



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 14 de noviembre de 2013¹

Asunto C-390/12

Robert Pfleger
Autoart a.s.
Mladen Vucicevic
Maroxx Software GmbH
Ing. Hans-Jörg Zehetner

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Austria)]

«Artículo 56 TFUE — Libre prestación de servicios — Juegos de azar — Normativa que prohíbe el suministro de máquinas de juegos de azar sin concesión — Número limitado de concesiones — Sanciones penales — Proporcionalidad — Carta de los Derechos Fundamentales»

1. La legislación austriaca únicamente permite la organización de juegos de azar a través de máquinas de juegos de azar a operadores titulares de una concesión. El número de concesiones disponibles es limitado. Las máquinas de juegos de azar puestas a disposición del público sin contar con una concesión son incautadas y destruidas. Las personas respecto de las que se demuestre que han intervenido en la organización de juegos de azar sin concesión pueden ser objeto de sanciones administrativas o penales.
2. El Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Tribunal Administrativo Independiente del *Land* de Austria Septentrional) pregunta si el artículo 56 TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea² (en lo sucesivo, «Carta») prohíben dichas restricciones y/o las sanciones que se imponen en caso de infracción.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Carta

3. En virtud del artículo 15, apartado 2, de la Carta, todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro. Con arreglo al artículo 16, se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales. El artículo 17 garantiza el derecho a

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO 2010, C 83, p. 389.

disfrutar de la propiedad de los bienes que se haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos y solo podrán ser requisados por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

4. El artículo 47 dispone que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva ante un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. De conformidad con el artículo 50, nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

5. El artículo 51, apartado 1, establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

6. El artículo 56 TFUE prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

7. Esta limitación está permitida como excepción expresamente prevista en el artículo 52 TFUE, apartado 1, aplicable a la prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE.

Derecho nacional

8. El artículo 2 de la Glücksspielgesetz (Ley sobre juegos de azar; en lo sucesivo, «GSpG»), en su versión actualmente en vigor,³ define las «loterías» básicamente como juegos de azar puestos a disposición del público por un operador, en el que se abonan apuestas y se obtienen ganancias. A tales efectos, por «operador» se entiende una persona que desarrolla de forma independiente una actividad estable para recibir dinero por la organización de juegos de azar, incluso cuando dicha actividad no haya sido concebida para repartir premios. Cuando varias personas se ponen de acuerdo para organizar dichos juegos todos ellos adquieren la consideración de operadores aunque no tengan la intención de recibir dinero o únicamente intervengan para poner el juego a disposición del público. Las loterías para las que no se haya obtenido una concesión u autorización son ilegales.

9. El artículo 3 de la GSpG reserva el derecho a organizar juegos de azar al Estado austriaco, a excepción de las máquinas de juegos de azar que se rigen por la normativa de los Bundesländer (Estados federales) en virtud de los artículos 4 o 5 de dicha ley.

10. El artículo 4 de la GSpG dispone que los juegos de azar regionales llevados a cabo a través de máquinas en el sentido del artículo 5 no están sujetos al monopolio estatal sobre los juegos de azar.

11. El artículo 5 de la GSpG establece que los nueve Bundesländer podrán conceder un máximo de tres concesiones a los organizadores de juegos de azar a pequeña escala a través de máquinas de juegos de azar. Las concesiones se adjudican por un plazo máximo de 15 años y están sujetas a determinados requisitos de orden público y de protección de los jugadores. Dichos juegos pueden

3 — En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado las disposiciones de Derecho nacional actualmente en vigor. Sin embargo, al parecer, los hechos que dieron lugar a algunos de los delitos invocados se produjeron antes de que dicha versión de la ley entrara en vigor. Incumbirá al órgano jurisdiccional nacional determinar qué versión de la ley estaba en vigor en la fecha pertinente.

ofrecerse en salas que contengan entre 10 y 50 máquinas, con una apuesta máxima de 10 euros y un premio máximo de 10.000 euros por partida, o mediante la puesta a disposición de un máximo de tres máquinas individuales con una apuesta máxima de un euro y un premio máximo de 1.000 euros por partida.

12. De conformidad con el artículo 14, en relación con los artículos 15 y 17 de la GSpG, el Estado austriaco podrá otorgar en determinadas circunstancias el derecho exclusivo a organizar distintos tipos de loterías, mediante la adjudicación de una concesión durante un período máximo de 15 años a cambio de una tasa.

13. Con arreglo al artículo 21 de la GSpG, el Estado austriaco podrá conceder un máximo de 15 concesiones para organizar juegos de azar a través de un establecimiento de juego (casino) por un período máximo de 15 años. Deberá abonarse una tasa igual a 10.000 euros por cada solicitud de concesión y una tasa adicional de 100.000 euros por cada concesión concedida. Los juegos que se lleven a cabo en virtud de dichas concesiones tributarán a un tipo de entre el 16 y el 40 % anual (artículos 17, 28, 57 y 59a, apartado 1, de la GSpG).

14. El artículo 52 de la GSpG dispone que cualquier persona que, en calidad de «operador», organice o participe en la organización de juegos de azar sin concesión podrá ser objeto de sanción administrativa por un importe máximo de 22.000 euros. Sin embargo, cuando la apuesta sea superior a 10 euros por partida, dicha infracción generará responsabilidad penal de conformidad con el artículo 168, apartado 1, del Strafgesetzbuch (Código penal; en lo sucesivo, «StGB»), que resultará aplicable. El Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo) ha declarado que las «partidas en serie» en las que la apuesta individual sea inferior a 10 euros pero que, en total, superen dicho importe, también generarán responsabilidad penal con arreglo al artículo 168, apartado 1, del StGB.

15. Según el artículo 53 de la GSpG, podrán incautarse máquinas de juegos de azar de forma provisional cuando se albergue la sospecha de que han sido gestionadas incumpliendo lo dispuesto en la GSpG.

16. El apartado 54 de la GSpG establece que los elementos que hayan servido de medio para incumplir las disposiciones del artículo 52, apartado 1, deberán ser incautados. Deberá remitirse una notificación a todas aquellas personas que alberguen algún tipo de derecho sobre dichos elementos. Los elementos incautados deberán ser destruidos por la Administración.

