

Asunto C-920/19

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

16 de diciembre de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

6 de diciembre de 2019

Partes recurrentes:

Fluctus s.r.o.

Fluentum s.r.o.

KI

Autoridad recurrida:

Landespolizeidirektion Steiermark (Dirección Regional de Policía de Estiria)

Objeto del procedimiento principal

Sanción por la explotación de máquinas tragaperras ilegales (infracción del monopolio estatal de los juegos de azar)

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Compatibilidad del monopolio austriaco de los juegos de azar con el artículo 56 TFUE, habida cuenta de la desmesurada actividad publicitaria de los concesionarios

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe interpretarse el artículo 56 TFUE en el sentido de que, en caso de un monopolio estatal en materia de juegos de azar, para apreciar las prácticas publicitarias inadmisibles del titular de una concesión, definidas por el Tribunal de Justicia en jurisprudencia reiterada, es determinante saber si, en una consideración de conjunto, en el período relevante se ha producido efectivamente un crecimiento del mercado de los juegos de azar, o basta con que la publicidad esté dirigida a fomentar la participación activa en el juego mediante su banalización, su presentación bajo la imagen positiva que supone la dedicación de sus ingresos a actividades de interés general o el fortalecimiento de su atractivo por medio de mensajes publicitarios llamativos que seduzcan con la perspectiva de obtener cuantiosos premios?
- 2) Además, ¿debe interpretarse el artículo 56 TFUE en el sentido de que las prácticas publicitarias de un monopolista, en caso de existir, excluyen en todo caso la coherencia del régimen de monopolio o en el sentido de que, si los proveedores privados realizan actividades publicitarias en ese sentido, el monopolista también puede fomentar la participación activa en el juego mediante su banalización, su presentación bajo la imagen positiva que supone la dedicación de sus ingresos a actividades de interés general o el fortalecimiento de su atractivo por medio de mensajes publicitarios llamativos que seduzcan con la perspectiva de obtener cuantiosos premios?
- 3) Un órgano jurisdiccional nacional, que en el marco de sus competencias deba aplicar el artículo 56 TFUE, ¿está obligado, conforme a su propia capacidad de decisión, a dar pleno efecto a dicho artículo, dejando inaplicada toda disposición de Derecho nacional que, en su opinión, sea contraria al mismo, incluso si se ha confirmado su conformidad con el Derecho de la Unión en un procedimiento ante la jurisdicción constitucional?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 56 TFUE

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz) (Ley federal de 28 de noviembre de 1989, de juegos de azar; en lo sucesivo, «GSpG»), BGBl. n.º 620/1989: artículos 2, 3, 4, 14, 17, 21, 24, 50, 52, 53, 54 y 56

Jurisprudencia citada

Sentencias de 30 de abril de 2014, Pflieger (C-390/12, EU:C:2014:281); de 6 de noviembre de 2003, Gambelli (C-243/01, EU:C:2003:597); de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media (C-46/08, EU:C:2010:505); de 15 de septiembre de 2011, Dickinger y Ömer (C-347/09, EU:C:2011:582); de 3 de junio de 2010, Ladbrokes (C-258/08, EU:C:2010:308); 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, EU:C:2010:504); de 30 de junio de 2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437); de 24 de enero de 2013, Stanleybet y otros (C-186/11 y C-209/11, EU:C:2013:33); de 11 de enero de 2000, Kreil (C-285/98, EU:C:2000:2); de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212); de 14 de junio de 2017, Online Games y otros (C-685/15, EU:C:2017:452); de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487); de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605); de 14 de noviembre de 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736); de 30 de junio de 2016, Admiral Casinos & Entertainment (C-464/15, EU:C:2016:500); de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, EU:C:1984:153), y de 27 de junio de 1991, Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Con motivo de los controles oficiales efectuados en diversos establecimientos, se intervinieron provisionalmente las máquinas allí encontradas, que habían sido instaladas sin la autorización administrativa necesaria («concesión») prevista en la GSpG. Mediante resolución, las autoridades competentes confirmaron la incautación provisional e iniciaron un procedimiento administrativo sancionador; finalmente, impusieron las correspondientes multas a los responsables, es decir, los propietarios de las máquinas, los responsables del local, los operarios, etc.
- 2 En el presente asunto, el 19 de octubre de 2016 se llevó a cabo un control con arreglo a la GSpG en un local de Graz. Se encontraron ocho máquinas sospechosas de incumplir la GSpG. Las máquinas estaban operativas y funcionaban, y algunas de ellas estaban siendo utilizadas por jugadores. Las máquinas (con las que se ha cometido la supuesta infracción), una vez averiguados su propietario (Fluentum s.r.o.) y su titular (Fluctus s.r.o.), fueron incautadas con carácter provisional. La denuncia se presentó ante la autoridad competente, la Dirección Regional de Policía de Estiria. Posteriormente, el 23 de noviembre de 2016, la resolución de incautación se notificó a Fluctus s.r.o., al haber sido identificada dicha sociedad como titular de las máquinas. El 12 de diciembre de 2016 se notificó a Fluentum s.r.o. una resolución de incautación de idéntico contenido, en que se designaba a esta sociedad como organizadora del juego de azar. Las mencionadas resoluciones fueron recurridas ante el Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria).

