en general a los monopolios fiscales, sólo afecta a los que

<sup>18</sup> Esta normativa fue impugnada por parte de la Asociación de Administradores de Lotería que consideraban que podían perder parte de su negocio concesional al eliminarse los boletos físicos y la necesidad de desplazamiento del apostante. Al respecto la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2007 (JUR 2007, 304076), establece que la recurrente se encuentra bajo una relación de especial sujeción con la Administración en tanto que concesionario y que no corresponde a los tribunales examinar las consecuencias de una modificación de la forma en que la concesión se ejecuta. La modificación es por tanto legal y se circunscribe dentro del «ius variandi» de la Administración concedente.

<sup>19</sup> Una explicación sumaria del sistema de juego y de sus problemas regulatorios puede confrontarse en PONS, N. «Les jeux d'hasard et Internet» *Gazette du Palais*. Vendredi 16-Samedi 17 Fevrier 2001, pg. 263. Igualmente, ARONOVITZ, A. M. «Administrative requirements to run a virtual casino: the place and dimensions of E-licensing» en AA VV *Cross-Border Gambling on the Internet Challenging National and International Law*. Swiss Institute of Comparative Law. Zürich, 2004.

<sup>20</sup> STJCEE de 24 de marzo de 1994. Asunto C-275/92. Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler y Joerg Schindler. Petición de cuestión prejudicial de la High Court of Justice, Queen's Bench Division del Reino Unido.

tengan un efectivo carácter comercial. Esto dejaría al margen de la obligación de adaptación a los monopolios de loterías (como de hecho ha sucedido hasta el momento). Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sólo se ha pronunciado sobre las loterías en la Sentencia “Schindler”, de 24 de marzo de 1994. Esta decisión no abordó la cuestión del monopolio, por la sencilla razón de que las preguntas formuladas por la High Court of Justice en el marco de una cuestión prejudicial se referían a un supuesto muy distinto: el de un Estado donde la actividad de loterías estaba (por poco tiempo ya) prohibida. Aun así, el Tribunal sentó la doctrina de que **la actividad de loterías debía considerarse como una prestación de servicios** y, por lo tanto, sometida a las reglas del Tratado sobre libre prestación de servicios; dicho esto, **el Tribunal añadía que la prohibición británica anterior a 1993 no era discriminatoria y que además estaba justificada por razones de interés general**. Cabe preguntarse cuál sería la respuesta del Tribunal si la cuestión que se sometiese a su consideración fuese la de las restricciones derivadas del monopolio, y no las de una prohibición general. Aquí nos encontramos de nuevo con la diferencia, antes subrayada, entre prohibición general y prohibición monopolística. Los argumentos que pueden justificar la primera no son necesariamente trasladables a la segunda, ni los preceptos en juego son los mismos. Ahora bien, lo cierto es que esa pregunta aún no ha sido formulada a fecha de hoy»<sup>21</sup>.

Posteriormente, las sentencias Läärä<sup>22</sup> y Zenatti<sup>23</sup> establecieron que aunque la sentencia Schindler trata de la organización de loterías, estas consideraciones también son válidas para los demás juegos que presentan características comparables. Es decir, extendieron el reconocimiento del carácter de actividad económica al resto de juegos con características comparables a la lotería. Según MAZÓN HERNÁNDEZ, «En particular, con respecto a las máquinas tragaperras, el apartado 18 de la sentencia Läärä disponía: “los juegos consistentes en la utilización contra remuneración de máquinas tragaperras (...) deben considerarse juegos de azar comparables a las loterías mencionadas en la sentencia Schindler”. En cuanto a las apuestas sobre eventos deportivos. El apartado 18 de la sentencia Zenatti establecía: “las apuestas sobre las competiciones deportivas aunque no puedan considerarse juegos de azar puros, ofrecen, al igual que estos últimos, la esperanza de ganar una suma de dinero a cambio de una apuesta que sirve de pago”, por lo tanto “en estas circunstancias, las apuestas de que se trata en el asunto principal deben considerarse juegos comparables a las loterías contempladas en la sentencia

<sup>21</sup> SALA ARQUER, J. M. «Liberalización del monopolio del loterías y competencias sobre el juego» Revista Española de Derecho Administrativo núm. 120, 2003, pg. 534.

<sup>22</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1999. Asunto C-124/97. Markku Juhani Läärä, Costwold Microsystems Ltd y Oy Transatlantic Software Ltd contra Finlandia. Petición de cuestión prejudicial del Basan hovioikeus de Finlandia.

<sup>23</sup> STJCE de 21 de octubre de 2001. Asunto C-67/98. Questore di Verona contra Diego Zenatti. Petición de cuestión prejudicial del Consiglio di Stato italiano. Cfr. BARONE, A. «Libera prestazione di servizi e scommesse su eventi sportivi» Foro Italiano IV, 2000, pg. 218.

Schindler” (apartado 19 de la sentencia Zenatti). Finalmente, la sentencia Anomar<sup>24</sup>, en su apartado 47, acaba concluyendo que “es preciso (...) calificar el conjunto de juegos de suerte o azar como actividades económicas con arreglo al artículo 2 CE, puesto que cumplen los dos criterios establecidos por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia anterior, que son la prestación de un servicio determinado a cambio de una remuneración y el ánimo de lucro”. Por tanto podemos afirmar que **los juegos de suerte, envite o azar, en sus distintas modalidades (loterías, máquinas tragaperras, apuestas sobre eventos deportivos, etc.), constituyen actividades económicas**. Ni el carácter aleatorio de las ganancias, ni el carácter lúdico que pueda tener su participación en él, ni el hecho de que los beneficios generados sólo puedan, por lo general, afectarse a objetivos de interés general, pueden privarle de su carácter de actividad económica»<sup>25</sup>.

En todos los casos examinados, se considera la organización de juegos de azar como una actividad económica sujeta a los principios de libre prestación de servicios. Ello implica pues que las restricciones examinadas constituyen barreras a la libre circulación. Una vez establecido ello, el tribunal examina si las restricciones existentes pueden tener amparo dentro de la persecución de legítimos intereses públicos.

Existen para este conjunto jurisprudencial razones de índole moral, religiosa o cultural que fundamentan las limitaciones a las loterías. Igualmente las loterías pueden implicar un riesgo elevado de fraude fiscal o delito de estafa. Por ello, el Tribunal realiza un test de proporcionalidad en cada caso, atendiendo a los objetivos perseguidos y los medios empleados. Para el caso Zenatti, se especifica que «una limitación de este tipo sólo es admisible si responde efectivamente al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y si la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo constituye un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida» (apartado 36).

### 3.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003<sup>26</sup>.

La Legge Finanziaria italiana núm. 388 de 23 de diciembre del 2000<sup>27</sup>, prevé que la licencia para la gestión de apuestas se conceda exclusivamente a los concesionarios o a las personas que están autorizadas por un Ministerio u otra entidad a la que la Ley reserve la facultad de organizar o gestionar

<sup>24</sup> STJCE de 11 de septiembre de 2003. Asunto C-6/01. Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (ANOMAR) y otros contra Portugal. Petición de cuestión prejudicial del Tribunal Cível da Comarca de Lisboa.

<sup>25</sup> MAZÓN HERNÁNDEZ, M. Análisis económico, jurídico y fiscal del juego. Tirant lo Blanch. Valencia 2007, pg. 91.

<sup>26</sup> Asunto C-243/01. Piergiorgio Gambelli. Petición de cuestión prejudicial del Tribunal de Ascoli Piceno (Italia).

<sup>27</sup> Equivalente a nuestra Ley de Presupuestos. El contexto normativo italiano puede verse en MIGNONE, C. I. «La Corte di Giustizia si pronuncia sul gioco d'azzardo nell'era di Internet» Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (2004) pgs. 397 y ss.

apuestas. No se trata ya en el presente caso de una prohibición absoluta de juego como en el caso Schindler sino del sometimiento del mismo a un procedimiento administrativo autorizador.

Según la resolución de remisión, la fiscalía y el juez de instrucción del Tribunale di Fermo (Italia) han comprobado la existencia de una organización difusa y dispersa de agencias italianas conectadas a través de Internet con el corredor de apuestas Stanley International Betting Ltd (en lo sucesivo, «Stanley»), establecido en Liverpool (Reino Unido), a la que pertenecen Gambelli y otros, que son los inculcados en el proceso principal. Se les imputa haber colaborado en territorio italiano con un corredor de apuestas extranjero en la actividad de recogida de apuestas, que normalmente está reservada por Ley al Estado, y haber infringido de este modo la Ley n. 401/89.

Tales actos, que se consideran contrarios al régimen de monopolio<sup>28</sup> sobre las apuestas deportivas atribuido al Comité Olímpico Nacional Italiano y constitutivos del delito tipificado en el artículo 4 de la Ley n. 401/89, se desarrollan del siguiente modo: el apostante comunica al responsable de la agencia italiana los partidos respecto a los que desea realizar una apuesta indicando la cantidad apostada; dicha agencia transmite, a través de Internet, la solicitud de aceptación al corredor de apuestas indicando los encuentros de fútbol nacionales de que se trate y la apuesta; el corredor de apuestas transmite, a través de Internet, en tiempo real, la confirmación de la aceptación de la apuesta; la agencia italiana comunica la confirmación al apostante y éste abona a la agencia la cantidad debida, que se ingresa posteriormente a favor del corredor de apuestas en una cuenta abierta en el extranjero especialmente prevista a estos efectos.

