

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 13 de marzo de 2003 ¹

Índice

I. Introducción	I-13034
II. Marco jurídico	I-13035
A. Disposiciones comunitarias	I-13035
B. Disposiciones nacionales	I-13036
III. Hechos y procedimiento	I-13038
IV. Observaciones presentadas	I-13041
A. Gambelli	I-13041
B. Garrisi	I-13044
C. Gobierno italiano	I-13047
D. Gobierno belga	I-13047
E. Gobierno griego	I-13048
F. Gobierno español	I-13048
G. Gobierno luxemburgués	I-13048
H. Gobierno portugués	I-13048
I. Gobierno finlandés	I-13050
J. Gobierno sueco	I-13050
K. Comisión	I-13051
V. Apreciación	I-13052
A. Sobre las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti	I-13054
1. Sentencia Schindler	I-13054
2. Sentencia Läärä	I-13055
3. Sentencia Zenatti	I-13057

1 — Lengua original: alemán.

B. Sobre la libertad de establecimiento	I-13059
1. Sobre los requisitos del establecimiento	I-13059
2. Los centros telemáticos como establecimiento de la empresa Stanley	I-13061
3. Restricción de la actividad	I-13062
a) Discriminación	I-13063
b) Razones imperiosas de interés general: objetivos, idoneidad de las medidas y proporcionalidad	I-13064
C. Sobre la libre prestación de servicios	I-13067
1. Sobre la restricción de la prestación de servicios y su justificación	I-13067
2. Sobre la idoneidad de los medios para alcanzar el objetivo perseguido	I-13070
a) Riesgo de fraude o delito de los organizadores	I-13070
b) Encauzamiento de la pasión por el juego	I-13071
c) Relevancia de los ingresos estatales	I-13072
3. Los juegos de azar y los medios electrónicos	I-13073
4. Consecuencias	I-13074
VI. Conclusión	I-13075

I. Introducción

1. El presente procedimiento ante el Tribunal de Justicia se ha iniciado mediante petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Ascoli Piceno. Ésta tiene su origen en un procedimiento penal contra más de cien personas, entre ellas Piergiorgio Gambelli,² por la infracción del artículo 4 de la Ley italiana nº 401/89, que sanciona penalmente la recogida y la transmisión de apuestas que estén reservadas al Estado o empresas a las que éste ha concedido la correspondiente concesión. En

el presente caso, se realizaron apuestas en Italia que se transmitieron a un corredor británico. Por esta razón se suscitan en dicho proceso cuestiones sobre la compatibilidad de las disposiciones nacionales aplicables con el Derecho comunitario en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Las referidas disposiciones italianas ya fueron objeto en parte de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Zenatti.³ Sin embargo, a diferencia de en el asunto Zenatti, en el presente caso se plantea otra dimensión del problema debido a su contexto penal, donde la proporcionalidad de las medidas tiene una importancia capital. Además, estas disposiciones nacionales han sido censuradas en relación con la libertad

2 — Según la resolución de remisión son 137; según el escrito de su representante, se trata de Gambelli y otras ciento cuarenta personas.

3 — Sentencia de 21 de octubre de 1999, Zenatti (C-67/98, Rec. p. I-7289).

de establecimiento, mientras que el Tribunal de Justicia hasta el momento sólo ha analizado las cuestiones sobre loterías,⁴ juegos de azar⁵ y apuestas deportivas⁶ desde el punto de vista de la libre prestación de servicios. Por último, las disposiciones nacionales se endurecieron mediante una ley del año 2000,⁷ vigente desde el año 2001, de un modo que puede resultar problemático en Derecho comunitario.

(En lo sucesivo se hará referencia repetidamente a las sentencias Zenatti, Schindler y Läärä y otros, citadas en las notas 3 a 5. No se reiterará la remisión a estas notas en todos los casos.)

II. Marco jurídico

A. Disposiciones comunitarias

2. El artículo 43 CE dispone:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a

la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

3. A tenor del artículo 48 CE:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil [...]»

4 — Véase la sentencia de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039).

5 — Véase la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Läärä y otros (C-124/97, Rec. p. I-6067).

6 — Véase la sentencia Zenatti, citada en la nota 3.

7 — Véase la Ley n.º 388/2000, de 23 de diciembre de 2000, Legge Finanziaria (Ley de Presupuestos); Supplemento ordinario n.º 302 de la GURI de 29 de diciembre de 2000 (en lo sucesivo, «Ley n.º 388/00»).

4. El artículo 46 CE, apartado 1, establece:

«Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.»

5. El artículo 49 CE, párrafo primero, dispone:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

De conformidad con el artículo 55 CE, las disposiciones sobre libertad de establecimiento de los artículos 45 CE a 48 CE son aplicables también a la libre prestación de servicios.

B. Disposiciones nacionales

6. Con arreglo al artículo 88 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza

(texto refundido de las Leyes sobre Seguridad Pública; en lo sucesivo, «TULPS»),⁸ no podrá concederse ninguna autorización para la recogida de apuestas, con excepción de las que se refieren a carreras, regatas, juegos de pelota o de balón y otras competiciones deportivas similares, cuando la recogida de apuestas constituya un requisito imprescindible para el buen desarrollo de la competición. La autorización para la organización de apuestas sólo puede ser concedida a concesionarios u otras personas que reciban la aprobación de un ministerio o de otro organismo al que la Ley haya reservado la organización de apuestas. Las apuestas pueden referirse al resultado de acontecimientos deportivos controlados por el Comitato olimpico nazionale italiano (Comité Olímpico Nacional Italiano; en lo sucesivo, «CONI») o sobre el resultado de las carreras de caballos organizadas a través de la Unione nazionale incremento razze equine (Unión Nacional para la Mejora de las Razas Equinas; en lo sucesivo, «UNIRE»).

7. El artículo 4 de la Ley n° 401/89⁹ sobre «Intervenciones en el ámbito de los juegos de azar y de las apuestas prohibidas y para la protección del buen desarrollo de la competición», en la versión modificada por el artículo 37, apartado 5, de la Ley n° 388/00 establece, en esencia:

1. Quien participe sin autorización en la organización de loterías, apuestas o competiciones sobre resultados que la

8 — DR n° 773 de 16 de junio de 1931 (GURI n° 146, de 26 de junio de 1931) en la versión resultante de la Ley n° 388 de 23 de diciembre de 2000 Legge Finanziaria (Supplemento ordinario n° 302 de la GURI de 29 de diciembre de 2000).

9 — Ley de 13 de septiembre de 1989 (GURI n° 294, de 18 de diciembre de 1989; en lo sucesivo, «Ley n° 401/89»).

- Ley reserva al Estado o a organismos concesionarios, será castigado con una pena de privación de libertad de entre seis meses y tres años. Se castigará con la misma pena a quien organice apuestas o competiciones sobre resultados referidas a acontecimientos deportivos que organicen el CONI, los organismos controlados por éste o la UNIRE. Quien participe ilegalmente en la organización pública de apuestas sobre otras competiciones de personas o animales o sobre juegos de habilidad, será castigado con una pena de privación de libertad de entre tres meses y un año, así como con un multa de al menos 1.000.000 de ITL.
2. Quien publicite competiciones, juegos o apuestas organizados según lo descrito en el apartado 1, y no sea coautor de los delitos allí tipificados, será castigado con una pena de privación de libertad de hasta tres meses y una multa de entre 100.000 y 1.000.000 de ITL.
 3. Quien participe en competiciones, juegos o apuestas según lo descrito en el apartado 1, y no sea coautor de los delitos allí tipificados, será castigado con una pena de privación de libertad de hasta tres meses o una multa de entre 100.000 y 1.000.000 de ITL.
 4. Los apartados 1 y 2 también serán aplicables a los juegos de azar en los que se utilicen los aparatos prohibidos por el artículo 110 del DR n° 773 de 18 de junio de 1931, modificado por la Ley n° 507 de 20 de mayo de 1965 y, en último lugar, por el artículo 1 de la Ley n° 904 de 17 de diciembre de 1986.
- 4 *bis*¹⁰ Las sanciones previstas en este artículo serán aplicables a quien, sin la concesión, autorización o licencia requerida por el artículo 88 del TULPS ejerza en Italia una actividad para recoger o facilitar de cualquier forma la recogida de apuestas de cualquier tipo que se formalicen por cualquier persona en Italia o en el extranjero exclusivamente de forma telefónica o telemática.
- 4 *ter* Sin perjuicio de las competencias conferidas al Ministro de Hacienda por el artículo 11 del Decreto Ley n° 577 de 30 de diciembre de 1993, actualmente Ley n° 133 de 26 de febrero de 1994, y con arreglo al artículo 3, apartado 228, de la Ley n° 549 de 28 de diciembre de 1995, las sanciones previstas en este artículo serán aplicables a quienes reco-

¹⁰ — Los apartado 4 *bis* y 4 *ter* fueron introducidos por la Ley n° 388 de 23 de diciembre de 2000, como apartados 4 *bis* y 4 *ter* de la Ley n° 401/89, por los que, según la resolución de remisión, se extienden las consecuencias penales a todas las personas que organicen apuestas prohibidas en Italia.

jan o registren boletos de lotería, competiciones de pronósticos o apuestas por medios telefónicos o telemáticos sin disponer de autorización para utilizar tales medios con dichos fines.

apuestas han sido considerados una violación del monopolio de apuestas deportivas reservado al CONI y han sido calificados de infracción del artículo 4 de la Ley n° 401/89.

III. Hechos y procedimiento

8. Según la resolución de remisión, la fiscalía y el juez de instrucción del Tribunale Fermo han comprobado la existencia de «una organización, difusa y dispersa, de agencias italianas» conectadas a través de Internet con el corredor de apuestas inglés Stanley International Betting de Liverpool, y a la que pertenecen más de cien personas, entre ellas Gambelli, y que tiene confiada la misión de «recoger [en Italia] apuestas reservadas por ley al Estado italiano», mediante actividades que pueden resumirse del siguiente modo: el apostante comunica al responsable de la agencia los partidos para los que desea realizar una apuesta, indicando el valor de ésta; dicho responsable transmite, a través de Internet, la solicitud de aceptación al corredor de apuestas británico, indicando los encuentros de fútbol y el valor de las apuestas; el corredor de apuestas transmite inmediatamente (literalmente, «en tiempo real») a través de Internet la confirmación de la aceptación de la apuesta; se comunica al apostante tal confirmación y éste paga el precio correspondiente, que se ingresa posteriormente a favor del corredor de apuestas británico en la cuenta extranjera pertinente. Este comportamiento y el procedimiento de recogida y transmisión de las

9. La fiscalía de Fermo incoó un procedimiento de instrucción contra Gambelli y los demás inculcados por organización y recogida de apuestas prohibidas con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Ley n° 401/89. El juez de instrucción del Tribunale Fermo dictó una resolución de secuestro judicial y ordenó la detención de Garrisi. Se registraron las agencias así como los domicilios y los vehículos de los inculcados. Se presentó un recurso contra la resolución de secuestro judicial ante el órgano jurisdiccional remitente.

10. Stanley International Betting Limited es una sociedad de capital británica, inscrita en el Registro Mercantil del Reino Unido, que desarrolla la actividad de corredor de apuestas. Cuenta con una autorización para realizar tal actividad en el Reino Unido y en el extranjero concedida por el municipio de Liverpool con arreglo a la Betting Gaming and Lotteries Act (Ley de Apuestas y Loterías). El corredor de apuestas organiza apuestas en ejercicio de la autorización inglesa y hace publicidad en diarios, semanarios y revistas. La empresa británica organiza y gestiona las apuestas, determina los acontecimientos y el valor de las apuestas, asume el riesgo económico y recoge las apuestas por medios telefónicos o telemáticos. La empresa paga en el Reino Unido los impuestos correspondientes (impuesto de loterías, impuesto sobre el valor añadido, impuesto de sociedades) así como

los impuestos y cotizaciones relativos a los sueldos y abona los premios correspondientes. La sociedad está sometida a estrictos controles, como controles internos y los realizados por auditores privados y la administración tributaria.

