



Roj: **STS 1686/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1686**

Id Cendoj: **28079110012020100275**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2020**

Nº de Recurso: **3497/2017**

Nº de Resolución: **257/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 257/2020

Fecha de sentencia: 05/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3497/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3497/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 257/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 5 de junio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 242/2017 de 16 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimotava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 405/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, sobre competencia desleal.

Son parte recurrente Desarrollo Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., representados por el procurador D. Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de D. Javier Areilza Churrua.

Son partes recurridas **Bwin**.party Digital Entertainment PLC representado por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D. Manuel Garayo Orbe; y, Electraworks Limited, Electraworks (España) Plc., Partygaming Holdings Limited y **Bwin** Interactive Marketing España S.L., representados por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de D.ª Susana Capdevila Abelleira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Arturo Romero Ballester, en nombre y representación de Desarrollo Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra **Bwin** Party Digital Entertainment Plc, Electraworks Limited, Partygaming Holdings Limited, Electraworks (España) Plc, y **Bwin** Interactive Marketing España S.L.U., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] I. Declare que las demandadas han incurrido en actos de competencia desleal.

" II. Ordene la cesación y prohibición de las siguientes conductas:

" (i) El uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos o a través de actividades de juego de azar y apuestas de clientes situados en España que hayan sido obtenidos con carácter previo al día 1 de junio de 2012.

" (ii) El envío de comunicaciones comerciales individualizadas o masivas, a través de cualquier medio, cuyos destinatarios sean clientes situados en España y cuyos datos se hubieran obtenido con anterioridad al 1 de junio de 2012 y en las que se les comunique que pueden seguir desarrollando su actividad de juegos de azar y apuestas en otras páginas de Internet y, en particular, en las páginas www.bwin.es , www.partypoker.es y www.binguez.es .

" III. Condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes el importe de 24.738.964 Euros en concepto de daños y perjuicios.

" IV. Con carácter subsidiario a la petición formulada en el ordinal "III" anterior que condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes 24.738.964 Euros en concepto de enriquecimiento injusto.

" V. Condene a las demandadas al pago de las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 19 de junio de 2012 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, fue registrada con el núm. 405/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de Electraworks Limited, Electraworks (España) Plc y de Partygaming Holdings Limited; y de **Bwin**.party Digital Entertainment Plc, y **Bwin** Interactive Marketing España S.L.U. contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a las demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, dictó sentencia 114/2014, de 30 de junio, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

Con fecha 11 de septiembre de 2014 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Se subsana el error advertido en la Sentencia nº 114/14 de fecha 30 de junio de 2014, en el sentido de que donde se dice Fallo: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Romero Ballester, en nombre y representación de Codere Apuestas, S.A, Misuri, S.A., Desarrollo Online de Juegos Regulados, S.A., Codere España, S.L. y Codere Apuestas España, S.L. frente a Partygaming Holdings Limited, Electrawork



Limited, **Bwin** Party Digital Entertainment PLC, Electra Work (España), PLC y **Bwin** Interactive Marketing España, S.L.U., representado por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira, debo absolver y absuelvo al demandado de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora" debe decir: "Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Romero Ballester, en nombre y representación de Codere Apuestas, S.A, Misuri, S.A., Desarrollo Online de Juegos Regulados, S.A., Codere España, S.L. y Codere Apuestas España, S.L. frente a Partygaming Holdings Limited, Electrawork Limited, **Bwin** Party Digital Entertainment PLC, Electra Work (España), PLC y **Bwin** Interactive Marketing España, S.L.U., representado por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira, debo absolver y absuelvo al demandado de todos los pedimentos deducidos en su contra, todo ello sin expresa condena en costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Desarrollo Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L. La representación de Electraworks Limited, Electraworks España Plc, Partygaming Holdings Limited, **Bwin** Interactive Marketing España S.L. y **Bwin**.party Digital Entertainment Plc se opusieron al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 394/2015, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 242/2017 de 16 de mayo, cuyo fallo dispone:

"1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Desarrollo On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.L., Misuri S.A, Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, con fecha 30 de junio de 2014, en el seno del procedimiento ordinario nº 405/2012.

"2º.- Estimamos la impugnación de la sentencia planteada por Electraworks Ltd, Electraworks (España) Plc., Partygaming Holdings Ltd y **Bwin** Interactive Marketing España S.L., por una parte y por **Bwin**.Party Digital Entertainment Plc (**BWIN**), por otra.

"3º.- Confirmamos el fallo de la sentencia recurrida excepto en el particular relativo a costas, que revocamos. En consecuencia, condenamos a las actoras al pago de las costas de primera instancia.

"4º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia por su recurso de apelación.