Stanley es una sociedad de capital británico, registrada en el Reino Unido, que desarrolla la actividad de corredor de apuestas sobre la base de una licencia concedida por el municipio de Liverpool con arreglo a la Betting, Gaming and Lotteries Act (Ley de Apuestas y Loterías). Dicha sociedad está autorizada a ejercer su actividad en el Reino Unido y en el extranjero. Organiza y gestiona las apuestas con arreglo a una licencia británica, selecciona los acontecimientos y el valor de las apuestas y asume el riesgo económico. Stanley abona los premios ganados y paga diversos impuestos debidos en el Reino Unido, además de los impuestos y cotizaciones relativos a los salarios. Está sujeta a estrictos controles relativos a la regularidad de sus actividades, que son efectuados por una sociedad de auditoría privada, así como por el Inland Revenue y el Customs & Excise. Stanley ofrece al público europeo

<sup>28</sup> Italia opta pues por un régimen severo de disciplina pública en el juego, que puede desarrollarse sólo en el ámbito de las estructuras u organizaciones públicas y por tanto sólo en base a disposiciones normativas y autorizaciones administrativas que lo permitan. Cfr. COCCIA, M. «I concorsi pronostici e le scommesse sulle competizioni sportive e il diritto comunitario» *Rivista di Diritto Sportivo* 1992; Rossi, G. «Il mercato unico europeo e il monopolio del CONI sui giochi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive» *Rivista di Diritto Sportivo* 1992.

una amplia gama de apuestas a precio fijo sobre diversos acontecimientos deportivos nacionales, europeos o mundiales. Los particulares tienen la posibilidad de participar desde su propio domicilio mediante diversos sistemas, como Internet, fax o teléfono, en las apuestas organizadas y gestionadas por esta sociedad.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta legislación italiana respeta el principio de proporcionalidad habida cuenta del rigor de la prohibición establecida, así como de la existencia de sanciones penales que impiden la práctica de aceptación de apuestas por parte de empresas comunitarias extranjeras.

Los inculpados en el proceso principal señalan a este respecto que el Estado italiano no aplica una política coherente con el fin de limitar, o suprimir, las actividades de juego, en el sentido de las sentencias antes citadas Läärä y otros, apartado 37, y Zenatti, apartado 36. La preocupación que las autoridades nacionales manifiestan por la protección de los apostantes contra el riesgo de fraude, por la salvaguarda del orden público o por la reducción de las oportunidades de juego para evitar las consecuencias negativas, tanto individuales como sociales, de las apuestas y de la incitación al gasto que éstas suponen, carecen de fundamento, puesto que dicho Estado aumenta la oferta de juegos y apuestas e incluso fomenta que la gente recurra a dichos juegos, facilitando el régimen de recogida, para aumentar los ingresos fiscales. El hecho de que la organización de apuestas esté regulada por leyes presupuestarias muestra que la verdadera motivación de las autoridades nacionales es de índole económica.

Según los inculpados en el proceso principal, la legislación italiana tiene asimismo como finalidad proteger a los concesionarios del monopolio nacional impidiendo la entrada de operadores de otros Estados miembros, dado que las licitaciones prevén criterios de estructura de propiedad que no pueden ser cumplidos por una sociedad de capital que cotiza en bolsa, sino únicamente por personas físicas, e imponen el requisito de poseer locales y ser concesionarios con una determinada antigüedad.

La importancia de la cuestión prejudicial para las varias legislaciones europeas se constata por la presentación de observaciones por parte de hasta nueve Estados además de por la Comisión en el procedimiento prejudicial. El Tribunal resuelve que la legislación italiana impone una restricción tanto a la libre prestación de servicios (servicios ofrecidos por Internet y por tanto sin desplazarse) como a la libertad de establecimiento (organizar actividades de recogida de apuestas a través de una agencia establecida en otro Estado miembro)<sup>29</sup>. Una vez constatada pues la restricción, la sentencia discurre analizando si ésta es legítima de acuerdo con los objetivos del Tratado.

<sup>29</sup> Sobre la disparidad de enfoque vide el reciente artículo TORRENT, R. «Derecho comunitario e Inversiones extranjeras directas: libre circulación de los capitales vs. regulación no discriminatoria del establecimiento. De la golden share a los nuevos open skies» *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 22, 2007.

En primer lugar, las restricciones que se basen en proteger los ingresos fiscales no figuran entre las mencionadas en el art. 46 TUE y por ello no constituyen una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios (STJCE de 16 de julio de 1998. Caso ICI. Asunto C-264/96; STJCE de 3 de octubre de 2002. Caso Danner. Asunto C-136-00).

Una vez descartada la protección de la recaudación fiscal, el Tribunal puede admitir las restricciones si superan el clásico triple test ya establecido en la STJCE de 30 de noviembre de 1995 (Caso Gebhard. Asunto C-55-94):

– **¿Las restricciones están justificadas por razones de interés general?** (apartados 67-69 del fallo).

*En primer lugar, si bien el Tribunal de Justicia admitió en las sentencias Schindler, Läärä y otros, y Zenatti, antes citadas, que las restricciones de las actividades de juego pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, como la protección de los consumidores y la prevención del fraude y de la incitación a los ciudadanos al gasto excesivo en juegos, también es necesario que las restricciones basadas en tales motivos y en la necesidad de evitar perturbaciones en el orden social sean apropiadas para garantizar la realización de dichos objetivos en el sentido de que dichas restricciones deben contribuir a limitar las actividades de apuesta de modo coherente y sistemático.*

*A este respecto, refiriéndose a los trabajos preparatorios relativos a la Ley núm. 388/00, el órgano jurisdiccional remitente señaló que el Estado italiano aplica en el ámbito nacional una política de fuerte expansión del juego y de las apuestas con el objeto de obtener fondos al tiempo que protege a los concesionarios del CONI.*

*Pues bien, en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otros juegos de apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, las autoridades de dicho Estado no están legitimadas para invocar como razón de orden público social la necesidad de reducir las oportunidades de juego con el fin de justificar medidas como las litigiosas en el asunto principal.*

– **¿Las restricciones son adecuadas para garantizar la realización del objetivo?** (apartados 70-71 del fallo).

*A continuación, las restricciones impuestas por la normativa italiana en materia de licitaciones deben aplicarse indistintamente, es decir, deben aplicarse del mismo modo y con los mismos criterios a los operadores establecidos en Italia y a los procedentes de otros Estado miembros.*

*Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente examinar si los requisitos de participación en las licitaciones para las concesiones de explotación de apuestas sobre acontecimientos deportivos están establecidos de tal modo que pueden ser cumplidos en la práctica más fácilmente por los operadores italianos que por los operadores extranjeros. En tal hipótesis, dichos requisitos no respetarían el principio de no discriminación.*

– **¿Las restricciones son proporcionadas y por tanto no van más allá de lo**

**necesario para conseguir el objetivo perseguido?** (apartados 72 a 75 del fallo).

*Finalmente, las restricciones impuestas por la legislación italiana no deben ir más allá de lo necesario para conseguir el objetivo perseguido. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar si la sanción penal infligida a cualquier persona que efectúe apuestas desde su domicilio en Italia, a través de Internet, con un corredor de apuestas establecido en otro Estado miembro, constituye una sanción desproporcionada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse las sentencias de 29 de febrero de 1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos, C193/94, Rec. pg. 1-929, apartados 34 a 39, y de 25 de julio de 2002, MRAX, C-459/99, Rec. pg. 16591, apartados 89 a 91), sobre todo teniendo en cuenta que se fomenta la participación en apuestas cuando ésta se desarrolla en el contexto de juegos organizados por entidades nacionales autorizadas.*

*Además, el órgano jurisdiccional remitente deberá plantearse si las restricciones, acompañadas de sanciones penales que pueden ir hasta un año de prisión, impuestas a los intermediarios que faciliten la prestación de servicios por un corredor de apuestas establecido en otro Estado miembro distinto de aquel en el que se ofrecen, al poner a disposición de los apostantes en sus locales la conexión Internet con el corredor de apuestas, constituyen una restricción que va más allá de lo que es necesario para luchar contra el fraude, especialmente cuando el prestador de los servicios está sujeto, en el Estado miembro de establecimiento, a un régimen de control y de sanciones, los intermediarios están legalmente constituidos y, antes de las modificaciones legislativas derivadas de la Ley n. 388/00, dichos intermediarios estimaban que estaban autorizados para transmitir apuestas sobre acontecimientos deportivos extranjeros.*

*Respecto a la proporcionalidad de la legislación italiana en relación con la libertad de establecimiento, aunque el objetivo perseguido por las autoridades de un Estado miembro sea evitar el riesgo de que los concesionarios de juegos se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas, excluir la posibilidad de que las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de otros Estados miembros obtengan concesiones para la gestión de las apuestas deportivas, máxime cuando existen otros medios para controlar las cuentas y las actividades de dichas sociedades, puede resultar una medida que va más allá de lo que es necesario para evitar el fraude.*

*Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la normativa nacional, habida cuenta de sus modalidades concretas de aplicación, responde efectivamente a objetivos que puedan justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas en relación con dichos objetivos.*

La sentencia Gambelli presenta una extraña remisión de la resolución de las cuestiones planteadas al mismo órgano jurisdiccional remitente<sup>30</sup> en este sentido pues, se desvirtúa en cierta manera la utilidad de la cuestión prejudicial de interpretación puesto que se devuelve la cuestión sin resolver a la

<sup>30</sup> Cfr. también los comentarios de COCCIA, M. «Rien ne va plus. La Corte di Giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo» Il Foro Italiano, 1994 pg. 521.

jurisdicción nacional que plantea la duda<sup>31</sup>. El Tribunal en cierta manera se impone un *self restrain* en una cuestión altamente delicada para la práctica totalidad de los Estados miembros, la Comisión, por su parte, apoya en cierta medida la pretensión de los Estados miembros al admitir en la presentación de sus observaciones que «las restricciones establecidas por la legislación italiana estarían justificadas por las mismas razones de política social que las admitidas por el Tribunal en las sentencias anteriores que hemos presentado (Schindler, Läärä y Zenatti)»<sup>32</sup>.

A pesar de este *self restrain* y de la remisión del examen de la licitud de las restricciones al propio órgano remitente, el Tribunal no puede evitar efectuar una crítica a los fundamentos de la regulación: en la medida en que las autoridades de un Estado miembro, al ser operadores de juegos y loterías inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otros juegos de apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, las autoridades de dicho Estado no están legitimadas para invocar como razón de orden público social la necesidad de reducir las oportunidades de juego. Dicho en otras palabras, mal puede justificar la restricción al juego quien lo fomenta para sus intereses recaudatorios.