- 3 Posteriormente se iniciaron procedimientos administrativos sancionadores. La Dirección Regional de Policía de Estiria, como autoridad sancionadora competente, consideró que KI era el director gerente de las sociedades Fluctus s.r.o. y Fluentum s.r.o. Por este motivo, se iniciaron procedimientos sancionadores independientes contra KI como organizador y como empresario del juego de azar, y se impusieron multas por un importe total de 480 000 euros al recurrente. Las costas del procedimiento se fijaron en un total de 48 000 euros. En concreto, mediante resolución sancionadora de la Dirección Regional de Policía de Estiria de 22 de enero de 2018 se impuso una multa de 30 000 euros por cada máquina tragaperras (en total, 240 000 euros) y, en caso de no poder cobrarse la deuda, una pena sustitutiva de privación de libertad de 7 días por cada máquina; y, mediante resolución sancionadora de la Dirección Regional de Policía de Estiria de 29 de enero de 2018, también se impuso una multa de 30 000 euros por cada máquina tragaperras (en total, 240 000 euros) y, en caso de deuda incobrable, una pena sustitutiva de privación de libertad de 7 días por cada máquina. Contra ambas resoluciones se interpuso recurso ante el Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria).
- 4 En los procedimientos principales concurre la dimensión internacional que requieren los artículos 56 TFUE y siguientes, debido a que en ellos interviene una sociedad de responsabilidad limitada con domicilio social en otro Estado miembro de la Unión Europea (Bratislava, Eslovaquia).

Exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 5 El Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria) alberga dudas sobre si las prácticas publicitarias de los concesionarios (monopolistas) son conformes con el Derecho de la Unión (artículo 56 TFUE).
- 6 Los requisitos legales en materia de publicidad de los juegos de azar se han formulado muy vagamente en la GSpG austriaca. Conforme al artículo 17, apartado 7, de la GSpG, los concesionarios de loterías están obligados a recabar apoyo mediático de carácter general. Por el contrario, los operadores de casinos no están obligados a hacer publicidad. Actualmente solo en el artículo 56, apartado 1, de la GSpG se establece una limitación estricta del contenido de la publicidad de los juegos de azar. Conforme a dicha disposición, los concesionarios y los titulares de autorizaciones «deben observar criterios de responsabilidad» en sus actos publicitarios. La observancia de estos criterios de responsabilidad queda supeditada exclusivamente al cauce de la supervisión administrativa, pues conforme a los artículos 1 y siguientes de la Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley federal contra la competencia desleal; en lo sucesivo, «UWG») está expresamente excluida la posibilidad de actuar por vía judicial.

