



Roj: **STS 1660/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1660**

Id Cendoj: **28079110012020100270**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2020**

Nº de Recurso: **4743/2017**

Nº de Resolución: **264/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 264/2020**

Fecha de sentencia: 08/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4743/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4743/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 264/2020**

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 8 de junio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 445/2017, de 20 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 329/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, sobre competencia desleal.

Es parte recurrente Desarrollo On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.A. y Codere Apuestas España S.L., representado por el procurador D. Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de D. Javier Areilza Churruca.

Son partes recurridas **Betfair** Group Plc y **Betfair** International Plc, representadas por el procurador D. Alejandro Escudero Delgado y bajo la dirección letrada de D. Albert Agustinoy Guilayn.

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 On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.A. y Codere Apuestas España S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra **Betfair** Group Plc y **Betfair** International Plc, 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 desarrollo de cualesquiera actividades de juegos de azar y apuestas por parte de las demandadas por canales electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos que sean accesibles en territorio español y, en particular, las actividades a través de Internet mediante el sitio web [www.betfair.com](http://www.betfair.com) o cualesquiera otros dominios de Internet sobre los que ostentes control directo o indirecto, incluido cualquier dominio ".es" como [www.betfair.es](http://www.betfair.es) u otros, en tanto no cuenten con las licencias administrativas preceptivas para desarrollar esas actividades y, en particular, para desarrollar cada uno de los juegos de azar y apuestas que ofrezcan a través de los mismos.

" (ii) El desarrollo de cualquier tipo de publicidad en territorio español o dirigida al territorio español de actividades de juegos de azar y apuestas que carezcan de la preceptiva autorización administrativa o que no cumpla los términos de la autorización administrativa, para cada uno de los juegos de azar y apuestas a los que dicha publicidad se refiera.

" (iii) la obtención, uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos a través de actividades de juego de azar y apuestas de clientes situados en España que hayan sido obtenidos con carácter previo al otorgamiento de los títulos administrativos preceptivos para desarrollar dichas actividades de juegos de azar y apuestas.

"(iv) El envío de comunicaciones comerciales individualizadas o masivas a través de cualquier medio, relativa a sus actividades de juegos de azar y apuestas, cuyos destinatarios sean clientes situadas en territorio español y, en concreto, la cesación y prohibición de realizar comunicaciones comerciales a los citados destinatarios en las que se indique el nombre de nuevos dominios web en los que las demandadas o terceros estén desarrollando o vayan a desarrollar actividades de juegos de azar y apuestas.

" III. Condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes el importe de 11.245.048,93 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 11.245.048,93 Euros en concepto de enriquecimiento injusto.

" V. Condene a las demandadas a abonar solidariamente a las demandantes 2.776,31 Euros por cada día que desarrollen actividades de juegos de azar y apuestas ofrecidas a usuarios situados en territorio español que hayan sido obtenidos con carácter previo al otorgamiento de los títulos administrativos preceptivos para desarrollar dichas actividades de juegos de azar y apuestas".

2.- La demanda fue presentada el 31 de mayo de 2012 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, fue registrada con el núm. 329/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.



3.- El procurador D. Alejandro Escudero Delgado, en representación de **Betfair** Group Plc y **Betfair** International Plc, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, dictó sentencia 39/2015, de 2 de febrero, que desestimó la demanda, con imposición de costas a las entidades demandantes.

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Desarrollo On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.A. y Codere Apuestas España S.L., y la representación de **Betfair** Group Plc y **Betfair** International Plc se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 605/2015, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 455/2017, de 20 de octubre, que desestimo el recurso interpuesto e impuso las costas ocasionadas a la parte apelante.

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

1.- El procurador D. Arturo Romero Ballester, en representación de Desarrollo On-Line de Juegos Regulados S.A., Codere Apuestas S.A., Misuri S.A., Codere España S.A. y Codere Apuestas España S.L., interpuso extraordinario por infracción procesal 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 218.2 LEC (en relación con los artículos 24.1 y 120.3 CE) por falta de motivación sobre la valoración de la prueba practicada en autos limitándose a remitirse a la valoración probatoria realizada en una sentencia dictada por otro tribunal en otro proceso distinto y en el cual, además, se realizó una valoración probatoria incurrida en arbitrariedad o error patente que ha sido objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional".

