

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

PROYECTO DE LEY DEL JUEGO

Prestadores extranjeros y aplicación extraterritorial de la ley. Determinación de la ley aplicable a las relaciones participante-prestador habilitado. Delimitación del mercado estatal/autonómico.

Elisa Torralba Mendiola

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

1.- Aplicación de la Ley a prestadores establecidos en otros Estados miembros de la UE

De acuerdo con el artículo 2 del Proyecto de Ley, su ámbito de aplicación se extiende a "*las actividades de juego transfronterizas, esto es, las realizadas por las personas físicas o jurídicas radicadas fuera de España que organicen u ofrezcan actividades de juegos a residentes en España*", lo que implica la obligación de quienes ofrecen este tipo de actividades de someterse a la legislación española en su actuación, y en especial, en el cumplimiento de los requisitos y autorizaciones exigidos por la Ley para dirigirse a usuarios radicados en España.

Cuando quien pretende ofrecer estos servicios es un operador establecido en otro Estado miembro de la UE se hace necesario analizar en qué medida las disposiciones en materia de libre prestación de servicios y derecho de establecimiento recogidas en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE inciden en las condiciones de su prestación y en los requisitos que se les pueden exigir para ofrecerla en España. Fundamentalmente se trata de determinar si el principio de reconocimiento mutuo presente en la interpretación de la extensión y el alcance de estas libertades obliga a desplazar los controles del Estado de destino (España) al de origen (cualquiera, dentro de la UE, en que esté establecido el prestador) de manera que quien cumple los requisitos para ofrecer servicios de juego en el Estado en el que está establecido puede hacerlo también en España, sin que aquí se le puedan exigir condiciones adicionales.

La jurisprudencia del TJUE en relación con esta cuestión no permite afirmar categóricamente lo anterior, porque si bien el punto de partida de la misma es que los artículos 49 y 56 del TUE son aplicables a los juegos de azar, también sostiene que se trata de un sector de actividades en relación con el que las excepciones a las libertades (recogidas en los artículos 52 y 62, éste por referencia al anterior, del Tratado de Funcionamiento y por la propia jurisprudencia del TJUE, que ha elaborado el concepto de "razón imperiosa de interés general") pueden modular las reglas generales, puesto que puede implicar cuestiones de índole moral, religiosa y cultural, así como riesgos de delincuencia o fraude que puede tener consecuencias individuales y sociales perniciosas. Por eso se admiten ciertas restricciones al acceso a estas actividades impuestas por algunos Estados miembros y que impiden la entrada de operadores establecidos en otros Estados miembros, o los sujetan a ciertas condiciones que, si bien pueden resultar restrictivas, pueden considerarse justificadas si son necesarias para la protección de los consumidores y el mantenimiento del orden público y social. Para adecuarse a las exigencias del TJUE estas restricciones deben estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persigan, no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y aplicarse de modo no discriminatorio (SSTJUE de 9 de septiembre de 2010, C-64/08; 8 de septiembre de 2010, as. C-409/06; 8 de julio de 2010, as. Ac. C-447/08 y 448/08; 3 de junio de 2010, as. C-203/08; 8 de septiembre de 2009, as. C-42/07; 6 de marzo de 2007, as. ac. C-338/04, C-

359/04 y C-360/04; 13 de noviembre de 2003, as. C-42/02; 6 de noviembre de 2003, as. C-243/01).

En esta línea, el TJUE se ha pronunciado específicamente sobre los juegos de azar ofrecidos por internet, que son el objeto de la Ley proyectada, y ha afirmado que *"el sector de los juegos de azar ofrecidos por internet no ha sido objeto de armonización comunitaria. Por lo tanto, un Estado miembro puede considerar que el solo hecho de que un operador [...] proponga legalmente por Internet servicios incluidos en este sector en otro Estado miembro, en el que se encuentre establecido y en el que, en principio, debe cumplir requisitos legales y superar los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado, no constituye garantía suficiente para la protección de los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas las autoridades del Estado miembro de establecimiento a la hora de evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores. Por otro lado, dada la falta de contacto directo entre el consumidor y el operador, los juegos de azar accesibles por Internet suponen, en lo que atañe a los eventuales fraudes cometidos por los operadores contra los consumidores, riesgos diferentes y de mayor importancia en comparación con los mercados tradicionales de estos juegos"* (as. C-42/07, FJ 69 y 70).