"5º.- No condenamos a ninguna de las partes al pago de las costas generadas por las impugnaciones de la sentencia formuladas".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación

1.- El procurador D. Roberto Moreno Ballester, en representación de Desarrollo Online de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.L. y Codere Apuestas España S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC por infracción del artículo 218.1 LEC al incurrir la sentencia recurrida en falta de exhaustividad o incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre una alegación fundamental deducida en el proceso y haberse denegado mediante auto el complemento solicitado al amparo del artículo 215 LEC, precepto que ha de ser interpretado conforme al artículo 24.1 C.E. y la doctrina constitucional establecida en las SSTC 144/2007, 73/2009 y 25/2012".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el 477.3 LEC, por infracción de los artículos 21.1 c) y 23.1 LCD de menos de cinco años en vigor al no haber declarado que constituía una práctica comercial desleal con los consumidores ofrecer servicios de juegos de azar por Internet no autorizados a usuarios situados en España presentándose como una empresa autorizada y que podía ofrecer legalmente sus servicios, infracción que ya ha sido apreciada en la STS nº 304/2017, de 17 de mayo en un caso idéntico, lo que debe dar lugar a la casación de la sentencia, a la estimación del recurso de apelación y, con ello, a la estimación de las acciones declarativa y de daños y perjuicios ejercitadas en la demanda".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el 477.3 LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 15.2 LCD ya que a pesar de que en la declaración de hechos probados no hay ningún elemento que excluya la existencia de ventaja competitiva, la sentencia recurrida no ha apreciado la



existencia de conducta desleal oponiéndose así a lo dispuesto en la STS nº 304/2017, de 17 de mayo dictada en un caso idéntico (en relación a la STS nº 1348/2006, de 29 de diciembre citada por aquella)".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el 477.3 LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 15.1 LCD al no haber considerado que las demandadas incurrieron en una conducta desleal por infracción de la normativa de protección de datos con la que obtuvieron una ventaja significativa".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de octubre de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- Electraworks Ltd Gibraltar, Electraworks España Plc, Partygaming Holdings Ltd, **Bwin** Interactive Marketing España S.L. y **Bwin** Party Digital Entertainment Plc se opusieron a los recursos

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de abril de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- Los antecedentes relevantes, tal como resultan de la sentencia de la Audiencia Provincial, pueden fijarse en los siguientes términos:

i) Desarrollo On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A, Codere España S.L., y Codere Apuestas España S.L. (en adelante, Codere, para referirnos a todas ellas) presentaron demanda frente a Electraworks Ltd, Electraworks (España) Plc., Partygaming Holdings Ltd, **Bwin** Interactive Marketing España S.L. y **Bwin** Party Digital Entertainment Pcl. (**Bwin**) (en adelante, **Bwin** para referirnos a todas ellas), al amparo de lo dispuesto en los artículos 15, 21, 23, 29.2 y 32 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD).

ii) Los hechos que en la demanda se imputan a **Bwin**, en síntesis, consisten en que han venido ofreciendo juegos de azar y apuestas a usuarios situados en España a través de la página web "www.bwin.com" con anterioridad a que se concedieran las primeras autorizaciones para ofrecer este tipo de juegos por Internet, haciendo uso de la licencia obtenida en Gibraltar.

iii) Según Codere, esta infracción legal ha perjudicado su actividad en el sector de las máquinas AWP (conocidas como tragaperras) y ha permitido a **Bwin** una ventaja competitiva en la actividad de juegos por Internet al haberse anticipado a Codere en la comercialización de estos servicios en el canal *on line*.

iv) Las pretensiones ejercitadas por Codere en su demanda consistieron en la solicitud de declaración de deslealtad de la conducta imputada **Bwin**; la orden de cese y prohibición de uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos a través de las actividades infractoras, así como el cese de envío de comunicaciones comerciales individualizadas o masivas a destinatarios situados en España cuyos datos se hubieran obtenido con anterioridad a 1 de junio de 2012 y en las que se les comunique que pueden seguir desarrollando su actividad de juegos de azar y apuestas en otras páginas de Internet terminadas en ".es".

v) Junto a estas pretensiones, Codere solicitó una indemnización de daños y perjuicios por importe de 24.758.964 euros, que debían pagar de forma solidaria todas las demandadas y, subsidiariamente, solicitó la condena al pago de tal cantidad en concepto de enriquecimiento injusto.

vi) **Bwin** no ha negado que a través de la página web "www.bwin.com" se hubiera venido ofreciendo juegos de azar y apuestas por Internet con carácter previo a la obtención por parte de Electraworks España Plc de las autorizaciones pertinentes a partir del día 1 de junio de 2012. Tampoco ha negado haber redirigido a los usuarios existentes con anterioridad al 1 de junio de 2012 a su nueva operativa autorizada a través de "www.bwin.es". Sin embargo, considera que la actividad desplegada con anterioridad a la citada fecha de 1 de junio de 2012 fue lícita.