17. En virtud del artículo 56a, podrá cerrarse un establecimiento en el que se desarrollen juegos de azar incumpliendo la ley.

18. La organización de juegos de azar para fines lucrativos por una persona que no sea titular de una concesión es un delito. Según el artículo 168, apartado 1, del StGB, «cualquier persona que organice un juego cuyo resultado favorable o desfavorable dependa exclusiva o principalmente del azar, o que esté expresamente prohibido, o promueva una reunión para la organización de ese tipo de juego con el fin de obtener un beneficio económico de dicha organización o reunión, o de procurar tal beneficio a un tercero» comete un delito. Los juegos de azar desarrollados sin concesión están comprendidos en la definición de juegos prohibidos contenida en el artículo 52, apartado 1, número 1, en relación con el artículo 2, apartado 4, de la GSpG. Las sanciones previstas son pena de prisión de hasta seis meses o hasta 360 días de multa. El artículo 168, apartado 2, del StGB establece la misma pena para cualquier persona que participe en dicho juego de azar en calidad de «operador» según se define dicho término en el artículo 2 de la GSpG.

Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales

19. La petición de decisión prejudicial versa sobre cuatro procedimientos referentes a diversos establecimientos situados en Austria septentrional (el órgano jurisdiccional remitente señala que actualmente hay pendientes un gran número de asuntos similares). En los procedimientos nacionales, el Sr. Pfleger, Autoart a.s. Prague (en lo sucesivo, «Autoart»), el Sr. Vucicevic, Maroxx Software GmbH (en lo sucesivo, «Maroxx») y el Sr. Zehetner han recurrido resoluciones administrativas referentes a máquinas de juegos que, sin disponer de una concesión oficial, fueron instalados listos para su uso en diversas zonas empresariales en Austria septentrional.

20. En el primer procedimiento, la policía fiscal incautó de forma provisional seis máquinas en un hotel de Perg a través de las cuales se desarrollaban juegos de azar no autorizados. Se determinó que el Sr. Pfleger era el organizador y que Autoart, una sociedad radicada en República Checa, era el presunto propietario de dichas máquinas. La autoridad local competente confirmó la incautación. En sus respectivos recursos, el Sr. Pfleger alega esencialmente que no es propietario ni poseedor de las máquinas, ni organizó los juegos de azar, ni suministró las máquinas de juegos de azar al titular del establecimiento, mientras que Autoart sostiene que no tiene ningún tipo de relación jurídica con las máquinas: no es ni su propietaria, ni las prestó, alquiló, poseyó ni distribuyó y tampoco las «gestiona».

21. En el segundo procedimiento, la policía fiscal incautó de forma provisional ocho máquinas de juegos de azar en un establecimiento en Wels que se habían puesto a disposición del público sin contar con la correspondiente concesión. El propietario de las máquinas era el Sr. Vucicevic. La autoridad local competente confirmó la incautación. En su recurso, el Sr. Vucicevic admitió que adquirió el establecimiento de que se trata pero negó haber adquirido la titularidad de las máquinas en ese momento.

22. En el tercer procedimiento, la policía fiscal incautó provisionalmente dos máquinas de juegos de azar puestas a disposición del público sin contar con la correspondiente concesión en una estación de servicio de Regau regentada por la Sra. Jacqueline Baumeister, una nacional alemana. La incautación fue confirmada por la autoridad local competente. La Sra. Baumeister interpuso un recurso contra dicha incautación de forma extemporánea. Por consiguiente, la incautación quedó confirmada y se remitió una notificación a Maroxx, sociedad inscrita en Austria, en su condición de propietaria de las máquinas, que recurrió dicha medida.

23. En el cuarto procedimiento, la policía fiscal incautó tres máquinas de juegos de azar puestas a disposición del público sin contar con la correspondiente concesión en una estación de servicio en Enns, gestionada por el Sr. Hans-Jörg Zehetner. La autoridad competente comprobó que las máquinas eran titularidad de Maroxx y adoptó una resolución en la que confirmó la incautación. Impuso al Sr. Zehetner una multa por importe de 1.000 euros (y, alternativamente, en caso de impago, de 15 horas de prisión). También se impuso a Maroxx una multa de 10.000 euros (y, alternativamente, de 152 horas de prisión).⁴

24. En su recurso, el Sr. Zehetner alegó que la legislación nacional era contraria a la legislación de la Unión, en particular, al artículo 56 TFUE y a determinadas disposiciones de la Carta.

4 — No me queda claro cómo se puede imponer una pena de prisión a una persona jurídica (ni siquiera alternativamente), pero estos son los hechos que figuran en la resolución de remisión.