A la luz de esa posición jurisprudencial cabe afirmar que los requisitos y autorizaciones previstos por el Proyecto de Ley son exigibles también a los prestadores de servicios de juego establecidos en otros Estados miembros de la UE, aunque eso suponga una duplicidad de controles porque éstos ya hubieran obtenido las autorizaciones correspondientes o hubieran sido objeto de las supervisiones previstas en su Estado de origen. En particular:

- El artículo 5 del Proyecto prevé que el Ministerio de Economía y Hacienda establecerá la reglamentación básica para el desarrollo de cada juego y cualquier

modalidad de juego no regulada se considerará prohibida. En aplicación del artículo 2 esto afecta a los establecidos en otros Estados miembros (y en terceros Estados) que quieran ofertar juegos permitidos en su Estado de origen, pero no regulados, y en consecuencia prohibidos, en España. Las afirmaciones de la jurisprudencia del TJUE en las resoluciones indicadas avalan la posibilidad de extender esta prohibición a los operadores de otros Estados miembros. Del mismo modo, en los juegos que sí están admitidos el ejercicio de la actividad deberá sujetarse a la reglamentación establecida en España al efecto tanto para los operadores establecidos aquí, como para los que lo están en terceros Estados.

- Especialmente relevante resulta la exigencia de los artículos 9, 10 y 11 del Proyecto en relación con la necesaria obtención de títulos habilitantes, o licencias generales o singulares, según los casos, emitido por autoridades españolas para poder acceder, como prestador, a estas actividades. La postura del TJUE permite afirmar que es posible exigir que todos los operadores, incluso los de la UE, deben obtener el correspondiente título español, sin que sea posible actuar al amparo de uno obtenido en su Estado de origen. De ahí la previsión del artículo 9.4, según el cual *"los títulos habilitantes otorgados por otros Estados no serán válidos en España. Los operadores reconocidos por otros Estados miembros de la Unión Europea, deberán cumplir con los requisitos y con la tramitación establecida por la legislación vigente. Reglamentariamente se establecerá el procedimiento por el que la Comisión Nacional del Juego podrá convalidar aquella documentación ya presentada por un operador autorizado en el EEE, eximiendo de su nueva presentación en España"*. En el mismo sentido hay que leer el artículo 7 del Proyecto, que, remitiéndose a la Ley General de Publicidad afirma la prohibición de la publicidad, patrocinio o promoción, bajo cualquier forma, de los juegos de suerte, envite o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego salvo que tengan un título

habilitante al efecto (ver en este sentido las sentencias del TJUE citadas en los asuntos C-42/07 y as. ac. C-447/08 y C-448/08)

- Tampoco parece plantear mayores problemas la exigencia del artículo 13 del Proyecto, según el cual *"la organización y explotación de las actividades objeto de esta ley podrá ser, según cada caso, efectuada por personas físicas o jurídicas, entidades públicas o privadas, con nacionalidad española o de un país perteneciente al EEE y que tengan al menos un representante permanente en España"*, ni la de que, salvo que actúen con carácter ocasional, tiene que tratarse de sociedades anónimas, que tengan como único objeto social la organización, comercialización y explotación de juegos. En relación con la exigencia de una forma societaria concreta el TJUE ha señalado que, si bien restringe la libertad de establecimiento, *puede entenderse justificada y que "las obligaciones a cargo de las sociedades anónimas, en particular en lo que atañe a su organización interna, a su contabilidad, a los controles a los que pueden estar sujetas y a las relaciones con terceros, podrían justificar tal obligación, habida cuenta de las particularidades del sector de los juegos y de los peligros ligados a ellos"* (STJUE, as. C-64/08, FJ 30).

- También la exigencia a cargo de los operadores que obtengan una licencia general de constituir una garantía que quede afecta al cumplimiento de las obligaciones de la ley y al abono de los premios, responsabilidades derivadas del régimen sancionador y al pago de las tasas devengadas en materia de juego, prevista en el artículo 14, puede considerarse justificada en su aplicación a operadores europeos a la luz de lo anteriormente expuesto.

No obstante, no hay que olvidar que el análisis del TJUE no es apriorístico, sino que en cada caso se analiza, no sólo en referencia al tenor literal de la norma, sino también en su aplicación práctica, la posibilidad de insertar esas medidas en las excepciones a las libertades de esta-

blecimiento y prestación de servicios, haciéndose especial hincapié en la coherencia y proporcionalidad de la medida respecto de los fines a los que dice obedecer.

