



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 17 de abril de 2012¹

Asunto C-176/11 HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica,

**HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd,
contra
Bundesminister für Finanzen**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria)]

«Libre prestación de servicios — Juegos de azar — Normativa de un Estado miembro que prohíbe, en su territorio, la publicidad de promoción de casinos ubicados en otros Estados cuando el nivel de protección legal de los jugadores en el Estado de que se trata no se considera equivalente al nivel de protección nacional»

1. El Verwaltungsgerichtshof (Austria) ha planteado al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, relativa a la libre prestación de servicios:

«¿Es compatible con la libre prestación de servicios la normativa de un Estado miembro que permite la publicidad en dicho Estado miembro de establecimientos de juegos de azar situados en el extranjero únicamente si las disposiciones legales en materia de protección a los jugadores aplicables en tales lugares son conformes con las nacionales?»

2. El órgano jurisdiccional remitente considera que es preciso que el Tribunal de Justicia responda a dicha cuestión para que pueda pronunciarse sobre el recurso interpuesto por dos sociedades anónimas establecidas en Eslovenia, a saber, HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica e HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd dd (en lo sucesivo, «recurrentes en el litigio principal») contra el Bundesminister für Finanzen (el Ministro Federal de Hacienda) acerca de las decisiones que adoptó éste por las que se denegaron las solicitudes de las recurrentes en el litigio principal de autorización para hacer publicidad en Austria de establecimientos de juegos de azar ubicados en Eslovenia.

3. Las decisiones del Bundesminister für Finanzen recurridas se basaron en que las recurrentes en el litigio principal, que disponen de concesiones para organizar determinados juegos de azar en Eslovenia, no habían acreditado que las disposiciones legales de Eslovenia en materia de protección de jugadores son al menos análogas a las disposiciones legales austriacas, lo que constituye uno de los requisitos para conceder una autorización para hacer publicidad en Austria de casinos extranjeros.

Normativa nacional

4. En Austria, los juegos de azar están regulados por la Ley federal de juegos de azar (Glücksspielgesetz, BGBl. n° 620/1989; en lo sucesivo, «GSpG»).

¹ — Lengua original: francés.

5. El artículo 3 de la GSpG establece un monopolio estatal en materia de juegos de azar, señalando que el derecho de organizar y explotar esos juegos se reserva en principio al Estado, salvo que dicha Ley disponga lo contrario.

6. En virtud del artículo 21, apartado 1, de la GSpG, el Bundesminister für Finanzen (Ministro Federal de Hacienda) está autorizado para otorgar el derecho de organizar y explotar juegos de azar mediante concesiones de explotación de establecimientos de juego.

7. La publicidad de los casinos está regulada en el artículo 56 de la GSpG. La versión actual de dicho artículo se deriva de una modificación de la GSpG introducida por la Ley de 26 de agosto de 2008 (BGBl. I n° 126/2008). Dicha modificación fue adoptada a raíz de un procedimiento por incumplimiento incoado por la Comisión² que reprochó a Austria la versión anterior del artículo 56 de la GSpG que prohibía la publicidad de los casinos extranjeros. La versión actual del artículo 56 de la GSpG tiene el siguiente tenor:

«(1) Los concesionarios y titulares de autorizaciones conforme a la presente Ley federal estarán obligados a observar, en sus anuncios publicitarios, una actitud responsable. La observancia de esta actitud responsable será objeto de supervisión por parte del Ministerio Federal de Hacienda y no podrá ser objeto de las vías de recurso previstas en los artículos 1 y siguientes de la Ley federal contra la competencia desleal. La obligación prevista en la primera frase del presente apartado no constituye una norma de protección en el sentido del artículo 1311 del Código Civil.

(2) Los establecimientos de juegos de azar de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados del Espacio Económico Europeo podrán hacer, en el territorio nacional, publicidad dirigida a los visitantes de sus establecimientos ubicados en territorios de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados del Espacio Económico Europeo de conformidad con los principios establecidos en el apartado 1, si el Ministerio Federal de Hacienda ha concedido una autorización a tal fin al gestor del establecimiento de juegos de azar. Deberá otorgarse tal autorización si el gestor del establecimiento de juegos de azar ha acreditado ante el Ministerio Federal de Hacienda que:

1. la concesión otorgada para la explotación de un establecimiento de juegos de azar se ajusta al artículo 21 de la presente Ley y tal concesión es ejercida en el país de otorgamiento de la misma, que debe ser un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado del Espacio Económico Europeo, y
2. las disposiciones legales de este Estado miembro de la Unión Europea o Estado del Espacio Económico Europeo en materia de protección de los jugadores se corresponden cuando menos con las disposiciones legales austriacas.