25. Al considerar que la resolución de los litigios de que conoce se basa en la interpretación de la legislación de la Unión Europea, el órgano jurisdiccional remitente planteó las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Se opone el principio de proporcionalidad expresado en el artículo 56 TFUE y en los artículos 15 a 17 de la [Carta] a un régimen nacional como el conformado por los artículos 3 a 5 y 14 y 21 de la GSpG, determinantes en el procedimiento principal, que permite organizar juegos de azar mediante máquinas únicamente si se cumple el requisito (sancionado tanto penalmente como con medidas coercitivas) de concesión de una autorización previa que se otorga en un número limitado, cuando hasta la fecha, por lo que se aprecia, en ningún procedimiento judicial o administrativo las autoridades nacionales han acreditado que la criminalidad y/o la adicción relacionadas con los juegos de azar efectivamente representen un grave problema que no se pueda remediar mediante una expansión controlada de las actividades autorizadas de juegos de azar a muchos oferentes individuales, sino únicamente mediante una expansión controlada, unida a una publicidad moderada de un monopolista (o de muy pocos oligopolistas)?
- 2) En caso de que se responda negativamente a la primera cuestión: ¿Se opone el principio de proporcionalidad expresado en el artículo 56 TFUE y en los artículos 15 a 17 de la [Carta] a un régimen nacional como el conformado por los artículos 52 a 54 de la GSpG, el artículo 56a de la GSpG y el artículo 168 del StGB, en virtud del cual, mediante conceptos legales indeterminados, se establece en definitiva una punibilidad prácticamente sin excepciones de toda forma de participación, de cualquier persona (como los meros distribuidores o arrendadores de las máquinas de juegos de azar) por lejana que sea (incluso de personas domiciliadas en otros Estados miembros de la Unión Europea)?
- 3) En caso de que se responda negativamente también a la segunda cuestión: ¿Se oponen las exigencias propias de un Estado democrático de Derecho, que manifiestamente subyacen al artículo 16 de la [Carta], o el principio de juicio justo y efectivo del artículo 47 de la [Carta], o la obligación de transparencia conforme al artículo 56 TFUE, o la prohibición de ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción del artículo 50 de la [Carta], a unas disposiciones nacionales como las de los artículos 52 a 54 de la GSpG, el artículo 56a de la GSpG y el artículo 168 del StGB, cuya delimitación, a falta de una regulación legal inequívoca, resulta imposible de prever y calcular por los ciudadanos, y sólo se puede aclarar en el caso concreto por medio de un costoso procedimiento formal, que, sin embargo, presenta importantes diferencias en cuanto a la competencia (autoridad administrativa u órgano jurisdiccional), las facultades de intervención, la inevitable estigmatización y la posición procesal (por ejemplo, inversión de la carga de la prueba)?
- 4) En caso de respuesta afirmativa a alguna de las tres primeras cuestiones: ¿Se oponen el artículo 56 TFUE o los artículos 15 a 17 de la [Carta] o el artículo 50 de la [Carta] a que sean penadas personas que presentan una relación directa con una máquina de juegos de azar como la descrita en el artículo 2, apartado 1, inciso primero, y el artículo 2, apartado 2, de la GSpG, o a la intervención o incautación de dichos equipos, o a la clausura total de la empresa de dichas personas?»

26. Presentaron observaciones escritas el Sr. Vucicevic, Maroxx, el Sr. Zehetner, los Gobiernos austriaco, belga, neerlandés, polaco y portugués, así como la Comisión. En la vista que se celebró el 17 de junio 2013, el Sr. Vucicevic, Maroxx, el Sr. Zehetner, los Gobiernos austriaco y belga y la Comisión presentaron sus observaciones orales.

Análisis

Admisibilidad

27. El Gobierno austriaco sostiene que la presente petición de decisión prejudicial es inadmisibile porque los hechos expuestos y las cuestiones planteadas no son lo suficientemente precisos para permitir al Tribunal de Justicia ofrecer una respuesta útil. Dicho Gobierno también alega que no está claro que este asunto presente un elemento transfronterizo que pueda dar lugar a la aplicación de la libre prestación de servicios.

28. La Comisión considera que las cuestiones son admisibles. Observa que no puede excluirse que entidades de otros Estados miembros deseen ofrecer juegos de azar en Austria y quedar por consiguiente sujetas a la normativa nacional controvertida.

29. Ninguna de las demás partes que presentaron observaciones ha abordado esta cuestión.

30. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y han de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que deba dictarse, apreciar, en vista de las características específicas de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su resolución como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse sobre ellas.⁵

31. No creo que la exposición de los hechos referente a las cuestiones planteadas en este asunto ni las propias cuestiones no sean lo suficientemente claras para que el Tribunal de Justicia pueda dictar una resolución al respecto. En particular, la resolución de remisión expone, con un grado suficiente de detalle, la normativa nacional controvertida en el litigio principal para que el Tribunal de Justicia pueda ofrecer una respuesta útil a las cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión que resultan pertinentes para su examen.

32. En cuanto a la alegación de que no está clara la existencia de un elemento transfronterizo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando la normativa nacional se aplique indistintamente a los nacionales de todos los Estados miembros, sólo puede, por lo general, estar comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las libertades fundamentales en la medida en que se aplica a supuestos que guardan relación con los intercambios entre Estados miembros.⁶ En la sentencia Garkalns el Tribunal de Justicia consideró que la petición de decisión prejudicial en ese supuesto era admisible pese a que todos los elementos del litigio se circunscribían a un único Estado miembro.

33. Los hechos de este asunto demuestran que determinados operadores de otros Estados miembros están interesados en ofrecer juegos de azar utilizando máquinas tragaperras en Austria. Uno de los recursos que pende ante el órgano jurisdiccional nacional fue interpuesto por una nacional alemana, la Sra. Baumeister, que regentaba una estación de servicio en la que se descubrió una máquina tragaperras que no contaba con una concesión y, al parecer, una de las máquinas tragaperras incautadas había sido suministrada por una sociedad inscrita en la República Checa, Autoart. Por lo tanto, en mi opinión, la petición de decisión prejudicial es admisible.

5 — Sentencias de 19 de julio de 2012, Garkalns (C-470/11), apartado 17, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer Handelsgesellschaft (C-169/07, Rec. p. I-1721), apartado 24.

6 — Sentencia Garkalns, citada en la nota 5, apartado 21 y la jurisprudencia citada.

Aplicabilidad de la Carta

34. Mediante las cuestiones planteadas se solicita la interpretación de las disposiciones de la Carta. La cuestión preliminar que se suscita es si la Carta es aplicable cuando un órgano jurisdiccional nacional examina una ley nacional, como la controvertida en el presente procedimiento, que establece excepciones a derechos que confiere el Derecho de la Unión.

35. El Sr. Zehetner, los Gobiernos austriaco, neerlandés, polaco y portugués, así como la Comisión, han abordado esta cuestión. Los cuatro Gobiernos que presentaron observaciones sobre esta cuestión consideran que la Carta no es aplicable a la normativa nacional de que se trata en el litigio principal. El Sr. Zehetner y la Comisión sostienen lo contrario.

36. En mi opinión, la Carta es aplicable en relación con una normativa nacional que establece excepciones a una libertad fundamental establecida en el Tratado.

37. El ámbito de aplicación de la Carta está establecido en su artículo 51, apartado 1, que dispone que se aplicará a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

38. La utilización del término «aplicación» contenido en el artículo 51, apartado 1, de la Carta ¿limita su aplicación a los casos en los que un Estado miembro está obligado a adoptar una medida positiva específica (por ejemplo, transponer una directiva)⁷ para cumplir el Derecho de la Unión?

