CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 16 de mayo de 2006 [1]

I. Introducción

1. «Rien ne va plus». El Tribunal de Justicia no puede eludir por más tiempo abordar en profundidad las repercusiones de las libertades fundamentales del Tratado CE en el sector de los juegos de azar.

2. Por tercera vez ha de pronunciarse sobre esta materia en relación con la normativa vigente en Italia. Primero lo hizo, a instancia del Consiglio di Stato (consejo de Estado), en la sentencia de 21 de octubre de 1999, Zenatti, [2] declarando que las disposiciones del Tratado CE sobre la libre prestación de servicios no se oponen a una legislación como la italiana, que reserva a ciertos organismos el derecho de gestionar apuestas sobre los acontecimientos deportivos, siempre que esté justificada por objetivos de política social dirigidos a limitar los efectos nocivos de dichas actividades y siempre que las restricciones resultantes sean proporcionadas para lograr tales objetivos.

3. Las indicaciones avanzadas en esa sentencia no solventaron las dudas que suscitaba el régimen jurídico de ese país y motivaron un segundo reenvío prejudicial, en esta ocasión del Tribunale di Ascoli Piceno, que, además de a la libre prestación de servicios, aludió al derecho de establecimiento. La sentencia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, [3] matizó el fallo anterior en el sentido de que «una normativa nacional que prohíbe –bajo sanción penal– el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro y transmisión de apuestas, en particular, sobre acontecimientos deportivos, cuando no se posee una concesión o una autorización expedida por el Estado miembro de que se trate, supone una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, previstas, respectivamente, en los artículos 43 CE y 49 CE», incumbiendo al órgano jurisdiccional remitente comprobar si una normativa de este tipo, habida cuenta de sus modalidades concretas de aplicación, está justificada y si las restricciones que conlleva se revelan desproporcionadas para esos objetivos.

1 — Lengua original: español.

2 — Asunto C-67/98, Rec. p. I-7289.

3 — Asunto C-243/01, Rec. p. I-13031.

4. Las cuestiones prejudiciales promovidas por los Tribunali di Larino y di Teramo brindan al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar su doctrina, a sabiendas de que la Corte suprema di cassazione (tribunal supremo) ha considerado compatible el sistema con los preceptos comunitarios y de las circunstancias que han rodeado el otorgamiento de las concesiones para la gestión de apuestas en la República.

5. En este contexto, el contenido de las sentencias referidas y de las conclusiones de los abogados generales me permite, sin perjuicio de hacer citas puntuales, omitir algunos detalles, para centrarme en el estudio de los problemas aún pendientes o de los que han surgido después con sustantividad propia.

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario*

6. La acción de la Comunidad, para alcanzar los fines que se propone, implica, según la letra c) del apartado 1 del artículo 3 CE, «un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales». Estos tres últimos ámbitos se regulan en el título III de la tercera parte del Tratado, que dedica el capítulo 2 al «derecho de establecimiento» y el 3 a los «servicios».

1. El derecho de establecimiento

7. Las coordenadas de este principio figuran en el artículo 43 CE:

«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 segundo párrafo 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.»

8. El artículo 46 CE, apartado 1, contempla varias reservas:

«1. 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.

[...]»

9. El artículo 48 CE asimila las personas jurídicas a las físicas para el ejercicio del derecho:

«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, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.»

2. La libre prestación de servicios

10. El principio general se enuncia en el artículo 49 CE, primer párrafo:

«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.

[...]»

11. Ha de completarse con lo señalado en el artículo 50 CE:

«Con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

a) actividades de carácter industrial;

b) actividades de carácter mercantil;

c) actividades artesanales;

d) actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.»

12. El artículo 55 CE remite a algunos preceptos que rigen el derecho de establecimiento:

«Las disposiciones de los artículos 45 a 48, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo.»

B. *La regulación italiana*

13. La normativa nacional coincide en gran medida con la estudiada en el asunto

Gambelli, aunque conviene recordarla y actualizarla.

1. Las concesiones y las autorizaciones para ejercer la actividad

14. El artículo 88 del Testo Unico delle Leggi di Publica Sicurezza (texto refundido de las Leyes sobre Seguridad Pública; en lo sucesivo, «TULPS»),[4] en la redacción del apartado 4 del artículo 37 de la Legge financiaria (ley financiera) para 2001,[5] proclama que la autorización para la gestión de apuestas se otorga únicamente a los concesionarios y a las personas habilitadas por un Ministerio o por otra entidad a la que la ley reserve la facultad de organizarlas. Por tanto, quien quiera ejercer en el ámbito de las apuestas públicas ha de conseguir una concesión y una autorización, que el TULPS denomina «de policía».