Igualmente, de la sentencia y sus precedentes se desprende que las restricciones que se basen en proteger los ingresos fiscales no figuran entre las mencionadas en el art. 46 TUE y por ello no constituyen una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios.

#### 4. LAS NUEVAS SENTENCIAS DE 2007

##### 4.1 Caso *Placanica et al.* STJCE de 6 de marzo de 2007. Asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04..

Como ya se ha dicho, la normativa italiana establece fundamentalmente que la participación en la organización de juegos de azar, incluida la recogida de apuestas, está sujeta a la obtención de una concesión y de una autorización de policía. Cualquier infracción de dicha legislación conlleva sanciones penales que pueden consistir incluso en una pena de privación de libertad de hasta tres años.

El caso objeto de sentencia del Tribunal de Justicia examina una licitación

<sup>31</sup> Vide puntos 116 y 120 de las conclusiones del abogado general Alber al caso C-243/01.

<sup>32</sup> ROSE destaca la inhibición del gobierno federal en los asuntos de juego. Además especifica como «un Estado miembro (referido a la UE) tiene el derecho de proteger a sus ciudadanos de los peligros del juego; no tiene el derecho de reservarse un monopolio sobre el juego legal con la finalidad de recaudar dinero. El Tribunal de Justicia comprende las competencias limitadas de una federación, lección que no han asumido los legisladores federales de Estados Unidos y Australia». ROSE, I. N. «The future legal landscape for Internet Gambling» *Gambling and the Law* vol. 4 núm. 5/6, 2000, pg. 406. Paréntesis añadido.

de 1998 que convocó el Comité Olímpico Nacional Italiano para la concesión de 1.000 nuevas autorizaciones de gestor de apuestas sobre competiciones deportivas. Stanley International Betting Ltd deseaba obtener dichas concesiones para al menos 100 puntos de aceptación de apuestas en todo el territorio italiano pero no cumplía los requisitos de transparencia del accionariado que impone la legislación específica. Stanley, sin embargo, opera legalmente en UK en virtud de una licencia de corredor de apuestas expedida por las autoridades de Liverpool<sup>33</sup>. Asimismo, está sujeta a los controles previstos por las autoridades británicas, tanto en lo referente a la regularidad de sus actividades como a la gestión interna.

Stanley opera en Italia a través de más de doscientas agencias, llamadas comúnmente «centros de transmisión de datos» (CTD). Estos centros ofrecen sus servicios en locales abiertos al público en los que ponen a disposición de los apostantes un sistema telemático que les permite acceder al servidor de Stanley situado en el Reino Unido. De este modo, los apostantes pueden dirigir a Stanley, por vía telemática, apuestas deportivas sobre los acontecimientos y por los valores que se indican en los programas proporcionados por Stanley, recibir la aceptación de sus apuestas, pagarlas y, en su caso, percibir sus ganancias. Los CTD están gestionados por operadores independientes vinculados contractualmente a Stanley. Los Sres. Placanica, Palazzese y Sorricchio, imputados en los asuntos principales, son gerentes de CTD vinculados a Stanley.

Nos enfrentamos, en definitiva a un caso claro de reconocimiento mutuo de legislaciones en materia de autorizaciones para el juego. El operador británico lo hace legalmente dentro de su territorio y si se aplicara la equivalencia de legislaciones, podría igualmente operar en cualquier otro territorio comunitario. Sin embargo, la diferencia de legislaciones provoca que Stanley no obtenga la autorización italiana y que la Ley obligue a procesar a los gestores de CTD por cuenta del operador inglés.

El Tribunal examina varios aspectos:

**a) La exigencia de una concesión** (apartados 50 a 58).

*Para poder actuar en el sector de los juegos de azar en Italia, un operador ha de obtener una concesión. En virtud del sistema de concesiones empleado, el número de operadores es limitado. En relación con la aceptación de apuestas, el número de concesiones para la gestión de apuestas sobre acontecimientos deportivos distintos de las*

<sup>33</sup> Reino Unido aprobó en 2005 la Gambling Act que sujeta al control de las autoridades las empresas de apuestas on line. Para ello existe un regulador (la Gambling Commission) que concede las licencias y lleva a cabo el control de las actividades así como un órgano de arbitraje (el Independent Betting Adjudication Service) que permite dirimir disputas entre operadores y usuarios. Vide con detalle el modelo inglés de regulación en LORA-TAMAYO VALLVE, M. «La regulación del juego en el Reino Unido. Principales Novedades» en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) Régimen del juego en España. Aranzadi, 2006, pgs. 169 y ss.

*competiciones hípcas se limita a mil, al igual que el número de concesiones para la aceptación de apuestas sobre competiciones hípcas.*

*De entrada, es preciso señalar que el hecho de que dicho número de concesiones para las dos categorías, como resulta de los autos, se considere «suficiente» para todo el territorio nacional en virtud de una estimación específica no puede justificar, por sí mismo, los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que se derivan de dicha limitación.*

*En relación con los objetivos que pueden justificar tales obstáculos, en el presente contexto debe distinguirse entre, por una parte, el objetivo de reducir las oportunidades de juego y, por otra, en la medida en que los juegos de azar están autorizados, el objetivo de luchar contra la criminalidad sometiendo a control a los operadores que desarrollan su actividad en este sector y encauzando las actividades de juegos de azar en circuitos controlados.*

*Por lo que se refiere al primer objetivo, de la jurisprudencia resulta que aun cuando, en principio, las restricciones del número de operadores pueden estar justificadas, estas restricciones deben responder en todo caso al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y de limitar las actividades en este ámbito de manera coherente y sistemática (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Zenatti, apartados 35 y 36, y Gambelli y otros, apartados 62 y 67).*

*Conforme a la jurisprudencia de la Corte suprema di cassazione<sup>34</sup>, consta que el legislador italiano aplica una política de fuerte expansión de los juegos de azar con el objeto de aumentar los ingresos fiscales y que no cabe invocar los objetivos de limitación de la propensión al juego de los consumidores o de reducción de la oferta de juegos para justificar la normativa italiana.*

*En efecto, tanto la Corte suprema di cassazione como el Gobierno italiano, en las observaciones que ha presentado ante el Tribunal de Justicia, identifican como finalidad real de la normativa italiana controvertida en los asuntos principales el segundo de los objetivos, que consiste en evitar la explotación de actividades relativas a juegos de azar con fines delictivos y fraudulentos, encauzándolas en circuitos que puedan someterse a control. Desde este punto de vista, una política de expansión controlada en el sector de los juegos de azar puede ser plenamente coherente con el objetivo de atraer a los jugadores que realizan actividades de juego y apuesta clandestinas y, como tales, prohibidas hacia actividades autorizadas y reguladas. Como han observado, en concreto, los Gobiernos belga y francés, para alcanzar este objetivo, los operadores autorizados han de constituir una alternativa fiable, pero al mismo tiempo atractiva, a una actividad prohibida, circunstancia que puede implicar la oferta de una amplia gama de juegos, una publicidad de una determinada magnitud y el recurso a nuevas técnicas de distribución.*

*El Gobierno italiano se ha referido, por otra parte, a elementos de hecho, entre los que destaca una investigación realizada por la sexta comisión permanente (Hacienda y Tesoro público) del Senado italiano en el sector de los juegos y de las apuestas. En esta investigación se llegó a la conclusión de que las actividades de juego y apuesta*

<sup>34</sup> Caso Gesuladi. Cass 26 abril 2004 núm. 111/04.

*clandestinas y, como tales, prohibidas constituyen en Italia un grave problema, al que se podría poner remedio mediante una expansión de las actividades autorizadas y reguladas. Así, según la citada investigación, estas actividades ilegales generan la mitad del volumen de negocios total del sector de los juegos de azar en Italia. Además, se consideró que, al extender las actividades de juego y apuesta autorizadas por la ley, era posible recuperar de las citadas actividades ilegales una parte del volumen de negocios, por un importe cuando menos equivalente al generado por las actividades legalmente autorizadas.*

*Corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar si, en la medida en que limita el número de operadores en el sector de los juegos de azar, la normativa nacional responde verdaderamente al objetivo invocado por el Gobierno italiano, que consiste en evitar la explotación de las actividades en dicho sector con fines delictivos o fraudulentos. Asimismo, corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar si tales restricciones cumplen los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por lo que se refiere a su proporcionalidad.*

Por todo ello, resulta que un sistema de concesiones puede constituir un mecanismo eficaz para controlar a los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar al objeto de evitar la explotación de tales actividades con fines delictivos o fraudulentos. La imposición por tanto de una barrera administrativa de entrada parece legítima. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no dispone de elementos de hecho suficientes para apreciar el límite cuantitativo (1.000 concesiones nuevas) a la luz de las exigencias derivadas del Derecho comunitario. Tampoco se aporta en el procedimiento justificación alguna respecto a este extremo.