39. No lo creo así.

40. Procede observar que (como cabe esperar) existe cierta variación lingüística en las versiones de la Carta en los distintos idiomas, igualmente auténticas. Así pues, mientras que en el texto en inglés se utiliza el término «implementing», en la alemana se emplea «bei der Durchführung des Rechts der Union» y en la francesa «lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union». Las versiones en español y en portugués (por ejemplo) son aún más amplias («cuando apliquen el Derecho de la Unión» y «quando apliquem o direito da União», respectivamente). Ante esta perspectiva, es preciso acudir, como es natural, a las explicaciones sobre la Carta⁸ que, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo tercero, y del artículo 52, apartado 7, de la propia Carta, deben ser tomadas en consideración para interpretarla.⁹ En ellas se establece lo siguiente, en relación con el artículo 51, apartado 1:

«En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.»

A continuación se citan cuatro sentencias del Tribunal de Justicia: Wachauf, ERT, Annibaldi y Karlsson y otros.¹⁰

7 — Procede trazar una clara distinción entre transposición y aplicación, pues la segunda es mucho más amplia que la primera.

8 — Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17).

9 — Véanse las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11), apartado 42, y de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09, Rec. p. I-13849), apartado 32.

10 — Sentencias de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609); de 18 de junio de 1991, Elliniki Radiophonia Tiléorassi y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou (C-260/89, Rec. p. I-2925; en lo sucesivo, «Sentencia ERT»); de 18 de diciembre de 1997, Annibaldi (C-309/96, Rec. p. I-7493), y de 13 de abril de 2000, Karlsson y otros (C-292/97, Rec. p. I-2737).

41. En sentencias posteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia ha confirmado que la normativa nacional *incluida en el ámbito de aplicación* del Derecho de la Unión debe cumplir la Carta y que «la *aplicabilidad* del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta».¹¹ Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ya ha establecido claramente que el criterio es si en la situación de que se trata *se aplica* el Derecho de la Unión (es decir, si se trata de una situación «*incluida en el ámbito de aplicación* del Derecho de la Unión») o sí, por el contrario, se trata de una circunstancia (quizá más restringida) en la que el Estado miembro debe «aplicar» el Derecho de la Unión adoptando medidas positivas determinadas.¹²

42. La jurisprudencia citada en la explicación relativa al artículo 51, apartado 1, de la Carta arroja luz sobre lo que debe entenderse por «en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». Los asuntos Wachauf y Karlsson y otros versaban ambos sobre normas nacionales que matizaban la aplicación de reglamentos de la Unión referentes al establecimiento de una tasa suplementaria sobre la leche. Algunas de las normas nacionales eran claramente necesarias para completar las disposiciones de la Unión y, añadiendo determinados detalles, para hacerlas plenamente efectivas. Por lo tanto, dichas normas nacionales debían respetar los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión. Por el contrario, en el asunto Annibaldi la normativa nacional controvertida (una norma regional por la que se establecía un parque natural y arqueológico) no tenía claramente nada que ver con la aplicación (o con la ejecución) de ninguna disposición comunitaria relativa a la organización común de los mercados agrícolas, el medio ambiente o la cultura, ni presentaba ningún otro punto de conexión con el Derecho de la Unión.

43. A los presentes efectos, la sentencia ERT es particularmente relevante. En dicho asunto, una norma nacional permitía a un único organismo de radiodifusión televisiva disfrutar de un monopolio televisivo en todo el territorio de un Estado miembro y emitir todo tipo de mensajes televisivos. En él se suscitó la cuestión de si la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado se oponía a dicha norma nacional. El Tribunal de Justicia declaró que, cuando semejante monopolio entrañe efectos discriminatorios en perjuicio de las emisiones procedentes de otros Estados miembros, está prohibido con arreglo al artículo 59 CE (actualmente, artículo 56 TFUE) a menos que esta normativa esté justificada por alguna de las razones indicadas en el artículo 56 CE (actualmente, artículo 52 TFUE, apartado 1), al que se remite el artículo 66 CE (actualmente, artículo 62 TFUE).¹³ Por consiguiente, el asunto ERT versaba sobre una situación en la que la normativa de un Estado miembro establecía una excepción a la libre prestación de servicios.

44. En el asunto ERT también se suscitó la cuestión de si la normativa nacional respetaba el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»). El Tribunal de Justicia declaró que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que no pueden admitirse medidas incompatibles con el respeto de tales derechos.¹⁴ Cuando dicha normativa entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y se plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, éste debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.¹⁵ En particular, el Tribunal de Justicia precisó que cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 CE y 66 CE (actualmente, artículos 52 TFUE, apartado 1, y 62 TFUE) para justificar una normativa nacional que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación debe interpretarse a la luz

11 — Sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10), apartado 21 (el subrayado es mío), y sentencia de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software (C-418/11), apartado 73 (el subrayado es mío).

12 — La potencial diferencia de significado es menor si no se consideran sinónimos los términos «transponer» y «aplicar»: Véase la nota 7.

13 — Apartado 26.

14 — Apartado 41.

15 — Apartado 42.

de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Sólo en caso de que las normas nacionales sean compatibles con los derechos fundamentales garantizados por el Tribunal de Justicia, lo que incluye al artículo 10 CEDH, estarán permitidas como excepciones a la libre prestación de servicios.¹⁶

45. Por consiguiente, la sentencia ERT deja claro que, cuando un Estado miembro adopta una medida que constituye una excepción a una libertad fundamental garantizada por el TFUE, dicha medida queda incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. La facultad para establecer excepciones a la libertad fundamental garantizada por el Derecho de la Unión en determinadas circunstancias es una prerrogativa que el Estado miembro conserva y que el Derecho de la Unión reconoce. Sin embargo, el *ejercicio* de dicha facultad debe atenerse al Derecho de la Unión. Cuando un tribunal, ya sea nacional o el presente Tribunal, analiza si una normativa nacional que limita el ejercicio de una libertad fundamental está comprendida en una de las excepciones al Tratado (y por consiguiente está permitida), dicho análisis debe efectuarse por referencia y con arreglo a los criterios establecidos por el Derecho de la Unión y no de la legislación nacional. Así pues, por ejemplo, las reglas de que dichas excepciones deben interpretarse de forma estricta y de la aplicación del principio de proporcionalidad a toda excepción en principio autorizada se derivan ambas del propio Derecho de la Unión. Dado que únicamente estará autorizada una medida nacional de excepción que cumpla con esos criterios del Derecho de la Unión (en caso contrario, prevalecerá la libertad establecida en el Tratado), la propia medida excepcional estará comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En mi opinión ello es tanto la consecuencia necesaria de la habitual estructura del Tratado (derecho protegido, excepción limitada a dicho derecho) como de la mención de la sentencia ERT en la explicación referente al artículo 51 de la Carta.