2.- La sentencia de primera instancia consideró que **Bwin** no desarrolló, con anterioridad al 1 de junio de 2012, una actividad ilícita y, en consecuencia, no incurrió en conductas encuadrables en el artículo 15 LCD. Esta



sentencia consideró que **Bwin** tampoco infringió los artículos 21 y 23 LCD al afirmar que su actividad estaba autorizada, ya que contaba con tal autorización en Gibraltar. Asimismo, la sentencia de primera instancia señala que no puede apreciarse infracción de la normativa de protección de datos. La sentencia desestimó plenamente la demanda, si bien no impuso las costas a ninguna de las partes por apreciar serias dudas de hecho o de derecho.

3.- Codere interpuso recurso de apelación contra esa sentencia y los demandados, además de oponerse al recurso de apelación, impugnaron la sentencia en lo que respecta al pronunciamiento de costas.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de Codere y estimó la impugnación de la sentencia hecha por las sociedades demandadas.

En síntesis, la sentencia de apelación, con remisión a una sentencia anterior en la que había abordado la cuestión, aunque consideró correcta la alegación de las recurrentes en la que afirman que antes de la Ley Reguladora del Juego existía un régimen de prohibición general del juego salvo autorización, declaró que esa situación suponía una restricción injustificada de la libertad de prestación de servicios del art. 56 TFUE, pues los operadores de juego *on line* se veían impedidos para desarrollar su actividad al no poder obtener autorizaciones administrativas, sin que tal restricción obedeciera a objetivo alguno más que a la falta de regulación específica. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho de la UE, no resulta aceptable la postura que considera ilícita la prestación transfronteriza de servicios de juego *on line* con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Juego por parte de operadores que tenían licencias en otros Estados miembros.

La licitud de la prestación transfronteriza de servicios de juego también se deduce de las sentencias dictadas por la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fechas 20 de abril de 2015 y 15 de junio de 2015, toda vez que, si se considera procedente el cobro de una tasa por la prestación de tal actividad, se está presuponiendo su licitud.

Asimismo, la licitud de la conducta de las demandadas resultaría de las disposiciones transitorias de la Ley Reguladora del Juego relativas a la autorización para continuar esta actividad y su publicidad durante el periodo transitorio.

Por tales razones, la Audiencia Provincial consideró que las demandadas no habían incurrido en las conductas desleales que se les imputaba en la demanda, pues la conducta de **Bwin** no constituyó ninguna infracción legal, actuó amparada por una licencia concedida en Gibraltar y recogió, trató y cedió los datos en el ejercicio de una actividad lícita.

5.- Codere ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra dicha sentencia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, por el cauce del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Codere alega la infracción consistente en la falta de exhaustividad o incongruencia omisiva, pues la Audiencia Provincial no se ha pronunciado sobre una alegación fundamental deducida en el proceso y ha denegado el complemento solicitado al amparo del art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se habría cometido porque la sentencia de la Audiencia Provincial no dio contestación a las consideraciones de orden fáctico que se hicieron en las páginas 63 a 65 del recurso de apelación con referencia a los documentos 31, 29 y 13 de la demanda, al documento 68 aportado en la audiencia previa y a la declaración en el interrogatorio de parte en los minutos 13,42 a 14,58 de la grabación de la vista. Para las recurrentes, no está justificado que la Audiencia Provincial no analizara tales pruebas pese a que las considerara irrelevantes para el fallo, puesto que podían ser relevantes para la resolución del recurso que pudiera interponerse contra su sentencia.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: inexistencia de la infracción*

1.- No existe incongruencia omisiva puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial ha desestimado la pretensión formulada en el recurso de apelación, sin recurrir a argumentos extravagantes, ajenos a los términos en que el litigio quedó planteado por las partes.

2.- Tampoco hay infracción del deber de motivación. En la sentencia 294/2012, de 18 de mayo, declaramos que la exigencia de la motivación "no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que



permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2008, de 22 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2010)".

3.- La selección de las cuestiones fácticas y, consiguientemente, de las pruebas más relevantes, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por las recurrentes), pero no haber dado a determinados hechos, y a las pruebas referidas a tales hechos, la relevancia que tienen para las recurrentes, no constituye una vulneración del requisito de motivación de las sentencias.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial ha considerado que la conducta de las sociedades demandadas era lícita pues estaba amparada por la libertad de prestación de servicios del art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE), dado que las restricciones que resultaban de la falta de regulación de los operadores de juego *on line* no cumplían los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE).