- 7 Los órganos jurisdiccionales austriacos han examinado en múltiples procedimientos contencioso-administrativos y civiles la compatibilidad de la GSpG austriaca con el Derecho de la Unión vigente, así como la posición de los tribunales de lo contencioso-administrativo, y la han confirmado o no han expresado ninguna duda al respecto. En sentencias dictadas a lo largo del año 2016, los tres máximos tribunales austriacos: el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria; en lo sucesivo, «VwGH»), el Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional, Austria; en lo sucesivo, «VfGH») y el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria; en lo sucesivo, «OGH»), confirmaron que el monopolio austriaco en materia de juegos de azar es conforme con el Derecho de la Unión (véanse los siguientes apartados 21 y 23). Desde entonces se han dictado numerosas resoluciones que siguen la misma línea jurisprudencial.
- 8 En el fondo, el monopolio austriaco de los juegos de azar constituye una restricción a la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 56 TFUE. Por lo tanto, solamente será compatible con el Derecho de la Unión cuando concurra una justificación establecida en los Tratados o desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (razones imperiosas de interés general; véase la sentencia Pfleger, C-390/12, apartados 38 y siguientes). Cabe considerar que son razones imperiosas de interés general a efectos de restringir las actividades de juegos de azar, en particular, la protección de los consumidores, la prevención del fraude y de la incitación a los ciudadanos al gasto excesivo en juegos (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia Gambelli, C-243/01, apartados 65 y siguientes, y Carmen Media, C-46/08, apartado 55). Sin embargo, la mera invocación de que existen estos objetivos no basta para justificar cualquier normativa. Cuando la restricción de la libertad fundamental de que se trate tenga una finalidad reconocida, procederá examinar si se ha respetado el principio de proporcionalidad.
- 9 El Tribunal de Justicia supedita la conformidad con el Derecho de la Unión del monopolio en materia de juegos de azar no solo a la finalidad perseguida por el legislador, sino también a la efectividad de la normativa (véase la sentencia de 15 de septiembre de 2011, Dickinger y Ömer, C-347/09, EU:C:2011:582, apartado 65). Por lo tanto, también en relación con las actividades publicitarias, el examen de la conformidad con el Derecho de la Unión no debe atender solamente al contenido de la norma (en este caso, en particular el artículo 56, apartado 1, de la GSpG, con arreglo al cual los concesionarios y titulares de las licencias deben aplicar criterios de responsabilidad en sus actuaciones publicitarias), sino que también son importantes los efectos de dicha disposición en la práctica.
- 10 En el contexto de una evaluación de la adecuación de un monopolio de juegos de azar, es también significativa la coherencia de la normativa nacional (sentencias Gambelli, C-243/01, apartados 65 y siguientes, y Pfleger, C-390/12, apartado 56). En el caso de que se afirme la adecuación, en un segundo paso deberá evaluarse la necesidad de la restricción y, en su caso, en un tercer paso, su proporcionalidad. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una normativa nacional será

contraria al Derecho de la Unión, cuando dicha normativa no persiga realmente el objetivo de proteger a los jugadores o de luchar contra la delincuencia y no responda verdaderamente al afán de reducir las oportunidades de juego o de luchar contra la criminalidad vinculada a estos juegos de forma coherente y sistemática (sentencia Pflieger, C-390/12, apartado 56). La exigencia de coherencia implica también requisitos relativos a la publicidad realizada por el titular de un monopolio o un concesionario, tal como clarificó el Tribunal de Justicia en varias sentencias (véanse las sentencias Ladbroke, Stoß, Zeturf, Dickinger y Ömer y Stanleybet, enunciadas en «jurisprudencia citada»). De ahí deduce el órgano jurisdiccional remitente que el legislador nacional ha de regular y supervisar también las medidas publicitarias del monopolista. Parte de la doctrina niega – también en relación con la publicidad realizada por los concesionarios Österreichische Lotterien GmbH y Casinos Austria AG – que en la publicidad se esté respetando el criterio de responsabilidad requerido. Se critica la exclusividad a favor de un operador principalmente privado que, a lo sumo, se somete a un control meramente superficial y al que la autoridad supervisora no impone límites, sobre todo en materia de expansión de la oferta y publicidad agresiva, lo cual es contrario al Derecho de la Unión.

- 11 En opinión del Landesverwaltungsgericht Steiermark (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Estiria), cabe considerar que los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en materia de admisibilidad de un monopolio de juegos de azar no se cumplen, si se analizan teniendo en cuenta, por un lado, la legislación vigente en Austria (coherencia), y, por otro, la política comercial del concesionario único de loterías (prácticas publicitarias extensivas). Habida cuenta de la política publicitaria agresiva del concesionario, debe considerarse que no se respetan los límites establecidos por el Tribunal de Justicia en las sentencias Carmen Media, Stoß y Dickinger y Ömer, de modo que, solo por esto, el monopolio austriaco de juegos de azar, incluidas sus normas de acompañamiento, ya no puede ser invocado frente a una persona que, como el recurrente, ejerce la libre prestación de servicios. Esta postura es compartida por toda la doctrina jurídica.
- 12 La política expansionista del monopolista, acompañada de un gran gasto publicitario, se contradice con la protección de los consumidores frente a una incitación al gasto excesivo en juego, que exige el Tribunal de Justicia. Las limitaciones que este impone a la publicidad no se observan en la práctica. La política de mercado de los concesionarios Österreichische Lotterien GmbH y Casinos Austria AG cumple todos los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia de cómo no ha de ser la conducta en el mercado de un monopolista: la publicidad del monopolista incita a la participación activa en el juego, transmite una imagen positiva del juego en sí, seduce con la perspectiva de obtener grandes premios, anima al juego a nuevos sectores del público y amplía continuamente su oferta.
- 13 El órgano jurisdiccional remitente cita numerosos ejemplos de actividad publicitaria intensiva en estas cinco categorías; por ejemplo, un gasto en