11. La empresa británica actúa en el mercado italiano mediante contratos con operadores económicos establecidos en dicho Estado para el establecimiento de centros telemáticos y por los que tales empresas italianas se convierten en sus intermediarios para las apuestas deportivas. Estos centros, según la resolución de remisión «ponen a disposición de los usuarios los medios telemáticos para acceder al corredor de apuestas, recogen los pronósticos y los remiten a Liverpool». El corredor de apuestas británico ofrece una amplia gama de apuestas deportivas, no sólo relativas a los acontecimientos organizados por el CONI o por sus organismos dependientes, sino también a acontecimientos extranjeros e internacionales. Los nacionales italianos tienen asimismo la posibilidad de efectuar desde su domicilio apuestas deportivas, organizadas por el corredor de apuestas, mediante distintos sistemas, por ejemplo, por Internet, por fax o por teléfono.

12. Los inculpados están registrados en la Cámara de Comercio italiana como empresarios de centros telemáticos y han obtenido la autorización reglamentaria del Ministro de Correos y Telecomunicaciones para la transmisión telemática de datos

(con arreglo a la Decisión 467/2000/Cons de 19 de julio de 2000 y al Decreto Presidencial n° 318 de 19 de septiembre de 1997).

13. El órgano jurisdiccional remitente considera que el Derecho comunitario confiere a la empresa Stanley el derecho de crear en los Estados miembros de la Comunidad Europea centros o establecimientos que pongan a disposición de los usuarios medios telemáticos para acceder al corredor de apuestas. El órgano jurisdiccional remitente señala además que los inculpados no sólo han participado en la actividad de recoger las apuestas del corredor, sino que además han ejercido una actividad económica y han prestado un servicio a la empresa extranjera. Según el órgano jurisdiccional remitente, el supuesto que se le ha sometido suscita, con carácter previo, cuestiones decisivas sobre la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario. Señala que, por otra parte, en Italia se han dictado innumerables resoluciones judiciales con soluciones contradictorias.

14. El órgano jurisdiccional remitente añade que el artículo 4, apartado 1, letra c), de la Ley n° 401/89 no excluye la punibilidad en el supuesto de que el agente tenga la condición de empresa extranjera comunitaria, autorizada por las autoridades competentes de su país de origen para la transmisión de datos. Por ello, podría darse un caso de discriminación inaceptable con respecto a los operadores económicos nacionales que, gracias a las concesiones o autorizaciones obtenidas, ejercen activida-

des idénticas de recogida y aceptación de apuestas deportivas por cuenta del CONI. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, ello podría violar los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios transfronterizos.

15. Remitiéndose a la sentencia 1680/2000 de la Corte di Cassazione, el órgano jurisdiccional remitente considera, en relación con el posible riesgo para la seguridad pública que puede derivarse del libre ejercicio de actividades relacionadas con las apuestas, que tales exigencias pueden respetarse adecuadamente en los supuestos en que el operador sea una empresa ya sujeta a controles en su país de origen para garantizar la regularidad de su conducta.

16. En relación con el riesgo de una mayor incitación al gasto, el órgano jurisdiccional remitente expone que en Italia cada vez es mayor la oferta de juegos de azar y apuestas. En este contexto, considera «marginal» dentro del mercado nacional del juego el «fenómeno» de las apuestas con operadores extranjeros. «Aún mayor resulta la perplejidad» que se deriva del «análisis de los problemas inherentes a los ingresos fiscales derivados de los juegos nacionales autorizados». Con la normativa introducida por los apartados 4 *bis* y 4 *ter* de la Ley n° 401/89 se castigan incluso las actividades de recogida de apuestas relativas a acontecimientos deportivos internacionales, o eventos mundiales o de otro tipo, sobre los cuales el Estado no tiene interés alguno de índole fiscal.

17. De los trabajos parlamentarios relativos a las enmiendas a la Ley de Presupuestos para el año 2001 se desprende que las restricciones posteriores se deben principalmente a la exigencia de proteger la categoría de los «Totorecivitori» deportivos, categoría de empresarios privados, mientras que no es posible entrever ningún interés relativo al orden público que pueda justificar la restricción de los derechos comunitarios o constitucionales.

18. Según el órgano jurisdiccional remitente, la licitud de la actividad de recogida y de transmisión de apuestas sobre acontecimientos deportivos extranjeros, según los términos en que inicialmente estaba redactado el artículo 4, había originado el «desarrollo de una red de operadores que invirtieron capital y medios en el sector». Al cambiar la normativa, estos operadores vieron como, repentinamente, sus actividades dejaban de ser legales y ya no era posible que se autorizase su situación. Este órgano jurisdiccional considera manifiesta la contradicción entre el artículo 4 y la protección de los principios comunitarios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios en relación con la iniciativa económica privada para actividades que no daban lugar a ingresos fiscales por parte del Estado italiano, como las apuestas sobre acontecimientos deportivos extranjeros o sobre eventos no deportivos.

19. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre dos puntos. En primer lugar, se plantea la cuestión de si se respeta el principio de proporcionalidad «entre el máximo rigor de la prohibición (sanción penal)» escogida por el legislador nacional y la «importancia del interés interno protegido», que «va en detrimento de las

referidas libertades reconocidas a los particulares por el Tratado CE». En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente considera que debe plantear la cuestión de si es relevante la evidente diferencia de trato entre una normativa interna que restringe rigurosamente las actividades relativas a la aceptación de las apuestas deportivas por las empresas comunitarias extranjeras, y una política de signo contrario, de fuerte expansión del juego y de las apuestas que el Estado italiano aplica en su territorio con el objetivo de aumentar sus ingresos.

20. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente plantea al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es compatible, con los correspondientes efectos en el ordenamiento jurídico interno, con los artículos 43 CE y siguientes y 49 CE y siguientes, relativos a libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios transfronterizos, una normativa nacional, como la normativa italiana contenida en los artículos 4, apartados 1 a 4, 4 *bis* y 4 *ter* de la Ley n° 401 de 13 de diciembre de 1989 (modificada en último lugar por el artículo 37, apartado 5, de la Ley n° 388 de 23 de diciembre de 2000), por la que se establecen prohibiciones —que llevan aparejada la imposición de penas— de las actividades, cualquiera que sea la persona que las desarrolle y el lugar en que se produzcan, de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, en particular, sobre acontecimientos deportivos, cuando no concurren los requisitos para la concesión o autorización en el Estado miembro de que se trata?»

IV. Observaciones presentadas

21. Los inculpados Gambelli y otros y el inculpado Garrisi, que es miembro del consejo de administración de la sociedad Stanley en Italia, consideran que el caso de autos presenta diferencias esenciales con asuntos anteriores del Tribunal de Justicia, en particular con el asunto Zenatti. Por el contrario, los Gobiernos de los Estados miembros que han participado en el presente procedimiento y la Comisión estiman todos ellos que la solución se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias Schindler, Läärä y, en especial, en la sentencia Zenatti.

A. Gambelli

22. Gambelli alega que las actividades de organización de apuestas ejercidas por el CONI y la UNIRE presentan una estructura típicamente monopolística. Una empresa como la sociedad extranjera Stanley ofrece a sus cocontratantes una garantía de calidad y confianza. Esta empresa, que funciona mediante la intermediación de centros autoorganizados, es titular de un certificado y de una licencia, está sometida a controles y actúa con arreglo a los avances tecnológicos de conformidad con la normativa británica y el Derecho comunitario, sin infringir el sistema italiano.

23. Gambelli considera infundada la preocupación de las autoridades italianas por la protección de los jugadores y el peligro de fraude. Muy al contrario, la legislación nacional de los últimos años, que ha permitido un número cada vez mayor de juegos de azar (Lotto, Totocalcio, Totip, scommesse ippiche, Totogol, Corsa tris, Totosei, Superenalotto, Bingo, Totobingol, Gratta e vini, etc.), no puede considerarse ni una limitación de la oferta de juegos de azar para evitar los efectos perniciosos de carácter individual y social o de la incitación a efectuar gastos ni como una forma de buscar el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos.

24. Según Gambelli, una sanción penal constituye, en principio, la *ultima ratio*, a la que se debe recurrir únicamente cuando los demás medios o instrumentos no garantizan una salvaguardia adecuada de los bienes dignos de protección. La pena de privación de libertad prevista para la mera recogida de apuestas es contraria al principio de proporcionalidad de modo flagrante.

25. En relación con la libertad de establecimiento, Gambelli alega que los centros telemáticos son agencias independientes o sucursales vinculadas contractualmente con Stanley. Un Estado miembro no puede impedir a un nacional de otro Estado miembro establecerse de este modo. Cuando el legislador italiano exige una autorización en el marco de un sistema de concesión, confunde la actividad de los

centros telemáticos con la organización de apuestas, que tiene lugar en el extranjero. Además, las sociedades de capital están excluidas de antemano del sistema de concesiones.

26. Por lo que se refiere a la libre prestación de servicios, Gambelli alega, que el material enviado por Stanley a los centros, la determinación del precio de las apuestas, el calendario de los acontecimientos, la confirmación de la recepción de las apuestas y todo lo necesario para la confirmación, identificación y recogida de las apuestas, que se organizan y gestionan en el extranjero, así como la transmisión de las apuestas y de las cantidades recaudadas en los centros constituyen prestaciones de servicios a efectos de la libertad fundamental consagrada en el Tratado. La legislación italiana vulnera este principio comunitario al prohibir a los ciudadanos italianos recurrir a una sociedad extranjera para escoger juegos o combinaciones interesantes o para realizar apuestas por medios telefónicos o telemáticos. También conculca el principio fundamental de protección de la confianza legítima, ya que se defrauda la confianza legítima del propietario de los centros telemáticos en la legalidad de su actividad, al menos en relación con los acontecimientos internacionales objeto de las apuestas.

27. Gambelli examina a continuación, remitiéndose a las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti, qué razones pueden justificar la restricción de las libertades fundamentales. El objetivo político de los Estados miembros de regular las actividades relacionadas con los juegos de azar no es

necesariamente un razón imperiosa del interés general. Por el contrario, la medida restrictiva debe ser la expresión de una política coherente de los Estados miembros de limitar o impedir las actividades relacionadas con los juegos de azar. Además, las medidas restrictivas no pueden tener por objeto ni por resultado la creación de discriminaciones directas o indirectas contra nacionales o empresas de otros Estados miembros. En cualquier caso, deben ser proporcionadas.

28. Ahora bien, según Gambelli, no cabe duda de que el Estado italiano estimula y fomenta una política de aumento de sus ingresos. El monopolio que dicho Estado ha otorgado al sistema formado por el CONI y las agencias de apuestas hípcas no responde a razones imperiosas de interés general. Al negar todo reconocimiento a las medidas legislativas de otros Estados miembros —en el presente caso el sistema británico, considerado estricto y objeto de reconocimiento general—, la legislación italiana actúa discriminatoriamente y vulnera los principios fundamentales para el establecimiento del mercado común.

29. Gambelli considera que, además de las dudas expuestas por el órgano jurisdiccional remitente sobre la proporcionalidad de la sanción penal o sobre la contradicción entre la normativa restrictiva para las apuestas fuera de Italia y la incitación al juego en el interior, el caso de autos suscita problemas a los que el Tribunal de Justicia no ha dado respuesta hasta ahora. Así, el Tribunal de Justicia todavía no ha exami-

nado la compatibilidad de las disposiciones penales italianas en materia de apuestas. Además, la Legge Finanziaria 2000, que el Tribunal de Justicia todavía no ha tenido oportunidad de apreciar, endurece considerablemente la legislación italiana, incluso respecto de los acontecimientos internacionales, sobre los que el Estado italiano no puede hacer valer ningún interés fiscal. De igual modo, el Tribunal de Justicia tampoco ha examinado la compatibilidad de la legislación italiana con la libertad de establecimiento ni el problema de la discriminación de los nacionales italianos, a los que se les impide jugar o apostar por Internet con operadores extranjeros.

30. En relación con un posible riesgo para el orden público, Gambelli estima que es posible encontrar otros medios para controlar de forma adecuada y eficiente a los prestadores de servicios extranjeros y garantizar de este modo una apertura progresiva y natural del mercado europeo. Gambelli opina que, habida cuenta del desarrollo técnico, de las modificaciones legislativas y de los objetivos de la Comunidad en materia de comunicación y comercio por Internet, es indispensable un nuevo examen del Tribunal de Justicia.

