SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)
de 13 de septiembre de 2007 *

En el asunto C-260/04,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 17 de junio de 2004,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. K. Wiedner, la Sra. C. Cattabriga y el Sr. L. Visaggio, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Italiana, representada por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. G. De Bellis, avvocato dello Stato, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: italiano.

apoyada por:

Reino de Dinamarca, representado por el Sr. J. Molde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

Reino de España, representado por el Sr. F. Díez Moreno, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

partes coadyuvantes,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y el Sr. E. Juhász, la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. G. Arestis (Ponente) y J. Malenovský, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 29 de marzo de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia así como la obligación de publicidad que derivan de los artículos 43 CE y 49 CE, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípicas al margen de cualquier procedimiento de licitación.

Marco jurídico

Legislación nacional

2 En Italia, la gestión de los juegos y apuestas hípicos estaba originariamente reservada a la Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (Unión Nacional para la Mejora de las Razas Equinas; en lo sucesivo, «UNIRE»), que podía escoger entre la gestión directa o la atribución a terceros de los servicios de recogida y admisión de dichas apuestas. La UNIRE confirió esta gestión a las agencias hípicas.

3 Posteriormente, la Ley nº 662, de 23 de diciembre de 1996 (suplemento ordinario de la GURI nº 303, de 28 de diciembre de 1996) atribuyó la organización y la gestión de los juegos y apuestas relacionados con las carreras hípicas al Ministerio de Hacienda, así como al Ministerio de Recursos Agrícolas, Alimentarios y Forestales, a los que se

autorizó a proceder directamente o a través de organismos públicos, sociedades o corredores de apuestas designados por ellos. El artículo 3, párrafo 78, de esta Ley disponía que, mediante reglamento, se procedería a la reorganización de los juegos y apuestas vinculados a las carreras hípicas en los aspectos organizativo, funcional, fiscal y represivo, así como al reparto de los ingresos procedentes de estas apuestas.

4 Con arreglo a este artículo de dicha Ley, el Gobierno italiano adoptó el Decreto del Presidente de la República nº 169, de 8 de abril de 1998 (GURI nº 125, de 1 de junio de 1998; en lo sucesivo, «Decreto nº 169/1998»), cuyo artículo 2 disponía que el Ministerio de Hacienda, de acuerdo con el Ministerio de Políticas Agrícolas y Forestales, había de adjudicar, mediante licitaciones organizadas conforme a las normas comunitarias, las concesiones para la gestión de las apuestas hípicas a personas físicas y a sociedades que cumplieran los requisitos exigidos. Como medida transitoria, el artículo 25 del Decreto nº 169/1998 estableció una prórroga de las concesiones otorgadas por la UNIRE hasta el 31 de diciembre de 1998 o, en caso de que no pudieran organizarse procedimientos de licitación antes de esa fecha, hasta el 31 de diciembre de 1999.

5 Posteriormente, el Decreto ministerial de 7 de abril de 1999 (GURI nº 86, de 14 de abril de 1999) aprobó el plan de refuerzo de la red de recogida y admisión de las apuestas hípicas, para aumentar de 329 a 1.000 el número de centros de recogida en todo el territorio italiano. Mientras que 671 nuevas concesiones fueron objeto de un procedimiento de licitación, la Instrucción del Ministerio de Hacienda de 9 de diciembre de 1999 estableció la renovación de las 329 «antiguas concesiones» de la UNIRE. De conformidad con esta Instrucción, la Decisión del Ministerio de Hacienda de 21 de diciembre de 1999 (GURI nº 300, de 23 de diciembre de 1999; en lo sucesivo, «Decisión impugnada») renovó dichas concesiones por un período de seis años a partir del 1 de enero de 2000.

6 Más tarde, el Decreto-ley nº 452, de 28 de diciembre de 2001 (GURI nº 301, de 29 de diciembre de 2001), que, tras su modificación, pasó a ser la Ley nº 16 de 27 de febrero de 2002 (GURI nº 49, de 27 de febrero de 2002), dispuso, por un lado, que las

«antiguas concesiones» serían objeto de nueva adjudicación conforme al Decreto nº 169/1998, es decir, mediante un procedimiento de licitación comunitaria, y, por otro lado, que dichas concesiones mantendrían su validez hasta su readjudicación definitiva.

7 Por último, el Decreto-ley nº 147, de 24 de junio de 2003, sobre prórroga de los plazos y disposiciones urgentes en materia presupuestaria (GURI nº 145, de 25 de junio de 2003), que pasó a ser la Ley nº 200 de 1 de agosto de 2003 (GURI nº 178, de 2 de agosto de 2003; en lo sucesivo, «Ley nº 200/2003»), establece en su artículo 8, apartado 1, el reconocimiento de la posición financiera de cada concesionario con objeto de resolver el problema del «mínimo garantizado», cuota de exacción que todo concesionario debía abonar a la UNIRE independientemente del volumen efectivo de sus ingresos en el año en curso, que había resultado excesivo y había conducido a una crisis económica del sector de las apuestas hípicas. Con arreglo a dicha Ley, el comisario extraordinario designado por la UNIRE adoptó la Decisión nº 107/2003, de 14 de octubre de 2003, que prorrogó las concesiones ya otorgadas con objeto de proceder a la determinación de los importes que habían de pagar los concesionarios hasta la fecha de vencimiento del último pago, plazo fijado en el 30 de octubre de 2011 y, en cualquier caso, hasta la fecha en la que las nuevas concesiones fueran adjudicadas mediante licitación.