publicidad en torno a 40 millones de euros anuales; amplia difusión mediante sus campañas en espacios públicos y en televisión; ofrecimiento de incentivos al juego, como descuentos, para atraer al juego a colectivos hasta ahora menos aficionados (como las mujeres y los jóvenes); publicidad centrada en premios extremadamente elevados, incluso millonarios, que se presentan como fáciles de conseguir; atribución de efectos positivos a los juegos de azar (subvención de actos públicos y fines de utilidad general, seducción mediante la asociación publicitaria de los juegos de azar con valores como la suerte, el prestigio, la imagen, la autoestima, etc., hasta el propio atractivo físico), y facilitación del acceso a los juegos de azar (ampliación del número de centros físicos de apuestas, disponibilidad en internet o en dispositivos móviles, distribución de vales para el juego, etc.).

- 14 La actual ampliación de la oferta que está llevando a cabo el monopolista solo se puede explicar desde planteamientos crematísticos, y no con una moderada canalización de la propensión al juego. La confusión de intereses en el Ministerio de Hacienda como beneficiario económico directo de la ampliación de la oferta y del incremento de los precios en los juegos de azar es manifiesta. Por una parte, la propia República de Austria posee indirectamente participaciones en Casinos Austria AG y en Österreichische Lotterien GmbH; por otra, el Ministro de Hacienda debe ejercer una supervisión exhaustiva de los concesionarios y debe expedir de forma transparente y verificable las concesiones que entren en conflicto con otros competidores en el mercado austriaco de los juegos de azar. Es inevitable que esta tensión tenga gran impacto sobre la legislación en materia de juegos de azar, y también puede apreciarse en la práctica, en una supervisión insuficiente de los concesionarios.
- 15 Haciendo remisión a una sentencia del Landesgericht Linz (Tribunal Regional de Linz) de 2014, se alega que, en su conjunto, la publicidad de los únicos titulares de licencias para juegos de azar (Österreichische Lotterien GmbH y Casinos Austria AG) no era moderada ni se limitaba a encauzar a los consumidores hacia las redes de juego controladas (de los monopolistas), ni a contrarrestar la adicción al juego y las actividades delictivas relacionadas (cuya existencia en grado elevado no ha podido ser constatada), sino que, por el contrario, se trataba de una publicidad expansionista, que perseguía el crecimiento, que pretendía fomentar las operaciones de juego e incitaba a la participación activa, todo ello mediante la banalización, la atribución de una imagen positiva, el incremento del poder de atracción y la sugerencia de premios atractivos. En opinión del Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Vorarlberg), las medidas publicitarias tampoco son moderadas ni se limitan a lo estrictamente necesario. Asimismo, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) ha expresado detenidamente en diversas resoluciones la incompatibilidad del monopolio de juegos de azar con el Derecho de la Unión.
- 16 No solo sucede que las actividades publicitarias de los monopolistas carecen de moderación y limitación y que no se someten a ninguna supervisión efectiva, sino

que lo mismo ocurre también con otras muchas terceras empresas que ofrecen juegos de azar en Austria, sobre todo en línea, donde la mayoría de los anuncios se refieren a empresas que carecen de concesión en Austria para la organización de loterías. Se desconocen las razones por las que el Ministerio de Hacienda no hace cumplir la prohibición de publicidad establecida en la GSpG para los juegos de azar sin concesión. En cualquier caso, es evidente que no guardan relación con una política coherente en materia de juegos de azar ni con la protección de los consumidores.