31. Gambelli propone responder a la cuestión prejudicial del siguiente modo:

- 1) La legislación de la República Italiana, en concreto el artículo 88 del DR n° 773 de 18 de junio de 1931 (Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza),

modificado en varias ocasiones, y al artículo 4 de la Ley n° 401 de 13 de diciembre de 1989, modificado en varias ocasiones (por última vez mediante el artículo 37, apartados 4 y 5, de la Ley n° 388 de 23 de diciembre de 2000), es incompatible con los artículos 43 y siguientes del Tratado relativos a la libertad de establecimiento y/o a los artículos 49 y siguientes del Tratado relativos a la libre prestación de servicios; es discriminatoria en perjuicio de los organizadores de apuestas comunitarios; vulnera los principios de proporcionalidad, de reconocimiento mutuo, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima; infringe directivas comunitarias sobre la libertad de oferta de servicios en Internet y de prestación de servicios de telecomunicación; vulnera el principio de cooperación leal e incumple la obligación del artículo 10 del Tratado; es contraria al interés general; no está justificada por los principios de seguridad y orden públicos; no persigue ninguna finalidad fiscal; limita la libertad de las personas y empresas comunitarias y discrimina a los nacionales italianos.

- 2) Con carácter secundario, una legislación nacional como la controvertida en el presente asunto es incompatible con los artículos 43 y siguientes o 49 y siguientes del Tratado así como con los principios de las directivas comunitarias en la medida en que las autoridades o los órganos jurisdiccionales nacionales no la dejan inaplicada o en la medida en que no se aplica de modo compatible con los principios, directivas o medidas comunitarias mencionadas.

B. *Garrisi*

32. Garrisi es miembro del consejo de administración de Stanley y responsable de las actividades del grupo en el ámbito de las apuestas deportivas. A la exposición de Gambelli añade que, con la modificación legislativa italiana del año 2000, el mercado italiano de prestación de servicios en el ámbito de la recogida de apuestas deportivas se ha vuelto definitivamente impenetrable para los operadores extranjeros.

33. Sobre este particular, Garrisi señala que las condiciones de participación en la licitación de las más de mil nuevas concesiones del CONI para gestionar apuestas deportivas, a excepción de las apuestas hípcas, sólo podían ser cumplidas, en la práctica, por las agencias de apuestas hípcas que ya pertenecían a la UNIRE o al CONI, ya que sólo podían obtener una concesión las personas físicas o las sociedades personalistas que podían acreditar las estructuras específicas exigidas y que ya disponían de locales en el territorio italiano. Además, antes y después, los despachos de apuestas hípcas italianas obtuvieron numerosas concesiones para las apuestas hípcas y otras apuestas deportivas sin que tuvieran que participar en una licitación pública. De este modo, obtuvieron concesiones definitivas para nuevas apuestas, siendo así que los demás operadores de la Comunidad no podían alcanzar el «status» que se suponía a las oficinas de apuestas hípcas, que son concesionarias de la UNIRE.

34. En relación con la posible justificación de las restricciones a las libertades fundamentales del Tratado, Garrisi invoca el principio elaborado en la jurisprudencia reciente según el cual los motivos económicos no pueden justificar una restricción de las libertades fundamentales por razones de interés general. Garrisi se remite a este respecto a las sentencias SETTG,¹¹ Bond van Adverteerders¹² y Gouda.¹³

35. Garrisi alega que, según el estudio «Crecimiento del sector de las apuestas», actualizado en el año 2001 y redactado por una sociedad consultora independiente de Londres denominada NERA, el Estado italiano persigue con absoluta determinación una política altamente expansiva con el fin de aumentar los ingresos fiscales. Lejos de reducir la oferta de juegos de azar, el Estado italiano pretende aumentarla. Las enormes restricciones que la legislación italiana impone a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento responden a motivos fiscales y no a motivos de política social.

36. Garrisi reprocha a la legislación italiana no haber examinado en absoluto si los prestadores de servicios están sometidos en su Estado de origen a normativas y prohibiciones equivalentes que tengan por finalidad la protección de los mismos intereses —a saber, el orden público y la moral pública— y establezcan un sistema de prevención y represión penales. Los operadores que quieren acceder al mercado italiano están sometidos a la duplicación de todas las cargas, controles y sanciones, lo que constituye una grave discriminación en favor de los operadores nacionales. La legislación controvertida infringe, por tanto, el principio del reconocimiento mutuo.

37. Garrisi considera que la modificación legislativa del año 2000 también vulnera la confianza legítima y el principio de seguridad jurídica en relación con quienes, al igual que los inculpados en el procedimiento principal, ejercían en Italia antes de la entrada en vigor de la Ley n° 388/00 la actividad de transmisión telemática de apuestas sobre acontecimientos deportivos que no se incluyen en el ámbito de las apuestas reservadas al CONI y a la UNIRE. Además, según Garrisi, se ha infringido también la Directiva 1999/42/CE.¹⁴

11 — Sentencia de 5 de junio de 1997 (C-398/95, Rec. p. I-3091), apartado 23.

12 — Sentencia de 26 de abril de 1988 (352/85, Rec. p. 2085), apartados 32 a 34.

13 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 11.

14 — Se refiere a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias (DO L 201, p. 77).

38. Garrisi añade que la legislación italiana presenta incompatibilidades con las Directivas 90/388/CEE,¹⁵ 97/13/CE¹⁶ 97/66/CE¹⁷ y, por tanto, no sólo es contraria a las libertades fundamentales de libre prestación de servicios y de libertad de establecimiento, sino que además es contraria a la libertad de ofrecer prestaciones de servicios de telecomunicaciones.

y/o vulnera los principios de proporcionalidad, de reconocimiento mutuo y de no contradicción con otras políticas internas y/o vulnera los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

39. Garrisi propone responder del siguiente modo a la cuestión prejudicial:

B) Infringe la Directiva 1999/42 en el ámbito de reconocimiento mutuo de títulos.

La legislación italiana en el ámbito de las apuestas deportivas es incompatible con los artículos 43 CE y siguientes y 46 CE y siguientes:

A) Constituye una discriminación positiva en perjuicio de los operadores comunitarios que no son nacionales y/o, aunque se aplique sin distinciones desde un punto de vista abstracto, implica obstáculos de hecho o de Derecho que impiden o dificultan desproporcionadamente las prestaciones, directamente o a través de un establecimiento, por operadores de otros Estados miembros;

C) Es contraria a las directivas en el ámbito de la libertad de oferta de las prestaciones liberalizadas de servicios de telecomunicaciones que no sean telefónicos.

Con carácter secundario, Garrisi alega que la legislación en el ámbito de las apuestas deportivas es incompatible con los artículos 43 y siguientes y 49 y siguientes del Tratado y/o con las disposiciones de la Directiva 99/42/CE y/o las disposiciones de las Directivas 90/388, 97/17 y 97/66 en la medida en que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales no la aplican de modo acorde con los principios de no discriminación, de proporcionalidad, de reconocimiento mutuo, de coherencia con otras políticas nacionales, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

15 — Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10), en la versión resultante de la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (DO L 74, p. 13).

16 — Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117, p. 15).

17 — Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (DO L 24, p. 1).

C. *Gobierno italiano*

40. El Gobierno italiano considera que, habida cuenta de los principios elaborados en la sentencia Zenatti, la Ley italiana es compatible con las disposiciones comunitarias sobre libre prestación de servicios y libertad de establecimiento. En la sentencia Zenatti se examinaron disposiciones sobre una autorización administrativa para la actividad de recogida y organización de apuestas en Italia (artículo 88 del DR de 18 de junio de 1933 n° 773). El presente asunto versa sobre una sanción penal que acompaña a la prohibición de recogida y administración de apuestas. Ambas normativas persiguen el mismo objetivo, es decir, la prohibición de tal actividad fuera de los supuestos expresamente permitidos por la ley.

41. El Gobierno italiano recuerda que la Corte di Cassazione, en su sentencia n° 1680 de 28 de abril de 2000, examinó la normativa a la luz de la sentencia Zenatti y llegó a la conclusión de que es lícita, en la medida en que se persigue limitar la oferta de juegos de azar y proteger el orden público.

D. *Gobierno belga*

42. El Gobierno belga recuerda que la actividad de los centros controvertidos

debe considerarse actividad económica a efectos del Tratado, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No obstante, considera que un mercado común para los juegos de azar sólo puede suponer para los consumidores un mayor despilfarro con los consiguientes efectos perniciosos para la sociedad y, a este respecto, se remite en particular a los apartados 60 y 61 de la sentencia Schindler. Haciendo referencia a la sentencias Kraus¹⁸ y Gebhard,¹⁹ el Gobierno belga señala que una normativa escapa a la prohibición del artículo 49 CE cuando se cumplen los cuatro requisitos establecidos en dichas sentencias para que exista una restricción lícita de la libre prestación de servicios. El interés en poner coto a los juegos de azar y a sus efectos perniciosos puede considerarse un objetivo de interés general en el sentido de las sentencias Schindler, Läära y Zenatti. No priva de relevancia a este objetivo el hecho de que los juegos de azar no estén completamente prohibidos. La legislación italiana tampoco es discriminatoria. Sólo los operadores que disponen de una autorización del Ministerio de Hacienda pueden explotar juegos de azar, tanto si son italianos como si son extranjeros. La normativa italiana también es proporcionada. Aun cuando resulte ser una restricción a la libertad de establecimiento, está justificada por los mismos motivos que la restricción a la libre prestación de servicios.

18 — Sentencia de 31 de marzo de 1993 (C-19/92, Rec. p. I-1663).

19 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 39, sexto guión). En relación, en particular, con los cuatro requisitos, véase el apartado 92.

E. Gobierno griego

43. El Gobierno griego establece un paralelismo entre la normativa italiana controvertida y la normativa griega correspondiente. Considera que ambas son compatibles con el Derecho comunitario. La liberalización de las actividades relacionadas con los juegos de azar implicaría nuevos riesgos para los ciudadanos. Por consiguiente, estima justificado que los juegos de azar, y en particular las apuestas deportivas, se exploten bajo el control del Estado a través de un monopolio.

F. Gobierno español

44. También el Gobierno español considera la legislación italiana justificada por razones de interés general con arreglo a la jurisprudencia. Tanto el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos, a través de un régimen estricto de autorizaciones o de concesiones, como la prohibición de apertura de sucursales de agencias extranjeras son compatibles con el Derecho comunitario cuando su finalidad es limitar las oportunidades de juego. Por consiguiente es necesario controlar las ofertas de juego para evitar los peligros que conllevan. Los Estados miembros disponen de facultad de apreciación para organizar las loterías y los juegos de azar y para afectar los beneficios que reportan.

G. Gobierno luxemburgués

45. El Gobierno luxemburgués considera que la normativa italiana controvertida, aun constituyendo una restricción a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, está justificada siempre que se reúnan los cuatro requisitos establecidos por la jurisprudencia para que una restricción de este tipo sea lícita. Así ocurre con la legislación italiana si se determina que ha sido adoptada con la única finalidad de encauzar la oferta de juegos de azar.

H. Gobierno portugués

46. El Gobierno portugués destaca que en todos los Estados miembros se observan comportamientos contrarios a la legislación vigente de restricción de los juegos de azar, como la venta de boletos de loterías extranjeras o la recogida de apuestas en el marco de la apuestas hípcas. Estos comportamientos persiguen una estrategia de liberalización y privatización del mercado de juegos de azar que fue expresamente rechazada en la Cumbre de Edimburgo de 1992. La importancia del presente caso reside en que en Italia, como en otros Estados miembros, la organización de loterías está reservada a un monopolio público, para asegurar a los Estados miembros una importante fuente de ingresos, que sustituye a impuestos y que sirve a todos los Estados miembros para financiar su política social, cultural y deportiva y para ofrecer a los ciudadanos de la Unión un nivel de bienestar considerable.

47. El Gobierno portugués señala que el principio de subsidiariedad, en virtud del cual la Comunidad no ha efectuado ninguna armonización en la materia, debe marcar la pauta para interpretar el Derecho comunitario. Al examinar la proporcionalidad de las medidas nacionales que restringen los juegos de azar, corresponde al legislador nacional definir los objetivos y los bienes jurídicos que pretende proteger. De igual modo, puede elegir los medios que considere adecuados siempre que no sean discriminatorios. El Gobierno portugués también se remite a este respecto a las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti.

