SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 8 de septiembre de 2010 *

En el asunto C-409/06,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Verwaltungsgericht Köln (Alemania), mediante resolución de 21 de septiembre de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de octubre de 2006, en el procedimiento entre

Winner Wetten GmbH

y

Bürgermeisterin der Stadt Bergheim,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, y los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts y J.-C. Bonichot y la Sra. P. Lindh, Presidentes de Sala, y los Sres. K. Schiemann (Ponente), A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Malenovský, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh y L. Bay Larsen, Jueces;

* Lengua de procedimiento: alemán.

Abogado General: Sr. Y. Bot;
Secretario: Sr. N. Nanchev, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de diciembre de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Winner Wetten GmbH, por los Sres. O. Bludovsky y D. Pawlick, Rechtsanwälte;

— en nombre de la Bürgermeisterin der Stadt Bergheim, por los Sres. M. Hecker, M. Ruttig y H. Sicking, Rechtsanwälte;

— en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. M. Lumma, la Sra. C. Schulze-Bahr y los Sres. B. Klein y J. Möller, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno belga, por la Sra. A. Hubert, y posteriormente por la Sra. L. Van den Broeck, en calidad de agentes, asistidas por los Sres. P. Vlaemminck y S. Verhulst, advocaten;

— en nombre del Gobierno checo, por el Sr. M. Smolek, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno griego, por las Sras. A. Samoni-Rantou, G. Skiani y M. Tassopoulou y por el Sr. K. Boskovits, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno español, por el Sr. F. Díez Moreno, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno francés, por la Sra. E. Belliard, el Sr. G. de Bergues, las Sras. C. Jurgensen y C. Bergeot-Nunes y el Sr. A. Adam, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno portugués, por los Sres. L. Inez Fernandes y P. Mateus Calado y la Sra. A.P. Barros, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno esloveno, por la Sra. M. Remic, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno noruego, por el Sr. F. Sejersted, la Sra. G. Hansson Bull y los Sres. K.B. Moen y Ø. Andersen, en calidad de agentes;

— en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. E. Traversa y K. Gross, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 26 de enero de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 43 CE y 49 CE y sobre las consecuencias del principio de primacía del Derecho comunitario.

2 Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre Winner Wetten GmbH (en lo sucesivo, «WW») y la Bürgermeisterin der Stadt Bergheim (burgomaestre de la ciudad de Bergheim), en relación con la decisión de ésta de prohibir a WW continuar su actividad de oferta de apuestas deportivas.

Marco jurídico nacional

Normativa nacional

3 El artículo 12, apartado 1, de la Grundgesetz (Ley Fundamental) dispone:

«Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y su lugar de formación. El ejercicio de la profesión podrá regularse por Ley o sobre la base de una Ley.»

4 El artículo 31 de la Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Ley sobre el Tribunal Constitucional federal) establece:

«1) Las resoluciones del Bundesverfassungsgericht son vinculantes para todos los poderes constitucionales de la federación y de los Länder, así como para todos los órganos jurisdiccionales y autoridades.

2) […] la resolución del Bundesverfassungsgericht tendrá fuerza de Ley […] cuando el Bundesverfassungsgericht declare que una ley es compatible o incompatible con la Ley Fundamental o nula […]. En la medida en que se declare que una ley es compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas federales, el fallo de la resolución deberá publicarse en el *Bundesgesetzblatt* […]»

5 Con arreglo al artículo 35 de la Bundesverfassungsgerichtsgesetz:

«El Bundesverfassungsgericht podrá establecer en su resolución quién la ha de ejecutar; también podrá regular de qué modo se llevará a cabo la ejecución.»

6 El artículo 284, apartado 1, del Strafgesetzbuch (Código penal alemán) dispone:

«1) El que, sin autorización administrativa, organice o celebre públicamente juegos de azar o proporcione las instalaciones necesarias para tal fin será sancionado con una pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

[...]

3) El que, en los supuestos del apartado 1, actúe

1. en el marco de una actividad profesional [...]

[...]

será sancionado con una pena de privación de libertad de tres meses a cinco años.