Si los anuncios publicitarios no se ajustan a los requisitos establecidos en el apartado 1, el Ministro Federal de Finanzas podrá prohibir realizar anuncios publicitarios al gestor del establecimiento de juegos de azar extranjero.»

Apreciación

8. Es la tercera ocasión en la que las disposiciones de la GSpG han propiciado que los jueces austriacos planteen cuestiones prejudiciales con objeto de aclarar las normas sobre libre prestación de servicios o, en su caso, sobre libertad de establecimiento. El primero de esos asuntos se refería a la obligación

2 — La Comisión decidió archivar el procedimiento por incumplimiento n° 2006/4265 contra Austria a raíz de la modificación del artículo 56 de la GSpG efectuada por la Ley de 26 de agosto de 2008 (véase el comunicado de prensa de la Comisión, IP/09/1479).

impuesta a los titulares de concesiones de explotación de establecimientos de juego de tener su domicilio social en el territorio nacional.³ El segundo asunto versaba sobre un monopolio de explotación para los juegos de casino comercializados por Internet a favor de un operador único.⁴

9. En el presente procedimiento prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente expone al Tribunal de Justicia una norma austriaca que autoriza la publicidad por la que se promueven los casinos extranjeros a condición de que las disposiciones legales adoptadas por el Estado miembro en el que está establecido el casino en materia de protección de jugadores sean equivalentes a las disposiciones legales austriacas. El órgano jurisdiccional remitente desea saber si los preceptos sobre libre prestación de servicios se oponen a dicha norma.

10. A primera vista, podría parecer que la cuestión prejudicial pretende que se examine y, a continuación, se compare el nivel de protección de los jugadores en Austria y Eslovenia. No es así en realidad. Esa tarea incumbe al órgano jurisdiccional remitente. Los criterios que han de tomarse en consideración para comparar los niveles de protección de los jugadores en los distintos ordenamientos jurídicos no son, por tanto, objeto de análisis en las presentes conclusiones. Sin embargo, tengo que manifestar mis dudas sobre la posibilidad de realizar de forma eficaz esa comparación habida cuenta de la falta de armonización en el sector de los juegos por dinero y de azar,⁵ así como la diversidad de la normativa en la materia entre los Estados miembros.

11. Para dar respuesta a la cuestión prejudicial, conviene tomar en consideración dos elementos. En primer lugar, como se desprende de reiterada jurisprudencia, el concepto de «servicios», en el sentido del artículo 56 TFUE, no se refiere únicamente a las actividades que consisten en permitir a los usuarios participar, a cambio de una remuneración, en un juego de azar, sino también a la actividad de promoción de juegos de azar, que es objeto del presente asunto, ya que tal actividad no es sino una modalidad concreta de organización o de funcionamiento de los juegos a los que está vinculada.⁶ De ello se deduce que la actividad de promoción de juegos de azar está amparada por la prohibición de las restricciones a la libre prestación de servicios establecida en el artículo 56 TFUE. Sin embargo, tales restricciones pueden admitirse en virtud de las medidas excepcionales expresamente previstas en los artículos 51 TFUE y 52 TFUE, aplicables en la materia en virtud del artículo 62 TFUE, o considerarse justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que respeten las exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁷

12. En segundo lugar, como señala el órgano jurisdiccional remitente, que en este punto es apoyado por todas las partes que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia,⁸ en el caso de autos es incuestionable que la normativa austriaca que supedita la concesión de la autorización a la condición de que las disposiciones legales adoptadas por el Estado miembro de establecimiento del casino en materia de protección de los jugadores sean equivalentes a las disposiciones legales austriacas constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios.

13. Teniendo en cuenta los dos elementos antes mencionados, está claro que el objeto de la cuestión prejudicial se limita, por tanto, a determinar si el obstáculo así establecido a la libre prestación de servicios está justificado o no.

3 — Sentencia de 9 de septiembre de 2010, Engelmann (C-64/08, Rec. p. I-8219).

4 — Sentencia de 15 de septiembre de 2011, Dickinger y Ömer (C-347/09, Rec. p. I-8185).

5 — Según el vigesimoquinto considerando 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 (DO L 376, p. 36), las actividades de juego por dinero se excluyen también de su ámbito de aplicación habida cuenta de la especificidad de dichas actividades.