a) Las concesiones

15. El control de los juegos de azar corresponde al Estado, a través del Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerio de economía y hacienda), que utiliza a la Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (administración autónoma de los monopolios del Estado; en lo sucesivo, «AAMS»).[6]

16. No obstante, hay dos salvedades a esa exclusiva estatal en favor del Comitato olimpico nazionale italiano (comité olímpico nacional italiano; en lo sucesivo, «CONI»), y de la Unione italiana per l'incremento delle razze equine (unión italiana para la mejora de la raza equina; en lo sucesivo, «UNIRE»),[7] capacitados para organizar las apuestas[8] y para confiar su gestión a terceros en los eventos que controlan.[9]

17. La adjudicación de las concesiones por estos organismos se somete a unas pautas

4 — Aprobado por Real Decreto nº 773, de 18 de junio de 1931 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 146, de 26 de junio de 1931).

5 — Ley nº 388, de 23 de diciembre de 2000 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 302, de 29 de diciembre de 2000, supplemento ordinario nº 219). El texto que aparece en el apartado 7 de la sentencia Gambelli no recoge la modificación, mencionada en el apartado 8 como si se tratara de otra norma.

6 — Artículo 1 del Decreto del presidente de la República nº 33, de 24 de enero de 2002 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 63, de 15 de marzo de 2002), y artículo 4 del Decreto-ley nº 138, de 8 de julio de 2002 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 158, de 8 de julio de 2002) –convertido en la Ley nº 178, de 8 de agosto de 2002 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 187, de 10 de agosto de 2002)–.

7 — Rossi, G., «Il mercato unico europeo e il monopolio dei CONI sui giuochi e concorsi pronostici connessi alle manifestazioni sportive», *Rivista di diritto sportivo*, 1992, pp. 229 y ss.

8 — Artículo 6 del Decreto Legislativo nº 496, de 14 de abril de 1948 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 118, de 22 de mayo de 1948).

9 — Artículo 3, apartado 229, de la Ley nº 549, de 28 de diciembre de 1995 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 302, de 2 de noviembre de 1995) –CONI–, y artículo 3, apartado 78, de la Ley nº 662, de 23 de diciembre de 1996 (*Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 303, de 28 de diciembre de 1996) –UNIRE–.

específicas, que han cambiado con el paso del tiempo. Al principio, la selección de los beneficiarios se condicionaba a la transparencia de la titularidad de los interesados, razón por la que las sociedades de capital experimentaban varias restricciones, pues las acciones con derecho a voto tenían que estar emitidas a nombre de personas físicas, de sociedades colectivas o comanditarias y no podían transferirse por un simple endoso, [10] con el resultado de que a las empresas que cotizaban en bolsa se les impedía intervenir en los concursos.

18. Actualmente, el artículo 22, apartado 11, de la Legge financiaria para 2003 [11] permite participar en las convocatorias a cualquier persona jurídica, sin ninguna limitación en cuanto a su forma.

b) Las autorizaciones de policía

19. Para operar en el sector de las apuestas se requiere, además de la concesión, una autorización (artículo 88 del TULPS), revocable, que se niega a quien ha sufrido condena a determinadas penas o por cometer ciertos delitos, por ejemplo, los relacionados con la moral pública y las buenas costumbres o con la infracción de la regulación de los juegos de azar (artículos 11 y 14 del TULPS).

20. Una vez expedida, su titular debe tolerar que las fuerzas del orden accedan, en cualquier momento, al local donde se lleva a cabo la tarea habilitada (artículo 16 del TULPS).

2. Las sanciones

21. La Ley nº 401, de 13 de diciembre de 1989, sobre la intervención en el sector del juego y de las apuestas clandestinas y para la tutela del buen desarrollo de los acontecimientos deportivos (en lo sucesivo, «Ley nº 401/89»), [12] tipifica algunas conductas.

22. Según el artículo 4, serán castigados con una pena de privación de libertad de seis

10 — Artículo 2, apartados 1, letra a), y 6, del Decreto nº 174 del Ministero delle Finanze, de 2 de junio de 1998 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 129, de 5 de junio de 1998) –CONI–, y artículo 2, apartados 1, letra a), y 8, del Decreto nº 169 del presidente de la República, de 8 de abril de 1998 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 125, de 1 de junio de 1998) –UNIRE–.

11 — Ley nº 289, de 27 de diciembre de 2002 *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 305, de 31 de diciembre de 2002, supplemento ordinario nº 240).

12 — *Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 294, de 18 de diciembre de 1989.

meses a tres años quienes organicen ilegalmente loterías o apuestas reservadas al Estado o a los concesionarios y quienes lo hagan sobre acontecimientos deportivos gestionados por el CONI o por la UNIRE; si se trata de otras competiciones, se impone la reclusión de tres meses a un año y una multa (apartado 1). También se reprime con hasta tres meses de arresto y multa la publicidad de los juegos mencionados (apartado 2); y con una u otra de estas dos últimas sanciones, la mera participación (apartado 3).