[...]»

7 Mediante el Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (Tratado estatal sobre loterías en Alemania; en lo sucesivo, «LottStV»), que entró en vigor el 1 de julio 2004, los Länder crearon un marco uniforme para la organización, la explotación y la comercialización de juegos de azar, a excepción de los casinos.

8 El artículo 1 del LottStV dispone:

«El Tratado estatal tiene por objetivos:

1. encauzar de forma ordenada y vigilada la propensión natural al juego de la población y, en particular, evitar que se desvíe a juegos de azar no autorizados,

2. impedir las incitaciones excesivas al juego,

3. excluir la explotación de la propensión al juego dirigida a obtener ganancias privadas o comerciales,

4. garantizar que los juegos de azar se desarrollen de forma regular y que su lógica sea comprensible, y

5. garantizar que una parte importante de los ingresos de los juegos de azar se utilice para promover objetivos públicos o que disfruten de un régimen fiscal privilegiado, en el sentido del Código tributario.»

9 El artículo 5, apartados 1 y 2, del LottStV establece lo siguiente:

«1. Los Länder tienen, en el marco de los objetivos del artículo 1, la obligación jurídica de velar por [la existencia de] una oferta suficiente de juegos de azar.

2. De acuerdo con la ley, los Länder pueden, bien desarrollar por sí mismos esta misión, o bien encomendársela a organismos públicos o a sociedades privadas en las que los organismos públicos posean, directa o indirectamente, una participación sustancial.»

10 En el Land de Renania del Norte-Westfalia (en lo sucesivo, «Land de NRW»), el LottStV se aplica mediante la Sportwettengesetz Nordrhein-Westfalen (Ley relativa a las apuestas deportivas), de 3 de mayo de 1955 (en lo sucesivo, «SWG NRW»), cuyo artículo 1, apartado 1, establece:

«El Gobierno del Land podrá autorizar sociedades de apuestas deportivas. Las citadas sociedades de apuestas deberán obligatoriamente ser personas jurídicas de Derecho público o personas jurídicas de Derecho privado cuyas participaciones pertenezcan mayoritariamente a personas jurídicas de Derecho público. […]»

11 En el Land de NRW se ha expedido solamente una autorización de este tipo, a Westdeutsche Lotterie & Co. OHG.

La sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006

12 En sentencia de 28 de marzo de 2006, el Bundesverfassungsgericht declaró, a propósito de la normativa de aplicación del LottStV en el Land de Baviera, que el monopolio público en materia de apuestas deportivas existente en dicho Land infringía el artículo 12, apartado 1, de la Ley Fundamental, que garantiza la libertad profesional. Dicho órgano jurisdiccional consideró, en particular, que, al excluir la actividad de organización de apuestas privadas sin ir acompañado de un marco normativo adecuado para garantizar, estructural y materialmente, tanto de hecho como de Derecho, la efectiva persecución del objetivo de reducción de la pasión por el juego y de lucha contra la adicción a éste, el citado monopolio implicaba una restricción desproporcionada de la libertad profesional así garantizada.

13 Tras haber señalado que el legislador tenía ante sí varias posibilidades para subsanar la infracción constitucional que se había declarado, es decir, bien la organización sistemática del monopolio para cumplir el objetivo antes mencionado, bien la instauración legal de modalidades de autorización para organizar apuestas comerciales por parte de sociedades privadas, el Bundesverfassungsgericht decidió no anular la normativa en cuestión y mantener sus efectos hasta el 31 de diciembre de 2007, precisando que, en dicha fecha, el legislador debía haber hecho uso de su facultad de apreciación modificando las normas consideradas no conformes con la Ley Fundamental, de manera que se garantizara su conformidad con ella.