2. La relaciones entre el participante y el operador habilitado

Junto a las cuestiones de carácter esencialmente administrativo que suscita la aplicación de esta Ley se plantean otras, que quedan fuera del ámbito de la aplicación de la misma, pero que no pueden obviarse: las relativas a las relaciones entre el prestador del servicio y el usuario del mismo, y que son relaciones de Derecho privado, respecto de las que hay que determinar cuál es el ordenamiento por el que se rigen.

La determinación de la ley aplicable a la regulación de las obligaciones contractuales o extracontractuales resultantes de actividades de juego realizadas por vía electrónica debe realizarse en aplicación de los Reglamentos Roma I (sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales) y II (sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales). El primero se aplica a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, viniendo determinada la ley aplicable a los anteriores a esa fecha por lo previsto en el Convenio de Roma de 1980. El segundo se aplica a los hechos generadores de daño producidos después del 11 de enero de 2009 (para los supuestos anteriores a esa fecha es de aplicación el artículo 10.8 del CC).

Por lo que se refiere a las eventuales reclamaciones de carácter contractual entre el prestador del servicio y el usuario del mismo, el Reglamento Roma I prevé un régimen distinto para los casos en que el usuario puede ser considerado consumidor y para aquellos otros en los que no puede serlo. Un contrato es de consumo, según la definición del artículo 6 del Reglamento Roma I, cuando reúne un elemento subjetivo -que haya sido celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional con otra persona que actúe en ejercicio de su ac-

tividad comercial o profesional- y otro objetivo – que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual o por cualquier otro medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades. De encontrarnos en esa situación las partes pueden escoger la ley que rige su contrato, pero la elección no puede acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionan las normas imperativas del país de su residencia habitual- en el caso que nos planteamos la española, que será también la ley aplicable a falta de elección. Y en esa ley española entran no solo las normas generales de Derecho de contratos, sino también las contenidas en el Título IV de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), específicamente aplicables a los contratos celebrados por vía electrónica, y las disposiciones sobre protección de los consumidores.

Cuando el contrato que se celebra es cualquiera de los que se pueden concluir en el ámbito de los juegos de azar ofertados por internet, que aquél pueda ser calificado o no como contrato de consumo depende fundamentalmente de la concurrencia del elemento objetivo citado, ya que el subjetivo va a estar siempre presente. Como se ha visto, para poder determinar si tal elemento objetivo concurre en un supuesto determinado es necesario verificar si el prestador del servicio dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual del consumidor o si ejerce sus actividades en ese país, lo que, en el caso de internet, hace necesario determinar si la simple existencia de una página web del prestador del servicio es en sí misma una actividad dirigida al Estado de residencia del jugador por el sólo hecho de que dicha página resulte accesible desde allí, o si se requiere algún elemento adicional.

En la consideración de que criterios utilizar para analizar esa cuestión resulta útil la interpretación realizada por el TJUE en su sentencia de 7 de diciembre de 2010,

en los asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, que si bien se refiere a un supuesto de competencia judicial internacional, contiene unos criterios trasladables al ámbito de la ley aplicable. A juicio del TJUE para resolver esa cuestión es necesario comprobar si antes de la celebración del contrato se desprende de las páginas web y de la actividad global del prestador del servicio, o del intermediario a través del que actúe, la intención de aquél de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos. Son indicios que permiten considerar que existe esa intención: el carácter internacional de la actividad, la indicación de itinerarios desde otros Estados miembros hasta el lugar donde está establecido el prestador, la utilización de una lengua o una divisa distintas a las habitualmente empleadas en el Estado miembro de establecimiento del prestador, con la posibilidad de reservar y confirmar la reserva en otra lengua, la indicación de números de teléfono con prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en internet que faciliten el acceso al sitio del prestador o sus intermediarios de consumidores en otros Estados miembro, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estados miembros en el que está establecido el prestador y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en distintos Estados miembros, sin que esta lista sea exhaustiva. A cambio, no basta con que la página web del prestador o intermediario sea accesible desde el Estado miembro del domicilio del consumidor, ni con la mención de una dirección electrónica o con la utilización de una lengua o divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, por ejemplo.