- 17 En definitiva, con la publicidad no se pretende exclusivamente dirigir a los consumidores hacia redes de juego controladas, sino que se persigue el objetivo de incitar al juego, en particular, a las personas que hasta el momento no han mostrado una especial predisposición a jugar. Por lo tanto, no estamos ante una publicidad moderada en el sentido de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A esta situación se suma el hecho de que el artículo 56, apartado 1, de la GSpG, excluye que los criterios exigidos por el Derecho de la Unión para la publicidad sean objeto de control judicial por medio de una demanda de otros competidores o de asociaciones con legitimación activa con arreglo a la UWG. Así pues, el monopolio de juegos de azar carece de la justificación exigida por el Derecho de la Unión.
- 18 La respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas resulta indispensable para el presente procedimiento, pues dos de los máximos tribunales austriacos (VfGH y VwGH) consideran que el monopolio es conforme con el Derecho de la Unión y, en un examen único, dictaron una resolución dirigida a sentar jurisprudencia (véanse los posteriores apartados 21 y 23) a la cual ahora (al menos, en opinión de los máximos tribunales) están sujetos todos los demás órganos jurisdiccionales. De seguirse esta posición, en el futuro sería imposible examinar las disposiciones de la GSpG a la luz del Derecho de la Unión. Además, esta práctica contraria al Derecho de la Unión también contradice directamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias Kreil, C-285/98; Ciola, C-224/97, y Online Games, C-685/15).
- 19 Los recurrentes operan en el ámbito protegido por la libre prestación de servicios. Conforme a lo dispuesto en el artículo 56 TFUE, pertinente a este respecto, del que son destinatarias todas las autoridades de los Estados miembros, estas no pueden imponer restricciones a la libre prestación de servicios. Esta constituye un derecho directamente aplicable, es decir que para su aplicación no es precisa una confirmación administrativa ni judicial por parte de las autoridades estatales austriacas. La mencionada prohibición del artículo 56 TFUE goza de primacía sobre el Derecho nacional, incluso el Derecho constitucional nacional. Por lo tanto, ningún tribunal constitucional nacional puede vaciar de contenido las libertades fundamentales. El artículo 56 TFUE debe ser aplicado con carácter preferente por todas las autoridades frente a cualquier restricción nacional, sea cual sea la naturaleza jurídica de esta. Debe dejar de aplicarse toda restricción nacional que entre en colisión con la prohibición del artículo 56 TFUE, que es de rango superior, aunque tenga rango constitucional o se establezca en una decisión

firme y confirmada judicialmente o en una sentencia. Ya en 1999, en la sentencia Ciola (C-224/97, citada en los posteriores apartados 24 a 34), referente a Austria, el Tribunal de Justicia declaró que las leyes y/o actos administrativos contrarios al Derecho de la Unión, aunque sean firmes, no pueden generar efectos en perjuicio de los ciudadanos de la Unión, sino que las autoridades están sujetas a esta obligación de primacía del Derecho de la Unión.

- 20 La resolución sancionadora controvertida infringe normas de aplicación preferente del Derecho de la Unión, al estar basada en la GSpG austriaca, que restringe la libre prestación de servicios. En el procedimiento no se ha alegado ninguna justificación —teóricamente posible por razones imperiosas de interés general— de esta vulneración de la libre prestación de servicios por parte de la resolución basada en la GSpG contraria al Derecho de la Unión. Para fundamentar la falta de legitimación del monopolio austriaco, baste remitirse a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Pflieger (C-390/12). Las restricciones de la GSpG austriaca son contrarias al Derecho de la Unión habida cuenta del criterio pertinente de sus «modalidades concretas de aplicación». La República de Austria ni siquiera afirma lo contrario, a pesar de que sobre ella pesa la carga de la prueba (véase la sentencia Online Games, C-685/15).
- 21 No cabe invocar resoluciones del VwGH contrarias al Derecho de la Unión, en particular la sentencia dirigida a sentar jurisprudencia de 16 de marzo de 2016 en el asunto 2015/17/0022. Las resoluciones erróneas del VwGH no pueden pasar por encima del Derecho de la Unión ni eximen a la Administración de observar este Derecho de rango superior. En el asunto Pflieger (C-390/12, se citan los apartados 53 a 55), el Tribunal de Justicia confirmó su jurisprudencia en el sentido de que, en las circunstancias imperantes en Austria, el monopolio austriaco no se puede justificar con arreglo al Derecho de la Unión. Las autoridades estatales no pudieron acreditar que la delincuencia o la ludopatía constituyan realmente un problema que justifique el monopolio.
- 22 Esto es exactamente lo que sucede en el presente asunto: las autoridades competentes no han demostrado que, en el período de autos, la delincuencia y/o la ludopatía constituyan realmente un grave problema que pudiese legitimar un monopolio y la resolución basada en este. Por el contrario, hay constancia de que el verdadero objetivo del monopolio no reside en combatir la delincuencia ni la ludopatía, sino exclusivamente en incrementar al máximo los ingresos del Estado favoreciendo a un monopolista.
- 23 El VwGH pasa por alto arbitrariamente el Derecho de la Unión en su interpretación vinculante del Tribunal de Justicia, y por este motivo adquieren singular relevancia para el presente procedimiento las cuestiones prejudiciales planteadas, pues, de lo contrario, existe el riesgo de que se vuelva a producir una confirmación de la GSpG contraria al Derecho de la Unión. La relación que vincula esta práctica ilícita con las cuestiones formuladas sobre la publicidad queda patente en el hecho de que las resoluciones pertinentes de los máximos tribunales (en particular, la sentencia del VwGH de 16 de marzo de 2016, Ro