49. El Gobierno portugués se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²⁰ para argumentar que las razones imperiosas de interés general se deducen en todos los casos según un determinado punto de vista. El Gobierno portugués se remite a sus observaciones en el asunto Anomar y otros,²¹ en el que expuso que el contenido del orden público incluye valores morales, éticos y políticos que dependen del ordenamiento jurídico nacional y que no puede juzgarse desde una perspectiva supranacional ni con criterios uniformes.

50. Según el Gobierno portugués, del apartado 30 de la sentencia Zenatti se deduce que la legislación italiana permite luchar contra el riesgo de fraude y los efectos sociales perniciosos de los juegos de azar y sólo es lícita en la medida en que implique un efecto útil para el desarrollo de los acontecimientos deportivos.

48. En opinión del Gobierno portugués, un marco legal permisivo en materia de juegos de azar implicaría graves problemas sociales por la erosión de los patrimonios de los particulares o de las familias. Los juegos de azar conllevan por lo general riesgos de fraude y otros comportamientos delictivos, como, por ejemplo, el blanqueo de dinero. El carácter improductivo de los juegos de azar no permite invocar la libertad de empresa y la libre competencia. Dado que no existe una producción, no cabe invocar las libertades cuya finalidad es la prosperidad de la Comunidad.

51. El Gobierno portugués alega asimismo que una competencia abierta en el mercado de los juegos de azar abocaría en un desplazamiento de los ingresos desde los países más pobres a los países más ricos. Los jugadores apostarían donde se espera-

20 — Véanse las sentencias Schindler (citada en la nota 4), Läärä (citada en la nota 5) y Zenatti (citada en la nota 3), así como las sentencias de 20 de febrero de 1979, Cassis de Dijon (120/78, Rec. p. 649), apartado 8, de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), y Gouda (citada en la nota 13).

21 — Asunto C-6/01 (sentencia de 11 de septiembre de 2003, Rec. p. I-8621), apartado 90 del escrito.

sen mayores ganancias, con la consecuencia de que los jugadores de los países más pequeños cofinanciarían el presupuesto social, cultural y deportivo de los grandes Estados, lo que implicaría una disminución de los ingresos de los pequeños Estados y ello obligaría a aumentar la recaudación de impuestos. Además, el reparto del mercado de loterías y quinielas de los Estados entre tres o cuatro grandes operadores provocaría cambios estructurales que llevarían a la destrucción de puestos de trabajo y a un pronunciado declive social.

los operadores de otros Estado miembros establecerse u ofrecer prestaciones de servicios en Italia, pero que, cumpliendo determinados requisitos, es compatible con el Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia reconoce una amplia discrecionalidad a los Estados miembros, que se refiere tanto a la libre circulación de mercancías como a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. La legislación controvertida está justificada siempre que no sea discriminatoria y se aplique indistintamente a los operadores nacionales y extranjeros.

52. El Gobierno portugués considera que la legislación italiana, al igual que la portuguesa, es compatible con el principio de proporcionalidad, ya que es necesaria para proteger el interés general. La alternativa sólo puede consistir en la prohibición total o en la liberalización de las actividades relativas a los juegos de azar. Los fundamentos de la sentencia Zenatti siguen siendo válidos. Por tanto, la restricción de la libertad de establecimiento de una empresa británica no es desproporcionada. Poner fin al monopolio estatal de los juegos de azar tendría graves consecuencias económicas y efectos perniciosos de carácter social e individual.

54. Según el Gobierno finlandés, es irrelevante, desde el punto de vista del Derecho comunitario, que exista una sanción penal y que se trate de la recogida, por cuenta de un operador autorizado en otro Estado miembro, de apuestas en las que el Estado italiano no tiene ningún interés fiscal. Según el apartado 36 de la sentencia Läärä, la proporcionalidad de una medida sólo debe apreciarse en relación con los objetivos que persiguen las autoridades nacionales y con el nivel de protección que pretenden garantizar, apreciación que corresponde en último término al órgano jurisdiccional remitente.

I. *Gobierno finlandés*

53. Remitiéndose a las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti, el Gobierno finlandés considera que la prohibición, bajo sanción penal, protege un monopolio que impide a

J. *Gobierno sueco*

55. El Gobierno sueco considera que el Tribunal de Justicia debe seguir el camino trazado en las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti. Aunque la legislación italiana

constituye una restricción a la libre prestación de servicios, no es discriminatoria ni se aplica de modo discriminatorio. La finalidad fiscal de estas medidas no plantea problemas desde el punto de vista del Derecho comunitario, siempre que no sean ni desproporcionadas ni discriminatorias, extremo que ha de examinar el órgano jurisdiccional remitente. El Gobierno sueco afirma que los intereses protegidos por la legislación italiana no pueden ser sustituidos por los controles a los que están sometidos los despachos de apuestas en el Estado de origen. La nueva legislación italiana permite impedir que se eluda la normativa aplicable mediante empresas que no han sido autorizadas en Italia. De las sentencias Läära, apartado 36, y Zenatti, apartado 34, se infiere que la circunstancia de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección distinto del de otro Estado miembro no influye en la apreciación de la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones de que se trate, que sólo deben juzgarse en relación con los objetivos y el nivel de protección que se pretenden conseguir. El Gobierno sueco sostiene que las restricciones a la libertad de establecimiento también están justificadas.

nada por la sentencia Zenatti. La modificación legislativa del año 2000 se limita a completar la prohibición existente sin tipificar ningún comportamiento nuevo. Tampoco es aplicable a las apuestas la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).²² En relación con el aumento de la oferta de apuestas, que no responden a un interés fiscal, la Comisión señala que se trata de apuestas sobre partidos de fútbol nacionales y no de partidos extranjeros como en el asunto Zenatti. No obstante, esta diferencia no puede dar lugar a una apreciación diferente de los objetivos de protección de la normativa. Basándose en el apartado 33 de la sentencia Zenatti, la Comisión añade que un Estado miembro tiene la facultad de decidir el nivel de protección que pretende conseguir. Por tanto, le corresponde decidir si prohíbe por completo un actividad o la somete a determinadas restricciones.

K. Comisión

56. La Comisión considera que la solución al procedimiento principal está determi-

57. En relación con la libertad de establecimiento, la Comisión señala que las agencias gestionadas por Gambelli son formalmente independientes y no mantienen ninguna relación de subsidiariedad con Stanley. Por consiguiente, esta cuestión ha de

22 — Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DO L 178, p. 1).

examinarse también desde el punto de vista de la libre prestación de servicios, máxime cuando, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,²³ la libertad del destinatario de una prestación de servicios incluye la posibilidad de trasladarse al Estado miembro donde se presta el servicio o de dirigirse al prestador del servicios por medios electrónicos. La Comisión sostiene que, aun cuando fueran aplicables las disposiciones sobre libertad de establecimiento, la legislación italiana estaría justificada por las mismas razones que en el ámbito de la libre prestación de servicios.

b) Incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar, cuando examinen la existencia de tales requisitos de aplicación, si la legislación nacional persigue el objetivo que puede justificarla y si las restricciones que impone no son desproporcionadas en relación con tal objetivo.

V. Apreciación

58. La Comisión propone que se responda a la cuestión prejudicial del siguiente modo:

a) Las disposiciones del Tratado CE sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios no se oponen a una normativa nacional como la italiana que reserva a determinados organismos el derecho a recoger apuestas sobre acontecimientos deportivos por medios electrónicos, siempre que dicha legislación esté justificada por el objetivo de política social de limitar los efectos perniciosos de estas actividades, y cuando las restricciones adoptadas a tal fin no sean desproporcionadas en relación con dicho objetivo.

59. Aunque los Estados que han participado en el procedimiento y la Comisión consideran que la solución del asunto está dictada por las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti, el órgano jurisdiccional remitente y los inculpados en el procedimiento principal tienen dudas importantes sobre la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario. También parece reinar una gran incertidumbre en la judicatura italiana en relación con la interpretación correcta del Derecho comunitario en la materia con las terribles consecuencias para la seguridad jurídica que de ello se deriva. De este modo la libertad económica de los justiciables se resiente en gran medida. Una conducta comercial puede considerarse lícita en lugar mientras ese mismo comportamiento en otro lugar es motivo de persecución penal que puede suponer, incluso, una pena de privación de libertad.

23 — Sentencia de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone (asuntos acumulados 286/82 y 26/83, Rec. p. 377), apartado 10.

60. Tampoco la sentencia Zenatti, que supuestamente determina la respuesta en el asunto principal, pudo esclarecer hasta las últimas consecuencias el ordenamiento nacional, máxime si se tiene en cuenta que se desistió del recurso en el procedimiento principal del asunto Zenatti después de la sentencia del Tribunal de Justicia. En cualquier caso, es fundamental que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia aclaratoria que, aun basada en su jurisprudencia, tome en consideración las peculiaridades del presente caso. Por consiguiente, se debe mostrar con claridad tanto al órgano jurisdiccional remitente como a todos los órganos jurisdiccionales a los que se les plantean los mismos problemas el camino que se ha de seguir.

61. El presente asunto suscita, en efecto, más cuestiones que el asunto Zenatti en muchos aspectos. Así, la cuestión de la actividad transfronteriza relativa a juegos de azar todavía no se había examinado desde el punto de vista de la libertad de establecimiento. Solamente en las conclusiones de los Abogados Generales Sres. Gulmann,²⁴ La Pergola²⁵ y Fennelly²⁶ en los asuntos Schindler, Läärrä y Zenatti y en la sentencia Zenatti²⁷ se pueden encontrar discretas referencias a la aplicabilidad de las disposiciones sobre la libertad de esta-

blecimiento. En cualquier caso, la pertinencia de la libertad de establecimiento en el ámbito de las actividades transfronterizas relativas a los juegos de azar depende de cada caso concreto.

La dimensión penal tampoco ha sido objeto hasta ahora de la apreciación del Tribunal de Justicia. Ahora bien, el hecho de que una prohibición vaya acompañada de una sanción penal no puede disociarse de la licitud general o de una eventual incompatibilidad con el Derecho comunitario de las disposiciones consideradas. Por tanto, debe dilucidarse en primer lugar la licitud de la prohibición nacional con arreglo al Derecho comunitario. Posteriormente se plantea la cuestión autónoma de la proporcionalidad de la norma sancionadora.

Por último, el reciente endurecimiento de las disposiciones nacionales hace necesaria una evaluación independiente. Aun cuando el Tribunal de Justicia haya declarado compatibles con el Derecho comunitario determinadas restricciones de las libertades fundamentales consideradas en abstracto, no por ello tiene que estar justificado un endurecimiento contrario al espíritu de tales libertades.

24 — Conclusiones de 16 de diciembre de 1993 en el asunto en el que recayó la sentencia Schindler, antes citada, puntos 42 y 43.

25 — Conclusiones de 4 de marzo de 1999 en el asunto en el que recayó la sentencia Läärrä, antes citada, punto 26.

26 — Conclusiones de 20 de mayo de 1999 en el asunto en el que recayó la sentencia Zenatti, antes citada, puntos 21 y 22.

27 — Citada en la nota 3, véanse los apartados 22 y 23.

62. No obstante, antes de examinar específicamente las cuestiones planteadas, se han de recapitular las consideraciones fundamentales que se derivan de las sentencias Schindler, Läärrä y Zenatti para la posterior apreciación del presente caso.

A. *Sobre las sentencias Schindler, Läärä y Zenatti*

material y, a este respecto, expuso en el apartado 62 de la sentencia:

1. Sentencia Schindler

63. El asunto Schindler versaba sobre una prohibición total de las loterías en el mercado de los juegos de azar en el Reino Unido en el momento de los hechos que originaron el litigio. Estaban prohibidas todas las actividades de organización, explotación y publicidad de las loterías, si bien se permitían loterías de importancia menor con un objeto y un ámbito geográfico muy limitado, y la ley iba a permitir en el futuro una gran lotería nacional en el Reino Unido. Estas circunstancias fueron irrelevantes para la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Schindler. El Tribunal se ocupó, por tanto, de una prohibición total de las loterías en el mercado considerado.