46. Por consiguiente, se considerará que un Estado miembro «apli[ca] [...] el Derecho de la Unión» en el sentido del artículo 51 cuando establezca una excepción a una libertad fundamental. Por consiguiente, la Carta es aplicable. Dado que la medida nacional controvertida en el litigio principal «aplica» el Derecho de la Unión porque está incluida en su ámbito de aplicación, debe ser interpretada a la luz de la Carta.

47. A continuación, abordaré las cuestiones prejudiciales.

Primera cuestión

48. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el artículo 56 TFUE y/o los artículos 15 a 17 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que limita el derecho a organizar juegos de azar mediante máquinas de juegos de azar a aquellas personas o empresas que sean titulares de una concesión, cuyo número es limitado. En particular, pregunta si se vulnera el principio de proporcionalidad cuando no se ha acreditado que la criminalidad y la adicción relacionadas con los juegos de azar constituyen graves problemas y que, si dichos problemas existen, no se puedan remediar mediante una expansión controlada de las actividades autorizadas de juegos de azar por un mayor número de oferentes individuales en lugar de mediante una expansión controlada a través de un número limitado de oferentes.

49. En primer lugar analizaré el artículo 56 TFUE y a continuación la Carta.

16 — Apartado 43.

Artículo 56 TFUE

50. Actualmente existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los juegos de azar (incluidas cuatro peticiones de decisión prejudicial planteadas en anteriores procedimientos en relación con la GSpG)¹⁷ en la que se establecen los criterios con arreglo a los cuales debe examinarse la cuestión de interpretación del artículo 56 TFUE.

51. Dicha jurisprudencia deja claro que una normativa, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual sólo un número limitado de concesionarios puede organizar juegos de azar y el resto de operadores, al margen de que estén establecidos en Austria o en otro Estado miembro, tienen prohibido ofrecer tales servicios, constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en cuanto tal, está prohibida por el artículo 56 TFUE.¹⁸ Dicha restricción puede sin embargo estar basada en excepciones expresamente establecidas en el TFUE o en razones imperiosas de interés general.¹⁹

52. El Gobierno austriaco sostiene que dicha restricción está justificada porque persigue el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección a los jugadores y prevenir el crimen. Sin embargo, Marrox, el Sr. Vucicevic y el Sr. Zehetner alegan que el principal objetivo del Gobierno es incrementar los ingresos fiscales.

53. El Tribunal de Justicia ha considerado que las restricciones impuestas por los Estados miembros a los servicios de juego pueden estar justificadas cuando su objetivo sea proteger al consumidor, incluidos los jugadores, de la ludopatía²⁰ y prevenir el crimen.²¹ Por el contrario, incrementar los ingresos del Gobierno del Estado miembro no es un objetivo susceptible de justificar una restricción a la libre prestación de servicios, aunque pueda constituir un beneficio complementario para el gobierno de que se trate.²²

54. En efecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional identificar los objetivos que persigue efectivamente la legislación nacional de que se trata.²³ Si el órgano jurisdiccional determina que el objetivo real es básicamente incrementar los ingresos, la restricción será incompatible con el artículo 56 TFUE.

55. Por otro lado, si el órgano jurisdiccional nacional determina que dicha restricción realmente persigue objetivos permitidos consistentes en proteger a los consumidores y prevenir la criminalidad, deberá analizar a continuación si la restricción es proporcionada. El órgano jurisdiccional remitente debe tener la certeza de que la restricción es adecuada para lograr el objetivo que persigue la normativa de que se trata conforme al nivel de protección que busca y que no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar tales objetivos.

17 — Las disposiciones de la GSpG también dieron lugar a una petición de decisión prejudicial en el asunto en que recayó la sentencia de 9 de septiembre de 2010, Engelmann (C-64/08, Rec. p. I-8219) que versaba sobre la obligación de que los adjudicatarios de concesiones para explotar establecimientos de juego tuvieran su domicilio social en el territorio nacional; en el asunto en que recayó la sentencia de 15 de septiembre de 2011, Dickinger y Ömer (C-347/09, Rec. p. I-8185), referente a un monopolio de explotación de los juegos de casino comercializados por Internet a favor de un único operador; y en el asunto en que recayó la sentencia de 12 de julio de 2012, HIT y HIT LARIX (C-176/11), relativo a la publicidad de casino. La sentencia más reciente sobre esta cuestión es la sentencia de 24 de enero de 2013, Stanleybet International y otros (C-186/11 y C-209/11), sobre un monopolio exclusivo para gestionar, organizar y explotar juegos de azar concedido por un Estado a una sociedad anónima no cotizada, se dictó el 24 de enero de 2013, es decir, después de la fecha de la resolución de remisión en el presente asunto.

18 — Sentencia Stanleybet y otros, citada en la nota 17, apartado 21.

19 — *Ibidem*, apartado 22. Véase, asimismo, la sentencia Garkalns, citada en la nota 5, apartado 35, y la jurisprudencia citada.

20 — Sentencia de 8 de septiembre de 2010, Stoß y otros (C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, Rec. p. I-8069), apartados 74 y 75, y la jurisprudencia citada.

21 — Sentencia de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartados 61 a 75.

22 — Sentencia de 30 de junio de 2011, Zeturf (C-212/08, Rec. p. I-5633), apartado 52, y la jurisprudencia citada, y Dickinger y Ömer, citada en la nota 16, apartado 55.

23 — Sentencia Stanleybet y otros, citada en la nota 17, apartado 26, y la jurisprudencia citada.