5.- A la vista de cuál ha sido su criterio decisorio, carecía de relevancia abundar en los aspectos fácticos a que hacen referencia las recurrentes, sin perjuicio de que en la exposición de la situación existente antes de la aprobación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego (en lo sucesivo, LRJ), la Audiencia Provincial ya ha realizado algunas valoraciones sobre esta cuestión.

Recurso de casación

CUARTO.- *Formulación de los motivos del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del primer motivo, las recurrentes denuncian la infracción de los arts. 21.1.c y 23.1 de la Ley de Competencia Desleal y de la doctrina sentada en la sentencia 304/2017, de 17 de mayo.

En el desarrollo del motivo, argumentan que ofrecer juegos de azar *on line* en España antes de la concesión de licencia era una actividad prohibida, sin que ello infringiera el art. 56 TFUE, por lo que las demandadas no podían presentarse ante los consumidores como comercializadoras de un servicio, legalmente y con autorización.

Argumentan asimismo que un competidor tiene legitimación activa para exigir la indemnización de daños y perjuicios también en conductas desleales consistentes en las prácticas desleales con consumidores del art. 19 y siguientes de la Ley de Competencia Desleal (en lo sucesivo, LCD), por lo que debe condenarse a las demandadas al pago de la cantidad que solicitan. Y en caso de no considerarlo así este tribunal, solicitaba que se planteara cuestión prejudicial ante el TJUE.

2.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza con un epígrafe en el que se denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el art. 15.2 LCD.

En el desarrollo del motivo, las recurrentes alegan que la infracción consiste en que no se ha apreciado la existencia de conducta desleal pese a que las demandadas infringieron normas reguladoras de la competencia y no se ha constatado ningún elemento que excluya la existencia de ventaja competitiva, pese a que, en opinión de las recurrentes, incluso en caso de que la infracción de estas normas hubiera sido generalizada, tal circunstancia no excluiría la deslealtad de la conducta.

3.- En el encabezamiento del tercer motivo, las recurrentes denuncian la infracción de la jurisprudencia sobre el art. 15.1 LCD.

La infracción se habría cometido al no considerar desleal la infracción de las normas sobre protección de datos, dado que las demandadas recogieron, trataron y cedieron datos en el ejercicio de una actividad ilícita, como era el juego *on line*.

4.- Los tres motivos del recurso de casación parten del carácter ilícito de la actividad de ofrecimiento de juego *on line* por parte de las demandadas. A la vista del criterio que el tribunal mantiene sobre esta cuestión, procede resolver los motivos de forma conjunta.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: la restricción total de la prestación de servicios por empresas de los Estados miembros en el periodo anterior a la aprobación de la LRJ es contraria a la libertad de prestación de servicios reconocida en el art. 56 TFUE*

1.- Las recurrentes afirman que en nuestra anterior sentencia 304/2017, de 17 de mayo, declaramos que la jurisprudencia del TJUE sobre las restricciones a la libertad de prestación de servicios no era aplicable para excluir la ilicitud de una actividad prohibida, pues en el apartado 9 del fundamento noveno afirmamos:



"Las invocaciones a la jurisprudencia comunitaria no pueden servir para excluir la necesidad de autorización para la organización de la actividad del juego de póker *on line* desde fuera de España pero dirigida al mercado español. En consecuencia, tampoco sirven para sustentar la legalidad de la actuación de las demandadas".

2.- Las recurrentes omiten la razón por la que este tribunal consideró irrelevantes las invocaciones a la jurisprudencia del TJUE, que se expresaban en los siguientes párrafos de la sentencia. La demandada en aquel litigio ofertaba la actividad de juego *on line* desde la Isla de Man. Tal actividad era organizada y ofertada por una sociedad constituida conforme a las leyes de la Isla de Man y con domicilio social en la misma. Tal circunstancia excluía la aplicación de la normativa comunitaria en materia de libre circulación de servicios, dado el estatus especial de la Isla de Man en el acta de adhesión de Gran Bretaña a las entonces denominadas comunidades europeas. Según tal instrumento, los nacionales de la Isla de Man no se beneficiarían de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y servicios. Por tanto, en aquel litigio no era aplicable el Derecho de la UE, y las demandadas no podían invocar la libertad de prestación de servicios del art. 56 TFUE.