23. Los apartados 4 *bis* y 4 *ter* [13] de dicho artículo 4 extienden la punición a quien, sin la autorización prevista en el artículo 88 del TULPS, acepte o recoja apuestas de cualquier tipo, formalizadas en el país o en el extranjero, telefónica o telemáticamente, así como al que facilite tales actos –4 *bis*– y al que admita billetes de lotería o de otras apuestas por iguales medios, sin licencia para emplearlos con esos fines –4 *ter*–.

13 — Añadidos por el artículo 37, apartado 5, de la Ley nº 388/00, antes citada. El apartado 9 de la sentencia Gambelli habla de «artículo 4 *bis*» y de «artículo 4 *ter*», cuando, en realidad, son dos apartados del artículo 4.

III. Los antecedentes: la sentencia Gambelli y la respuesta de la Corte suprema di cassazione

24. Como he indicado al inicio de estas conclusiones, el Tribunal de Justicia ya ha sido interrogado sobre la dimensión transfronteriza de los juegos de azar. A las mencionadas sentencias Gambelli y Zenatti, hay que añadir las sentencias Schindler [14] y Läärä y otros, [15] aunque, salvo la primera, las demás se han centrado en la libre prestación de servicios. [16]

25. El asunto de los hermanos Schindler versaba sobre la prohibición total de las loterías en el Reino Unido; el de Läärä y otros analizó una normativa finlandesa sobre las máquinas tragaperras; y el de Zenatti atendió a la gestión de apuestas por agencias italianas a cuenta de una empresa ubicada en otro Estado miembro. Este último supuesto guar-

14 — Sentencia de 24 de marzo de 1994 (C-275/92, Rec. p. I-1039).

15 — Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (C-124/97, Rec. p. I-6067).

16 — También ha examinado otros ámbitos: en la sentencia de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), el de las máquinas recreativas; y en la sentencia de 13 de noviembre de 2003, Lindman (C-42/02, Rec. p. I-13519), el de la tributación en Finlandia de las ganancias. Está pendiente de resolver el asunto C-89/05, United Utilities, en el que la House of Lords (Reino Unido) pregunta «si la exención de las apuestas, operada por el artículo 13, parte B, letra f), de la Sexta Directiva del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (Directiva 77/388/CEE), relativa a "las apuestas, las loterías y otros juegos de azar o de dinero", se aplica a los servicios de una persona ("el representante"), que realiza dichas operaciones en nombre de otra persona ("el principal") [...]».

daba bastantes analogías con el que dio pie a la sentencia del asunto Gambelli, coincidente en muchos extremos con el ahora tratado, especialmente en cuanto a los hechos y al marco jurídico comunitario y nacional.

26. Conviene, pues, indagar las razones que han movido a los jueces remitentes a plantear estas cuestiones prejudiciales, lo que exige explicar la sentencia Gambelli y la puesta en práctica de sus criterios por la Corte suprema di cassazione.

A. *La sentencia Gambelli*

27. El Sr. Gambelli y otras 137 personas fueron imputados en un proceso penal, acusados de organizar ilegalmente juegos de azar no autorizados y de regentar locales donde, sin autorización, se tramitaban apuestas por medio de un corredor británico.

28. El Tribunale di Ascoli Piceno acudió al Tribunal de Justicia ante las dudas que le suscitaba la compatibilidad de los artículos 43 CE y 49 CE con las normas sancionadoras italianas que había de utilizar. [17]

29. La sentencia Gambelli, tras exponer las observaciones emitidas (apartados 25 a 43), estudió la consulta desde dos ángulos, el del derecho de establecimiento (apartados 44 a 49) y el de la libre prestación de servicios (apartados 50 a 58). [18]

30. Desde el primer ángulo, tomó como referencia la empresa del Reino Unido que actuaba en Italia a través de agencias italianas (apartado 46), por no serle posible intervenir directamente, ya que las normas nacionales excluían las concesiones a las sociedades de capital que cotizaban en las bolsas de los

17 — Formuló esta pregunta: «¿Existe incompatibilidad (con los correspondientes efectos en el ordenamiento jurídico italiano), entre, por una parte, los artículos 43 CE y siguientes y 49 CE y siguientes, relativos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios transfronterizos, y, por otra parte, una normativa nacional, como la normativa italiana contenida en los artículos 4, apartados 1 y siguientes, 4 *bis* y 4 *ter* de la Ley nº 401/89 (en su versión modificada en último lugar por el artículo 37, apartado 5, de la Ley nº 388, de 23 de diciembre de 2000), que prohíbe –bajo sanción penal– el ejercicio de 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 de concesión o autorización previstos en el derecho interno?»