6 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de marzo de 1994, Schindler, (C-275/92, Rec. p. I-1039), apartado 22; de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten (C-409/06, Rec. p. I-8015), apartado 43, y de 8 de septiembre de 2010, Stoß y otros (C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 y C-410/07, Rec. p. I-8069), apartado 56.

7 — Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2012, Costa y Cifone (C-72/10 y C-77/10), apartado 71.

8 — Han presentado observaciones escritas las recurrentes en el litigio principal, y los gobiernos belga, español, austriaco y portugués, así como la Comisión.

14. Por consiguiente, procede examinar en qué medida una disposición como la prevista en la normativa austriaca controvertida, que supedita la autorización de la publicidad de promoción de casinos extranjeros a la condición de que las disposiciones legales adoptadas por el Estado miembro de establecimiento del casino en materia de protección de los jugadores sean equivalentes a las disposiciones legales nacionales aplicables en la materia, puede estar justificada por razones «de orden público, seguridad y salud públicas», según la enumeración del artículo 52 TFUE,⁹ aplicable en la materia en virtud del artículo 62 TFUE, o por razones imperiosas de interés general, admitidas en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

15. Entre esas razones figuran en particular los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general.¹⁰ Además, el Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad, en el ámbito de los juegos y apuestas, cuyo exceso tiene consecuencias sociales perjudiciales, de que las normativas nacionales que pretenden evitar un estímulo de la demanda limitando la explotación de la pasión de los seres humanos por el juego estén justificadas.¹¹

16. A este respecto, hay que recordar asimismo la reiterada jurisprudencia según la cual las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales para el individuo y la sociedad que, desde un punto de vista moral y económico, llevan consigo los juegos y las apuestas pueden justificar la existencia, en favor de las autoridades nacionales, de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que, conforme a su propia escala de valores, implica la protección de los consumidores y del orden social. Por consiguiente, los Estados miembros son libres, en principio, para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido.¹²

17. En lo que respecta al obstáculo a la libre prestación de servicios de que se trata, a saber, una norma que supedita la publicidad por la que se promueven los casinos extranjeros a la condición de que las disposiciones legales adoptadas por el Estado miembro de establecimiento del casino en materia de protección de los jugadores sean equivalentes a las disposiciones legales nacionales, parece que dicho obstáculo persigue efectivamente un objetivo de protección de los consumidores. En este sentido, el Gobierno austriaco ha alegado que la regulación de la publicidad de los casinos extranjeros persigue en particular proteger a los consumidores y muy especialmente luchar contra la ludopatía, impidiendo que los casinos inciten a las personas a jugar de forma excesiva. Incumbe, claro está, al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la disposición nacional persigue efectivamente los objetivos mencionados.¹³

18. En todo caso, no hay que olvidar los demás requisitos que se desprenden de la jurisprudencia en relación con la justificación de un obstáculo a la libre prestación de servicios. Según la jurisprudencia, tal obstáculo deberá ser el adecuado para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo. Además, debe aplicarse de modo no discriminatorio.¹⁴

9 — No me parece necesario examinar en el presente asunto la aplicación de una excepción a la libre prestación de servicios en virtud del artículo 51 TFUE. En efecto, es evidente que las actividades de que se trata, que están incluidas en el sector de juegos de azar, no pueden considerarse relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

10 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 48; de 8 de julio de 2010, Sjöberg y Gerdin (C-447/08 y C-448/08, Rec. p. I-6921), apartado 36, y de 16 de febrero de 2012, Costa y Cifone, citada en la nota 7, apartado 71.

11 — Sentencia de 8 de septiembre de 2010, Stoß, citada en la nota 6, apartado 75 y jurisprudencia citada.

12 — Véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 2011, Zeturf (C-212/08, Rec. p. I-5633), apartados 39 y 40 así como jurisprudencia citada.

13 — Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2011, Dickinger y Ömer, citada en la nota 4, apartado 51.

14 — Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros (C-243/01, Rec. p. I-13031), apartado 24.

19. En esta fase del análisis, me parece conveniente identificar una vez más un obstáculo a la libre prestación de servicios en el presente asunto. Se trata de «una norma que supedita la publicidad por la que se promueven los casinos extranjeros a la condición de que las disposiciones legales adoptadas por el Estado miembro de establecimiento del casino en materia de protección de los jugadores sean equivalentes a las disposiciones legales del Estado miembro en el territorio del cual ha de difundirse dicha publicidad». Dicha norma equivale a un sistema de autorización previa de la publicidad por la que se promueven los casinos extranjeros.