Hechos y procedimiento administrativo previo

8 A raíz de una denuncia formulada por un operador privado del sector de las apuestas hípicas, la Comisión envió el 24 de julio de 2001 a las autoridades italianas un escrito de requerimiento, conforme al artículo 226 CE, que llamaba su atención sobre la incompatibilidad del sistema italiano de atribución de la gestión de las apuestas hípicas y, en particular, de la renovación sin licitación de las 329 antiguas concesiones adjudicadas a la UNIRE prevista por la Decisión impugnada, con el principio general de transparencia y con la obligación de publicidad que derivan de los artículos 43 CE y 49 CE. En respuesta a dicho escrito, el Gobierno italiano anunció, mediante escritos de 30 de noviembre de 2001 y de 15 de enero de 2002, el proyecto y la adopción de la Ley nº 16 de 27 de febrero de 2002.

9 Al no considerar satisfactorio el tratamiento de las disposiciones de dicha Ley, la Comisión emitió el 16 de octubre de 2002 un dictamen motivado en el que instaba a la República Italiana a adoptar las medidas necesarias para atenerse a dicho dictamen en un plazo de dos meses a partir de su recepción. Mediante escrito de 10 de diciembre de 2002, el Gobierno italiano respondió que, antes del inicio de las licitaciones, era necesario el reconocimiento específico de la situación financiera de los titulares de concesiones aún vigentes.

10 Al no haber recibido ninguna información adicional respecto a la conclusión de dicho procedimiento de reconocimiento y al inicio de un procedimiento de licitación para la nueva adjudicación de las concesiones de que se trata, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

11 El Reino de Dinamarca y el Reino de España han intervenido en apoyo de la República Italiana.

Sobre el recurso

12 La Comisión formula un único motivo en apoyo de su recurso. Alega que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia y la obligación de publicidad que derivan de los artículos 43 CE y 49 CE, al renovar las 329 antiguas concesiones de la UNIRE para la gestión de las apuestas hípicas al margen de cualquier procedimiento de licitación.

13 En su recurso, la Comisión indica que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, la adjudicación de la gestión y la recogida de apuestas hípicas en Italia debe considerarse una concesión de servicio público. Por ello, dicha adjudicación no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1). En su opinión, no obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en particular de la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), se desprende que las autoridades nacionales que realizan tal adjudicación están obligadas a respetar los principios de no discriminación y de transparencia para garantizar una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

14 La Comisión señala a este respecto que el Gobierno italiano no respetó las exigencias de dichos principios al renovar, sin procedimiento de licitación, las 329 concesiones de la UNIRE ya existentes. En efecto, a juicio de la Comisión, sólo se permiten excepciones a estos principios en los casos y por los motivos previstos en los artículos 45 CE y 46 CE. Pues bien, a su entender, las justificaciones invocadas por el Gobierno italiano no se incluyen entre las previstas de forma expresa en dichos artículos y, en cualquier caso, dicho Gobierno no demostró la necesidad y la proporcionalidad de dichas excepciones en relación con los objetivos alegados.

15 En su escrito de contestación, el Gobierno italiano alega que la Ley nº 200/2003 y la Decisión nº 107/2003 se atienen a las exigencias del Derecho comunitario en materia de concesiones de servicios públicos. Según dicho Gobierno, la prórroga de las antiguas concesiones de la UNIRE está justificada por la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, así como por la necesidad de desincentivar el recurso a actividades clandestinas, hasta que estas concesiones puedan ser adjudicadas sobre la base de procedimientos de licitación. En su opinión, tales justificaciones constituyen razones imperativas de interés general que pueden

permitir excepciones a los principios del Tratado que imponen la obligación de abrir el mercado de servicios a la competencia.

16 El Gobierno danés rebate la interpretación que hace la Comisión de la sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, en lo que atañe al alcance de la obligación de transparencia, en circunstancias como las del presente asunto. Por su parte, el Gobierno español aduce consideraciones relativas a las peculiaridades de la autorización y la organización de apuestas que, a su juicio, la Comisión no ha tenido en cuenta.

17 Con carácter preliminar, es preciso señalar que el Gobierno italiano no niega que la Ley nº 200/2003 y la Decisión nº 107/2003 son de fecha posterior a la expiración del plazo señalado en el dictamen motivado.

18 A este respecto, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 2 de junio de 2005, Comisión/Irlanda, C-282/02, Rec. p. I-4653, apartado 40, y de 26 de enero de 2006, Comisión/España, C-514/03, Rec. p. I-963, apartado 44).