56. Mientras que un Estado miembro que aspira a garantizar un nivel de protección particularmente elevado, como reconoce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede considerar legítimamente que tan sólo la concesión de derechos exclusivos a un organismo único que esté sometido a una estrecha supervisión por parte de los poderes públicos permite controlar los riesgos del sector de los juegos de azar,²⁴ otro Estado miembro puede entender que disponer de un sistema de concesiones que se adjudican a un número limitado de proveedores constituye un método adecuado para atajar dichos riesgos. Como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Engelmänn,²⁵ una limitación del número de concesiones para explotar establecimientos de juego «permite por su propia naturaleza limitar las oportunidades de juego [...] [dado] que los consumidores tienen que desplazarse para acudir a los locales de un establecimiento a fin de poder participar en los juegos de azar en cuestión, la limitación del número de esos establecimientos tiene como consecuencia reforzar los obstáculos a la participación en esos juegos».

57. Por consiguiente, la limitación del número de establecimientos de juego parece ser un medio proporcionado para lograr los objetivos de proteger a los consumidores y prevenir la criminalidad. Sería menos probable que cumpliera ese objetivo la medida consistente en permitir que un mayor número de establecimientos preste esos servicios, dado que de ese modo se aumentarían las oportunidades de juego. Una política de este tipo sería menos susceptible de alcanzar un elevado nivel de protección. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar este extremo y, al analizar los hechos y pruebas de que dispone, deberá tener asimismo en cuenta la naturaleza, frecuencia e intensidad de los controles que se apliquen a los establecimientos concesionarios.²⁶

58. La carga de demostrar que la restricción es proporcionada pesa sobre las autoridades austriacas, que están obligadas a facilitar al órgano jurisdiccional nacional que ha de pronunciarse sobre esta cuestión todos los datos que le permitan comprobar que dicha medida pretende realmente alcanzar el objetivo declarado y puede lograrlo.²⁷ En la sentencia Dickinger y Ömer,²⁸ el Tribunal de Justicia aclaró que el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar si las actividades delictivas y fraudulentas y la adicción al juego podían constituir un problema en Austria en la fecha en que se produjeron los hechos del litigio principal, y si la expansión de las actividades autorizadas y reguladas podía resolver tal problema. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional debe llevar a cabo el mismo análisis.

59. Asimismo, el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar que la normativa refleja verdaderamente el empeño de lograr el objetivo alegado de forma congruente y sistemática.²⁹ Dado que las prácticas de los escasos concesionarios permiten determinar si se pueden lograr o no los objetivos, la política comercial desarrollada por dichos titulares de concesiones es pertinente para dicha apreciación.³⁰

60. El órgano jurisdiccional remitente observa en su resolución de remisión que la política comercial de los concesionarios no se ha limitado a una expansión controlada con una publicidad limitada. Señala que, por el contrario, los concesionarios se han embarcado en lo que denomina un «gasto colosal» en un «agresivo» esfuerzo publicitario que promueve la imagen positiva de los juegos de azar y anima a la participación activa. El Tribunal de Justicia ha reconocido que una publicidad moderada sólo puede ser conforme con la política de protección a los consumidores si se limita estrictamente a

24 — Sentencia Stanleybet y otros, citada en la nota 17, apartado 29.

25 — Citada en la nota 17, apartado 45.

26 — Ese análisis también puede ayudar al órgano jurisdiccional nacional a identificar el auténtico objetivo del requisito de la concesión. Véanse los puntos 54 y 55 *supra*.

27 — Véase la sentencia Stoß y otros, citada en la nota 20, apartado 71.

28 — Citada en la nota 17, apartado 66.

29 — Sentencia Stanleybet y otros, citada en la nota 17, apartado 27, y sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International (C-42/07, Rec. p. I-7633), apartados 49 a 61, y la jurisprudencia citada.

30 — Sentencia Dickinger y Ömer, citada en la nota 17, apartado 58.

lo necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas.³¹ Por el contrario, la publicidad que alienta al juego mediante su banalización, su presentación bajo una imagen positiva o el fortalecimiento de su atractivo tiene por objeto ampliar el mercado global de los juegos de azar y no canalizar el mercado existente hacia determinados proveedores. Dicha política comercial expansionista es claramente incompatible con el objetivo de lograr un elevado nivel de protección para los consumidores. Como el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia *Dickinger y Ömer*, «un Estado miembro no está legitimado para invocar como razón de orden público la necesidad de reducir las oportunidades de juego en la medida en que las autoridades públicas de dicho Estado inducen e incitan a los consumidores a participar en juegos de azar para que la Hacienda Pública obtenga beneficios».³²

61. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional determinar el objetivo real de la normativa nacional controvertida en el litigio principal y, si se trata de un objetivo permitido, apreciar si la normativa es proporcionada, coherente y compatible con dicho objetivo.

62. ¿Es preciso analizar en mayor profundidad la normativa nacional controvertida en el litigio principal a la luz de los artículos 15 a 17 de la Carta?

Artículos 15 a 17 de la Carta

63. El artículo 15, apartado 2, de la Carta³³ consagra la libertad de todo ciudadano de la Unión para establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. Las explicaciones sobre la Carta³⁴ confirman que el artículo 15, apartado 2, versa sobre la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios garantizadas en los artículos 26 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE y 56 TFUE. Dado que dichas libertades están recogidas en los Tratados, su alcance e interpretación deben determinarse con arreglo al artículo 52, apartado 2, de la Carta, que establece que dichas libertades «se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por [los Tratados]». La explicación relativa al artículo 52, apartado 2, también confirma que «la Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el Tratado CE, recogidos en los Tratados». Por consiguiente, en lo que atañe al presente procedimiento, la observancia del artículo 15, apartado 2, de la Carta está estrechamente vinculada al cumplimiento del artículo 56 TFUE.

64. El artículo 16 de la Carta reconoce la libertad de empresa pero establece expresamente que ésta debe ejercitarse «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Como confirman las explicaciones sobre la Carta, esta libertad está sujeta a limitaciones permitidas por el artículo 52, apartado 1, de la Carta. Dicho artículo dispone que cualquier restricción al ejercicio de los derechos y libertades consagrados por la Carta deberá ser establecida por la ley, respetar el contenido esencial de los mismos y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, ser necesaria y responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

31 — Sentencia *Dickinger y Ömer*, citada en la nota 17, apartado 68.

32 — *Ibidem*, apartado 62.