64. Las autoridades aduaneras británicas impidieron a los hermanos Schindler introducir por correo en el Reino Unido desde los Países Bajos gran cantidad de material publicitario de la *Süddeutsche Klassenlotterie*. El Tribunal de Justicia consideró legítima la prohibición de importar dicho

«Cuando un Estado miembro prohíbe que en su territorio se organicen grandes loterías y, más en particular, la publicidad y la difusión de billetes de dicho tipo de loterías, la prohibición de importar materiales destinados a permitir que los nacionales de dicho Estado miembro participen en tales loterías organizadas en un Estado miembro, no puede considerarse como una medida que atente injustificadamente contra la libre prestación de servicios. En efecto, tal prohibición de importación es un elemento necesario de la protección que dicho Estado miembro pretende dispensar en su territorio en materia de loterías.»

65. En primer lugar, el Tribunal de Justicia estableció, en los apartados 33 y 35, el carácter económico de la lotería y en el apartado 37 calificó esta actividad de prestación de servicios. Las disposiciones británicas en materia de lotería constituían, según el Tribunal de Justicia, una restricción a la libre prestación de servicios (apartado 45), aun cuando se aplicasen indistintamente (apartados 43 y 47). En relación con las razones alegadas para justificar esta restricción (apartado 57), el Tribunal de Justicia se detuvo en la «naturaleza tan particular de las loterías» (apartado 59) que podía justificar restricciones que incluyeran su prohibición.

66. En las observaciones expuestas en el presente procedimiento se han invocado en numerosas ocasiones las apreciaciones del

Tribunal de Justicia sobre el particular contenidas en los apartados 60 y 61 de la sentencia Schindler y el propio Tribunal se ha remitido a ellas en su jurisprudencia.²⁸ Por esta razón es menester reproducirlas literalmente:

«En efecto, en primer lugar, no puede prescindirse de las consideraciones de orden moral, religioso o cultural que rodean tanto a las loterías como a los demás juegos en todos los Estados miembros. Dichas consideraciones tienden, en general, a limitar e incluso a prohibir el juego y a evitar que sea una fuente de enriquecimiento individual. A continuación, hay que destacar que, habida cuenta del importe de las sumas que permiten reunir y de las ganancias que pueden ofrecer a los jugadores, sobre todo las que se organizan a gran escala, las loterías implican riesgos elevados de delito y de fraude. Además, constituyen una incitación al gasto que puede tener consecuencias individuales y sociales perjudiciales. Por último, y sin que esta razón pueda considerarse en sí misma una justificación objetiva, cabe destacar que las loterías pueden participar significativamente en la financiación de actividades filantrópicas o de interés general como obras sociales, obras benéficas, el deporte o la cultura.

Dichas particularidades justifican que las autoridades nacionales dispongan de una facultad de apreciación suficiente para

determinar las exigencias que implican la protección de los jugadores y, más en general, habida cuenta de las particularidades socioculturales de cada Estado miembro, la protección del orden social, tanto en lo que se refiere a las modalidades de organización de las loterías y al volumen de las apuestas, como a la afectación de los beneficios que reportan. Ante estas circunstancias, las autoridades nacionales deben apreciar no sólo si es necesario restringir las actividades de las loterías sino también prohibirlas, siempre que dichas restricciones no sean discriminatorias.»

2. Sentencia Läärä

67. Los hechos en la sentencia Läärä eran diferentes en varios aspectos. Se trataba de una normativa finlandesa sobre los juegos de azar con máquinas tragaperras, reservados a una empresa en régimen de monopolio, que también podían considerarse juegos de habilidad. El Tribunal de Justicia también resolvió basándose en las disposiciones sobre la libre prestación de servicios y no en las relativas a la libre circulación de mercancías, se trataba de la importación de máquinas tragaperras, lo que podría haber llevado a examinar esta última libertad.²⁹

68. El Gobierno finlandés invocó como justificación motivos similares a los invocados en el asunto Schindler. A propósito de estos motivos (apartado 33), que debían apreciarse en su conjunto, el Tribunal de

28 — Véanse las sentencias, antes citadas, Läärä (citada en la nota 5), apartados 13 y 14, y Zenatti (citada en la nota 3), apartado 33.

29 — Véase la sentencia Läärä (citada en la nota 5), apartados 24, 25, 26 y 35.

Justicia examinó expresamente la cuestión de que las actividades controvertidas no estaban completamente prohibidas sino que, con determinados requisitos, debían considerarse permitidas (apartado 34). El Tribunal de Justicia reconoció a las autoridades estatales una amplia facultad de apreciación que describió del siguiente modo en el apartado 35:

«No obstante, la determinación de la amplitud de la protección que un Estado miembro pretende garantizar en su territorio en materia de loterías y otros juegos de azar forma parte de la facultad de apreciación reconocida [...] a las autoridades nacionales [...]. En efecto, incumbe a éstas apreciar si en el contexto del objetivo perseguido es necesario prohibir total o parcialmente las actividades de dicha naturaleza o solamente restringirlas y prever a estos efectos formas de control más o menos estrictas.»

El Tribunal de Justicia añadió en los apartados 36 y 37:

«En estas circunstancias, el mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades nacionales del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que pretenden garantizar.»

El hecho de que los referidos juegos no estén totalmente prohibidos no basta, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes en el procedimiento principal, para demostrar que la legislación nacional no tenga realmente por finalidad alcanzar los objetivos de interés general que pretende perseguir y que deben considerarse en su conjunto. En efecto, también se inscribe en la persecución de tales objetivos una autorización limitada de estos juegos en una situación de exclusividad, que presenta la ventaja de canalizar el deseo de jugar y la explotación de los juegos en un circuito controlado, de prevenir los riesgos de tal explotación con fines fraudulentos y criminales y de utilizar los beneficios que se derivan de ellos para fines de utilidad pública.»

69. Sobre la monopolización de la explotación autorizada de los juegos, el Tribunal de Justicia señaló en el apartado 39 de la sentencia Läärä:

«En cuanto a si, para alcanzar dichos objetivos, en vez de conceder un derecho exclusivo de explotación al organismo público autorizado, sería preferible adoptar una normativa que impusiera a los operadores interesados las prescripciones necesarias, corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciarlo, con la reserva, no obstante, de que dicha elección no sea desproporcionada en relación con el objetivo perseguido.»

A continuación, el Tribunal de Justicia consideró en el apartado 42, que las disposiciones de la legislación no eran «desproporcionadas en relación con los objetivos que persigue».

3. Sentencia Zenatti

asunto Läärä, que versaba sobre juegos de habilidad, estructuró su análisis de la misma manera que en el asunto Schindler, que versaba sobre una lotería y, por ende, sobre un juego de azar.

70. El asunto Zenatti es el que más se asemeja al caso de autos. En aquella ocasión se trataba de la prohibición inicial de la recogida de apuestas deportivas en Italia con arreglo al artículo 88 del Decreto Real n° 773, que también es relevante en el presente asunto. El procedimiento de decisión prejudicial en el asunto Zenatti tuvo su origen en un procedimiento contencioso administrativo relativo a la autorización de una actividad como intermediario italiano de una sociedad establecida en el Reino Unido especializada en la recogida de tales apuestas. La normativa italiana, de modo similar a la finlandesa en el asunto Läärä, establecía para las apuestas deportivas una prohibición con reserva de autorización en favor de una estructura comercial monopolística.

72. El Tribunal de Justicia afirmó lo siguiente a este respecto en el apartado 18 de la sentencia Zenatti:

«[...] las apuestas sobre las competiciones deportivas, aunque no pueden considerarse juegos de azar puros, ofrecen, al igual que estos últimos, la esperanza de ganar una suma de dinero a cambio de una apuesta que sirve de pago. Habida cuenta de la magnitud de las sumas que las apuestas permiten recaudar y de las ganancias que pueden ofrecer a los jugadores, entrañan los mismos riesgos de delito y de fraude y pueden tener las mismas consecuencias individuales y sociales perjudiciales.»

71. Las apuestas deportivas no dependen del azar en la misma medida que las loterías. Así, la habilidad y, sobre todo, los conocimientos de los jugadores tienen una influencia potencial en las posibilidades de acierto. Por consiguiente, se discute en la doctrina si las apuestas deben calificarse de juegos de habilidad o de juegos de azar. La gran aleatoriedad de los resultados, especialmente cuando se apuesta sobre bloques de partidos, los acerca a los juegos de azar. La calificación a efectos de la presente apreciación puede quedar sin resolver, ya que el Tribunal de Justicia al examinar la normativa nacional en el

73. No obstante, el Tribunal de Justicia encontró diferencias fundamentales entre el asunto Zenatti y el asunto Schindler, que consisten, por un lado, como ya se ha señalado anteriormente, en que en el asunto Zenatti sólo existe una prohibición relativa y no una absoluta y, por otro, en que podría resultar afectada la libertad de establecimiento (apartados 21 y 22 de la sentencia Zenatti).

74. Sin tomar en cuenta la subsidiariedad de la libertad de prestación de servicios en relación con la libertad de establecimiento,³⁰ el Tribunal de Justicia pudo dejar sin examinar la libertad de establecimiento ya que la cuestión del órgano jurisdiccional remitente se limitaba expresamente a la libre prestación de servicios (apartado 23). En relación con la prohibición no total —es decir, no aplicable a todos— (apartado 32), el Tribunal de Justicia consideró en el apartado 33:

«No obstante, la determinación del alcance de la protección que un Estado miembro desea garantizar en su territorio en materia de loterías y otros juegos forma parte de la facultad de apreciación reconocida por el Tribunal de Justicia a las autoridades nacionales en el apartado 61 de la sentencia Schindler. En efecto, corresponde a estas últimas apreciar si, en el marco del objetivo perseguido, es preciso prohibir completamente o parcialmente actividades de esta naturaleza o sólo limitarlas y prever a tal efecto modalidades de control más o menos estrictas.»

75. Al examinar la justificación de las disposiciones nacionales, que habían sido consideradas restricciones a la libre prestación de servicios —justificación que el Gobierno italiano había defendido con argumentos que reproducían en esencia los objetivos de la normativa controvertida

en el asunto Schindler (apartado 30)—, el Tribunal de Justicia afirmó en los apartados 34 a 37 de la sentencia Zenatti:

«En estas circunstancias, el hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede influir en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse únicamente en relación con los objetivos perseguidos por las autoridades nacionales del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que pretenden garantizar.»

Como el Tribunal de Justicia señaló en el apartado 37 de la sentencia [...] Läärä [...], el hecho de que dichas apuestas no estén totalmente prohibidas no basta para demostrar que la legislación nacional no tenga realmente por finalidad alcanzar los objetivos de interés general que pretende perseguir y que deben considerarse en su conjunto. En efecto, también se inscribe en la persecución de tales objetivos una autorización limitada de estos juegos en el marco de derechos especiales o exclusivos otorgados mediante autorización o concesión a ciertos organismos, que presenta la ventaja de canalizar el deseo de jugar y la explotación de los juegos en un circuito controlado, de prevenir los riesgos de tal explotación con fines fraudulentos y criminales y de utilizar los beneficios que se derivan de ellos para fines de utilidad pública.

30 — Véase el artículo 50 CE y la sentencia Gebhard (citada en la nota 19), apartado 22.

No obstante, como ha indicado el Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, una limitación de este tipo sólo es admisible si responde efectivamente al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y si la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo constituye un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida. En efecto, como destacó el Tribunal de Justicia en el apartado 60 de la sentencia Schindler, aun cuando no carece de importancia que las loterías y otros juegos puedan participar significativamente en la financiación de actividades filantrópicas o de interés general, dicho motivo no puede, por sí solo, considerarse una justificación objetiva de restricciones a la libre prestación de servicios.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la legislación nacional, en atención a su aplicación en la práctica, responde verdaderamente a los objetivos que pueden justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas en relación con dichos objetivos.»

B. Sobre la libertad de establecimiento

76. Debe examinarse ahora si los principios de estas tres sentencias se pueden aplicar al presente caso, y de ser así, cómo se han de aplicar. Dado que el órgano jurisdiccional remitente ha preguntado expresamente por

la relevancia de la libertad de establecimiento y por sus efectos en la normativa nacional controvertida y que la jerarquía de normas del Tratado sitúa a la libertad de establecimiento por encima de la libre prestación de servicios,³¹ hay que examinar en primer lugar la compatibilidad de la normativa nacional con la libertad de establecimiento.