18 — En sus conclusiones, el abogado general Sr. Alber considera que los centros telemáticos no eran establecimientos secundarios de la empresa británica, sino que actuaban como prestadores de servicios (punto 87), por lo que sugirió una respuesta circunscrita a la libre prestación de servicios.

demás Estados miembros –su caso–, lo que significaba un impedimento al derecho de establecimiento (apartado 48).

31. Desde el segundo ángulo, profundizó en el análisis para precisar que las reglas italianas restringían la libre prestación de servicios en tres extremos: a) el de la entidad británica, que aceptaba los envites procedentes de Italia, tarea que, a los fines del artículo 50 CE (apartado 52), calificó como «servicio», aunque se enviara por Internet (apartados 53 y 54); b) el de los ciudadanos italianos que giraban las posturas, a quienes se castigaba penalmente (apartados 55 a 57); y c) el de los intermediarios, que también eran sancionados (apartado 58).

32. Como corolario, declaró que el artículo 4 de la Ley nº 401/89 entorpecía los derechos de establecimiento y de libre prestación de servicios (apartado 59), debiéndose averiguar si los obstáculos se disculpaban por alguna excepción de los artículos 45 CE y 46 CE o por causas imperiosas de interés general (apartado 60).

33. A ninguna de esas dos excepciones se acogen la disminución de los ingresos fiscales (apartado 61) o la financiación de las actuaciones sociales mediante un gravamen sobre la recaudación, que ha de «constituir un beneficio accesorio» (apartado 62).

34. Las cortapisas habrían de reunir los requisitos señalados por la jurisprudencia (apartado 64). Tras enumerarlos (apartado 65), la sentencia Gambelli atribuyó al juez nacional la labor de apreciar si concurren en el supuesto litigioso [19] y le brindó algunos parámetros (apartado 66), exigiendo que las trabas:

— estén respaldadas por pretextos imperiosos de interés general, como «la protección de los consumidores», «la prevención del fraude», la disuasión del «gasto excesivo en juegos» o la elusión de «perturbaciones en el orden social», siempre que las medidas adoptadas contribuyan a «limitar las actividades de apuesta de modo coherente y sistemático» (apartado 67), por lo que, cuando un Estado mantiene una política de fuerte expansión de las apuestas, con

19 — En términos similares la sentencia Zenatti, en el apartado 37, encargó al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la legislación nacional estaba justificada y si las restricciones impuestas no parecían desproporcionadas. El abogado general Sr. Alber, en las conclusiones del asunto Gambelli, confirma que, hasta el momento, la valoración se había dejado en manos de los tribunales nacionales, pero advierte de que esta tarea «no les ha resultado nada fácil» (punto 116).

objeto de lograr ventajas económicas, no está legitimado «para invocar como razón de orden público la necesidad de reducir las oportunidades de juego» (apartados 68 y 69); [20]

— se apliquen del mismo modo y con idénticos criterios a todos los operadores comunitarios (apartado 70), vulnerándose el principio de no discriminación si los italianos pueden cumplirlos más fácilmente (apartado 71);

— no sobrepasen lo indispensable para alcanzar el propósito diseñado. La proporcionalidad ha de respetarse en las sanciones a las personas que efectúan las apuestas (apartado 72) y a los mediadores que facilitan la prestación de servicios por cuenta de un corredor establecido en otro Estado miembro (apartado 73), así como en las posibilidades de que las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de otros Estados miembros obtengan concesiones para la gestión de los juegos (apartado 74).

20 — Conviene notar que, aunque la sentencia confirió al juez nacional la labor de apreciar si, en el asunto principal, concurrían los criterios jurisprudenciales, en este extremo el propio Tribunal de Justicia se tomó la libertad de opinar al respecto.

B. *La respuesta de la Corte suprema di cassazione*

35. Unos meses después de dictarse la sentencia Gambelli, la Corte suprema di cassazione tuvo ocasión de discernir sus pautas en un recurso del Pubblico ministero (fiscal) contra el auto del Tribunale di Prato, de 15 de julio de 2003, que, en un proceso penal contra el Sr. Gesualdi y otros por el delito previsto en el artículo 4, apartado 4 *bis*, de la Ley nº 401/89, había anulado el embargo de los centros gestionados por los inculpados, al entender que el mencionado precepto conculcaba el derecho comunitario. [21]

36. El alto tribunal italiano había sostenido, de manera constante, que las reglas nacionales eran compatibles con las comunitarias. [22] La sentencia Gambelli provocó que la Sezioni unite penali (pleno de las salas penales) conociera del recurso, a instancia de la sala tercera ante la que pendía, dictando

21 — Según se infiere de la sentencia de la Corte suprema di cassazione, porque la legislación interna no estaba justificada: por un lado, no ofrecía ninguna garantía de protección del orden público, ya que, en lugar de reducir las posibilidades de juego, incrementaba las apuestas y las personas autorizadas a explotar tal actividad; y por otro lado, tampoco se orientaba a aumentar la seguridad pública, pues carecía de medios para impedir la infiltración de asociaciones criminales. Para el Tribunale di Prato, sólo el interés financiero del Estado ha determinado esas restricciones a las libertades comunitarias.