33 — El artículo 15, apartado 2, es el único pertinente en el presente asunto. El artículo 15, apartado 1, versa sobre el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, mientras que el artículo 15, apartado 3, reconoce a los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

34 — Citadas en la nota 8.

65. En la sentencia *Sky Österreich*³⁵ el Tribunal de Justicia confirmó que «la libertad de empresa puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general. Pues bien, esta circunstancia se refleja en particular en el modo en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta».

66. En mi opinión dicha libertad se respeta cuando se cumplen las correspondientes disposiciones del Tratado, en particular, habida cuenta de la obligación de observar el principio de proporcionalidad a la hora de limitar la libre prestación de servicios.

67. El artículo 17 de la Carta consagra el derecho a la propiedad que «podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general». La explicación relativa a dicho artículo dispone que este artículo se corresponde con el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH. De conformidad con el artículo 52, apartado 3, de la Carta, su sentido y significado son, pues, los mismos que los del derecho garantizado por el CEDH y, si bien se autorizan ciertas limitaciones de los derechos, estas no pueden exceder de lo permitido por el CEDH.

68. El Tribunal de Justicia también ha declarado en reiteradas ocasiones que el derecho de propiedad puede estar sujeto a limitaciones proporcionadas. En el asunto *Križan y otros*, la Gran Sala declaró que «el derecho de propiedad no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado».³⁶ De lo anterior se desprende que una restricción proporcionada del uso de las máquinas de juegos de azar en interés del público en general no vulnera el artículo 17 de la Carta.

69. Considero que una restricción al uso de máquinas de juegos de azar que esté autorizada con arreglo al artículo 56 TFUE, que incluye la obligación de atenerse al principio de proporcionalidad, también cumple el artículo 17 de la Carta. Dicha limitación del uso de la propiedad no excede de lo permitido por el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH, que supedita el derecho de propiedad al «derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general».

70. Por consiguiente, en mi opinión, los artículos 15 a 17 de la Carta no imponen requisitos adicionales para que una restricción a la libre prestación de servicios esté autorizada a los que ya figuran establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el artículo 56 TFUE.

71. Por los motivos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión que el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal en virtud de la cual sólo un número limitado de concesionarios puede organizar juegos de azar, a menos que dicha restricción esté justificada por un objetivo imperioso de interés general, como la protección de los consumidores y/o la prevención de la criminalidad, persiga dicho objetivo de forma sistemática y coherente a la luz de las políticas comerciales de los concesionarios existentes y sea proporcionada. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional determinar si estos criterios se cumplen. Si la restricción reúne estos requisitos, no estará prohibida con arreglo a los artículos 15, 16 o 17 de la Carta.

35 — Citada en la nota 19, apartados 46 y 47.

36 — Sentencia de 15 de enero de 2013 (C-416/10), apartado 113, y la jurisprudencia citada.

Segunda cuestión

72. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 56 TFUE y los artículos 15 a 17 de la Carta se oponen a una normativa nacional, como la contenida en los artículos 52 a 54 y 56a de la GSpG y en el artículo 168 del StGB, que, a consecuencia de una definición jurídica imprecisa, extiende la responsabilidad penal a personas que únicamente están involucradas de forma muy remota (como los meros vendedores o arrendadores de las máquinas de juegos de azar).

73. Esta pregunta, como la tercera y la cuarta, solo es pertinente si el órgano jurisdiccional nacional determina que el artículo 56 TFUE no se opone a la limitación de que se trata en el litigio principal. Si dicha restricción está prohibida por el artículo 56 TFUE, el Derecho de la Unión también se opone a que se impongan sanciones penales por incumplirla.³⁷

74. En la medida en que el Derecho de la Unión autoriza a los Estados miembros a establecer excepciones al artículo 56 TFUE y a imponer limitaciones a la prestación de servicios de juego, estos también podrán imponer sanciones penales para hacer cumplir dichas restricciones, siempre que sean proporcionadas y respeten los derechos fundamentales.

75. Considero que, para ser proporcionada, la responsabilidad penal personal por incumplir la normativa nacional que impone la restricción no debe extenderse más allá de las personas directa o indirectamente responsables de la infracción y que sabían o deberían haber sabido que su actuación contribuiría a la infracción.

76. En el marco de la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la responsabilidad penal puede extenderse a los cómplices de un delito.³⁸ Dichas personas no son directamente responsables de la violación del Derecho penal, no ponen ellos mismos la máquina de juegos de azar a disposición del público sin contar con una concesión, pero permiten que se produzca la infracción.

77. Desde mi punto de vista, imputar responsabilidad penal a las personas indirectamente responsables de la violación de la limitación, al margen de que supieran o debieran saber que sus acciones contribuirían a la infracción, ayuda a aplicar la restricción y, por consiguiente, a alcanzar el elevado nivel de protección buscado. Sin embargo, resultaría desproporcionado ampliar la responsabilidad penal a las personas que no sabían ni podían saber de la existencia de una violación, pues no estaban en condiciones de evitar contribuir a la violación.

78. El órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, tomando en consideración, en la medida de lo posible, la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión.³⁹

79. Por lo tanto, en mi opinión, el artículo 56 TFUE y los artículos 15 a 17 de la Carta no se oponen a una disposición que amplía la responsabilidad penal a las personas directa o indirectamente responsables de incumplir una restricción a la prestación de servicios de juego, siempre que el ámbito personal de la responsabilidad penal se limite a aquellas personas que sabían o deberían haber sabido que sus actuaciones contribuirían a la violación.

37 — Sentencia Dickinger y Ömer, citada en la nota 17, apartados 32 y 43 y la jurisprudencia citada.

38 — Sentencia de 21 de junio de 2012, Donner (C-5/11).

39 — Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Lopes Da Silva Jorge (C-42/11), apartados 54 a 56, y la jurisprudencia citada.

Tercera cuestión

80. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 56 TFUE y/o los artículos 16, 47 y 50 de la Carta y los principios generales del Derecho de la Unión se oponen a disposiciones del Derecho nacional que imponen sanciones penales o administrativas por infringir la ley pero que no permiten a una persona saber con seguridad de antemano con arreglo a cuál de ellas se le acusará.