2015/17/0022 y la sentencia del VfGH de 15 de octubre de 2016, E 945/2015), no se basaron en una apreciación autónoma de los hechos referida a la cuestión de la compatibilidad del régimen de monopolio de la GSpG con el Derecho de la Unión, por lo que desde el principio dichas sentencias (desde el punto de vista estricto de los hechos) nada podían aportar a la aclaración de la exigencia recientemente recalcada por el Tribunal de Justicia (sentencia Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15) de interpretar el artículo 56 TFUE en el sentido de que el control de la proporcionalidad de una normativa nacional restrictiva en materia de juegos de azar, de acuerdo con un enfoque no estático, sino dinámico, debe basarse no solo en el objetivo perseguido por esa normativa, tal como se presentaba en el momento en que fue adoptada, sino también en los efectos de dicha normativa, apreciados con posterioridad a su adopción.

- 24 Por lo demás, las opciones publicitarias de los concesionarios austriacos o la publicidad de los juegos de azar hecha por ellos son contrarias al Derecho de la Unión (nueva remisión a las ya citadas sentencias Ladbrokes, Stoß, Zeturf, Dickinger y Ömer y Stanleybet).
- 25 Si bien, conforme a la jurisprudencia del VwGH (véase la sentencia de 11 de julio de 2018, Ra 2018/17/0048), en principio sería lícito que los concesionarios, en algunos casos, recurriesen a una publicidad agresiva, esto solo estaría justificado si para un juego de azar concreto o para un determinado sector de juegos de azar fuese necesaria una publicidad agresiva a fin de garantizar la protección de los jugadores, en particular, si con tal publicidad se pudiese dirigir a los jugadores del ámbito del juego ilegal al legal. Dado que en Austria no hay el menor indicio de que exista una oferta ilegal de productos de lotería o de juegos de casino, ha de considerarse que la publicidad se debe regir por criterios estrictos. No cabe justificar la publicidad agresiva, por ejemplo, de décimos de lotería, con una supuestamente amplia oferta ilegal de máquinas tragaperras. De lo contrario, conforme a la opinión jurídica del VwGH, sería lícito recurrir en ocasiones a una publicidad agresiva, si bien en Austria solamente en el ámbito de las máquinas tragaperras. Sin embargo, la situación es exactamente la contraria: la documentación aportada muestra publicidad agresiva y prohibida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en sectores que en Austria no se ven afectados por la supuesta ilegalidad. Solo por esta razón es ilegal el monopolio establecido en materia de juegos de azar, por lo que no cabe invocarlo para sancionar a un justiciable.
- 26 A la luz del apartado 27 del auto del Tribunal de Justicia de 9 de enero de 2019, Fluctus y Fluentum (C-444/18, EU:C:2019:1), la respuesta a las cuestiones prejudiciales es necesaria porque, aunque los altos tribunales austriacos, en sus resoluciones dirigidas a sentar jurisprudencia, han declarado, como ya se ha expuesto, que la publicidad es agresiva y va dirigida a captar nuevos jugadores que no hayan jugado nunca antes, pasan por alto este hecho que, sin embargo, es origen de la incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Se trata de una práctica contraria al Derecho de la Unión y que contraviene frontalmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Resulta indispensable responder a las cuestiones

planteadas, pues, sin una nueva e inequívoca resolución del Tribunal de Justicia, no podrá ponerse fin a la práctica ilegal de los órganos jurisdiccionales austriacos.

DOCUMENTO DE TRABAJO