**b) Sobre las licitaciones** (apartados 59 a 64).

*El Tribunale di Teramo (asuntos C-359/04 y C-360/04) subraya expresamente que de las licitaciones para la adjudicación de las concesiones quedaban excluidas las sociedades de capital cuyos accionistas individuales no pudieran ser identificados en todo momento y, en consecuencia, todas las sociedades que cotizan en los mercados regulados. La Comisión de las Comunidades Europeas observa que dicha restricción implica excluir de tales licitaciones a los operadores comunitarios más importantes en el sector de los juegos de azar, que están constituidos bajo la forma de sociedades de capital cuyas acciones cotizan en los mercados regulados.*

*Con carácter preliminar, es preciso destacar que la cuestión de la licitud de los requisitos impuestos en las licitaciones de 1999 está lejos de haber quedado sin objeto tras las modificaciones legislativas introducidas en 2002, que permiten que a partir de esa fecha todas las sociedades de capital, sin límite alguno relacionado con su forma, participen en las licitaciones para la adjudicación de concesiones. En efecto, como señala el Tribunale di Teramo, en la medida en que las concesiones se adjudicaron en 1999 por un período de seis años, prorrogable por otros seis, y en que no se ha previsto otra licitación entretanto, cabe la posibilidad de que la exclusión del sector de los juegos de azar de las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados, y de los intermediarios que, como los imputados en los litigios principales, pueden actuar por cuenta de tales sociedades, despliegue sus efectos hasta 2011.*

*El Tribunal de Justicia ya ha declarado que aunque la exclusión de la licitación se aplique indistintamente a todas las sociedades de capital que coticen en los mercados regulados y que puedan estar interesadas en las concesiones, tanto si están establecidas en Italia como en otro Estado miembro, en la medida en que la inexistencia de operadores extranjeros entre los concesionarios se debe a que la normativa italiana en materia de licitaciones excluye, en la práctica, que las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de otros Estados miembros puedan obtener las concesiones, dicha normativa constituye, a primera vista, una restricción a la libertad de establecimiento (sentencia Gambelli y otros, antes citada, apartado 48).*

*Con independencia de si la exclusión de las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados se aplica, de hecho, de la misma manera a los operadores establecidos en Italia y a los procedentes de otros Estados miembros, esta exclusión total excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de evitar que los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas. En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 125 de sus conclusiones, existen otros medios para controlar las cuentas y las actividades de los operadores del sector de los juegos de azar menos restrictivos de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, como recopilar información sobre sus representantes o sus principales accionistas. Confirma esta observación el hecho de que el legislador italiano haya estimado oportuno suprimir completamente la citada exclusión mediante la Ley de presupuestos de 2003 sin sustituirla, sin embargo, por otras medidas restrictivas.*

*Con respecto a las consecuencias que se derivan de la ilicitud de la exclusión de un determinado número de operadores de las licitaciones convocadas para la adjudicación de las concesiones existentes, corresponde al ordenamiento jurídico nacional instaurar cauces procesales que garanticen la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los operadores, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse las sentencias de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, Rec. pg. I-6297, apartado 29, y de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany y Arcor, C-392/04 y C-422/04, Rec. pg. I-8559, apartado 57). A este respecto, podrían ser soluciones apropiadas tanto la revocación y la redistribución de las concesiones anteriores como la convocatoria de licitaciones para adjudicar un número adecuado de nuevas concesiones. No obstante, es preciso señalar que, en cualquier caso, dado que no ha tenido lugar un procedimiento de adjudicación en el que puedan participar los operadores que fueron excluidos ilícitamente de la posibilidad de concurrir en la última licitación, dichos operadores no pueden ser sancionados por no ser titulares de una concesión.*

En definitiva, pues, los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en los asuntos principales, que excluye del sector de los juegos de azar a los operadores constituidos bajo la forma de sociedad de capital cuyas acciones

cotizan en los mercados regulados. Tal restricción, por tanto, no resulta proporcionada al objetivo perseguido.

**c) Sobre la exigencia de una autorización de policía** (apartados 65 a 67).

*La exigencia de que los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar y sus locales se sometan a un control inicial y a una vigilancia continua contribuye claramente al objetivo de evitar que tales operadores se vean implicados en actividades delictivas o fraudulentas y es una medida totalmente proporcionada a dicho objetivo.*

*Sin embargo, de los autos se desprende que los imputados en los litigios principales tenían la intención de obtener una autorización de policía y estaban dispuestos a someterse al control y a la vigilancia mencionados. En efecto, dado que las autorizaciones de policía sólo se expiden a los titulares de una concesión, a los imputados en los litigios principales les resultó imposible obtener tales autorizaciones. A este respecto, de los autos se deriva asimismo que los Sres. Palazzese y Sorricchio, antes de comenzar sus actividades, solicitaron sendas autorizaciones de policía conforme al artículo 88 del Real Decreto, pero sus solicitudes no se tramitaron.*

*Como el Abogado General afirma en el punto 123 de sus conclusiones, el procedimiento para expedir las autorizaciones de policía, en este contexto, adolece de los vicios identificados anteriormente, que afectan a la adjudicación de las concesiones. Por tanto, y en cualquier caso, no cabe censurar la falta de autorización de policía a quienes, como los imputados en los litigios principales, no han podido obtener dichas autorizaciones debido a que su expedición suponía la adjudicación de una concesión de la que, en contra del Derecho comunitario, no podían beneficiarse.*

**d) Sobre las sanciones penales** (apartados 68 a 71).

*Si bien, en principio, la legislación penal es competencia de los Estados miembros, es reiterada jurisprudencia que el Derecho comunitario impone límites a esta competencia, lo que supone que dicha legislación no puede restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario (véase la sentencia de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. pg. I-11, apartado 17).*

*Además, de la jurisprudencia resulta que un Estado miembro no podrá aplicar una sanción penal por no cumplir una formalidad administrativa cuando el Estado miembro de que se trate deniegue o haga imposible el cumplimiento de dicha formalidad infringiendo de ese modo el Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 1983, Rienks, 5/83, Rec. pg. 4233, apartados 10 y 11).*

*Pues bien, resulta que personas como los imputados en los asuntos principales ¿en su condición de gestores de CTD vinculados a una sociedad que organiza apuestas, cotiza en los mercados regulados y está establecida en otro Estado miembro? no podían obtener de ningún modo las concesiones y autorizaciones de policía exigidas por la normativa italiana, porque la República Italiana, infringiendo el Derecho comunitario, supedita la expedición de una autorización de policía a la adjudicación de una concesión y porque, cuando tuvo lugar la última licitación en los asuntos principales, dicho Estado miembro denegaba la adjudicación de concesiones a sociedades que cotizaban en los mercados regulados. En este contexto, la República Italiana no puede imponer sanciones penales por el ejercicio de una actividad organizada de recogida*

*de apuestas sin concesión o autorización de policía a personas como los imputados en los litigios principales.*

En definitiva, las aportaciones de la sentencia del caso Placanica puede sintetizarse en tres aspectos:

– Una normativa nacional que prohíbe el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de las propuestas de apuestas, en concreto de las relativas a acontecimientos deportivos, cuando no se dispone de una concesión o una autorización de policía expedidas por el Estado miembro de que se trate, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios reconocidas en los artículos 43 CE y 49 CE respectivamente.

– La proporcionalidad de las medidas debe ser apreciada por parte de los órganos jurisdiccionales remitentes, para apreciar si se corresponden verdaderamente al objetivo invocado<sup>35</sup>.

– La libre circulación y la libertad de establecimiento se oponen a una normativa nacional que excluye del sector de los juegos de azar a los operadores constituidos bajo la forma de sociedades de capital cuyas acciones cotizan en los mercados regulados.

– No pueden imponerse sanciones penales a los operadores a quienes se impide obtener las citadas concesiones o autorizaciones debido a que el Estado miembro de que se trate, infringiendo el Derecho comunitario, se haya negado a concedérselas.

Hay que notar como el Tribunal no llega a proclamar el principio de reconocimiento mutuo de las autorizaciones otorgadas en otro Estado miembro<sup>36</sup>. Sin embargo, no reconocer automáticamente como operador autorizado no puede amparar las restricciones que impiden a las sociedades

<sup>35</sup> Para el Abogado General Ruiz-Jarabo, «Las disposiciones italianas restringen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, en aras de un fin legítimo, pero son discriminatorias, lo que bastaría para inaplicarlas. Tampoco resultan idóneas para realizar los propósitos que pretenden ni proporcionadas al bien jurídico perseguido». Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos acumulados C-338/04; C-359/04 y C-360/04, presentadas el 16 de mayo de 2006. Apartado 124.

<sup>36</sup> Mucho más acertado y decidido se muestra el Abogado General Ruiz-Jarabo en las conclusiones del caso. Para éste, se trata de un caso de principio de reconocimiento o equivalencia similar al supuesto resuelto por la sentencia Alpine Investments (STJCE Asunto C-384/93): «si un organizador de de otro Estado miembro cumple los requisitos vigentes en su legislación, las autoridades del Estado en el que se presta el servicio deberían entender que es garantía suficiente de su integridad» (apartado 130) la sentencia Alpine Investments fue objeto de comentario anterior en PADROS REIG, C. «Els avenços en matèria de dret societari a Europa: un exemple d'integració jurídica complexa i dinàmica» en ROCA JUNYENT, M. *La Societat Anònima Europea*. Barcelona, Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya, 2005. De manera más general, sobre el principio de reconocimiento mutuo y la convergencia entre legislaciones cfr. BALLBE MALLOL, M. y PADROS REIG, C. Estado competitivo y armonización europea. Ariel, Barcelona 1997 (1ª reimpresión 2000).

extranjeras participar en las licitaciones ni menos aún, sancionar penalmente a los gestores que recojan apuestas sin obtener la preceptiva concesión. En otras palabras, no cabe excluir a las empresas cotizadas ni sancionar a quien no puede participar en las licitaciones por excluirse ilegalmente.

Como ilustra magistralmente el Abogado General Ruiz-Jarabo, «Para el Tribunal de Justicia, un régimen de autorización administrativa previa no legitima un comportamiento discrecional de las instancias nacionales que prive de eficacia a las normas comunitarias. Ha de basarse, por un lado, en elementos objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de suerte que quede bien delimitado el ejercicio de la facultad de apreciación de esas instancias, con exclusión de toda arbitrariedad; y, por otro lado, en un sistema procedimental accesible que asegure a los interesados la tramitación de sus solicitudes en un plazo razonable, con neutralidad e imparcialidad»<sup>37</sup>.

#### **4.2 Caso Comisión contra Italia. STJCE de 13 de septiembre de 2007. Asunto C-260-04.**

A diferencia de los casos anteriormente examinados, la presente sentencia resuelve un recurso de incumplimiento contra la República Italiana. No se trata ya, pues, de interpretar el alcance de la normativa nacional sino de enjuiciar su compatibilidad con el derecho comunitario. Se cierra pues la puerta al *self restrain* y a la posibilidad de remisión a los órganos jurisdiccionales nacionales. La Comisión solicita que se declare la vulneración del derecho comunitario que supone el otorgamiento de concesiones para la gestión de apuestas hípcas al margen del cualquier procedimiento de licitación y vulnerando por ello la transparencia<sup>38</sup>.