3.- En el presente litigio, la situación es diferente, pues **Bwin** prestaba servicios de juego *on line*, que ofertaba en Internet a los residentes en España, desde Gibraltar, con una licencia expedida en dicho territorio. A diferencia de la Isla de Man, Gibraltar, pese a tener también un estatus jurídico peculiar al figurar en la lista de los territorios no autónomos en el sentido del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, desde el punto de vista del Derecho de la UE, era un territorio europeo cuyas relaciones exteriores asumía un Estado miembro (lo era en aquel momento), concretamente el Reino Unido, y el Derecho de la Unión se aplicaba a este territorio en virtud del artículo 355 TFUE, punto 3. No obstante lo dispuesto en este precepto, Gibraltar estaba excluido, de conformidad con el acta de adhesión de 1972, de la aplicabilidad de los actos de la Unión en determinados ámbitos del Derecho de la Unión, exclusión que se introdujo en consideración a su situación jurídica especial y sobre todo al estatuto de puerto franco de dicho territorio. Sin embargo, dicha exclusión no afectaba a la libre prestación de servicios, regulada en el 56 TFUE. Así lo declaró la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2017, asunto C 591/15, caso *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited*.

4.- Codere argumenta en su recurso que, en todo caso, el Derecho de la UE no sería aplicable a la codemandada **Bwin** Interactive Marketing España, S.L. porque es una sociedad española. Este argumento no es admisible.

5.- Ciertamente, la jurisprudencia del TJUE afirma que "la aplicabilidad del artículo 56 TFUE a una situación determinada exige la presencia de un elemento de extranjería" y no es aplicable cuando todos los elementos de la situación litigiosa se circunscriben al interior de un único Estado miembro. Así lo declaró, por ejemplo, la citada sentencia del TJUE de 13 de junio de 2017, asunto C-591/15, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited*. Pero, en el caso objeto de esta sentencia del TJUE, solo estaban implicados sujetos de un único Estado en la situación litigiosa, puesto que el tratamiento fiscal de la prestación de servicios de juego por operadores establecidos en Gibraltar a personas establecidas en el Reino Unido constituye, a efectos del Derecho de la Unión, una situación en la que todos los elementos se circunscriben al interior de un único Estado miembro.

6.- En el caso objeto de nuestro recurso, los elementos de la situación litigiosa no se circunscriben a un único Estado miembro, puesto que se trata de una situación jurídica en la que diversos operadores, radicados en varios Estados miembros de la UE, prestan servicios a las personas radicadas en España, y un competidor radicado en España ejercita contra ellos unas pretensiones con base en el carácter supuestamente ilícito de la actuación de estos prestadores de servicios radicados en varios Estados miembros de la UE.

7.- Una vez determinada la aplicabilidad del Derecho de la UE, no es admisible la tesis de Codere en el sentido de que el Derecho de la UE y, por tanto, la jurisprudencia del TJUE, se aplicaría a los operadores del grupo **Bwin** radicados en otros Estados miembros, pero no al radicado en España, como es el caso de una de las sociedades demandadas.

8.- La aplicabilidad del Derecho de la UE a una determinada situación jurídica no puede ser "troceada", de modo que a algunas de las sociedades implicadas en esa situación jurídica (las radicadas en otros Estados miembros) les sea aplicable el Derecho de la UE mientras que a otra de las sociedades implicadas en esa situación jurídica (también radicada en un Estado miembro, si bien es el mismo estado en el que residen los destinatarios de los servicios ofertados) no le sea aplicable el Derecho de la UE. No debe olvidarse, además, que las sociedades demandadas forman un grupo societario, al que se supone una cierta unidad de acción que no puede ser descompuesta artificialmente.

9.- Esta tesis supondría discriminar al operador nacional respecto de los operadores radicados en otros Estados miembros. El TJUE no ha distinguido entre prestadores de servicios nacionales y de otros Estados miembros a la hora de exigir, con base en el Derecho de la UE, la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios. La sentencia de 22 de junio de 2017, asunto C 49/16, caso *Unibet*, apartado 32, ha declarado:

"Procede recordar que el artículo 56 TFUE exige suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International*, C-42/07, EU:C:2009:519, apartado 51 y jurisprudencia citada)".

10.- En todo caso, no es aceptable la técnica del recurso, en el que para justificar la implicación del operador radicado en España en la actividad de ofrecimiento de juego *on line*, Codere se remite a otros escritos correspondientes a los trámites seguidos ante las instancias. La exigencia de precisión y concisión que establecen las normas reguladoras del recurso de casación y han sido desarrolladas en el acuerdo sobre criterios de admisión, es incompatible con la técnica consistente en remitirse a los argumentos que se reflejarían en otros particulares del proceso (escritos de las partes, documentos aportados, etc.).

11.- Sentado lo anterior, debe analizarse la jurisprudencia del TJUE que interpreta el art. 56 TFUE en lo relativo a las restricciones en la prestación de servicios de juego *on line* por parte de operadores radicados en Estados miembros de la UE.