22 — Sentencias de la Sezioni III nº 124, de 27 de marzo de 2000, Foglia, rv. 216223; nº 7764, de 4 de julio de 2000, Vicentini, rv. 216986; y nº 36206, de 6 de octubre de 2001, Publiese, rv. 220112.

la sentencia nº 111/04, de 26 de abril de 2004 (en lo sucesivo, «sentencia Gesualdi»). [23]

37. La sentencia Gesualdi no se extrañó de las reflexiones de la sentencia Gambelli, pues las inscribió en una jurisprudencia uniforme (apartado 11.1), aunque destacó dos innovaciones: la que contempla las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de los juegos de azar; y la que asume expresamente que el artículo 4 de la Ley nº 401/89 las restringe (apartado 11.2.3).

38. A continuación, tomando como punto de partida el dato de que el legislador italiano acoge, desde hace años, una política expansiva en el sector, para incrementar los ingresos del Estado, verificó que tal actitud se atenía a los motivos de orden y de seguridad públicos que justifican los obstáculos a las libertades comunitarias, pues las disposiciones sobre el juego no pretenden coartar la demanda y la oferta, sino canalizarlas por circuitos controlables para evitar los delitos (apartado 11.2.3).

39. En este contexto, utilizó el argumento de que el corredor de apuestas británico ya se hallaba sujeto a la vigilancia de un Estado miembro, puesto que la autorización expedida por ese país tenía connotaciones territoriales y el empleo de un régimen de concesiones en las apuestas no se había discutido en el plano comunitario (apartado 11.2.4).

40. También resaltó que el sistema italiano descansa sobre dos pilares: la concesión y la autorización. Los motivos de interés general que explicarían las restricciones para la concesión son aparentes, al menos en parte. Pero, los relativos a la autorización se revelan por la concurrencia de condiciones subjetivas orientadas a una inspección preventiva y a una vigilancia continuada para combatir las implicaciones criminales, como los fraudes, el lavado de dinero o la usura (apartado 11.2.5).

41. A la hora de evaluar la adecuación y la proporcionalidad de los impedimentos, la sentencia Gesualdi distinguió entre las licencias y los reproches penales, no incumbiendo a los jueces decidir la procedencia o la intensidad de estos últimos (apartado 12).

23 — Se ha aportado como anexo 6 a las observaciones del Sr. Placanica y puede consultarse en http://www.ictlex.net/index.php/2004/04/26/cass-su-sent-11104/.

42. Igualmente refutó el carácter discriminatorio de las normas nacionales, pues las que garantizan la transparencia del accionariado de los concesionarios afectan tanto a los italianos como a los extranjeros. Además, después del 1 de enero de 2004 todas las sociedades de capital poseen aptitud para intervenir en los concursos, al haberse suprimido los inconvenientes existentes en ese ámbito (apartado 13).

43. Para terminar, negó pertinencia al alegato sobre el reconocimiento mutuo de diplomas, de certificados y de otros títulos mencionado en el artículo 47 CE (apartado 14).

44. Con esos precedentes, declaró que el artículo 4 de la Ley nº 401/89 y, en especial, el apartado 4 *bis* de ese precepto en relación con el artículo 88 del TULPS no es incompatible con los principios comunitarios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios (apartado 15). [24]

IV. Los hechos de los litigios principales

45. La semejanza de lo ocurrido en los asuntos Zenatti y Gambelli con lo acaecido en los procesos principales de estas cuestiones prejudiciales facilita la descripción del contexto fáctico, reduciéndolo a unas someras indicaciones.

46. Los «Centros de transmisión de datos» funcionan en locales abiertos al público, ofertando diversos útiles telemáticos para acceder a los servidores de compañías de apuestas establecidas en otros Estados miembros. En estas instalaciones el interesado lanza sus jugadas, recibe el beneplácito, paga y, si gana, cobra el premio.

47. Estas empresas están dirigidas por operadores independientes, que sólo facilitan los envites, haciendo de intermediarios entre los particulares y los corredores, con quienes se hallan vinculados contractualmente. [25]

24 — En la misma línea se ha manifestado el Consiglio di Stato (consejo de Estado) en decisiones de 1 de marzo (N. 5203/2005, apelación NRG. 4587 de 2004) y de 14 de junio (N. 5898/2005, apelación NRG. 2715 de 1998) de 2005.