1. Sobre los requisitos del establecimiento

77. De las observaciones presentadas se desprende, sin que ello haya sido negado, que los centros que han sido objeto de registro y secuestro judicial en el procedimiento principal están vinculados contractualmente con Stanley y que de este modo Stanley había implantado una red completa para la oferta y recogida de apuestas deportivas en territorio italiano. Por tanto, debe examinarse si con este proceder Stanley se ha establecido en Italia.

78. Según la sentencia del Tribunal de Justicia Factortame y otros,³² el establecimiento consiste en «el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado

31 — Véanse el artículo 50 CE y las sentencias Gebhard (citada en la nota 19), apartado 22, y de 4 de diciembre de 1986 Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), apartado 21, última frase.

32 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-221/89, Rec. p. I-3905), apartado 20.

miembro por una duración indeterminada». Con arreglo al artículo 43 CE, quedan prohibidas, en el marco de las disposiciones que le siguen, las restricciones al libre establecimiento de nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. De conformidad con el artículo 48 CE, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del capítulo sobre la libertad de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

79. Stanley es una sociedad de capital británica y, como persona jurídica que persigue un fin lucrativo, es sujeto jurídico potencial de la libertad de establecimiento con arreglo al artículo 48 CE, párrafo segundo. En virtud del artículo 43 CE, párrafo primero, segunda frase, quedan prohibidas las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

80. Según la amplia delimitación del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento que el Tribunal de Justicia adoptó en el asunto Comisión/Alemania,³³ una empresa³⁴ que mantenga una presen-

cia permanente en otro Estado miembro se regirá por las disposiciones del Tratado sobre derecho de establecimiento, «y ello aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o agencia sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como lo haría una agencia.»

81. Por tanto, puede considerarse sin duda como un establecimiento «secundario» de una empresa una unidad dependiente que actúa por cuenta de la sede central. En la medida en que sea considerada un establecimiento en el sentido del Tratado puede hacer valer los derechos correspondientes a la libertad de establecimiento.

82. Es necesario determinar sin lugar a dudas que existe un establecimiento en el sentido del Tratado, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Alemania, una empresa que actúa en el marco de la libertad de establecimiento no puede invocar la libre prestación de servicios.³⁵

83. El hecho de que se invoque una u otra libertad también puede dar lugar a resultados diferentes en determinadas circunstancias.

33 — Citada en la nota 31, apartado 21.

34 — En aquel caso se trataba de una compañía de seguros.

35 — Véase la sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 31), apartado 21; véase también la sentencia Gebhard (citada en la nota 19), apartado 20, en la que se afirma que los capítulos sobre el derecho de establecimiento y sobre la libre prestación de servicios se excluyen entre sí.

cias por lo que se refiere a los requisitos de la actividad económica en el mercado del Estado cuya normativa se considera, ya que de este modo no se podrán exigir al prestador de servicios determinados requisitos aplicables en el Estado de establecimiento, aun cuando exista un reconocimiento de los controles efectuados y de las garantías prestadas en el Estado de origen. A un prestador de servicios de otro Estado miembro le basta, por lo general, cumplir los requisitos exigidos en el Estado de origen. En este caso, las restricciones a la libre prestación de servicios sólo son lícitas si se reúnen los cuatro requisitos de justificación mencionados en el punto 91.

84. Para determinar si se invoca la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios se debe tomar siempre en cuenta las circunstancias del caso concreto, ya que no existe una definición que permita delimitar tales libertades y que cubra todos los tipos de actividad económica transfronteriza. Según la definición adoptada por el Tribunal de Justicia citada en el punto 78, un establecimiento ha de consistir en una instalación permanente por una duración indeterminada.

2. Los centros telemáticos como establecimiento de la empresa Stanley

85. Los centros telemáticos constituyen, muy probablemente, instalaciones perma-

nentes. Que estos centros representen a Stanley en el mercado italiano permanentemente³⁶ depende de la configuración de los contratos negociados entre Stanley y las centros. No obstante, resulta dudoso que los centros participen permanentemente en la actividad empresarial de la sede central o que representen a la sede central a modo de delegación, ya que se limitan a transmitir información para transacciones que se organizan en el Reino Unido. De las explicaciones de los inculpados se deduce que el servidor donde se procesa la oferta, recogida y tramitación de las apuestas se encuentra en Liverpool y que los centros se limitan a ejercer una labor de intermediación. En el caso del ejercicio de una actividad subsidiaria independiente como ésta, sólo cabe suponer la presencia de una empresa en el territorio de otro Estado si la instalación independiente actúa «como una agencia»³⁷ de dicha empresa. En el supuesto de una mera actividad de intermediación o de recogida de apuestas debe existir una vinculación exclusiva o, al menos, una vinculación preponderante con el corredor de apuestas.

86. Ahora bien, cuando la actividad de intermediación en interés del corredor de apuestas no es más que una actividad entre las varias realizadas, resultará difícil considerar que se le ha encomendado actuar permanentemente por cuenta de la empresa como lo haría una agencia, ya que el intermediario que se encuentra en tal situación puede decidir libremente el fin de la colaboración según lo estipulado

36 — Véanse los requisitos establecidos en la sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 31), apartado 21.

37 — Véase la sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 31), apartado 21.

contractualmente. De los autos parece deducirse que los centros de que se trata ofrecen prestaciones de servicios en el sector de la telemática de muy variada índole, *uno* de los cuales es la actividad de intermediación por cuenta de Stanley.

87. En estas circunstancias, me inclino por considerar que los centros telemáticos no constituyen establecimientos secundarios de la empresa Stanley, sino que actúan como prestadores de servicios. En último término, la apreciación corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales. A este respecto, no puede pasarse por alto la forma en que las autoridades nacionales han tratado a los centros en el marco de los procedimientos de instrucción pendientes.

88. En la hipótesis de que, no obstante, se considerase que los centros constituyen establecimientos de Stanley por la intensidad de su vinculación con la empresa británica, cabría preguntarse en qué medida la legislación nacional puede restringir su actividad en territorio italiano.

3. Restricción de la actividad

89. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en principio, el sector de los juegos de azar lleva a cabo actividades económicas comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado.³⁸

90. En primer lugar, debe señalarse que las presentes restricciones no constituyen un régimen especial en el sentido del artículo 46 CE, apartado 1, justificado por razones de orden público, seguridad y salud públicas. En la sentencia Zenatti, el Tribunal de Justicia se ocupó del artículo 46 CE, que es de aplicación prioritaria en relación con el artículo 55 CE, también en el marco de las disposiciones sobre la libre prestación de servicios. Sin embargo, no extrajo consecuencia alguna para la apreciación de las disposiciones entonces controvertidas, sino que abordó directamente el examen de las razones imperiosas de interés general. Por consiguiente, siguiendo el mismo proceder que el Tribunal de Justicia, se considerará que en el presente caso las disposiciones nacionales no están justificadas con arreglo al artículo 46 CE.

91. También se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el acceso y el ejercicio de una actividad económica en otro Estado miembro en el marco de la libertad de establecimiento en un sector que está sujeto a determinados requisitos en el Estado de acogida debe cumplir, en principio, tales requisitos.³⁹ No obstante, «las medidas nacionales» —entendiéndose los requisitos obligatorios cuando no concurren las justificaciones del artículo 46, apartado 1— «que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garanti-

38 — Sentencia Schindler (citada en la nota 4), apartado 33.

39 — Véase la sentencia Gebhard (citada en la nota 19), apartado 39.

zar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo [...]». ⁴⁰ Se ha de tener en cuenta, además, la posible equivalencia de los conocimientos adquiridos ⁴¹ y las garantías prestadas ⁴² en el Estado de origen. Así, cuando un Estado miembro regula el sector de los juegos de azar mediante un sistema de concesiones, no cabe objetar nada *a priori*. Ahora bien, el operador económico extranjero debe poder presentarse a la adjudicación de concesiones en las mismas condiciones que uno nacional ⁴³ y el propio sistema de concesiones debe reunir los cuatro requisitos exigidos a una normativa nacional por la que se restringe el ejercicio de una actividad económica.

una «estructura monopolística», lo que ha de entenderse en el sentido de que tiene características de un monopolio pero que no puede considerarse un monopolio en sentido estricto. En relación con los efectos discriminatorios de un monopolio pueden adoptarse dos puntos de vistas. Por un lado, se puede sostener que un monopolio no tiene efectos discriminatorios a efectos del artículo 43 CE, párrafo segundo, ya que tanto los operadores nacionales como los extranjeros están excluidos en la misma medida de una determinada actividad. Por otro, se puede sostener que existe una discriminación por razón de la nacionalidad si los operadores extranjeros están excluidos de antemano de tal actividad en el Estado miembro de que se trate. Debe analizarse si estas consideraciones pueden trasladarse a una «estructura monopolística».

a) Discriminación

92. Por consiguiente, debe examinarse en primer lugar si la normativa nacional es discriminatoria o si tiene efectos discriminatorios.

93. Se ha afirmado ante el Tribunal de Justicia que la legislación italiana que regula las apuestas deportivas da lugar a

94. Habrá que considerar que, al menos potencialmente, otros operadores pueden participar en la «estructura monopolística» en la medida en que se presenten a la adjudicación de concesiones. Todo dependerá, por tanto, de cuáles sean los requisitos para la adjudicación de una concesión. Aun cuando entre los requisitos para la adjudicación de una concesión no se incluyan requisitos directamente discriminatorios por razón de la nacionalidad, algunos de ellos —por ejemplo, el requisito de disponer ya de locales comerciales en territorio italiano— pueden implicar una preferencia por los operadores nacionales y, por ende, una desventaja para los extranjeros. En tal caso, se considerará que existe una discriminación indirecta,

40 — Sentencia Gebhard (citada en la nota 19), apartado 39, sexto guión.

41 — Véase la sentencia Gebhard (citada en la nota 19), apartado 39, cuarto guión.

42 — Sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 31), apartado 47.

43 — Véase la prohibición de discriminación que se deriva del artículo 43, párrafo segundo.

igualmente prohibida por el Derecho comunitario.

95. Existen argumentos para considerar discriminatorios los requisitos de adjudicación de concesiones para la recogida de apuestas en Italia. Para empezar, el requisito ya mencionado, y que ha sido objeto de crítica en el presente procedimiento, por el que se exige al concesionario potencial disponer ya de locales comerciales en territorio italiano es discriminatorio, máxime cuando, en cualquier caso, no se ha podido desempeñar con anterioridad la actividad considerada en tales locales al ser ilegal el acceso y el ejercicio de la actividad sin la correspondiente concesión.

96. También resulta discriminatorio que determinadas formas societarias estén excluidas de antemano de la concesión. A este respecto, la Comisión ya ha denunciado esta circunstancia por considerarla contraria al Derecho comunitario y, según un comunicado de prensa de 17 de octubre de 2002, ha iniciado un procedimiento por incumplimiento y ha remitido a la República Italiana un dictamen motivado. En el comunicado de prensa se dice literalmente:

deportivas. En la actualidad, las sociedades de capital cotizadas en los mercados regulados de la Unión Europea están excluidas de la posibilidad de obtener tales concesiones, exclusión que la Comisión no considera necesaria para combatir el fraude y la delincuencia. Además, Italia ha renovado cerca de trescientas concesiones de apuestas hípicas sin utilizar un procedimiento competitivo. Cuando una concesión pública importante ha sido adjudicada sin que se haya abierto a todos los licitadores europeos potenciales (con arreglo al Tratado CE y a las directivas sobre contratación pública), tales empresas europeas se ven privadas injustamente del derecho a presentar una oferta. Por otra parte, las autoridades públicas que han adjudicado las concesiones, y en el presente caso los apostantes, corren el riesgo de recibir un servicio de calidad inferior al que habría podido ofrecer un licitador excluido irregularmente. [...]»

97. Si este problemático comportamiento se estima discriminatorio con arreglo al artículo 43 CE, párrafo segundo, deberá ser considerado una restricción a la libertad de establecimiento consagrada en el Tratado que es contraria de por sí al Derecho comunitario. La circunstancia de que tal restricción al establecimiento vaya acompañada de una sanción penal debe juzgarse *a fortiori* contraria al Derecho comunitario.

b) Razones imperiosas de interés general: objetivos, idoneidad de las medidas y proporcionalidad

«La Comisión Europea ha decidido requerir formalmente a Italia para que se atenga al Derecho comunitario en la adjudicación de concesiones para la gestión de apuestas

98. Si se considera, en cambio, que los requisitos no son discriminatorios, existe,

en cualquier caso, una restricción, que sólo puede estar justificada por los cuatro requisitos estrictos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han mencionado en el punto 92. El Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección de los consumidores y la protección del orden social constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar normativas nacionales de amplio alcance en el sector de los juegos de azar.⁴⁴ Aunque sea un objetivo completamente legítimo evitar que los concesionarios incurran en maquinaciones delictivas o fraudulentas, se plantea la cuestión de si la exclusión total de las sociedades de capital es en absoluto apropiada a tal fin.