14 Además, el Bundesverfassungsgericht declaró que la situación jurídica existente sólo se mantendría con carácter provisional a condición de que se estableciera sin demora un mínimo de coherencia entre el objetivo de limitar la pasión por el juego y luchar contra la adicción a éste y el ejercicio efectivo del monopolio. En particular, estaba prohibido, durante el período transitorio decretado, ampliar la oferta de apuestas y hacer publicidad que fuera más allá de una mera información sobre la naturaleza y el *modus operandi* de las apuestas ofrecidas. Por otro lado, debía proporcionarse información con carácter inmediato sobre los peligros vinculados a las apuestas.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15 WW dispone de un establecimiento comercial en Bergheim (Alemania) en el que ejerce la actividad de correduría de apuestas deportivas por cuenta de Tipico Co. Ltd, sociedad domiciliada en Malta.

16 Por orden de 28 de junio de 2005, la Bürgmeisterin der Stadt Bergheim prohibió a WW continuar ejerciendo esta actividad, so pena de clausura y precinto de su establecimiento comercial.

17 Mediante resolución de 22 de septiembre de 2005, el Landrat des Rhein-Erft-Kreises (jefe de los servicios administrativos de Rhein-Erft-Kreis) desestimó la reclamación interpuesta contra dicha orden por WW, argumentando que con dicha actividad WW se convertía, si no en cómplice de la organización de juegos de azar, actividad punible con arreglo al artículo 284 del Strafgesetzbuch, cuando menos culpable de una infracción del artículo 1 de la SWG NRW, que supedita la organización de apuestas deportivas a la obtención de una autorización previa expedida por el Land de NRW.

18 WW interpuso un recurso contra dicha resolución y la orden de 28 de junio de 2005 ante el Verwaltungsgericht Köln (tribunal administrativo de Colonia), en el que sostenía que el monopolio público sobre las apuestas deportivas en vigor en el Land de NRW, en el que se apoyaban dichos actos, es contrario a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE.

19 El Verwaltungsgericht Köln señala que ni WW ni Tipico Co. Ltd son titulares de la autorización requerida en virtud del artículo 1 de la SWG NRW para poder ejercer la actividad controvertida en el litigio principal, y que tal autorización, además, no se les puede expedir por la existencia del monopolio establecido mediante la normativa en vigor en el Land de RNW.

20 A este respecto, el Verwaltungsgericht Köln considera no obstante que se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros (C-243/01, Rec. p. I-13031), que una medida restrictiva como el citado monopolio no puede estar justificada en el caso de autos, habida cuenta del objetivo alegado, prevenir la incitación al gasto excesivo asociado al juego y luchar contra la adicción a éste, dado que consta que los organismos nacionales autorizados a organizar tales apuestas fomentan la participación en las apuestas deportivas y que, por tanto, dicha medida no contribuye a limitar las apuestas de forma coherente y sistemática.

21 Considera que se deduce de la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, dictada en relación con la normativa del Land de Baviera, y de un auto análogo dictado por ese mismo tribunal el 2 de agosto de 2006 respecto de la normativa similar del Land de NRW, que el monopolio público en materia de apuestas deportivas existente en dicho Land infringe el artículo 12, apartado 1, de la Ley Fundamental, debido a que la normativa en vigor no es adecuada para garantizar ni de hecho ni de Derecho que se persiga efectivamente el objetivo de reducir la pasión por el juego y luchar contra la adicción a éste.

22 Además, en dicha sentencia, el Bundesverfassungsgericht señaló expresamente que los requisitos derivados de la disposición constitucional antes mencionada y los que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia Gambelli y otros, antes citada, convergían a este respecto.

23 Según el Verwaltungsgericht Köln, de todo lo anterior se desprende que el monopolio existente en el Land de NRW debe considerarse contrario tanto al Derecho comunitario cuanto a la Ley Fundamental, como por otro lado ya declaró también el Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (tribunal administrativo superior de Renania del Norte-Westfalia).

24 A juicio de este último tribunal, el que tras la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, Westdeutsche Lotterie & Co. OHG se haya esforzado en organizar su funcionamiento para satisfacer los requisitos transitorios planteados por ese último tribunal, descritos en el apartado 14 de la presente sentencia, no basta para poner fin a este incumplimiento del Derecho comunitario, ya que a tal efecto se requiere una modificación del marco normativo en vigor.