19 Por tanto, las disposiciones de la Ley nº 200/2003 y de la Decisión nº 107/2003 no son pertinentes a efectos de apreciar el incumplimiento que se imputa a la República Italiana. Por consiguiente, el presente recurso se basa únicamente en el examen de la Decisión impugnada.

20 Como acertadamente señala la Comisión, el Gobierno italiano no ha negado, ni durante el procedimiento administrativo previo ni a lo largo del presente procedimiento, que la adjudicación de la gestión y la recogida de las apuestas hípicas en Italia constituye una concesión de servicio público. Esta misma calificación es la que contiene la sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), en la cual el Tribunal de Justicia interpreta los artículos 43 CE y 49 CE en relación con la misma legislación nacional.

21 Pues bien, consta que las concesiones de servicios públicos están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (véase la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 42).

22 El Tribunal de Justicia ha sostenido que, pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 60; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16, y Parking Brixen, antes citada, apartado 46).

23 Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que las disposiciones del Tratado aplicables a las concesiones de servicios públicos, en particular los artículos 43 CE y 49 CE, así como la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48).

24 A este respecto, los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita

que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Telaustria y Telefonadress, apartados 61 y 62, y Parking Brixen, apartado 49).

25 En el presente caso, procede señalar que la ausencia absoluta de licitación a efectos de la adjudicación de las concesiones para la gestión de las apuestas hípicas no se ajusta a los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, viola el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado. En efecto, la renovación de las 329 antiguas concesiones sin licitación impide que dichas concesiones estén sometidas a la competencia y al control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

26 En este contexto, es preciso examinar si cabe admitir dicha renovación con arreglo a las excepciones expresamente previstas por los artículos 45 CE y 46 CE o si puede justificarse, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por razones imperiosas de interés general (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13031, apartado 60, y Placanica y otros, antes citada, apartado 45).

27 A este respecto, la jurisprudencia ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general (sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 46).

28 Si bien los Estados miembros son libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de

protección perseguido, las restricciones que impongan, sin embargo, deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad (sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 48).

29 Por consiguiente, es necesario examinar si la renovación de las concesiones al margen de cualquier procedimiento de licitación es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido por la República Italiana y si no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. En todo caso, dicha renovación debe realizarse de modo no discriminatorio (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Gambelli y otros, apartados 64 y 65, y Placanica y otros, apartado 49).

30 Consta que el Gobierno italiano aprobó el plan de refuerzo de la red de recogida y admisión de las apuestas hípicas para aumentar de 329 a 1.000 el número de centros de recogida y admisión de dichas apuestas en todo el territorio italiano. Para llevar a cabo este plan de refuerzo, se adjudicaron 671 nuevas concesiones tras un procedimiento de licitación, mientras que las 329 antiguas concesiones existentes fueron renovadas sin licitación.

31 A este respecto, el Gobierno italiano no invocó medidas excepcionales como las expresamente previstas en los artículos 45 CE y 46 CE. En cambio, este Gobierno justifica dicha renovación sin licitación por la necesidad, en particular, de desincentivar el desarrollo de actividades clandestinas de recogida y atribución de las apuestas.

32 No obstante, en su escrito de contestación, el Gobierno italiano no explicó por qué razón es necesaria a este respecto la ausencia de cualquier procedimiento de licitación y no invocó argumentos que pudieran refutar el incumplimiento imputado por la Comisión. En particular, dicho Gobierno no justificó de qué modo la

renovación de las concesiones existentes al margen de cualquier procedimiento de licitación podría suponer un obstáculo al desarrollo de actividades clandestinas en el sector de las apuestas hípicas y se limitó a alegar que la Ley nº 200/2003 y la Decisión nº 107/2003 se atienen a las exigencias del Derecho comunitario en materia de concesión de servicios públicos.

33 Pues bien, a este respecto, procede recordar que corresponde a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa responde a un interés esencial en el sentido de los artículos 45 CE y 46 CE o a una exigencia imperiosa de interés general consagrada por la jurisprudencia y, por otro lado, que dicha normativa es conforme al principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de diciembre de 2004, Comisión/Países Bajos, C-41/02, Rec. p. I-11375, apartado 47; de 13 de enero de 2005, Comisión/Bélgica, C-38/03, no publicada en la Recopilación, apartado 20, y de 15 de junio de 2006, Comisión/Francia, C-255/04, Rec. p. I-5251, apartado 29).

34 Por tanto, es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípicas participen en actividades delictivas o fraudulentas.

35 Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, basta con recordar que éstos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 22).

36 De ello se deduce que no cabe acoger ninguna de las razones imperiosas de interés general invocadas por el Gobierno italiano para justificar la renovación de las 329 antiguas concesiones al margen de cualquier procedimiento de licitación.

37 Por consiguiente, procede considerar fundado el recurso de la Comisión.

38 De cuanto precede se desprende que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípicas al margen de cualquier procedimiento de licitación.

Costas

39 En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Puesto que la Comisión ha pedido que se condene en costas a la República Italiana y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) decide:

1) **Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípicas al margen de cualquier procedimiento de licitación.**

2) **Condenar en costas a la República Italiana.**

Firmas