99. Para determinar la integridad de una sociedad de capital se pueden realizar controles consistentes, por ejemplo, en recoger información sobre la integridad de los representantes de la empresa y de sus accionistas principales. La prohibición completa de acceso parece, en cualquier caso, desproporcionada. Si tal exclusión completa es contraria al Derecho comunitario, su protección por medios penales es *a fortiori* contraria al Derecho comunitario.

100. En el marco del procedimiento de adjudicación de concesiones también deben tenerse en cuenta los controles efectuados y

44 — Véase la sentencia Schindler (citada en la nota 4), apartado 58.

las garantías prestadas en otros Estados miembros.⁴⁵ A este respecto resulta interesante la alegación de Garrisi según la cual las actividades relacionadas con las loterías también son objeto de la Directiva 1999/42.⁴⁶ Con arreglo al artículo 1 de esta Directiva, los Estados miembros están obligados a adoptar determinadas medidas en relación con el establecimiento y la prestación de servicios. Están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva las actividades enumeradas en su anexo A, en cuya primera parte, lista VI, número 3, se menciona:

«ex 84 Servicios recreativos

843 Servicios recreativos no comprendidos en otro lugar

— actividades deportivas (terrenos deportivos, organizaciones de reuniones deportivas, etc.), con excepción de las actividades de instructores de deportes

— actividades de juegos (cuadras de carreras, terrenos de juego, hipódromos, etc.)

45 — Véase la sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 31), apartado 47.

46 — Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias (citada en la nota 14).

— otras actividades recreativas (circos, parques de atracciones, otras diversiones, etc.)».

En las mencionadas conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo se afirma expresamente en el anexo 2 a la parte A:

101. Sin embargo, la mención expresa, alegada por Garrisi, de «corredores de apuestas» y «despachos de apuestas» no está recogida en esta disposición. Como se ha señalado, las actividades más cercanas a éstas no están clasificadas en la categoría «ex 859» de la Nomenclatura CITI mencionada por Garrisi, sino en la 843.

«Por este motivo, la Comisión ha renunciado [...] a la reglamentación sobre los juegos de azar.»⁴⁷

102. Una interpretación generosa de la categoría considerada podría apoyar la postura de Garrisi. Sin embargo, en el cuarto considerando de la Directiva se dice:

103. Parece probable que esta renuncia, mencionada en varias ocasiones en el presente procedimiento, tenga consecuencias en la interpretación de la Directiva adoptada en 1999 sobre el reconocimiento de títulos. En cualquier caso, sea por razón de la Directiva 1999/42 y mediante los procedimientos en ella prescritos sea directamente por razón del Derecho primario, los Estados miembros están obligados a tomar en cuenta «los conocimientos y aptitudes»⁴⁸ adquiridos en otros Estados miembros así como sus «controles y verificaciones»⁴⁹ de la capacidad profesional, sus autorizaciones y los demás controles que se hayan efectuado en ellos.

«Considerando que conviene proceder a la sustitución de las principales disposiciones de las mencionadas Directivas, en la línea de las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de los días 11 y 12 de diciembre de 1992 relativas a la subsidiariedad, la simplificación de la legislación comunitaria y, particularmente, la revisión por parte de la Comisión de las Directivas relativamente antiguas en materia de cualificaciones profesionales [...]».

104. En esta fase intermedia del análisis cabe concluir que si existe establecimiento, extremo que tiene que determinar el órgano jurisdiccional nacional, la prohibición de actividad que las disposiciones italianas controvertidas imponen a los organizados

47 — Véase el *Boletín de las Comunidades Europeas* 1992, n° 12, p. 18.

48 — Sentencia de 7 de mayo de 1991, *Vlassopoulou* (C-340/89, Rec. p. I-2357).

49 — Sentencia Comisión/Alemania (citada en la nota 31), apartado 47.

res de apuestas deportivas autorizados regularmente en otros Estados miembros vulnera el principio de libertad de establecimiento consagrado en el Tratado CE.

cen a esta categoría.⁵⁰ No cabe cuestionar esta apreciación en el presente procedimiento. El Tribunal de Justicia ha llegado a conclusión, también sin mayores dificultades, de que las disposiciones que impiden recoger apuestas en Italia a los operadores de otros Estados miembros constituyen una restricción a la libre prestación de servicios.⁵¹

C. Sobre la libre prestación de servicios

105. En el caso de que los centros telemáticos no deban considerarse, por motivos meramente fácticos, establecimientos de la empresa Stanley, participan, en cualquier caso, en la prestación de los servicios ofrecidos por Stanley. Suponiendo que Stanley no mantenga en territorio italiano ninguna representación que pueda considerarse un establecimiento, sus actividades empresariales constituyen un ejemplo de una prestación de servicios por correspondencia. El prestador del servicio y el destinatario se encuentran en dos Estados miembros diferentes y la prestación del servicio es la única que tiene carácter transfronterizo.

1. Sobre la restricción de la prestación de servicios y su justificación

106. El Tribunal de Justicia ha declarado que ofrecer la posibilidad de participar en un juego de azar a cambio de una remuneración constituye una prestación de servicios y que las apuestas deportivas pertene-

107. Las restricciones a la libre prestación de servicios sólo están permitidas bien cuando las admite expresamente el Tratado CE, en cuyo caso sería posible una normativa discriminatoria, bien cuando pueden estar justificadas por razones imperiosas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁵² Como se ha señalado en el punto 90, el Tribunal de Justicia mencionó en la sentencia Zenatti que los artículos 45 CE, 46 CE y 55 CE permiten las restricciones cuando están relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, pero no efectuó el examen correspondiente, sino que pasó directamente a apreciar la existencia de razones imperiosas de interés general. De ello cabe deducir que, a juicio del Tribunal de Justicia, las actividades relativas a las apuestas, con independencia de cómo las regule el Estado, ni están relacionadas con el ejercicio del poder

50 — Véase la sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartados 24 y 25.

51 — Véase la sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartado 27.

52 — Sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartado 28.

público ni ponen en peligro el orden público o la seguridad y salud públicas de tal modo que puedan justificar tal regulación.

108. Ahora bien, no parece desacertado considerar que la seguridad y el orden públicos podrían justificar una regulación estricta que reserve una amplia competencia organizativa al Estado en sector de los juegos de azar. Entre las razones de la normativa vigente en Italia, así como de las normativas similares vigentes en casi todos los Estados miembros,⁵³ se alega la represión de la delincuencia.⁵⁴ El refuerzo penal de las disposiciones sobre regulación estatal de los juegos de azar, establecido tanto en Italia como en los demás Estados miembros, pone de manifiesto la valoración que el legislador hace de la peligrosidad de tales juegos. No obstante, ni el Tribunal de Justicia estimó en la sentencia Zenatti que la normativa italiana considerada estuviera justificada por razones de seguridad y orden públicos ni tampoco se ha defendido verdaderamente esta posición en el presente procedimiento.

109. Siguiendo el ejemplo del Tribunal de Justicia,⁵⁵ se examinará directamente la justificación de normativas nacionales que se aplican indistintamente —es decir, que no son discriminatorias— y que restringen

la libre prestación de servicios. Con este fin se determinará, por tanto, si existen razones imperiosas de interés general que puedan justificar las medidas nacionales. En los asuntos anteriores sobre juegos de azar sometidos al Tribunal de Justicia siempre se adujeron una amplia gama de argumentos para justificar las normativas nacionales controvertidas en cada caso.

110. En el apartado 57 de la sentencia Schindler, el Tribunal de Justicia resumió tales argumentos del siguiente modo: «prevenir los delitos y garantizar que los participantes en los juegos sean tratados honradamente; evitar que se estimule la demanda en el sector del juego, cuyo exceso tiene consecuencias sociales perjudiciales; velar por que las loterías no puedan organizarse para obtener un beneficio personal y comercial sino únicamente con fines benéficos, deportivos o culturales».

111. En el asunto Läärä, la normativa controvertida tenía por objetivo, según se recoge en el apartado 32 de la sentencia, «limitar la explotación de la pasión de los seres humanos por el juego, en evitar los riesgos de delito y fraude que entrañan las correspondientes actividades y en autorizar éstas sólo para recaudar fondos destinados

53 — Véase la introducción del Abogado General Sr. Gulmann en las conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Schindler (citadas en la nota 24), puntos 1 y 2.

54 — Véanse las sentencias Schindler (citada en la nota 4), apartado 57; Läärä (citada en la nota 3), apartado 32, y Zenatti (citada en la nota 3), apartado 30.

55 — Véase la sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartado 29.

a obras de beneficencia o al sostenimiento de proyectos sin ánimo de lucro».

social»,⁵⁸ que pueden considerarse razones imperiosas de interés general.

112. Sobre la versión inicial de la normativa controvertida en el presente procedimiento, el Tribunal de Justicia señaló que, según las indicaciones contenidas en la resolución de remisión y en las observaciones del Gobierno italiano, la legislación italiana persigue objetivos análogos a los contemplados en la legislación británica sobre loterías: «La legislación italiana pretende, en efecto, impedir que dichos juegos sean una fuente de beneficio individual, evitar los riesgos de delito y fraude, así como las consecuencias individuales y sociales perjudiciales que resultan de la incitación al gasto que suponen, y permitirlos únicamente en la medida en la que pueden tener un carácter de utilidad social para el buen desarrollo de una competición deportiva.»⁵⁶

113. En el presente procedimiento no se han alegado nuevos objetivos. El Tribunal de Justicia se ha abstenido de efectuar, hasta el momento, un examen diferenciado de cada uno de tales motivos, apreciándolos expresamente en su conjunto.⁵⁷ Según el Tribunal de Justicia, están relacionados con «la protección de los destinatarios del servicio y, más en general, de los consumidores, así como con la protección del orden

114. En la sentencia Schindler, apartado 61, estos motivos eran apropiados para justificar una prohibición total de las loterías. En el caso de una normativa, como la que dio origen al asunto Zenatti, que no prohíbe completamente las actividades afectadas, el Tribunal de Justicia reconoció a los Estados miembros facultad para apreciar si prefieren prohibir total o parcialmente tales actividades o sólo restringirlas. A este fin pueden establecer determinados controles (sentencia Zenatti, apartado 33). En este contexto, corresponde a los Estados miembros, según el apartado 34, definir el objetivo perseguido y el nivel de protección deseado.

115. La legalidad limitada del comportamiento con el fin de «canalizar el deseo de jugar y la explotación de los juegos en un circuito controlado, de prevenir los riesgos de tal explotación con fines fraudulentos y criminales y de utilizar los beneficios que se derivan de ellos para fines de utilidad pública» también tiene por finalidad alcanzar los objetivos de interés general. No obstante, el Tribunal de Justicia afirmó que «una limitación de este tipo sólo es admisible si responde efectivamente al deseo de reducir *verdaderamente* las oportunidades de juego y si la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo constituye un beneficio accesorio [...]».⁵⁹

56 — Véase la sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartado 30.

57 — Véanse las sentencias Schindler (citada en la nota 4), apartado 58, y Zenatti (citada en la nota 3), apartado 31.

58 — Sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartado 31.

59 — Véase la sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartados 35 y 36. El subrayado es del Abogado General.

116. Por consiguiente, no cabe sino deducir que, según el Tribunal de Justicia, los objetivos perseguidos y los medios utilizados deben someterse a un examen más detallado, aun cuando esta tarea se haya dejado hasta el momento a los órganos jurisdiccionales nacionales,⁶⁰ tarea que, como ya se ha dicho, no les ha resultado nada fácil.

o, en cualquier caso, de ingresos para fines de utilidad pública.