25 Sin embargo, el Verwaltungsgericht Köln observa que a pesar de la incompatibilidad entre la normativa del Land de NRW y el Derecho comunitario apreciada por el Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, este último tribunal declaró que la mencionada normativa debía beneficiarse de las mismas medidas transitorias decididas por el Bundesverfassungsgericht en su sentencia de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, a saber, como se desprende de los apartados 13 y 14 de la presente sentencia, el mantenimiento de sus efectos hasta el 31 de diciembre de 2007.

26 En opinión del Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, el principio general de seguridad jurídica y la necesidad de no generar un vacío jurídico que pusiese en peligro intereses públicos esenciales requerían, en efecto, que primasen con carácter provisional dichos intereses sobre el interés de los operadores de apuestas privados a acceder libremente al mercado, previendo, como excepción al principio de primacía del Derecho comunitario, un período transitorio durante el cual la norma de que se trata podía seguir siendo de aplicación.

27 El Verwaltungsgericht Köln alberga dudas en cuanto a la compatibilidad del establecimiento de tal período transitorio con las exigencias que se derivan del principio de primacía del Derecho comunitario, el cual, como se deduce de la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), exige de manera incondicional que la normativa nacional contraria a los artículos 43 CE y 49 CE se deje inmediatamente sin aplicación.

28 En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Köln decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que pueden seguir aplicándose excepcionalmente durante un período transitorio, a pesar de

la primacía fundamental del Derecho comunitario directamente aplicable, las disposiciones nacionales reguladoras del monopolio estatal de apuestas deportivas, que contienen restricciones ilícitas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios reconocidas en los artículos 43 CE y 49 CE, y que son ilícitas porque no contribuyen a limitar de modo coherente y sistemático la actividad de las apuestas, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [sentencia Gambelli y otros, antes citada]?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿qué requisitos deben cumplirse para poder aplicar una excepción a dicha primacía y cómo se determina el período transitorio?»

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

29 El Gobierno noruego considera que las cuestiones prejudiciales tienen carácter hipotético. En su opinión, se desprende efectivamente de la resolución de remisión que el tribunal remitente, sin examinar el monopolio creado en el Land de NRW desde el punto de vista del Derecho comunitario, presumió la incompatibilidad de dicho monopolio con las normas del Tratado CE limitándose a referirse a la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006, antes mencionada. Pues bien, afirma, por una parte, que en dicha sentencia el Bundesverfassungsgericht declaró expresamente que no era competente para pronunciarse sobre la compatibilidad del monopolio controvertido con el Derecho comunitario. Por otra parte, que el hecho de que el Bundesverfassungsgericht haya considerado que dicho monopolio era contrario a la Ley Fundamental no prejuzga en modo alguno su posible incompatibilidad con el Derecho comunitario.

30 Por su parte, los Gobiernos alemán y belga y la Comisión Europea alegan que, antes de concluir la incompatibilidad del monopolio controvertido en el litigio principal con el Derecho comunitario únicamente sobre la base de las apreciaciones realizadas por el Bundesverfassungsgericht en su sentencia de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, el tribunal remitente debió haber examinado si tal incompatibilidad seguía existiendo, habida cuenta de los requisitos, descritos en el apartado 14 de la presente sentencia, a los que el Bundesverfassungsgericht sometió mediante dicha resolución el mantenimiento provisional de los efectos de la normativa en cuestión.

31 El Gobierno belga y la Comisión consideran que, a falta de tal examen, no está demostrada la pertinencia de las cuestiones prejudiciales para la resolución del litigio principal. Por su parte, el Gobierno alemán sugiere al Tribunal de Justicia que reformule las cuestiones prejudiciales y que responda en el sentido de que el monopolio reestructurado transitoriamente de este modo es conforme con los requisitos planteados en la sentencia Gambelli y otros, antes citada.

32 Con la intención de responder a las objeciones formuladas, el tribunal remitente dirigió un escrito al Tribunal de Justicia el 11 de mayo de 2007, en el que precisaba que, para dirimir el litigio principal, se vería obligado a tener en cuenta la situación fáctica y jurídica existente en el momento en que se adoptó la resolución controvertida en el litigio principal, el 22 de septiembre de 2005, de modo que las posibles modificaciones producidas tras la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, no podían tomarse en consideración para resolver el litigio principal.