A similitud con lo que sucedía en el caso Placanica, no se enjuicia tanto la existencia misma de un sistema concesional para el juego en Italia<sup>39</sup> sino el hecho de que no se respeten los principios mínimos que permitan la libre participación de gestores en los concursos.

Efectivamente, en Italia, la gestión de los juegos y apuestas hípcas estaba originariamente reservada a la Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (Unión Nacional para la Mejora de las Razas Equinas; en lo

<sup>37</sup> Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos acumulados C-338/04; C-359/04 y C-360/04, presentadas el 16 de mayo de 2006. Apartado 121.

<sup>38</sup> Un enfoque similar sobre la aplicación del derecho de los contratos públicos al sector del juego se evidenció ya en el caso Comisión contra Italia Asunto C-272/91 que resolvió la STJCE de 26 de abril de 1994, declarando que el concurso para la automatización de las loterías no podía reservarse a los organismos controlados por el sector público (caso Lottomatica).

<sup>39</sup> CAMPEGIANI, C. y PAPI, C. «Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi» Giustizia Civile 2004-I, pg. 2532. Entre nosotros vide ARNALDO ALCUBILLA, E. «Monopolio de las loterías. Compatibilidad con el Derecho comunitario» en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J. I. y ARNALDO ALCUBILLA, E. (dirs.) Régimen legal de juego en España. Estudios de Derecho Judicial núm. 48. CGPJ, Madrid, 2004.

sucesivo, «UNIRE»), que podía escoger entre la gestión directa o la atribución a terceros de los servicios de recogida y admisión de dichas apuestas. La UNIRE confirió esta gestión a las agencias hípcas. Posteriormente, la Ley núm. 662, de 23 de diciembre de 1996 atribuyó la organización y la gestión de los juegos y apuestas relacionados con las carreras hípcas al Ministerio de Hacienda, así como al Ministerio de Recursos Agrícolas, Alimentarios y Forestales, a los que se autorizó a proceder directamente o a través de organismos públicos, sociedades o corredores de apuestas designados por ellos.

El artículo 3, párrafo 78, de esta Ley disponía que, mediante reglamento, se procedería a la reorganización de los juegos y apuestas vinculados a las carreras hípcas en los aspectos organizativo, funcional, fiscal y represivo, así como al reparto de los ingresos procedentes de estas apuestas. Con arreglo a este artículo de dicha Ley, el Gobierno italiano adoptó el Decreto del Presidente de la República núm. 169, de 8 de abril de 1998, cuyo artículo 2 disponía que el Ministerio de Hacienda, de acuerdo con el Ministerio de Políticas Agrícolas y Forestales, había de adjudicar, mediante licitaciones organizadas conforme a las normas comunitarias, las concesiones para la gestión de las apuestas hípcas a personas físicas y a sociedades que cumplieran los requisitos exigidos. Como medida transitoria, el artículo 25 del Decreto núm. 169/1998 estableció una prórroga de las concesiones otorgadas por la UNIRE hasta el 31 de diciembre de 1998 o, en caso de que no pudieran organizarse procedimientos de licitación antes de esa fecha, hasta el 31 de diciembre de 1999.

Posteriormente, el Decreto ministerial de 7 de abril de 1999 aprobó el plan de refuerzo de la red de recogida y admisión de las apuestas hípcas, para aumentar de 329 a 1.000 el número de centros de recogida en todo el territorio italiano. Mientras que 671 nuevas concesiones fueron objeto de un procedimiento de licitación, la Instrucción del Ministerio de Hacienda de 9 de diciembre de 1999 estableció la renovación de las 329 «antiguas concesiones» de la UNIRE.

En su recurso, la Comisión indica que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, la adjudicación de la gestión y la recogida de apuestas hípcas en Italia debe considerarse una **concesión de servicio público**, por ello, dicha adjudicación no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En su opinión, no obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular de la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonaress (C-324/98, Rec. pg. I-10745), se desprende que las autoridades nacionales que realizan tal adjudicación están obligadas a respetar los principios de no discriminación y de transparencia para garantizar una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

La Comisión señala a este respecto que el Gobierno italiano no respetó las

exigencias de dichos principios al renovar, sin procedimiento de licitación, las 329 concesiones de la UNIRE ya existentes. En efecto, a juicio de la Comisión, sólo se permiten excepciones a estos principios en los casos y por los motivos previstos en los artículos 45 CE y 46 CE. Pues bien, a su entender, las justificaciones invocadas por el Gobierno italiano no se incluyen entre las previstas de forma expresa en dichos artículos y, en cualquier caso, dicho Gobierno no demostró la necesidad y la proporcionalidad de dichas excepciones en relación con los objetivos alegados.

En su escrito de contestación, el Gobierno italiano alega que la Ley núm. 200/2003 y la Decisión núm. 107/2003 se atienen a las exigencias del Derecho comunitario en materia de concesiones de servicios públicos. Según dicho Gobierno, la prórroga de las antiguas concesiones de la UNIRE está justificada por la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, así como por la necesidad de desincentivar el recurso a actividades clandestinas, hasta que estas concesiones puedan ser adjudicadas sobre la base de procedimientos de licitación. En su opinión, tales justificaciones constituyen razones imperativas de interés general que pueden permitir excepciones a los principios del Tratado que imponen la obligación de abrir el mercado de servicios a la competencia.

Sin embargo, Italia no presenta ninguna argumentación que las medidas de refuerzo de la red de recogida y admisión de apuestas deban ser ampliadas sin licitación. Si bien la medida puede ser necesaria para desincentivar el desarrollo de actividades clandestinas de recogida de apuestas, ello no implica necesariamente que la medida deba articularse al margen del derecho de la contratación. No existe por tanto ninguna justificación para la vulneración de los principios de publicidad y transparencia. En palabras del mismo Tribunal:

*es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípcas participen en actividades delictivas o fraudulentas.*

*Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, basta con recordar que éstos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. pg. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. pg. I-721, apartado 22).*

*De ello se deduce que no cabe acoger ninguna de las razones imperiosas de interés general invocadas por el Gobierno italiano para justificar la renovación de las 329 antiguas concesiones al margen de cualquier procedimiento de licitación.*

Se concluye por tanto con la declaración de incumplimiento y la condena en costas<sup>40</sup>.

La aportación más destacable de la sentencia puede residir precisamente en equiparar la regulación de las apuestas hípicas a un servicio público. A diferencia de los razonamientos examinados en la anterior jurisprudencia, la autorización administrativa para la organización de las actividades de apuestas, no se conceptúa dentro de las actividades económicas o de la prestación de servicios sino que se incluye –a efectos del derecho comunitario– dentro del ámbito de soberanía de los Estados. Los Estados son libres por tanto de organizar y definir sus servicios públicos de la manera que crean oportuna (aunque su licitación debe después respetar el derecho de la contratación). Sorprende la ligereza con la que el Tribunal establece que:

*la adjudicación de la gestión y la recogida de las apuestas hípicas en Italia constituye una concesión de servicio público. Esta misma calificación es la que contiene la sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. pg. I-0000), en la cual el Tribunal de Justicia interpreta los artículos 43 CE y 49 CE en relación con la misma legislación nacional<sup>41</sup>.*

Cuando en realidad, esta calificación no se desprende nunca de la jurisprudencia citada. El giro del Tribunal, pese a su pretendida unidad de doctrina es significativo puesto que se pasa de considerar los juegos como una actividad económica o una prestación de servicios, a un servicio público. Y es que una cosa muy distinta es establecer un sistema de regulación de entrada al sector y la otra permitir su publicación (monopolista o no).

Esta apreciación se refuerza si tenemos en cuenta que en todo momento, la jurisprudencia considera que «los Estados miembros son libres para deter-

<sup>40</sup> La República Italiana es reincidente en este tipo de incumplimiento. La STJCE de 26 de abril de 1994 (Asunto C-272/91. Comisión contra Italia), había ya condenado por incumplimiento la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería. El Tribunal estableció que: «un Estado miembro que reserve a los organismos cuyo capital sea mayoritariamente público la participación en una licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería infringe los artículos 52 y 59 del Tratado relativos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, respectivamente, ya que dicha licitación, que comprende los locales, los suministros, la instalación, el mantenimiento, el funcionamiento, la transmisión de datos, así como cualquier otro elemento necesario para explotar el juego, no lleva consigo ninguna transferencia de responsabilidades al concesionario en lo que se refiere a las diferentes operaciones inherentes al juego, de modo que la excepción prevista en el párrafo primero del artículo 55 del Tratado, relativa a las actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público, no es aplicable. Tal práctica también constituye una infracción de los artículos 17 a 25 de la Directiva 77/62, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros».

<sup>41</sup> Es la Comisión la que presume que se trata de un servicio público y el Tribunal lo admite como bueno sin cuestionarlo. De ahí pues la peligrosidad de los *obiter dicta* para la coherencia del sistema. Lo que resta fuera de duda es que no es cierta la equiparación que hace el texto transcrito de la sentencia con el caso Placanica y otros.

minar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión del grado de protección perseguido, las restricciones que impongan». A pesar de este acercamiento del sector de las apuestas a la esfera del servicio público, no hay que olvidar que el derecho comunitario establece también mecanismos de control de la definición y operación de los servicios públicos. En concreto, cabría aplicar en este sentido lo dispuesto en el art. 86 del TCE. La disposición proclama el sometimiento de los monopolios fiscales a las normas de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de la misión específica. Nada se dice ahora respecto a la crítica vertida en el caso *Placanica* donde el Tribunal consideró que las restricciones cuantitativas al número de concesiones otorgadas (1.000) no se justificaba de manera convincente a efectos del valorar los obstáculos a la libertad de establecimiento. Si esas restricciones debían fundamentarse, igualmente debería hacerse con una restricción incluso mayor: el monopolio de Estado.