2. Sobre la idoneidad de los medios para alcanzar el objetivo perseguido

117. Los objetivos alegados pueden clasificarse en distintos grupos. Uno se referiría al riesgo de que los organizadores incurran en fraude o delito. Otro consistiría en proteger a los jugadores de sí mismos. En esta categoría hay que incluir la preocupación por limitar la oferta de juegos de azar para evitar las apuestas desmesuradas, la pasión por el juego o las meras ganas de jugar con sus correspondientes efectos sociales y patrimoniales perniciosos. Los temidos efectos sociales perniciosos pueden incluirse dentro de este objetivo, ya que se puede combatir mediante la limitación de la oferta de juegos de azar. Por último, tampoco deben minusvalorarse los aspectos económicos de la obtención de sumas considerables para el presupuesto estatal

a) Riesgo de fraude o delito de los organizadores

118. El riesgo que representan los organizadores puede ser contrarrestado mediante controles en la autorización y, en su caso, mediante la supervisión de sus actividades. No se puede poner objeciones a un procedimiento de autorización que tenga esta finalidad. No obstante, pueden surgir problemas en el marco de la libre prestación de servicios si dicho procedimiento se utiliza de modo que los organizadores autorizados en otros Estados miembros, que cumplen las normas vigentes en ellos, queden excluidos de la actividad en la práctica. Se puede considerar que los juegos de azar están regulados por ley en todos los Estados miembros,⁶¹ y que los motivos de esta regulación concuerdan por lo general.⁶² De este modo, si un organizador de otro Estado miembro cumple los requisitos vigentes en éste, ello debe bastar a las autoridades nacionales del Estado en el que se presta el servicio, que deberían considerarlo garantía suficiente de la integridad del organizador.

61 — Véase la introducción de las conclusiones del Abogado General Sr. Gulmann, que se basó en un estudio de la Comisión, en el asunto Schindler (citadas en la nota 24), puntos 1 y 2.

62 — Así se han de entender las observaciones de los Estados miembros en los asuntos Schindler, Läärä y Zenatti, así como en el presente procedimiento.

60 — Véase la sentencia Zenatti (citada en la nota 3), apartado 38.

b) Encauzamiento de la pasión por el juego

119. Por lo que atañe a la diversificación y el crecimiento de la oferta de juegos de azar, debe examinarse si estos fenómenos son objeto de una política coherente del Estado miembro, máxime cuando no existe una prohibición absoluta, sino una prohibición con posibilidad de conceder autorizaciones. Cuando no existe una prohibición total para una rama concreta de los juegos de azar, es manifiesto el efecto restrictivo de la oferta. Sin embargo, cuando se permite el juego de azar, en nuestro caso las apuestas deportivas, aun cuando lo sea dentro de límites legales claros, se debe examinar con mucha mayor atención la finalidad de los efectos restrictivos. No obstante, la autorización limitada, como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 35 de la sentencia Zenatti, no sirve para demostrar que la normativa nacional no persiga realmente los objetivos de interés general. Tampoco puede tal regulación por sí sola demostrar que sirve a la consecución del objetivo, ya que, también según el Tribunal de Justicia (apartado 36 de la sentencia Zenatti), ésta sólo es admisible «si responde efectivamente al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego».

120. Esta cuestión sólo puede ser objeto de una apreciación global que tenga en cuenta el acceso y el comportamiento de los

organizadores de juegos de azar en el Estado miembro. A este respecto, no ayuda el hecho de que el Tribunal de Justicia dejara esta apreciación al buen criterio del órgano jurisdiccional nacional en el asunto Zenatti. No obstante, cuando se conocen hechos suficientes que permiten una apreciación al Tribunal de Justicia, nada obsta a que éste efectúe una valoración.

121. En el presente procedimiento se ha alegado que los organizadores de apuestas que disponen de una concesión se han anunciado con campañas de publicidad agresivas. Tal comportamiento está destinado a despertar y promover la pasión por el juego. Pero eso no es todo. También *el Estado italiano*, por vía legislativa, ha hecho posible que aumente claramente la oferta de juegos de azar en el mercado italiano.⁶³ También se ha alegado, sin que nadie lo haya rebatido, que el Estado italiano ha actuado para facilitar la recogida de apuestas. Ya se ha mencionado el aumento de la infraestructura mediante la adjudicación de mil nuevas concesiones.

122. En este contexto, ya no puede hablarse de una política coherente para restringir la oferta de los juegos de azar. Por tanto, los objetivos alegados, pero que ya no se persiguen en la práctica, no pueden justificar la restricción de la libre prestación de servicios por operadores establecidos en

63 — Véase las alegaciones a este respecto de Gambelli, reproducidas en el punto 23 *supra*.

otros Estados miembros, donde disponen de una autorización concedida regularmente.

123. En lo que atañe a la modificación legislativa del año 2000 mediante la Legge Finanziaria, con la que se endurecieron las disposiciones hasta entonces vigentes, examinadas por el Tribunal de Justicia en el asunto Zenatti, y a las circunstancias de su adopción, ha de señalarse que al menos uno de los objetivos de la modificación legislativa era proteger a los concesionarios nacionales, como se desprende de los trabajos preparatorios citados en las observaciones escritas. Se trata de un motivo claramente proteccionista que la modificación legislativa no puede justificar y que al mismo tiempo hace sospechar de la normativa. Dado que, al haber cambiado el contexto normativo y fáctico, no podía considerarse que la normativa original siguiera justificada por los objetivos que posiblemente se perseguían en el momento de su adopción, no cabía establecer en ningún caso un endurecimiento semejante.

c) Relevancia de los ingresos estatales

124. El hecho de que la normativa se estableciera mediante una Legge Finanziaria también apunta a un interés económico del Estado miembro en los juegos de azar que no debe pasarse por alto.

125. Es cierto que el Tribunal de Justicia señaló en el apartado 60 de la sentencia Schindler que «cabe destacar», sin que esta razón pudiera considerarse en sí misma una justificación, «que las loterías pueden participar significativamente en la financiación de actividades filantrópicas o de interés general como obras sociales, obras benéficas, el deporte o la cultura». Si bien, sobre la base de esta afirmación, se podría considerar que, cumpliéndose determinados requisitos, los motivos económicos, aun cuando sean acompañados de otros, han sido reconocidos como razones de interés general, el Tribunal de Justicia aclaró en la sentencia Zenatti tales especulaciones de modo coherente con su jurisprudencia según la cual los motivos económicos no son idóneos para justificar medidas restrictivas,⁶⁴ al afirmar en el apartado 36 que «la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados sólo [puede constituir] un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida».

126. Por consiguiente, no cabe considerar que los efectos económicos positivos de los juegos de azar para el erario público constituyan razones imperiosas de interés general que puedan justificar la exclusión de organizadores de otros Estados miembros

⁶⁴ — Véanse las sentencias de 24 de enero de 2002 Portugaia Construções (C-164/99, Rec. p. I-787), apartado 26, y de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00, Rec. p. I-10829), apartado 50, y la jurisprudencia allí citada.

del mercado de los juegos de azar. No obstante, no se puede pasar por alto la gran importancia que las consecuencias económicas positivas de los juegos de azar tienen para los ingresos públicos de los Estados miembros. Esta circunstancia se revela con mayor o menor claridad en las observaciones de los Estados miembros. El más claro ha sido el Gobierno portugués, que ha descrito gráficamente las consecuencias temidas, casi dramáticas, que para los pequeños Estados miembros tendría una liberalización de los juegos de azar en la Comunidad. No cabe duda de que no se puede hacer caso omiso de tales preocupaciones.

127. Ahora bien, de las alegaciones de los Estados miembros se infiere claramente que temen, sobre todo, las consecuencias económicas de una modificación del sector de los juegos de azar. No se habla tanto de los posibles efectos peligrosos de los juegos de azar para los jugadores y su contexto social. En consecuencia, tales temores no pueden calificarse de preocupación por la protección de los consumidores ni, por ende, de razones imperiosas de interés general.

128. Si una apertura relativa de los mercados nacionales de los juegos de azar hiciera realidad los temores de una perturbación de los ingresos fiscales, se podría, en su caso, luchar contra ello mediante otros medios adecuados. Pero las consideraciones meramente económicas no pueden servir para impedir totalmente la libre prestación de servicios por organizadores autorizados en otro Estado miembro.

129. Por consiguiente, no se puede considerar que existan razones imperiosas de interés general que justifiquen la restricción de la libre prestación de servicios habida cuenta de los motivos alegados y de las circunstancias del caso.

3. Los juegos de azar y los medios electrónicos

130. La modificación legislativa del año 2000, con la que, según se ha alegado, se reforzó la prohibición vigente, también debe apreciarse en relación con el desarrollo tecnológico. Nadie discute que, debido a tal desarrollo, resulta cada vez más difícil controlar la observancia de las normativas lícitas. Incluso sin la intervención de un intermediario, quien desee participar en un juego de azar puede ponerse en contacto con un operador europeo de su elección por teléfono, fax o Internet para hacer su apuesta. Esta facilidad, que ya no requiere trasladarse de Estado para participar en un juego de azar extranjero, ha dado lugar a reacciones legislativas de distinto tipo. En el Reino Unido se adoptó la Lotteries Act 1993 (Ley de Loterías de 1993), mencionada en el asunto Schindler pero irrelevante para su solución, con la que se estableció una lotería nacional para hacer posible una oferta en territorio británico similar a la oferta de operadores extranjeros. En otros

Estados miembros, como Italia o Alemania,⁶⁵ las normativas vigentes se endurecieron, principalmente las de carácter penal.

quier persona y en cualquier circunstancia, vulnera la libre prestación de servicios con arreglo a los artículos 49 CE y siguientes.

4. Consecuencias

131. La valoración de tales sanciones penales depende de la legalidad de las restricciones y prohibiciones que les sirven de base, legalidad para la que son determinantes, con arreglo al Derecho comunitario, los objetivos perseguidos. Si, como ocurre en el presente caso, se ponen en tela de juicio los objetivos alegados de la normativa controvertida por no ser coherentes con el comportamiento de las autoridades nacionales o si estos objetivos no pueden considerarse razones imperiosas de interés general, una norma penal que refuerce tales medidas debe considerarse desproporcionada.

132. Por consiguiente debe afirmarse que, en las circunstancias del presente caso, una normativa nacional como la normativa italiana controvertida, que prohíbe bajo sanción penal la actividad de recoger, aceptar y transmitir apuestas, en particular para acontecimientos deportivos, por cual-

133. Para completar el presente examen debe considerarse la alegación de los inculcados según la cual la normativa italiana controvertida infringe el Derecho derivado sobre comercio electrónico y las Directivas citadas en el punto 38. A este respecto, basta con remitirse a la Directiva 2000/31, sobre el comercio electrónico,⁶⁶ en cuyo artículo 1, apartado 5, letra d), tercer guión se establece que la Directiva no es aplicable a «las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas». En lo que atañe, por otra parte, a las Directivas 96/19, por la que se modifica la Directiva 90/388 en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones; 97/13, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, y 97/66, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, debe señalarse que no se pronuncian ni explícita ni implícitamente en relación con la organización de juegos de azar. No cabe afirmar pues que haya una normativa de Derecho secundario en la materia. Por tanto, debe considerarse que no existe ninguna normativa comunitaria específica, por lo que el presente caso debe apreciarse con arreglo al Derecho primario, a luz del cual, por otra parte, debe interpretarse el Derecho secundario.

65 — Véase la *Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* (Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal), de 26 de enero de 1998, BGBl. I, p. 164, por la que se endureció el delito de organización ilegal de una lotería u otros juegos, contemplado en el artículo 287.

66 — Citada en el punto 56 *supra*.

VI. Conclusión

134. Como conclusión de las consideraciones que anteceden, propongo dar la siguiente respuesta a la cuestión prejudicial:

«Los artículos 49 CE y siguientes sobre la libre prestación de servicios deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la normativa italiana contenida en los artículo 4, apartados 1 a 4, 4 *bis* y 4 *ter* de la Ley n° 401 de 13 de diciembre de 1989 (modificada en último lugar mediante el artículo 37, apartado 5, de la Ley n° 388 de 23 de diciembre de 2000), que prohíbe bajo sanción penal la actividad de recoger, aceptar, registrar y transmitir apuestas, especialmente de acontecimientos deportivos, cuando tales actividades las realiza un organizador de apuestas establecido en otro Estado miembro, que las ejerce regularmente en este último Estado con arreglo a la normativa en él vigente, o cuando las realiza otra persona por cuenta de tal organizador de apuestas.»