20. Es cierto que en el asunto que dio lugar a la sentencia Sjöberg y Gerdin,¹⁵ el Tribunal de Justicia consideró que constituía un obstáculo justificado a la libre prestación de servicios la prohibición de realizar publicidad, destinada a los residentes en un Estado miembro, de juegos de azar organizados en otros Estados miembros por operadores privados con fines lucrativos. Sin embargo, hay que tener presente que la legislación sueca que dio lugar a las cuestiones prejudiciales en ese asunto perseguía un objetivo distinto del que pretende la normativa austriaca en el caso de autos, a saber, el objetivo de establecer una limitación estricta del carácter lucrativo de la explotación de los juegos de azar. Por este motivo, no cabe concluir que, si está justificada una prohibición total de la publicidad, ha de suceder lo mismo, sobre la base del argumento *a maiori ad minus*, con un sistema de autorización previa de la publicidad.

21. En efecto, no excluyo que tal sistema pueda, en cuanto tal, contribuir a perseguir el objetivo de proteger a los consumidores y, por tanto, ser considerado necesario para alcanzar dicho objetivo. Así, tal sistema, incluso si constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios, podría utilizarse como una medida de protección de los consumidores.

22. Sin embargo, la valoración de un sistema concreto de autorización previa depende de las condiciones establecidas para obtener una autorización. En el presente asunto, la concesión de la autorización está supeditada a la obligación del gestor del casino de demostrar que el nivel legal de protección de los jugadores en el Estado miembro de establecimiento del casino es equivalente al del Estado miembro en el territorio del cual ha de realizarse la publicidad.

23. A mi juicio, un sistema de autorización previa estructurado de este modo va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de proteger a los consumidores por dos series de razones.

24. En primer lugar, el sistema de autorización previa controvertido podría representar una prohibición total «encubierta» de la publicidad de promoción de casinos extranjeros. Así sucedería si las autoridades del Estado miembro de que se trata consideraran de forma sistemática que el nivel legal de protección de los jugadores en todos los demás Estados miembros es inferior al que existe en su propio Estado.¹⁶ A este respecto, desearía de nuevo reiterar mis dudas sobre la posibilidad de realizar efectivamente una comparación entre los niveles de protección de los jugadores existentes en los distintos ordenamientos jurídicos, habida cuenta de la falta de armonización en el sector de los juegos por dinero y de azar, así como la diversidad de la normativa en la materia entre los Estados miembros.

25. En segundo lugar, y en cualquier caso, el sistema de autorización previa controvertido da lugar, al final, a una discriminación basada en el origen del solicitante, puesto que los gestores de casinos que solicitan una autorización conforme al artículo 56, apartado 2, de la GSpG son evaluados en función del Estado miembro de establecimiento del casino y, en particular, de su ordenamiento jurídico. Para la aplicación del artículo 56 de la GSpG, las autoridades austriacas establecerán progresivamente la lista de Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no cumple el requisito del nivel equivalente en materia de protección de los jugadores y, por consiguiente, los solicitantes posteriores sólo serán valorados en función del Estado miembro en el que está establecido el casino correspondiente.

15 — Citada en la nota 10.

16 — El hecho, confirmado por el Gobierno austriaco en la vista, de que hasta el momento no se haya concedido ninguna autorización conforme al artículo 56, apartado 2, de la GSpG milita también en este sentido.

26. Además, la concesión de una autorización depende únicamente del contenido de la legislación del Estado miembro, sin que se tenga en cuenta el nivel real de protección de los jugadores ofrecido por el gestor del casino. Como ha observado acertadamente el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, los gestores del casino no tienen ninguna influencia en esta cuestión.

27. Para concluir, a la luz de las consideraciones expuestas, estimo que la protección de los consumidores contra una publicidad por la que se promueven casinos radicados en el extranjero puede conseguirse con medidas menos restrictivas que un sistema de autorización previa que supedita la concesión de una autorización a la obligación del gestor del casino de demostrar que el nivel legal de protección de los jugadores en el Estado miembro de establecimiento de dicho casino es equivalente al del Estado miembro en el territorio del cual ha de efectuarse la publicidad.

Conclusión

28. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof del siguiente modo:

«El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que supedita la autorización de la publicidad por la que se promueven casinos radicados en el extranjero a la obligación del gestor del casino de demostrar que el nivel legal de protección de los jugadores en el Estado miembro de establecimiento de dicho casino es equivalente al del Estado miembro en el territorio del cual ha de efectuarse la publicidad.»