25 — Según el Tribunale di Teramo, el inculpado «recibía en su agencia listas de acontecimientos y su correspondiente valor de la sociedad gestora inglesa, las difundía, aceptaba las apuestas de los particulares y transmitía estos datos a la citada sociedad».

48. Los Sres. Placanica, Palazzese y Sorrichio gestionan unos despachos de este tipo por cuenta de Stanley International Betting Ltd, con sede en Liverpool; esta empresa, para ejercer la actividad en el Reino Unido y en el extranjero, ostenta un permiso expedido por las autoridades de esa ciudad, [26] careciendo de una autorización italiana, que le habría valido para comerciar durante seis años, prorrogables otros seis, y que había intentado conseguir en la convocatoria efectuada en ese país en 1999, de la que fue excluida por tratarse de una sociedad de capital que cotiza en bolsa.

V. Las cuestiones prejudiciales y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

49. El Pubblico ministero promovió ante el Tribunale di Larino un proceso penal contra el Sr. Placanica, imputándole la comisión del delito del artículo 4, apartado 4 *bis*, de la Ley nº 401/89, puesto que, como administrador único de la compañía Neo Service Srl., recogía por vía telemática apuestas deportivas y de otros tipos, sin licencia, para Stanley Internacional Betting Ltd.

50. Algo parecido se desarrolló en el Tribunale di Teramo contra los Sres. Palazzese y Sorricchio, que también gestionaban apuestas por encargo de la compañía inglesa, si bien antes de comenzar el negocio habían acudido a la Questura (oficina de policía) di Atri en demanda de las autorizaciones, sin haber recibido respuesta.

51. El Tribunale di Larino ha suspendido el curso del proceso de que conoce, pues duda de que el sistema de concesiones se justifique para encauzar los juegos de azar por caminos controlables. En el auto de 8 de julio de 2004, que ha dado lugar al asunto C-338/04, formula al Tribunal de Justicia estas preguntas:

«¿Es compatible el artículo 4, apartado 4 *bis*, de la Ley nº 401/89 con los principios enunciados en los artículos 43 y siguientes y 49 del Tratado CE en materia de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios transfronterizos, a la luz de las divergencias interpretativas entre las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, en la sentencia Gambelli y otros) y la decisión de la Corte suprema di cassazione, sezioni unite

26 — Los puntos 10 y 11 de las conclusiones del abogado general Sr. Alber y los apartados 12 a 14 de la sentencia del asunto Gambelli exponen con detalle las características de la mencionada sociedad y su forma de operar en el mercado italiano.

nº 23271/04? En particular, ¿es aplicable en el Estado italiano el régimen sancionador que se alega en el escrito de acusación y que se pretende aplicar a Maximiliano Placanica?»

52. El Tribunale di Teramo, en dos autos de contenido similar, de 23 de julio 2004, que han originado los asuntos C-359/04 y C-360/04, también ha paralizado la tramitación de las causas y, desde la óptica de las condiciones para participar en los concursos de adjudicación de las concesiones, remite la siguiente cuestión:

«Los artículos 43, párrafo 1, y 49, párrafo 1, del Tratado CE ¿pueden interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros imponer excepciones temporales (por un periodo de seis a doce años) al régimen de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea:

1) adjudicando concesiones a algunos operadores para determinadas actividades de prestación de servicios, válidas durante un periodo de seis a doce años, con arreglo a un régimen jurídico que excluye de la licitación a algunos competidores (no italianos);

2) modificando dicho régimen jurídico, tras ponerse de manifiesto su incompatibilidad con los principios de los artículos 43 y 49 del Tratado, para tolerar que en el futuro también concurran a la licitación los operadores descartados;

3) no revocando las concesiones otorgadas en virtud del régimen jurídico precedente que, como se ha indicado, vulneraba los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de servicios, convocando otra licitación conforme a la nueva normativa, que respeta tales principios;

4) persiguiendo, sin embargo, a todo el que colabore con los operadores que, estando autorizados a ejercer esa actividad en su Estado miembro de origen, habían sido apartados de la licitación, precisamente como consecuencia de las restricciones previstas por la regulación anterior, suprimidas después?»

53. El presidente del Tribunal de Justicia acordó, en auto de 14 de octubre de 2004, la acumulación de los asuntos C-359/04 y C-360/04 y, en auto de 27 de enero de 2006, la del asunto C-338/04. [27]

54. En el asunto C-338/04 han depositado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, en el plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto, el Sr. Placanica, el Gobierno belga, el alemán, el español, el francés, el italiano, el austriaco, el portugués, el finlandés y la Comisión; en los asuntos C-359/04 y C-360/04 lo han hecho el Sr. Palazzese, el Sr. Sorricchio, el Gobierno español, el italiano, el austriaco y el portugués, así como la Comisión.