Es cierto que la sentencia puede tener una interpretación limitada en el sentido de considerar que el Tribunal recurre a la naturaleza jurídica del servicio público no para enjuiciar la actividad en sí misma sino para justificar que incluso en esos casos, deben aplicarse los principios básicos de contratación pública (igualdad, transparencia, publicidad y no discriminación). En definitiva:

*el Gobierno italiano no explicó por qué razón es necesaria a este respecto la ausencia de cualquier procedimiento de licitación y no invocó argumentos que pudieran refutar el incumplimiento imputado por la Comisión. En particular, dicho Gobierno no justificó de qué modo la renovación de las concesiones existentes al margen de cualquier procedimiento de licitación podría suponer un obstáculo al desarrollo de actividades clandestinas en el sector de las apuestas hípiacas y se limitó a alegar que la Ley núm. 200/2003 y la Decisión núm. 107/2003 se atienen a las exigencias del Derecho comunitario en materia de concesión de servicios públicos.*

*Pues bien, a este respecto, procede recordar que corresponde a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa responde a un interés esencial en el sentido de los artículos 45 CE y 46 CE o a una exigencia imperiosa de interés general consagrada por la jurisprudencia y, por otro lado, que dicha normativa es conforme al principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de diciembre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-41/02, Rec. pg. I-11375, apartado 47; de 13 de enero de 2005, Comisión/Bélgica, C-38/03, no publicada en la Recopilación, apartado 20, y de 15 de junio de 2006, Comisión/Francia, C-255/04, Rec. pg. I-5251, apartado 29).*

*Por tanto, es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípiacas participen en actividades delictivas o fraudulentas.*

*Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por*

*el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, basta con recordar que éstos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. pg. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. pg. I-721, apartado 22).*

Con esta interpretación quedaría igualmente imprejuizada la cuestión relevante: ¿son las restricciones de entrada justificables a la vista de la aplicación de las libertades comunitarias? la respuesta se devolvería al examen de la jurisdicción nacional (y vuelta a empezar).

## **5. LA LITIGIOSIDAD ANTE LA OMC. EL CASO ANTIGUA-BARBUDA Y LA UNLAWFUL INTERNET GAMBLING ENFORCEMENT ACT DE ESTADOS UNIDOS**

Estados Unidos constituye un ejemplo de regulación del juego que comparte alguno de sus presupuestos con España. En primer lugar, la descentralización de la regulación, puesto que la mayor parte de la competencia recae en los Estados. También se aprecia como la regulación norteamericana ha pasado por distintas fases como ilustra LORA-TAMAYO, siendo la penúltima la de la legalización del juego<sup>42</sup>. En la situación actual, sin embargo, numerosos Estados prohíben la práctica del juego virtual a través de los casinos online. También desde la Wire Act de 1961, se entiende que cualquier juego o apuesta realizada por medio de una tecnología de comunicación es ilegal y el Departamento de Justicia ha especificado que ello incluye las apuestas por Internet<sup>43</sup>.

Antigua-Barbuda, un micro Estado de las antillas caribeñas permite (e incluso alienta) la domiciliación de páginas web dedicadas a esta actividad. Como sea que no se permite ofrecer esos servicios a los internautas norteamericanos, Antigua demandó a Estados Unidos ante la Organización Mundial del Comercio por obstaculización del comercio<sup>44</sup>. El caso pone en tela

<sup>42</sup> LORA-TAMAYO VALLVE, M. «Régimen jurídico del juego en Estados Unidos» en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) Régimen del juego en España. Aranzadi, 2006. La descripción de esta autora no contempla, por razones cronológicas obvias, la promulgación de la *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* de 2006, cuyo mismo nombre indica, supone un giro restrictivo en la implantación del juego a través de internet. Sin embargo tanto la Wire Act como la *Illegal Gambling Business Act*, antecedentes de la situación prohibicionista actual contradicen la idea de la autora de que «en la actualidad podemos considerar que nos encontramos ante una nueva etapa en la extensión de la legalización del juego en Estados Unidos que ha venido de la mano de la implantación del juego en internet».

<sup>43</sup> Cfr. ROSE, N. y OWENS, M. *Internet Gambling Law*. 2005

<sup>44</sup> Informe del Grupo Especial en el asunto Estados Unidos-Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. WT/DS285/R de 10 de noviembre de 2004. Disponible en [www.wto.org](http://www.wto.org)

de juicio la discriminación en la que incurre Estados Unidos: por una parte prohíbe el juego por Internet pero permite que sus Estados lo autoricen. De este modo se discrimina a los proveedores de servicios extranjeros. Según el grupo de trabajo *ad hoc*, una prohibición de suministro de servicios de juegos de azar y apuestas constituyen un contingente cero que impide el acceso al mercado. Esta limitación quedaría pues incluida dentro del ámbito de aplicación del artículo XVI del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios. Esta desigual batalla entre David y Goliath resultó en opinión de LALANDA FERNÁNDEZ, «en un duro revés para los intereses y sistema de USA en este campo, muy probablemente por la ambigüedad de las listas de trabajo previo y de cierta negligencia a la hora de suscribirlas»<sup>45</sup>.

Esta resolución OMC en primera instancia fue objeto de apelación. El Apellate Body matiza en parte la resolución inicial<sup>46</sup>. La legislación norteamericana constituye una limitación al número de proveedores de servicios. A pesar de ello, se constata como el grupo especial no asumió debidamente la carga de formular por los Estados Unidos la defensa fundada en el apartado a) del artículo XVI ni la carga de refutar por Antigua la defensa de los Estados Unidos. Este problema de garantías procesales permite ahora aceptar una ulterior justificación de la legislación norteamericana de manera que se

*«modifica la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.2 d) de su informe y en su lugar constata que los Estados Unidos han demostrado que la Ley de Comunicaciones por Cable, la Ley de Viajes y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar son medidas “necesarias para proteger la moral o mantener el orden público”, de conformidad con el apartado a) del artículo XIV, pero no han demostrado, en vista de la Ley de apuestas interestatales sobre carreras de caballos, que las prohibiciones incluidas en esas Leyes se apliquen tanto a los proveedores de servicios de apuestas hípcas a distancia nacionales como a los extranjeros, y en consecuencia no han acreditado que esas medidas cumplan las prescripciones del preámbulo».*

En opinión de TRACHTMAN, la importancia del caso reside precisamente en considerar las medidas cualitativas como restricciones cuantitativas al comercio. De este modo pueden resultar restricciones cuantitativas todas las medidas reguladoras que impongan una restricción. Ello abre un campo de actuación casi ilimitado en la OMC. Dicho en otras palabras, la combinación entre barreras de acceso y exenciones obligaba al escrutinio de las cuotas que restringían de modo discriminatorio el libre comercio pero dejaba en el ámbito de soberanía de los Estados las imposiciones normativas (indistintas) que lógicamente pueden tener efectos sobre el comercio. Así, una regu-

<sup>45</sup> LALANDA FERNÁNDEZ, C. «Los juegos de azar en internet. Aproximación jurídica desde la perspectiva del Derecho español» en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.) Régimen del juego en España. Aranzadi, 2006, pg. 601. Cfr. igualmente ROSS, C. «David gambles to slay Goliath and barely lives to tell the tale: Antigua v. United States» *Gaming Law Review* vol. 11 n. 6, 2007, pg. 674.

<sup>46</sup> WT/DS285/AB/R de 7 de abril de 2005. Disponible en [www.wto.org](http://www.wto.org)

lación que imponga determinados requisitos a las empresas de juego por Internet puede reducir la presencia de éstas en USA (de 10 empresas a 5 por ejemplo). En palabras del autor «el Apellate Body hubiera hecho mejor en declarar que las medidas que son de naturaleza cuantitativa son medidas cuantitativas que contempla el art. XVI, y que las limitaciones que son de naturaleza cualitativa, quedan excluidas»<sup>47</sup>.

A diferencia de USA, la UE excluyó expresamente de las listas de compromisos la libre prestación transfronteriza de juegos y apuestas, que quedarían pues fuera de las obligaciones del libre comercio<sup>48</sup> la UE, en su comparecencia en el caso argumenta además (en relación con el artículo XIV del AGCS), que ese artículo trata de preservar el derecho de los Miembros de la OMC a reglamentar el comercio de servicios. Sostienen que el artículo XIV debe interpretarse a la luz del correspondiente acervo con respecto al artículo XX del GATT de 1994, ya que los términos y la función de los dos artículos coinciden en gran medida. Si el Órgano de Apelación llega a ocuparse de esta cuestión, las Comunidades Europeas solicitan que haga un «examen completo» del razonamiento del Grupo Especial y de la justificación para la defensa al amparo del artículo XIV, basado en los hechos y pruebas que constan en el expediente<sup>49</sup>. Sí resulta interesante, el enfoque analítico de la OMC: las medidas aplicadas ex artículo XVI (restricción de acceso) podrían ser equiparadas en derecho europeo (con reservas) a la libertad de establecimiento.

En definitiva la prohibición del juego supone una limitación cuantitativa de acceso al mercado norteamericano y cae dentro del ámbito de aplicación de la libertad de comercio. Las consecuencias del caso son todavía algo inciertas. Para GRUNFELD, «la esencia del caso es que hay justificaciones legítimas para que los Estados Unidos restrinjan el juego por Internet, pero que ello no puede hacerse de manera que se discrimine injustificadamente contra otros signatarios del AGCS»<sup>50</sup>. Y este mismo autor pone también de relieve como «la posición de la OMC es fundamentalmente incompatible con el derecho histórico de los Estados a formular sus propias políticas sobre el juego y justificarlas al gobierno federal, a los tribunales o a las instancias internacionales. El gobierno federal no puede suscribir acuerdos de libre comercio con Estados terceros al mismo tiempo que permite a sus Estados restringir el principio de igualdad de tratamiento»<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> TRACHTMAN, J. «United States: Measures affecting the cross-border supply of Betting and Gambling Services» *The American Journal of International Law* vol. 99 núm. 4, 2005, pg. 866.

<sup>48</sup> El caso OMC discute también el alcance de la exclusión de los deportes y recreo donde USA intenta argumentar infructuosamente que se incluyen los juegos y las apuestas. Cfr. ROSS, C. «David gambles to slay Goliath and barely lives to tell the tale: Antigua v. United States» *Gaming Law Review* vol. 11 n. 6, 2007, pg. 677.