33 Habida cuenta del contenido de dicho escrito, el Tribunal de Justicia, basándose en el artículo 104, apartado 5, de su Reglamento de Procedimiento, envió un escrito al tribunal remitente el 16 de julio de 2008 instándole a indicar si, a la luz de las precisiones aportadas mientras tanto por el Bundesverfassungsgericht en un auto de 22 de noviembre de 2007, seguía siendo necesaria una respuesta a las cuestiones prejudiciales para solucionar el litigio principal. En dicho auto, el Bundesverfassungsgericht declaró, en relación con la normativa controvertida en el asunto que dio lugar a su sentencia de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, que el mantenimiento de los

efectos de esta normativa decididos por dicha sentencia no podía hacer desaparecer la falta de conformidad con la Ley Fundamental de las resoluciones administrativas adoptadas antes de dicha sentencia.

34 En su respuesta de 8 de agosto de 2008, el tribunal remitente precisó que seguía siendo necesaria una respuesta a las cuestiones prejudiciales en la medida en que, contrariamente a lo que había indicado con anterioridad, se vería obligado a tener en cuenta la situación jurídica y fáctica existente el 31 de diciembre de 2007 para pronunciarse sobre la legalidad de la resolución controvertida en el litigio principal. Según él, en efecto, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de que ahora la legalidad de una decisión como la controvertida en el litigio principal debe apreciarse en la fecha en que se dicta la resolución judicial. En relación con el litigio principal, sin embargo, la fecha que deberá tomarse en consideración es el 31 de diciembre de 2007, dado que el 1 de enero de 2008 entró en vigor una nueva normativa, sustancialmente diferente de la anterior y desprovista de cualquier efecto retroactivo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

35 En primer lugar, es preciso recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones nacionales, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales. Asimismo, cuando un órgano jurisdiccional nacional le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia debe atenerse a la interpretación del Derecho nacional que le ha expuesto dicho órgano jurisdiccional (sentencia de 27 de octubre de 2009, ČEZ, C-115/08, Rec. p. I-10265, apartado 57 y jurisprudencia citada).

36 En segundo lugar, se deduce de reiterada jurisprudencia que en el marco del procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, en particular, las sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 38, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 24).

37 La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse las sentencias, antes citadas, PreussenElektra, apartado 39, y Hartlauer, apartado 25).

38 En efecto, la justificación de una cuestión prejudicial no es formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino la necesidad inherente a la solución efectiva de un litigio (véase, en particular, la sentencia de 2 de abril de 2009, Elshani, C-459/07, Rec. p. I-2759, apartado 42 y jurisprudencia citada).

39 Sobre estos diversos extremos, no obstante cabe recordar, en primer lugar, que se deduce de la jurisprudencia que, habida cuenta de la separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, no puede exigirse que, antes de dirigirse a este último, el órgano jurisdiccional remitente haya efectuado todas las constataciones fácticas y las apreciaciones jurídicas que le incumben en el marco de su misión jurisdiccional. En efecto, basta con que el objeto del litigio principal y sus principales implicaciones para el ordenamiento jurídico comunitario se desprendan de la petición de decisión prejudicial para que se permita a los Estados miembros presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia y participar eficazmente en el procedimiento entablado ante éste (véase la

sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633, apartado 41).

40 En segundo lugar, es preciso señalar que se deduce de las precisiones contenidas en la resolución de remisión que el Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, tribunal que conoció de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por el tribunal remitente, ya declaró, por un lado, que el monopolio de que se trata en el litigio principal es incompatible con el Derecho de la Unión, y, por otro, que el respeto de los requisitos transitorios enunciados por el Bundesverfassungsgericht en su sentencia de 28 de marzo de 2006, antes mencionada, y recordados en el apartado 14 de la presente sentencia, no basta para poner fin a tal incompatibilidad.