81. En mi opinión, el artículo 50 de la Carta no se opone a dichas disposiciones. De los documentos a disposición del Tribunal de Justicia no se desprende que la afirmación de que existe el riesgo de que una misma infracción sea castigada dos veces esté justificada. O bien la infracción es examinada por los tribunales administrativos o por los tribunales penales. Al parecer, el StGB se aplica a los juegos de azar en los que la apuesta es igual o superior a 10 euros y a «partidas en serie» con apuestas inferiores pero que, en total, superan los 10 euros. En caso contrario, la violación se considera una infracción administrativa con arreglo a lo dispuesto en la GSpG.

82. Únicamente después de conocer los hechos del caso concreto es posible determinar si estos dan lugar a una infracción administrativa (juegos de azar ilegales con apuestas inferiores a 10 euros y que no sean partidas en serie) o a un delito (juegos de azar ilegales con apuestas superiores a 10 euros o con apuestas inferiores a dicho importe pero que forman parte de una partida en serie). Por consiguiente, la inseguridad jurídica únicamente existe porque existen distintas disposiciones que se aplican a situaciones diferentes.

83. El artículo 47 de la Carta, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, no se vulnera cuando la persona acusada de una infracción tiene acceso a un órgano jurisdiccional, sea este administrativo o penal.

84. Por lo tanto, tampoco los artículos 56 TFUE y 16, 47 o 50 de la Carta se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone que se impondrán sanciones penales cuando se presten servicios de juego ilegal con apuestas superiores a 10 euros y partidas en serie con apuestas inferiores pero que, en total, superan dicho importe, y que se impondrán sanciones administrativas si se prestan servicios de juego ilegal con apuestas inferiores a 10 euros.

Cuarta cuestión

85. Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide si el artículo 56 TFUE y/o los artículos 15 a 17 y 50 de la Carta se oponen a sanciones, como las previstas en los artículos 53, 54 y 56a de la GSpG, que incluyen la incautación y destrucción de las máquinas de juegos de azar y el cierre del negocio.

86. Como ya he señalado,⁴⁰ si un Estado miembro impone una restricción que está justificada por razones imperiosas de interés general y que, por consiguiente, no está prohibida por el artículo 56 TFUE, dicho Estado miembro también está facultado para exigir el cumplimiento de dicha restricción imponiendo sanciones en caso de inobservancia. Sin embargo, dichas sanciones deben cumplir el principio de proporcionalidad y respetar los derechos fundamentales.

87. De los hechos y de la legislación expuesta en la resolución de remisión se desprende que, al parecer, cuando se organizan juegos de azar mediante máquinas de juego sin contar con una concesión, la máquina queda automáticamente incautada y es posteriormente destruida. La disposición con arreglo a la cual se adoptan dichas medidas no parece autorizar ninguna otra actuación alternativa en función del grado de culpabilidad del propietario de la máquina o de

40 — Véase el punto 74 *supra*.

cualquier otra persona que albergue un derecho sobre ella, o en función de la gravedad de la infracción de la legislación. Según parece, ningún argumento de defensa en relación con la comisión de la infracción ni las circunstancias atenuantes que la persona que tenga algún derecho sobre la máquina pueda invocar pueden llevar a un resultado distinto.

88. Si efectivamente la sanción no puede graduarse para reflejar elementos como el grado de culpabilidad, será desproporcionada y estará prohibida por el artículo 56 TFUE y por los artículos 15 a 17 de la Carta. Sin embargo, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional verificar este extremo. (En mi opinión, el artículo 50 de la Carta no es pertinente para esta cuestión).

89. Por el contrario, conforme al artículo 56a de la GSpG, la decisión de cerrar el establecimiento es discrecional. Dada la flexibilidad a la hora de aplicar esta facultad, es posible que la adopción, en determinadas situaciones, de la decisión de cerrar un establecimiento sea proporcionada. Por lo tanto, no considero que el artículo 56a de la GSpG como tal sea contrario al artículo 56 TFUE. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, en la práctica, esta facultad se ejerce efectivamente teniendo en cuenta las circunstancias existentes y, por tanto, con la flexibilidad necesaria para cumplir el criterio de proporcionalidad.

Conclusión

90. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (Austria) del modo siguiente:

- «1. El artículo 56 TFUE se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal en virtud de la cual sólo un número limitado de concesionarios pueden organizar juegos de azar, a menos que dicha restricción esté justificada por un objetivo imperioso de interés general, como la protección de los consumidores y/o la prevención de la criminalidad, persiga dicho objetivo de forma sistemática y coherente a la luz de las políticas comerciales de los concesionarios existentes y sea proporcionada. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional determinar si estos criterios se cumplen. Si la restricción reúne estos requisitos, no estará prohibida con arreglo a los artículos 15, 16 o 17 de la Carta.
2. El artículo 56 TFUE y los artículos 15 a 17 de la Carta no se oponen a una disposición que amplía la responsabilidad penal a las personas directa o indirectamente responsables de incumplir una restricción a la prestación de servicios de juego, siempre que el ámbito personal de la responsabilidad penal se limite a aquellas personas que sabían o deberían haber sabido que sus actuaciones contribuirían a la violación.
3. Ni el artículo 56 TFUE ni los artículos 16, 47 o 50 de la Carta se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone que se impondrán sanciones penales cuando se presten servicios de juego ilegal con apuestas superiores a 10 euros y “partidas en serie” con apuestas inferiores pero que, en total, superen dicho importe, y que se impondrán sanciones administrativas si se prestan servicios de juego ilegal con apuestas inferiores a 10 euros.
4. El artículo 56 TFUE y los artículos 15 a 17 de la Carta se oponen a una normativa nacional según la cual las máquinas empleadas en juegos de azar no autorizados quedan automáticamente incautadas y son destruidas sin posibilidad de que ese resultado pueda modificarse en función del grado de culpabilidad del propietario de la máquina tragaperras y/o de la gravedad de la infracción. El artículo 56 TFUE y los artículos 15 a 17 de la Carta no se oponen, sin embargo, a

una normativa nacional con arreglo a la cual el Estado miembro dispone de la facultad discrecional de cerrar un establecimiento en el que se han puesto a disposición del público máquinas de juegos de azar sin autorización.»