<sup>49</sup> Apartado 102 del documento WT/DS285/AB/R de 7 de abril de 2005, pg. 37.

<sup>50</sup> GRUNFELD, M. «Don't bet on the United States's internet gambling laws: the tension between internet gambling legislation and World Trade Organization commitments» *2007 Columbia Business Law Review*, 439, pg. 444.

<sup>51</sup> GRUNFELD, M. op. cit. pg. 479.

La reacción de Estados Unidos ha sido la aprobación de la *Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* el 30 de septiembre de 2006. Se ha destacado como la norma no varía demasiado el fondo del asunto<sup>52</sup>. De hecho, la Ley requiere que las instituciones financieras adopten procedimientos para impedir el flujo de transacciones económicas (cargos a targetas de crédito, transferencias electrónicas o cheques) de los operadores de juego por internet que están prohibidos. Esta disposición ha tenido un impacto severo sobre la industria del juego por Internet, a pesar de tratarse meramente de un instrumento procesal que no cambia el status de las actividad de juego<sup>53</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Del análisis precedente podemos extraer algunas conclusiones preliminares, aún reconociendo que estamos ante una realidad jurídica en construcción y por ello parcialmente irresuelta.

En primer lugar, el juego por internet presenta el problema de la **quiebra del principio de territorialidad**. Mientras que el Derecho (especialmente el Derecho Público) se encuentra fuertemente apegado al concepto de soberanía y territorio, el fenómeno de la globalización separa la regulación de la cuestión de los límites del Estado y de su soberanía. Para abordar una aplicación correcta de la regulación que deba existir en este campo son necesarios mecanismos supranacionales o incluso internacionales. La globalización modifica la escala de parámetros reguladores y para lo que antes bastaba el nivel estatal (o regional incluso en los casos de Alemania o España), se requiere ahora otra dimensión.

El Derecho administrativo, fruto histórico de cada tiempo y lugar, y expresión máxima de la tradición jurídica de los Estados y sus modelos de organización social, debe confrontarse con una fuerza de dimensiones históricas como es la globalización. Este –ya no tan nuevo– fenómeno de pluralidad normativa provoca que los Derechos nacionales no puedan ser insensibles a lo que ocurre allende de sus fronteras. Por ejemplo, se ha dicho que el logro más espectacular del proceso de integración bancaria europea ha sido la transformación del sistema regulador norteamericano para los bancos y las entidades financieras<sup>54</sup>. Una reforma administrativa en Alemania o Italia, puede tener una trascendencia fenomenal para el Derecho administrativo español de forma que los derechos se conectan en una especie de red jurí-

<sup>52</sup> ROSE, I. N. «Regulators punt on proposed Internet gaming regulations» *Gaming Law Review* vol. 12 n. 1, 2008, pg. 1.

<sup>53</sup> La mecánica de las apuestas por Internet requiere la apertura de una cuenta de juego. El primer paso pues es la transferencia de dinero a Antigua para empezar a jugar. La apuesta consiste en una orden de transferencia de la banca de Antigua al casino. Cfr. PONS, N. «Les jeux d'hasard et Internet» *Gazette du Palais*. Vendredi 16-Samedi 17 Fevrier 2001, pg. 267. De todas maneras, hay que considerar también la incapacidad material de los sistemas de pago para controlar billones de transacciones electrónicas y su motivación.

<sup>54</sup> PADRÓS REIG, CARLOS. «La globalización del derecho bancario» *Revista de Derecho bancario y Bursátil*, n. 70, 1998.

dica o espacio jurídico común con fuertes interacciones. Del mismo modo, la resolución de la conflictividad internacional en el seno de la OMC puede influir en la resolución jurídico-administrativa de la regulación del juego.

Esta situación puede llevar incluso a situaciones de huida completa de la regulación nacional (caso de las licencias off shore) Un ejemplo similar lo proporcionó la prohibición del gobierno francés de publicación de una biografía no autorizada del Presidente Mitterrand después de la muerte de éste. La denegación administrativa, o la prohibición gubernamental fue fácilmente ignorada pues al cabo de una semana el texto estaba disponible en Internet en un servidor fuera de Francia donde las autoridades administrativas francesas no tenían jurisdicción. En sentido inverso (y esperanzador) en cambio resalta la actuación de un juez de Barcelona que ha ordenado –por primera vez en España– el bloqueo cautelar de una página web que supuestamente vendía productos de marca falsificados desde China y que ahora no se puede consultar desde España, aunque sí desde el resto del mundo<sup>55</sup>.

En definitiva, la globalización provoca la crisis de la ecuación territorio-soberanía-Derecho. El Derecho que se aplica en un territorio no necesariamente es el producido por aquella soberanía sino por la de otro país. Habrá que encontrar pues un nuevo paradigma científico para explicar el Derecho nacional en un contexto de Unión europea con un espacio jurídico común<sup>56</sup>. La asimetría que supone, dentro de un mismo mercado europeo, la concesión de licencias de juego en el Reino Unido frente a la prohibición en España presenta a las claras este problema.

Esta situación de pluralidad normativa debe compatibilizarse con las libertades establecidas en la verdadera constitución económica que constituye el Tratado de la Comunidad Europea. En este sentido resulta clave el **principio de reconocimiento mutuo de licencias de juego**, la disparidad de legislaciones europeas y procedimientos administrativos de concesión de licencias no debe suponer un obstáculo a las libertades comunitarias. Para ello, existen básicamente dos soluciones posibles: o se lleva a cabo la redacción de una normativa comunitaria uniforme (armonización centralizada) o se recurre al principio de reconocimiento mutuo de legislaciones. Ambas opciones pueden darse, de manera que la regulación europea centralizada dicte las

<sup>55</sup> En concreto, un Juzgado de Instrucción de Barcelona ha dictado un auto de medidas cautelares por el que bloquea el acceso desde España de la página web, desde la que se vendían productos de marca falsificados, especialmente artículos deportivos, a un precio muy inferior al real. El bloqueo de esta página se ha producido después de que un miembro de la Asociación Nacional para la Defensa de la Marca (Andema) denunciara el pasado mes de noviembre de 2007 al propietario del sitio web, un empresario chino que opera desde Pekín, en un Juzgado español por un delito contra la propiedad industrial.

<sup>56</sup> Esta especie de renacimiento del Derecho administrativo global puede ver en BALLBE, M, «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización» Revista de Administración Pública núm. 174, 2007.

condiciones básicas de equivalencia de las normas nacionales que han de permitir el posterior reconocimiento<sup>57</sup>.

Con este instrumento se logra una armonización básica común y una compatibilidad entre licencias y procedimientos administrativos. Un operador que haya obtenido una licencia y haya sido supervisado por la Administración de un Estado, debe poder circular libremente dentro del territorio (como ya se infiere de los casos Gambelli y Placanica resueltos por el TJCE)<sup>58</sup>.

Es cierto que no existe una base legal comunitaria propiamente encaminada a la positivización de principios administrativos comunes en materia de licencias de juego o al establecimiento de una mínima aproximación de los sistemas administrativos nacionales. A pesar de ello, el reconocimiento mutuo de licencias puede crear una especie de «ius comune» administrativo europeo, principalmente a través de dos mecanismos:

– el primero consiste en la actividad de imitación de las soluciones de otros Estados Miembros respecto a situaciones administrativas que se plantean en el ámbito nacional. La difusión y el conocimiento de los distintos sistemas administrativos en Europea propicia la comparación entre ellos y la exigencia de una cierta homogeneidad en las soluciones. «Los jueces comunitarios y los nacionales hacen un uso cada vez mayor a un método central en el antiguo *ius comune*, es decir, recurrir al *ius alteri locis*, como un instrumento para entender y completar el Derecho nacional. Ello marca la fin de un enfoque típicamente positivista según el que lo que pasa más allá de las fronteras nacionales no tiene relevancia en la construcción del ordenamiento doméstico»<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> La mecánica del reconocimiento mutuo de legislaciones y la competencia entre ordenamientos se encuentra ampliamente tratada en BALLBE MALLOL, M. y PADROS REIG, C. Estado competitivo y armonización europea. Ariel, Barcelona 1997 (1ª reimpresión 2000). Conviene notar como después de la sentencia del caso Placanica, Italia aprobó el Decreto 223 de 4 de julio de 2006. El Decreto flexibiliza en parte el mercado doméstico de las apuestas y, abre un concurso para la concesión de nuevas licencias. En este concurso se reconoció expresamente que las licencias otorgadas por otro Estado miembro eran válidas en el territorio italiano. Cfr. DEL NINNO, A. «The Placanica Decision: The EU Court of Justice again censures Italy's restrictions on the gambling market» *Gambling Law Review*, vol. 11 n. 3, 2007, pg. 245.

<sup>58</sup> De nuevo, el Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo aprecia con toda rotundidad la aplicación de este principio en las conclusiones del caso Placanica: «Ignorar o silenciar los exámenes practicados y las garantías prestadas en otros países de la Unión con la excusa, esgrimida por la Corte suprema di cassazione, del carácter territorial de la habilitación retrasa la construcción europea y atenta contra sus pilares básicos, infringiendo el mandato del artículo 10 CE de abstenerse “de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado” y el principio de confianza recíproca que preside las relaciones intracomunitarias» (apartado 128 de las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a los asuntos acumulados C-338/04; C-359/04 y C-360/04, presentadas el 16 de mayo de 2006).

<sup>59</sup> CARANTA, R. «Learning from our neighbours: public law remedies homogeneization from Bottom Up», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 4, 1997, pg. 242.

– en segundo lugar, junto a esta manifestación horizontal, podemos hablar de un cierto «ius comune» vertical. El Tribunal de Justicia permite a los tribunales nacionales la adopción de mecanismos administrativos de los que tal vez no se dispone en el propio ordenamiento nacional. Para evitar lo que se ha llamado la «*Inländerdiskriminierung*» o lo que es lo mismo, que los nacionales estén discriminados negativamente cuando lo que se juzga no es un caso que implique la aplicación del derecho comunitario, sino simplemente de derecho interno, los jueces nacionales adoptan el estándar comunitario, con lo que se produce una cierta armonización vertical.