41 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no parece manifiesto que las interpretaciones solicitadas no tengan ninguna relación con la realidad o el objeto del litigio principal, o que el problema planteado sea hipotético. De ello se deduce que las cuestiones prejudiciales deben considerarse admisibles.

Sobre la identificación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión

42 La Comisión ha emitido sus dudas respecto de la pertinencia de la remisión que realiza la primera cuestión al artículo 43 CE, ya que dicha institución sostiene que a una situación como la controvertida en el litigio principal sólo le es de aplicación el artículo 49 CE.

43 A este respecto, cabe recordar que, como se desprende de reiterada jurisprudencia, las actividades que consisten en permitir a los usuarios participar, a cambio de una remuneración, en un juego que permite ganar dinero constituyen actividades de servicios, en el sentido del artículo 49 CE (véanse, en particular, las sentencias de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 25, y de 21 de octubre de 1999, Zenatti, C-67/98, Rec. p. I-7289, apartado 24). Lo mismo puede decirse de la actividad de promoción y venta de juegos de azar, ya que tal actividad no es sino una modalidad concreta de organización o de funcionamiento de los juegos a los que está vinculada (véase, en particular, la sentencia Schindler, antes citada, apartados 22 y 23).

44 Prestaciones como las controvertidas en el caso de autos están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 49 CE siempre que, como en el litigio principal, por lo menos uno de los prestadores del servicio esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ofrece el servicio (véase, en particular, la sentencia Zenatti, antes citada, apartado 24), a menos que el artículo 43 CE sea de aplicación.

45 En cuanto al artículo 43 CE, debe recordarse que dicha disposición prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, incluidas las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales (véase la sentencia Gambelli y otros, antes citada, apartado 45).

46 A este respecto, se deduce de la jurisprudencia que el concepto de establecimiento se entiende, de manera muy amplia, en el sentido de que implica la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia (véase, en particular, la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 25). De este modo, el mantenimiento de una presencia permanente en un Estado miembro por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro puede regirse por las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento y ello aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o una agencia, sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada, en su caso, por una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta

como una agencia (véase la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84, Rec. p. 3755, apartado 21).

47 En relación con el sector de los juegos y las apuestas, el Tribunal de Justicia consideró en la sentencia Gambelli y otros, antes citada, que el artículo 43 CE es de aplicación a una situación en la que una empresa establecida en un Estado miembro dispone en otro Estado miembro de una presencia que se concreta mediante acuerdos comerciales celebrados con operadores o intermediarios relativos a la creación de centros de transmisión de datos que ponen a disposición de los usuarios medios telemáticos, recogen y registran las intenciones de apuesta y las transmiten a dicha empresa. Cuando una empresa ejerce la actividad de recogida de apuestas a través de tal organización de agencias establecidas en otro Estado miembro, las restricciones impuestas a las actividades de dichas agencias constituyen obstáculos a la libertad de establecimiento (véanse las sentencias Gambelli y otros, antes citada, apartados 14 y 46, y de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 43).

48 En el caso de autos, las indicaciones contenidas en la resolución de remisión en cuanto a las relaciones existentes entre Tipico Co. Ltd y WW no permiten ni afirmar ni excluir que ésta deba considerarse filial, sucursal o agencia, en el sentido del artículo 43 CE.

49 En estas circunstancias, es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del litigio principal es competencia del juez nacional (véase, en particular, la sentencia de 25 de febrero de 2003, IKA, C-326/00, Rec. p. I-1703, apartado 27 y jurisprudencia citada).

50 Por otro lado, como se ha recordado en el apartado 36 de la presente sentencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia a este respecto.

51 En consecuencia, corresponderá al tribunal remitente determinar, a la luz de las circunstancias concretas del caso de autos, si la situación controvertida en el litigio principal se rige por el artículo 43 CE o el 49 CE.

52 Habida cuenta de lo anterior, procede examinar las cuestiones prejudiciales teniendo en cuenta al mismo tiempo el artículo 43 CE y el 49 CE.