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 en relación con el Anexo I de la Directiva 2005/29 de la que traen causa y el artículo 56 TFUE sobre la libre prestación de servicios, 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 similar, 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 (contrariedad a la Directiva 2005/29 de cualquier interpretación que excluya la acción de daños y perjuicios)".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el 477.3 LEC, por infracción de los artículos 3 d) y 5.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en su redacción vigente a partir del 1 de enero de 2010) de menos de cinco años en vigor, al no haber declarado que la publicidad de juegos de azar no autorizada que llevaban a cabo las demandadas era ilícita".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el 477.3 LEC por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 15.2 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 por infracción de norma concurrencial oponiéndose así a lo dispuesto en la STS nº 304/2017, de 17 de mayo, F.J. 7º dictada en un caso idéntico (en relación a la STS nº 1348/2006, de 29 de diciembre citada por aquella)".

"Cuarto.- 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 6 de noviembre de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.



3.- **Betfair** Group Plc y **Betfair** International 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 2 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 **Betfair** Group Plc. y **Betfair** International Plc. (en adelante, **Betfair** para referirnos a ambas), 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), y 1,3 y 5.1 de la Ley General de Publicidad, en relación con el art. 18 LCD.

ii) Los hechos que en la demanda se imputan a **Betfair**, en síntesis, consisten en que ha venido ofreciendo juegos de azar y apuestas a usuarios situados en España a través de la página web "www.betfair.com" con anterioridad a que se le concedieran las primeras autorizaciones por la Administración General del Estado español para ofrecer este tipo de juegos por Internet, haciendo uso de la licencia obtenida en Malta.

iii) Según Codere, esta infracción legal ha perjudicado su actividad en el sector de las máquinas AWP (conocidas como tragaperras) y ha permitido a **Betfair** 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) Codere imputa a las demandadas los ilícitos concurrenciales tipificados en los artículos 5 (cláusula general), 15.1 y 2 (violación de normas), 21.1.c (prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad) y 23.1 (prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedad de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa) de la Ley de Competencia Desleal. También considera que la conducta de las demandadas es constitutiva de publicidad ilícita con infracción de los artículos 1, 3 y 5.1 de la Ley General de Publicidad y, en consecuencia, integra el ilícito concurrencial de publicidad ilícita del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal.

v) Las pretensiones de Codere se concretaron en la declaración de deslealtad de la conducta imputada a **Betfair** y la orden de cese y prohibición: a) del desarrollo de cualesquiera actividades de juegos de azar y apuestas por parte de las demandadas por canales electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos que no sean accesibles en territorio español y, en particular, las actividades a través de Internet sobre los que ostenten control directo o indirecto en tanto no cuenten con las licencias administrativas preceptivas para desarrollarlas; b) del desarrollo de publicidad relativa a esas actividades; c) de la obtención, uso, cesión o cualquier otro tratamiento de datos personales obtenidos a través de las actividades infractoras; y d) del envío de comunicaciones comerciales individualizadas o masivas relativas a sus actividades de juegos de azar a destinatarios situados en España y, en concreto la cesación y prohibición de realizar comunicaciones comerciales a los citados destinatarios en las que se les indique las nuevas direcciones web donde las demandadas o terceros estuvieran desarrollando o fueran a desarrollar actividades de juegos de azar y apuestas. También solicitaron la condena solidaria de las demandadas al pago de una indemnización de daños y perjuicios por importe de 11.245.048,93 euros y, subsidiariamente, la condena al pago de esa misma cantidad en concepto de enriquecimiento injusto, así como el pago de la suma de 2.776,31 euros por cada día que las demandadas desarrollaran actividades de juego de azar y apuestas ofrecidas a usuarios situados en territorio español con anterioridad al otorgamiento de los títulos administrativos preceptivos para desarrollar esas actividades.

2.- La sentencia del Juzgado Mercantil consideró que **Betfair** no desarrolló una actividad ilícita con anterioridad a la plena aplicación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, Reguladora del Juego (en lo sucesivo, LRJ) pues con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley no había una prohibición general de la prestación de servicios de juegos de azar, ni norma alguna que contemplara la prohibición de la prestación en España de los servicios de juego *on line*, sin que tampoco estuviera regulado el procedimiento para que los prestadores de tales servicios pudieran obtener la licencia para el desarrollo de esa actividad.

La sentencia mantiene que existía una situación de alegalidad y que la voluntad del legislador y de las Administraciones Públicas siempre fue la de consentir la prestación de servicios de juego *on line* en España hasta el punto de que **Betfair** (y los demás operadores) venían prestando el servicio en el mercado español desde hacía años sin que hubieran sido objeto de sanción administrativa pese a la notoriedad de su actividad.