12.- La sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2010, asunto C-46/08, caso *Carmen Media*, apartados 40 y 41, declara:

"A este respecto, debe recordarse que las actividades consistentes en permitir a los usuarios participar, a cambio de una remuneración, en un juego en el que se puede ganar dinero, constituyen prestaciones de servicios en el sentido del artículo 49 CE [actual art. 56 TFUE] [...]"

" Por lo tanto, según se desprende de una reiterada jurisprudencia, tales prestaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 49 CE [art. 56 TFUE] siempre que el prestador esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ofrece el servicio [...]. Así sucede, en particular, en el caso de servicios que un prestador ofrece, a través de Internet, a destinatarios potenciales establecidos en otros Estados miembros y que presta sin desplazarse desde el Estado miembro en el que está establecido".

13.- Al no constar que las demandadas operaran en España por medio de establecimiento (en la significación que a este otorga la jurisprudencia del TJUE, sentencia 15 de septiembre de 2011, asunto C-347/09, caso *Dickinger*, apartados 35 y siguientes) sino mediante Internet, no entran en juego las disposiciones de Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE relativas a la libertad de establecimiento (sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2009, asunto C-42/07, caso *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, apartado 48), sino, exclusivamente, las relativas a la libertad de prestación de servicios reconocida en el art. 56 TFUE.

14.- Como punto de partida para abordar la cuestión, el TJUE ha afirmado en el fallo de la sentencia de 12 de septiembre de 2013, asuntos acumulados C 660/11 y C 8/12, caso *Biasci*:

"Los artículos 43 CE [actual art. 49 TFUE, libertad de establecimiento] y 49 CE [actual art. 56 TFUE, libertad de prestación de servicios] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que impide de hecho toda actividad transfronteriza en el sector del juego, con independencia de la forma en que dicha actividad se lleve a cabo [...]"

15.- También ha declarado el TJUE en la sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2009, asunto C-42/07, caso *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, apartados 51 a 53:

"El artículo 49 CE [actual art. 56 TFUE] exige suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos [...]"

" Consta que una normativa de un Estado miembro que prohíbe a los prestadores que, como **Bwin**, están establecidos en otros Estados miembros proponer servicios por Internet en el territorio de dicho Estado constituye una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE [art. 56 TFUE] [...]"

" Además, dicha normativa supone una restricción a la libertad de los residentes en el Estado miembro de que se trate de acceder por Internet a servicios ofrecidos en otros Estados miembros".

16.- Por estas razones, y en relación concretamente con los servicios de juego, la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2017, asunto C 49/16, caso *Unibet*, apartado 33, declara:

"A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una legislación nacional que prohíbe la organización de juegos de azar sin previa autorización de las autoridades administrativas constituye una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 56 TFUE [...]"



17.- La jurisprudencia del TJUE ha admitido, con carácter general, restricciones a la libertad de prestación de servicios que vengan justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 52 TFUE). Pero, con carácter específico, en materia de prestación de servicios de juegos de azar, el TJUE "ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general, como 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" (sentencia de 6 de marzo de 2007, asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04, caso *Placanica* y otros, apartado 46).

18.- Aunque, según la jurisprudencia del TJUE, los Estados miembros son libres para determinar esos objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido (sentencia de 8 de septiembre de 2009, citada, apartado 59), el TJUE también afirma que "de reiterada jurisprudencia resulta que las restricciones impuestas por los Estados miembros deben respetar el principio de proporcionalidad y que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si los medios utilizados son coherentes y sistemáticos" (sentencias de 6 de marzo de 2007, *Placanica y otros*, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, apartados 48 y 53, y de 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone*, C-72/10 y C-77/10, apartado 63, 22 de junio de 2017, asunto C 49/16, caso *Unibet*).

19.- La normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Juego, aplicable a los juegos de azar, estaba constituida por el Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y apuestas; el Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, por el que se dictan normas complementarias del Real Decreto-ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de suerte, envite o azar y de las apuestas; la disposición final decimocuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007; y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

20.- Conforme a esa regulación, en nuestro ordenamiento jurídico, antes de la entrada en vigor de la LRJ, existía una prohibición de carácter general de los juegos de azar, de la que únicamente escapaban los juegos que cumplieran un doble requisito: i) constituir usos sociales de carácter tradicional o familiar y ii) no ser objeto de explotación lucrativa. Fuera de estas excepciones, para quedar fuera de esa prohibición, era necesario que el juego en cuestión estuviera incluido en el catálogo previsto en el art. 2 del Real Decreto 444/1977, sus medios técnicos estuvieran homologados y que además estuviera autorizado conforme a lo previsto en el art. 1 de dicho Real Decreto y el art. 1 del Real Decreto-ley 16/1977. Así lo ha entendido también la sentencia recurrida.