Sobre el fondo

Sobre la primera cuestión

53 En primer lugar, cabe recordar que, como se deduce de reiterada jurisprudencia, en virtud del principio de la primacía del Derecho de la Unión, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional (véanse, en particular, las sentencias Simmenthal, antes citada, apartado 17, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 18).

54 En efecto, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia, las normas de la Unión directamente aplicables, que son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho de la Unión, deben surtir plenamente efecto, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Simmenthal, apartados 14 y 15, y Factortame y otros, apartado 18).

55 También se desprende de jurisprudencia reiterada que los jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados, en virtud del principio de cooperación establecido en el artículo 10 CE, a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión directamente aplicable y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (véanse en este sentido, en particular, las sentencias, antes citadas, Simmenthal, apartados 16 y 21, y Factortame y otros, apartado 19).

56 Se deduce de lo anterior que es incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tengan por efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas del Derecho de la Unión directamente aplicables (sentencias, antes citadas, Simmenthal, apartado 22, y Factortame y otros, apartado 20).

57 El Tribunal de Justicia ha precisado que así sucedería, en particular, en la hipótesis de un conflicto entre una disposición de Derecho de la Unión y una ley nacional posterior, si la solución de dicho conflicto quedase reservada a una autoridad distinta del Juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión, investida de una facultad de apreciación propia, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia del

Derecho de la Unión no fuese más que temporal (sentencia Simmenthal, antes citada, apartado 23).

58 Por otro lado, es necesario recordar que, según jurisprudencia reiterada, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que también ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que incumbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 10 CE, proporcionar la tutela judicial de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables (sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartados 37 y 38 y jurisprudencia citada).

59 En el caso de autos, cabe señalar que, al declarar en la sentencia y el auto antes mencionados de 28 de marzo de 2006 y 2 de agosto de 2006, respectivamente, que un monopolio como el controvertido en el litigio principal incumplía los requisitos de la Ley Fundamental, el Bundesverfassungsgericht no se pronunció sobre la compatibilidad de dicho monopolio con el Derecho comunitario, sino que, antes al contrario, puso de manifiesto en dicha sentencia que se consideraba incompetente para ello en el caso de autos.

60 En cuanto al hecho de que, una vez planteada la declaración de incompatibilidad con la Ley Fundamental, el Bundesverfassungsgericht decidiese, en las condiciones expuestas en los apartados 13 y 14 de la presente sentencia, mantener con carácter transitorio los efectos de la normativa interna relativa a dicho monopolio, se desprende de la jurisprudencia recordada en los apartados 53 a 58 de la presente sentencia que esta circunstancia no impide que un tribunal nacional que declare que dicha normativa infringe disposiciones del Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, como los artículos 43 CE y 49 CE, decida, con arreglo al principio de primacía del Derecho de la Unión, no aplicar la citada normativa en el marco del litigio de que conoce (véase, por

analogía, la sentencia de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, Rec. p. I-11049, apartado 84).

61 En efecto, no puede admitirse que normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3).

62 Se deduce de la resolución de remisión y del propio tenor de la primera cuestión prejudicial que el tribunal remitente también desea saber, de manera más general, y, por tanto, con independencia de la resolución del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006, si el efecto de exclusión de la normativa nacional declarada contraria a los artículos 43 CE y 49 CE que se deriva del principio de primacía puede suspenderse durante el tiempo necesario para adecuar dicha normativa a las mencionadas disposiciones del Tratado. En efecto, como se desprende del apartado 26 de la presente sentencia, el tribunal remitente plantea esta cuestión en particular en relación con el hecho de que, al considerar que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la normativa controvertida en el litigio principal infringe los artículos 43 CE y 49 CE, el Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen declaró que tal suspensión estaba justificada por lo que se refiere a dicha normativa, debido a que los imperativos vinculados con la protección del orden social y de los ciudadanos contra los riesgos ligados a los juegos de azar se oponen a la situación de vacío jurídico que se derivaría de la exclusión inmediata de la referida normativa.