Concluye la sentencia que, en ausencia de prohibición legal, la prestación de servicios de juego *on line* en España por parte de **Betfair** antes de la plena entrada en vigor de la LRJ (y en particular de la finalización del régimen transitorio), no puede considerarse constitutiva de una conducta de competencia desleal contraria al ordenamiento jurídico. Implícitamente, con esa misma base, rechaza la infracción de la Ley de Publicidad y de la normativa de protección de datos.

Por último, la sentencia del Juzgado Mercantil rechazó que tras la expiración del periodo transitorio (1 de junio de 2012) la parte demandada hubiera ofrecido en el mercado español servicios de juego *on line* sin contar con la oportuna licencia administrativa.

**3.-** Codere interpuso recurso de apelación contra esa sentencia. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de Codere.

En síntesis, la Audiencia Provincial, con remisión a dos sentencias anteriores en las 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 en la práctica 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 países.

La licitud de la prestación transfronteriza de servicios de juego también se deduce, según la Audiencia, 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 **Betfair** no constituyó ninguna infracción legal, actuó amparada por una licencia concedida en Malta y recogió, trató y cedió los datos en el ejercicio de una actividad lícita.

**4.-** 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 del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consistente en la falta de motivación sobre la valoración de la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se habría cometido porque en la sentencia de la Audiencia Provincial se prescinde de la valoración de la prueba y se limita a sentar como premisas fácticas los hechos que el Tribunal Supremo considera probados en la sentencia dictada en otro litigio.

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

1.- No existe 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 vengán 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)".



2.- 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.

3.- 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).

4.- 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 que no se han limitado a las referencias a la sentencia dictada por esta sala en un recurso anterior cuyo objeto era coincidente con el del presente recurso.

### 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, en relación con el anexo I de la Directiva 2005/29 y el art. 56 TFUE.

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.

2.- El segundo motivo del recurso se inicia con un epígrafe en el que se denuncia la infracción de los arts. 3.d y 5.1 de la Ley General de Publicidad.

El desarrollo del motivo consiste en una remisión a lo expuesto en el primer motivo.

3.- El tercer 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, aunque, en opinión de las recurrentes, incluso en el caso de que la infracción de estas normas hubiera sido generalizada, tal circunstancia no excluiría la deslealtad de la conducta.

4.- En el encabezamiento del cuarto 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*.

5.- Los cuatro 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 que la jurisprudencia comunitaria no servía para justificar la exclusión de la necesidad de autorización para la



organización de la actividad del juego *on line* desde fuera de España pero dirigida al mercado español y, por tanto, no servía 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 **Betfair** prestaba servicios de juego *on line*, que ofertaba en Internet a los residentes en España, desde Malta, con una licencia expedida en dicho Estado. A diferencia de la Isla de Man, Malta es un Estado miembro de la UE en el que es plenamente aplicable la libertad de prestación de servicios del art. 56 TFUE.

4.- La sentencia recurrida no niega que en el régimen normativo existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Reguladora del Juego fuera necesaria la autorización administrativa para el desarrollo de la prestación de servicios de juegos de azar. Pero considera que la situación en España existente cuando se comenzaron a prestar servicios de juego *on line* suponía una restricción total de la prestación de estos servicios, no amparada por las causas que permiten justificar tal restricción conforme a la jurisprudencia del TJUE, y que por tanto infringía el art. 56 TFUE.

5.- En consecuencia, debe analizarse la jurisprudencia del TFUE 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, pues las recurrentes afirman que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnera dicha jurisprudencia.

6.- 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".

7.- 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.

8.- 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 [...]"

9.- 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".

**10.-** 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 [...]".

**11.-** 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).

**12.-** 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*).

**13.-** 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.

**14.-** 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.

**15.-** 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.

**16.-** 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.



- 17.-** 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.
- 18.-** 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".
- 19.-** 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".
- 20.-** 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".
- 21.-** 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 .
- 22.-** 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.
- 23.-** 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.
- 24.-** 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.



25.- La consecuencia de lo anterior es que en un litigio sobre competencia desleal no puede reputarse como una 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.

26.- 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.

27.- 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*.

28.- 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, 18 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.

29.- 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 **Betfair** 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 por el hecho de que afirmara en su web que "dispone de un número de licencias de juego que nos permiten ofrecer a nuestros clientes una amplia gama de productos de forma global y de manera justa y regulada", licencias concedidas en varios Estados miembros que describían a continuación.

30.- 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.

31.- 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 **Betfair**.

#### **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 y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