55. En la vista, celebrada el 7 de marzo de 2006, han comparecido para formular verbalmente sus alegaciones los representantes de los Sres. Placanica, Palazzese y Sorrichio, de los Gobiernos belga, español, francés, italiano, portugués y de la Comisión.

56. También conviene reseñar que ante el Tribunal de Justicia pende el asunto C-260/04, iniciado mediante una demanda por incumplimiento formulada por la Comisión contra la República Italiana, donde se debate el sistema de concesiones de los servicios de recogida y de percepción de las apuestas hípicas. [28]

VI. La admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

A. *Sentido de las cuestiones prejudiciales*

57. Los dos tribunales remitentes comparten el mismo punto de partida, un proceso penal incoado por intermediar en las apuestas sin concesión ni autorización, y de destino, los reparos sobre la compatibilidad de las normas nacionales con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, pero discurren por derroteros diferentes.

58. El Tribunale di Larino discrepa de la aplicación de la doctrina Gambelli por la Corte suprema di cassazione, pues no parece

27 — En espera de la resolución que ahora se dicte se encuentran otros reenvíos similares planteados igualmente por jueces italianos (asuntos C-395/05, D'Antonio y otros, C-397/05, Di Maggio y Buccola, y C-466/05, Damonte).

28 — DO 2004, C 217, p. 14.

convencido de que la regulación estatal pretenda el control del orden público ni de que evite discriminar a los operadores de otros Estados miembros.

59. El Tribunale di Teramo pone el acento en las circunstancias determinantes de que el corredor de apuestas por cuenta del que negociaban los encausados no pueda lograr una habilitación hasta que caduquen las concedidas en 1999. Si este lapso entraña una «excepción temporal» a las libertades fundamentales comunitarias, duda de su viabilidad jurídica.

60. Estas aclaraciones ayudan a examinar los obstáculos que se han suscitado en orden a los aspectos no sustantivos de los reenvíos.

B. *Planteamiento*

61. Los Gobiernos que han depositado observaciones en el asunto C-338/04, con excepción del belga, consideran inadmisible la cuestión prejudicial, aunque por diversas razones. Los agentes portugués y finlandés, porque estiman que no contiene los elementos suficientes para dar una respuesta; los representantes alemán, español, francés e italiano, porque, a su entender, versa sobre la interpretación del derecho nacional, no del comunitario; el comisionado austriaco, porque cree que coincide con la tratada en la sentencia Gambelli, proponiendo que se dicte un auto, en virtud del artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, sugerencia que, subsidiariamente, refrendan Alemania, Italia y Finlandia.

62. En los asuntos C-359/04 y C-360/04, los Gobiernos de España y de Italia repiten la alegación vertida en el otro caso para predicar la inadmisibilidad, apuntándose el italiano, en su defecto, a la mencionada vía del auto del artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento.

63. En esta tesitura hay que comprobar si el Tribunal de Justicia debe admitir los reenvíos.

C. *Los motivos de inadmisibilidad alegados*

1. La corrección formal del auto planteando la cuestión prejudicial

64. El Tribunal de Justicia ha sostenido con frecuencia que ha de solventar las cuestiones prejudiciales, salvo cuando la interpretación o la ponderación de la validez de la norma comunitaria solicitadas no guarden relación alguna con la realidad o con el objeto de la trama principal, cuando el problema revista naturaleza hipotética o cuando no se le proporcionen los elementos de hecho o de derecho necesarios para resolver de manera útil. [29]

65. Conviene recordar que, para facilitar una exégesis eficaz, el juez nacional ha de exponer el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las preguntas o, al menos, enunciar los presupuestos en los que se basan, [30] indicando los motivos que le han conducido a promover la cooperación prejudicial con un mínimo de explicaciones sobre la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación reclama y de su relación con la legislación nacional. [31]

66. Con estos requisitos se intenta que el Tribunal de Justicia encuentre una respuesta válida [32] y que los Gobiernos de los Estados miembros y los interesados presenten observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto. [33]

67. En este proceso, los autos de reenvío cumplen con suficiencia los condicionantes señalados, pues analizan el origen de la cuestión fáctica y jurídicamente. Es verdad que omiten la trascripción de las reglas italianas de referencia, pero la ausencia se suple con facilidad, acudiendo a la sentencia Gambelli. Además, ponen de relieve el núcleo del dilema, centrado en la divergencia

29 — Sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartados 59 a 61; de 5 de junio de 1997, Celestini (C-105/94, Rec. p. I-2971), apartado 22; de 7 de septiembre de 1999, Beck y Bergdorf (C-355/97, Rec. p. I-4977), apartado 22; de 13 de julio de 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Rec. p. I-6049), apartado 20; de 19 de febrero de 2002, Arduino (C-35/99, Rec. p. I-1529), apartados 24 y 25; de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), apartados 19 y 20; de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers' Union (C-137/00, Rec. p. I-7975), apartado 37; de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi y otros (C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 y C-497/00 a C-499/00, Rec. p. I-2943), apartado 72; o de 10 de noviembre de 2005, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-316/04, por el momento sin publicar en la Recopilación), apartados 29 y 30.