63 Todos los Estados miembros que han presentado observaciones han sostenido, en esencia, que el reconocimiento de la existencia de un principio que autorice, en circunstancias excepcionales, el mantenimiento provisional de los efectos de una norma nacional declarada contraria al Derecho de la Unión directamente aplicable, está justificado, por analogía, a la luz de la jurisprudencia que ha elaborado el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 231 CE, párrafo segundo, para mantener con carácter provisional los efectos de las normas comunitarias que ha declarado nulas, en virtud del artículo 230 CE, o que ha declarado inválidas, con arreglo al artículo 234 CE.

64 A este respecto, ciertamente procede recordar que, con arreglo al artículo 231 CE, párrafo segundo, actualmente artículo 264 TFUE, párrafo segundo, aplicable por analogía asimismo en una cuestión prejudicial para apreciar la validez, con arreglo al artículo 234 CE, actualmente artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia dispone de una facultad de apreciación para, en cada caso particular, señalar aquellos efectos del acto que anula o cuya invalidez declara que deban ser considerados definitivos (véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Régie Networks, C-333/07, Rec. p. I-10807, apartado 121 y jurisprudencia citada).

65 En el ejercicio de esta facultad el Tribunal de Justicia puede, concretamente, verse obligado a suspender los efectos de la anulación o la constatación de la invalidez de dicho acto hasta la adopción de un nuevo acto que ponga fin a la ilegalidad declarada (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351, apartados 373 a 376, en relación con una anulación, y Régie Networks, antes citada, apartado 126, en relación con una declaración de invalidez).

66 Como se desprende de la jurisprudencia, el mantenimiento de los efectos de un acto de la Unión anulado o declarado inválido, cuya finalidad sea no permitir la existencia de un vacío jurídico hasta que un nuevo acto sustituya al anulado (véase, en particular, la sentencia de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, Rec. p. I-1477, apartado 60), puede justificarse en presencia de consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que afecten a todos los intereses, tanto públicos como privados, en juego (véase, en particular, la sentencia Régie Networks, antes citada, apartado 122 y jurisprudencia citada) y durante el lapso de tiempo necesario para permitir que se remedie tal ilegalidad (véanse en este sentido, en particular, las sentencias, antes citadas, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, apartado 375, y Régie Networks, apartado 126).

67 No obstante, a este respecto basta señalar que, aun suponiendo que consideraciones similares a las subyacentes a dicha jurisprudencia, elaborada en relación con los actos de la Unión, puedan conducir, por analogía y con carácter excepcional, a suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional contrario a ella, tal suspensión, cuyos

requisitos sólo puede establecer el Tribunal de Justicia, ha de excluirse automáticamente en el caso de autos, toda vez que no existen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica que puedan justificarla.

68 En efecto, se desprende de la resolución de remisión, que, en esta fase, el tribunal remitente, que es el único competente para apreciar los hechos del litigio de que conoce, consideró que la normativa restrictiva controvertida en el litigio principal no contribuía realmente a limitar las actividades de apuestas de manera coherente y sistemática, de modo que se desprendía de la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia que dicha normativa, que no podía justificarse por el objetivo de prevenir la incitación a gastos excesivos vinculados al juego y luchar contra la adicción a éste, infringe los artículos 43 CE y 49 CE.

69 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión planteada que, debido a la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable, una normativa nacional relativa a un monopolio público sobre las apuestas deportivas que, según las apreciaciones realizadas por un tribunal nacional, incluye restricciones incompatibles con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios por no contribuir a limitar las actividades de apuestas de manera coherente y sistemática, no puede seguir aplicándose durante un período transitorio.

Sobre la segunda cuestión

70 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no ha lugar a examinar la segunda cuestión planteada.

Costas

71 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

Debido a la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable, una normativa nacional relativa a un monopolio público sobre las apuestas deportivas que, según las apreciaciones realizadas por un tribunal nacional, incluye restricciones incompatibles con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios por no contribuir a limitar las actividades de apuestas de manera coherente y sistemática, no puede seguir aplicándose durante un período transitorio.

Firmas