De esta forma los procedimientos administrativos y la exigencia de respeto a las prescripciones nacionales en materia de juego no se convierten en una barrera a la integración y la libre prestación de servicios intracomunitarios. Un Estado podría prohibir ciertas prácticas para sus operadores pero no podría impedir que sus ciudadanos apostaran en casas de apuestas legales en otros países UE.

Además, el asunto del juego pone sobre el tapete –nunca mejor dicho– el hecho que la monopolización es contraria al derecho comunitario. El Derecho comunitario no prejuzga el régimen de titularidad de las empresas y por tanto no impone una determinada dimensión al sector público. Pueden existir operadores públicos en cualquier ámbito. Por el contrario, sí se disciplina el comportamiento competitivo de estos operadores en condiciones de igualdad. Como es sabido, la jurisprudencia comunitaria exige la justificación de la reserva monopolista. En el caso Corbeau<sup>60</sup>, el tribunal correccional de Lieja remitió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad donde se pedía que éste se pronunciara sobre la compatibilidad de una reserva monopolista a favor del operador público de correos con las disposiciones del Tratado. En sustancia, el Tribunal afirma que el servicio de recogida domiciliaria de correo se trata de un servicio específico y por tanto dissociable del servicio general. Se trata, pues de ofrecer un servicio rápido que responda a necesidades de los operadores económicos que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional. Se establece en definitiva una separación entre servicios esenciales y servicios de interés general. Para estos últimos, no se admite la reserva monopolista excepto que se pueda demostrar que la prestación privada de los mismos pueda poner en peligro la misión de servicio público encargada al titular del derecho exclusivo.

Por ello, la monopolización del juego por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros en la UE sólo sería admisible si se demostrara que esta medida es indispensable para garantizar los objetivos públicos. Alguno de los argumentos esgrimidos son: evitar la proliferación de juego, proteger la recaudación fiscal, ordenar la práctica del juego, evitar el blanqueo de dinero y la criminalidad. No resulta acreditado que ninguna de estas medidas se logre mejor mediante un monopolio que mediante una

<sup>60</sup> STJCE de 19 de mayo de 1993. Asunto C-320/91 dictada en resolución de una cuestión prejudicial en el proceso penal seguido contra Paul Corbeau.

regulación estricta de las actividades. Por tanto, los Estados no puede recurrir a la monopolización pública (sí en cambio a la prohibición total). La situación actual de ilegalidad del juego en Internet provoca la paradoja añadida de que se pierden los ingresos fiscales que reportaría esta actividad si se procediera a su regulación. El monopolio actual, en definitiva, provoca unas pérdidas fiscales estimadas para el año 2010 de unos 1.000 millones de euros.

La sentencia del caso Gambelli (2003), demostró igualmente **la debilidad de los monopolios fiscales**. Para el Tribunal, las restricciones que se basen en proteger los ingresos fiscales no figuran entre las mencionadas en el art. 46 TUE y por ello no constituyen una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios.

Al respecto, conviene primero matizar que la organización de los juegos de loterías no constituye propiamente un monopolio fiscal. No se trata de monopolizar para recaudar una tasa sobre el juego sino que el Estado se nutre de una parte del volumen de lo jugado (igual que hace cualquier empresario del sector). Los ingresos provenientes de las loterías estatales son ingresos *sui generis*<sup>61</sup> y podrían obtenerse también a través de la imposición indirecta o la especial sobre la actividad privada. En segundo lugar, aunque se tratara de un monopolio comercial, las disposiciones del Tratado contenidas en los artículos 31 (antiguo 37) y 86 (antiguo 90), se aplican. Ello significa que la restricción a la competencia y a los intercambios intracomunitarios únicamente pueden mantenerse de demostrarse que la misión pública confiada al monopolio se pondría en riesgo de aplicarse un modelo liberalizado<sup>62</sup>. Si descartamos que la misión de interés público sea la recaudación de fondos, la única justificación para el monopolio sería la ordenación de la actividad del sector. Y parece claro que la misión encomendada puede alcanzarse con una regulación estricta (sin necesidad de llegar a la reserva pública).

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, resulta chocante que las soluciones jurisprudenciales difieran según se trate de derecho de establecimiento o derecho de libre prestación de servicios. Desde la óptica del derecho privado, no se observan prohibiciones generales que afecten a la capacidad individual de los ciudadanos de jugar y apostar (excepto la relativa a la mayoría de edad). Esta libertad individual contrasta con la regulación pública. En cierta manera pues, se produce una tensión entre lo que podría llamarse legalidad de derecho privado (contrato de apuesta) y legalidad de derecho público (autorización administrativa para la organización de juegos).

<sup>61</sup> SÁNCHEZ GALLANA, J. A. «La legitimidad constitucional de los monopolios fiscales» *Revista Española de Derecho Financiero* núm. 67, 1990.

<sup>62</sup> MIERS, D. «Regulation and the Public Interest: Commercial Gambling and the National Lottery» *The Modern Law Review* vol 59 núm. 4, 1996.

Así, sucede que si contemplamos la cuestión desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, debería existir un principio general favorable al libre comercio. Los Estados no pueden vetar la oferta de servicios de apuestas *on line* por parte de operadores autorizados en otros Estados miembros (excluyendo por tanto las autorizaciones *off-shore*). Las restricciones que puedan interponerse en estos casos deben responder a razones de naturaleza imperiosa, deben justificarse e interpretarse de manera restrictiva conforme a los principios de idoneidad y proporcionalidad.

En cambio, desde el punto de vista del Derecho público, la cuestión es si los Estados pueden reservarse la actividad de apuestas para sí mismos. No se trata ya de una cuestión relativa a la prestación de un servicio económico sino del propio ámbito de servicio público del Estado. Aunque es difícil conceptuar las loterías como un servicio público de carácter esencial, es cierto que si consideramos que la organización de juegos y apuestas se dirige a la recaudación de ingresos, cualquier competencia por parte de operadores privados menoscabaría la función misma del monopolio. En este sentido, pues, el derecho de establecimiento de operadores privados (nacionales o comunitarios) chocaría frontalmente con el monopolio público.

El Tribunal de Justicia utiliza en su primera serie jurisprudencial de cuestiones prejudiciales el enfoque de la libre prestación de servicios para abandonarla y refugiarse en el más restrictivo concepto del derecho de establecimiento en cuanto debe enjuiciar el incumplimiento de un Estado miembro. De nada puede servir la libre prestación de servicios si monopolizamos la libertad de establecimiento a favor del sector público (excepto la organización conjunta de actividades de lotería que se producen ya en la actualidad entre operadores públicos con el juego denominado «Euromillones»). Choca en este sentido la facilidad con la que el Estado español otorga la autorización para el sistema público de juego *on line* (Orden EHA/2566/2005), con la regulación general del juego *on line*.

De hecho, esta contradicción revela el carácter doblemente discriminatorio de las medidas. Si se prohíbe absolutamente el juego por Internet se está discriminando a los operadores virtuales a favor de los físicos o presenciales (libertad de prestación). Si se dificulta la libertad de establecimiento de los operadores de Internet autorizados en otras jurisdicciones se protege a los operadores monopolistas nacionales.

En definitiva, podemos concluir que el Tribunal de Justicia elabora un doble discurso (cuestiones prejudiciales sobre la libre prestación de servicios y recurso de incumplimiento sobre la restricción de la libertad de establecimiento que representan los monopolios), que le hace merecedor del calificativo de taurín jurídico. Igual de inconsistente aparece el enfoque que divide entre actividad económica cuando se trata de analizar las restricciones a la libre circulación y servicio público cuando se trata de aplicar los principios de la contratación pública al sector. El Estado puede ser un poder adjudicador en el sector de las loterías pero ello no transforma la actividad

en servicio público. A estas alturas parece que sería exigible una mayor precisión terminológica y conceptual al más alto órgano jurisdiccional europeo.

Finalmente, lo estudiado nos permite reflexionar en torno al enfoque regulador europeo y el que se produce en el seno de la OMC<sup>63</sup>. Mientras que la última de las sentencias del Tribunal de Justicia estudiadas acude al razonamiento de los juegos de azar como un servicio público de concesión por parte del Estado, la OMC ha calificado un sistema de prohibición como un contingente cero a la libertad de comercio. El caso Antigua-Barbuda supone una fuerte presión a los sistemas de prohibición del juego. Si bien existen razones de orden público que pueden justificar la restricción-regulación en la oferta de servicios transfronterizos de juego, resulta más difícil justificar la reserva monopolista para las mismas actividades. Igualmente, una reserva monopolista estatal supone una discriminación para las empresas extranjeras. El caso OMC, pues, pone en tela de juicio la discriminación en la que incurre Estados Unidos: por una parte prohíbe el juego por Internet pero permite que sus Estados lo autoricen para sus operadores domésticos. De este modo se discrimina a los proveedores de servicios extranjeros. Este razonamiento en materia de comercio internacional debería aplicarse a la regulación de la libertad de establecimiento entre los países de la UE.

Pero el caso OMC también presenta otro interesante aspecto de derecho interno. Los Estados Unidos deben optar entre proteger su federalismo y respetar la atribución que tienen los Estados para regular el juego y cumplir con las obligaciones de libre comercio internacional. Lo mismo ocurre a nivel europeo: de una parte el Tribunal considera que el juego por Internet constituye una actividad económica y como tal debe quedar protegida por la libertad de prestación de servicios. Por otra, muchos de los Estados miembros de la UE monopolizan el juego –con justificaciones más o menos paternalistas o moralistas– que consideran dentro de su esfera íntima de poder. La tensión entre federalismo y libre comercio se resuelve de manera divergente entre la OMC y el TJCE.

<sup>63</sup> GEEROMS, S. «Cross-Border gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC rules compared: a justified restriction on the freedom to provide services?» en AAVV Cross-Border Gambling on the Internet Challenging National and International Law. Swiss Institute of Comparative Law. Zürich, 2004.