21.- La prohibición total de la prestación de servicios de juego *on line* que resultaba de la falta de un desarrollo reglamentario que autorizara esta modalidad de juego, fijara los parámetros en que podía desarrollarse y permitiera la homologación de sus medios técnicos, suponía una restricción desproporcionada de la libertad de prestación de servicios en esta actividad que no venía determinada por una decisión de los poderes públicos que respetara las exigencias de proporcionalidad, coherencia y carácter sistemático respecto de unas finalidades aceptables, exigidas en la jurisprudencia del TJUE, sino por la obsolescencia de la regulación del juego, que no había abordado la regulación de esta modalidad de juego *on line* para compatibilizarla con las exigencias derivadas del art. 56 TFUE, pese a que, desde hacía algunos años, varias empresas estaban ofertando juego *on line* en España y realizando actividades de publicidad y patrocinio deportivo.

22.- La disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, estableció que "el Gobierno presentará un Proyecto de Ley para regular las actividades de juego y apuestas, en particular las realizadas a través de sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas", pese a lo cual la presentación del proyecto de ley, su tramitación y aprobación se demoró varios años más.

23.- Esta situación anómala se puso de manifiesto tanto en el informe que la Comisión Nacional de la Competencia hizo al anteproyecto de la Ley Reguladora del Juego como en el propio preámbulo de esta ley.

24.- En el informe emitido por la citada comisión, se afirmó:

"La irrupción de los nuevos servicios de comunicaciones electrónicas y la utilización de los servicios de juego interactivos a través de Internet han cambiado de forma sustancial la concepción tradicional del juego. Las posibilidades de prestación deslocalizada e incluso transfronteriza que se abren con los nuevos medios facilitan el surgimiento de nuevas oportunidades de negocio, así como de nuevos riesgos desde el punto de vista del control de la actividad. En la actualidad, en España existen lagunas legales en la regulación de este tipo de actividades, que sitúan a los operadores en una situación de alegalidad".



25.- En el preámbulo de la LRJ se reconocía también la inadecuación de la normativa legal sobre el juego para la regulación del juego *on line* conforme a las exigencias de la jurisprudencia del TJUE. Se decía en este preámbulo:

"Durante muchos años, el régimen jurídico del juego ha sufrido pocos cambios. Sin embargo, recientemente, como consecuencia de la citada irrupción de las apuestas y juegos a través de Internet y al verse superados los límites territoriales de las relaciones comerciales tradicionales, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado la necesidad de establecer una oferta dimensionada de juego.

" En paralelo a este proceso de cambio, han aparecido nuevos operadores en el mercado del juego para los que la normativa vigente no ofrece una respuesta regulatoria adecuada.

" La carencia de los instrumentos normativos adecuados para dar respuesta a los interrogantes creados ante la nueva situación del mercado, ha generado en el sector del juego la necesidad de establecer nuevos mecanismos de regulación que ofrezcan seguridad jurídica a operadores y participantes en los diferentes juegos, sin olvidar la imprescindible protección de los menores de edad, de aquellas personas que hubieran solicitado voluntariamente la no participación, así como la protección del orden público y la prevención de los fenómenos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo".

26.- La anomalía de la situación resultaba acentuada porque desde varios años antes de la aprobación de la nueva Ley Reguladora del Juego, varias empresas ofertaban a los residentes en España servicios de juego *on line* en Internet y desarrollaban públicamente una intensa actividad publicitaria y de patrocinio deportivo, por ejemplo, de conocidos equipos de fútbol. Tal hecho fue tomado en consideración por esta ley, cuya disposición transitoria novena estableció:

"Los patrocinios deportivos de operadores de juegos y contratos de publicidad y promoción del juego que hubieran sido acordados en firme con anterioridad al 1 de enero de 2011, podrán seguir desplegando sus efectos en los términos contractuales pactados, hasta la publicación de la resolución del primer procedimiento para el otorgamiento de licencias al que se refiere el artículo 10 de esta Ley o hasta el 30 de junio de 2012, si la citada resolución no se hubiera publicado con anterioridad a esa fecha".

27.- Asimismo, la disposición transitoria octava estableció que el régimen sancionador establecido en la ley no entraría en vigor hasta la resolución del primer procedimiento para el otorgamiento de licencias .

28.- Es también significativo que se hubiera acordado la exacción de tasas fiscales por la actividad de estas empresas antes de la entrada en vigor de la LRJ. Esto provocó litigios en los que los tribunales de lo contencioso-administrativo consideraron que la actividad de prestación de servicios de juego *on line* antes de esa entrada en vigor constituía el hecho imponible de dichas tasas.