Si no se puede afirmar, según los criterios anteriores, que el contrato es de consumo, se rige por la ley escogida por las partes (art. 3 del Reglamento Roma I) y, en defecto de elección, por las conexiones previstas en el art. 4, según el que

"el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual", si bien "si del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 se aplicará la ley de este otro país". La residencia habitual es en el caso de las personas jurídicas su administración central y "cuando el contrato se celebra en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si, según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado" (art. 19). En la concreción de estas nociones y para la delimitación de cuando el prestador se puede considerar residente o titular de un establecimiento en España son de aplicación los criterios del artículo 2 de la LSSI y en cualquiera de los dos casos el momento determinante para verificar la conexión es el de la celebración del contrato.

Por lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, el artículo 14 del Reglamento Roma II permite que las partes designen la ley aplicable sólo con posterioridad al acaecimiento del hecho dañoso (salvo que ambas fueran comerciantes, circunstancia que no concurre en la hipótesis contemplada). A falta de elección la ley aplicable es la del país de la residencia habitual común de víctima y responsable y si no residen habitualmente en el mismo país, la de aquél donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países donde se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, si del conjunto de las circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta manifiestamente vínculos más estrechos con otro país distinto se aplicará la ley de ese otro país y se prevé que un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las

partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión (art. 4). De esta regla resulta que en el supuesto que nos ocupa en la mayor parte de los casos se va a poder apreciar la existencia de un vínculo más estrecho con la ley que rige el contrato, determinada de acuerdo con los criterios expuestos en los apartados anteriores.

De no aplicarse el criterio de los vínculos más estrechos, y no existir tampoco residencia habitual de ambas partes en el mismo Estado, la regla de localización del daño exige situar éste, teniendo en cuenta que el daño que se toma en consideración es el directamente sufrido por la víctima y no los eventuales daños indirectos. En los casos que pueden entrar en la hipótesis que estamos contemplando el daño va a ser la pérdida económica sufrida por la víctima como consecuencia de las apuestas realizadas a través de internet y en la determinación de dónde se sufren esas pérdidas es básica la forma en que se configure la operación. Lo habitual parece ser la creación de una cuenta en la que el jugador deposita una determinada cantidad de dinero y la realización de apuestas a partir de esa cuenta. Puesto que las pérdidas se sufren directamente en ella parece que la respuesta inmediata sería que el daño se sufre en el lugar donde radica el servidor en el que se crea la cuenta; no obstante, esta conexión no parece adecuada porque es manipulable por el prestador del servicio y porque puede resultar puramente aleatoria, lo que llevaría a un recurso casi constante a los vínculos más estrechos que el artículo 4 del Reglamento prevé como cláusula de cierre.

Si no se acude a ese elemento fáctico es necesario llevar a cabo una determinación jurídica de esa localización y en Derecho español no tenemos una norma general en materia de localización de los bienes. Sí hay una regla al respecto en el artículo 2 del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia que prevé que los créditos están situados en el Estado miembro donde se localice el centro de los intereses principales del deudor, pero la extensión de esta disposición fuera del ámbito concursal europeo

es discutible. No obstante, a falta de otras reglas parece la más adecuada y coincide, además, con la solución a la que, en aplicación del Derecho inglés, llega la High Court de Inglaterra y el País de Gales en su sentencia de 20 de diciembre de 2010 en un supuesto similar al que aquí nos planteamos.

3.- Delimitación del mercado estatal/autonómico

El artículo 1 de la ley prevé que su objeto es la regulación del juego, en sus distintas modalidades "*que se desarrolle en el ámbito del Estado*", lo que excluye los supuestos en los que el ámbito espacial de la actividad no es estatal, sino limitado al territorio de una Comunidad Autónoma, dado que las Comunidades Autónomas

han asumido competencias legislativas en relación con esta materia.

El problema que puede plantearse cuando la prestación se realiza a través de internet es cómo delimitar si el servicio se presta sólo en una sola Comunidad Autónoma o en varias. El criterio podría ser el sostenido en la sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010, citada en páginas anteriores, que convierte en elemento relevante para la delimitación del territorio en el que el prestador del servicio actúa la configuración de la página en la que se ofrece el servicio, pero utilizando criterios adaptados a la escala nacional (indicaciones sobre las limitaciones de acceso, en ciertos casos la lengua empleada, el lugar de situación de las cuentas, etc).