29.- La conclusión de lo expuesto es que la situación normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Juego constituía una restricción excesiva de la libertad de prestación de servicios reconocida en el art. 49 CE, posteriormente 56 TFUE, que no guardaba proporción con ninguno de los objetivos que legitiman las restricciones a esta libertad comunitaria y no era sistemática ni coherente con la situación existente, en la que estas empresas de juego *on line* operaban públicamente y desarrollaban una actividad publicitaria y de patrocinio, y eran sometidas incluso a exacciones fiscales.

30.- Mientras que en el caso objeto de la sentencia 304/2017, de 17 de mayo, la inaplicabilidad del Derecho de la UE hacía improcedente realizar una valoración de ese tipo, en el caso objeto del presente recurso es preciso realizarla, por exigirlo la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 56 TFUE. Y en este caso, procede declarar que la ausencia de proporcionalidad, sistemática y coherencia con objetivos legítimos de la restricción a la prestación de servicios de juego *on line* en ese periodo temporal al que se refiere la demanda supone la incompatibilidad del Derecho nacional con los tratados de la UE.

31.- Consecuencia de lo anterior es que en un litigio sobre competencia desleal no puede reputarse como infracción legal, determinante de la deslealtad de la conducta, la infracción de una norma concurrencial de Derecho nacional que es contraria a las exigencias de los tratados de la UE, cuya primacía desplaza la aplicación de las normas nacionales incompatibles en aquellas situaciones que quedan incluidas en el ámbito del Derecho de la UE.

32.- En la sentencia de 30 de abril de 1996, asunto C-194/94, caso *CIA Security International*, el Tribunal de Justicia sostuvo que una norma de Derecho nacional incompatible con el Derecho comunitario no puede ser invocada frente a otro particular. Tal pronunciamiento lo realizó al resolver una cuestión prejudicial planteada en un litigio en el que se habían ejercitado acciones que tenían por objeto que se sancionaran unas prácticas desleales prohibidas por la Ley sobre prácticas comerciales, en el que la valoración de la deslealtad



dependía de que se considerara o no incumplida una ley cuya compatibilidad con el Derecho comunitario era cuestionada.

33.- A la apreciación, en este caso, de la primacía del Derecho de la UE frente al Derecho nacional incompatible es aplicable la doctrina del "acto aclarado", por cuanto que resulta de una extensa jurisprudencia comunitaria (algunas de cuyas sentencias han sido citadas, de forma no exhaustiva) sobre la trascendencia de la libre prestación de servicios del art. 49 CE, actual 56 TFUE, en las restricciones a los prestadores de servicios de juego *on line*.

34.- Como consecuencia de lo expuesto, la decisión de la Audiencia Provincial, al considerar que la conducta de las demandadas no incurrió en la conducta desleal descrita en los arts. 15.1, 15.2, 21.1.c y 23.1 LCD fue correcta, puesto que la pretensión de las hoy recurrentes se fundaba en que la conducta de las demandadas, al ofertar prestaciones de juegos de azar *on line* en España, infringía la normativa reguladora del juego, y esa normativa nacional era contraria al art. 56 TFUE por restringir el juego *on line* de manera desproporcionada, asistemática e incoherente con finalidades que el TJUE ha considerado adecuadas para fundamentar tal restricción.

35.- Respecto de las conductas previstas en los arts. 21.1.c y 23.1 LCD, la indicada contrariedad de la normativa nacional con el Derecho de la UE, que impedía obtener una autorización por parte de las autoridades españolas, y el hecho de que **Bwin** contara con una autorización concedida en otro Estado miembro de la UE, excluye también la comisión de la conducta desleal prevista en tales preceptos legales.

36.- La solución alcanzada no es contradictoria con la contenida en la sentencia 304/2017, de 17 de mayo. Debemos recordar que el control de la ley nacional que el juez ordinario realiza al aplicar el Derecho de la UE no es un control de validez, sino de aplicabilidad. La norma nacional que no es conforme al Derecho de la UE no deja por ello de ser válida y puede ser aplicada a las situaciones jurídicas ajenas al ámbito del Derecho de la UE, como era el supuesto objeto de aquella sentencia, en la que la demandada no podía invocar la libertad de prestación de servicios reconocida en el art. 56 TFUE porque radicaba en la Isla de Man. Pero cuando la situación jurídica enjuiciada entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, la norma del Derecho de la UE desplaza a la norma nacional incompatible, que no resulta por tanto aplicable.

37.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser desestimado, sin que sea necesario entrar en el resto de cuestiones que se plantean en el mismo, puesto que todas ellas tienen como punto de partida la ilicitud de la conducta de **Bwin**.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a las recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Desarrollo On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A, Codere España S.L., y Codere Apuestas España S.L.

2.º- Condenar a las recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como acordar la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.