30 — Auto de 8 de octubre de 2002, Viacom (C-190/02, Rec. p. I-8287), apartado 15; y sentencias de 17 de febrero de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Rec. p. I-1167), apartado 22; de 12 de abril de 2005, Keller (C-145/03, Rec. p. I-2529), apartado 29; y de 6 de diciembre de 2005, ABNA y otros (C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, todavía sin publicar en la Recopilación), apartado 45.

31 — Auto Viacom, citado, apartado 16; sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045), apartado 17; de 12 de junio de 1986, Bertini y otros (98/85, 162/85 y 258/85, Rec. p. 1885), apartado 6; de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 14; de 8 de junio de 2000, Carra y otros (C-258/98, Rec. p. I-4217), apartado 19; y de 21 de enero de 2003, Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins (C-318/00, Rec. p. I-905), apartado 43.

32 — Sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros (C-320/90 a C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 6.

33 — Autos de 30 de abril de 1998, Testa y Modesti (C-128/97 y C-137/97, Rec. p. I-2181), apartado 6; de 2 de marzo de 1999, Colonia Versicherung y otros (C-422/98, Rec. p. I-1279), apartado 5; de 11 de mayo de 1999, Anssens (C-325/98, Rec. p. I-2969), apartado 8; de 28 de junio de 2000, Laguillaumie (C-116/00, Rec. p. I-4979), apartado 15; y de 8 de octubre de 2002, Viacom, antes mencionado, apartado 14; sentencias de 21 de septiembre de 1999, Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751), apartado 40; de 11 septiembre 2003, Altair Chimica (C-207/01, Rec. p. I-8875), apartado 25; y de 12 de abril de 2005, Keller, ya citada, apartado 30.

entre esa sentencia del Tribunal de Justicia y lo argumentado por la Corte suprema di cassazione, expresando de este modo la medida en la que la interpretación que interesan conviene a la causa pendiente.

69. No creo que las cuestiones planteadas hayan de declararse inadmisibles, aunque los términos del auto del Tribunale di Larino se acomoden a la tesis de los Estados antes aludidos.

2. La aplicación de las normas nacionales

68. Según jurisprudencia reiterada, en el reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales de los Estados miembros, corresponde a estos últimos la exégesis y la aplicación del derecho nacional, valorando su alcance y su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, [34] sin perjuicio de la peculiaridad concurrente, cuando el legislador nacional, para regular materias propiamente estatales, remite a las disposiciones comunitarias. [35]

70. En efecto, un mero cambio en el orden de los términos empleados reformula la cuestión desde el punto de vista comunitario, de suerte que no se trata de analizar si el artículo 4, apartado 4 *bis*, de la Ley nº 401/89 se concilia con los artículos 43 CE y 49 CE –tenor literal del auto–, sino del significado de estos preceptos del Tratado para conectarlos con las reglas internas y con los lances de los que dimana la causa, aunque el problema, que se examina más adelante, en realidad deriva de la discrepancia de algún órgano judicial italiano con la Corte suprema di cassazione.

71. A su vez, el Tribunale di Teramo alude a la modificación del sistema nacional imperante para adjudicar las concesiones de la gestión de apuestas, para que cualquier sociedad de capital participe en los concursos venideros, cuando hayan caducado las habilitaciones expedidas como consecuencia de licitaciones en las que no se les dejó intervenir. Estos extremos aparecen vinculados con las libertades comunitarias y no se han abordado en la sentencia Gambelli.

34 — Sentencias de 13 de marzo de 1986, Sinatra (296/84, Rec. p. 1047), apartado 11; de 21 de enero de 1993, Deutsche Shell (C-188/91, Rec. p. I-363), apartado 27; de 7 de diciembre de 1995, Ayuntamiento de Ceuta (C-45/94, Rec. p. I-4385), apartado 26; de 26 de septiembre de 1996, Allain (C-341/94, Rec. p. I-4631), apartado 11; de 24 de octubre de 1996, Dietz (C-435/93, Rec. p. I-5223), apartado 39; de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, Rec. p. I-2011), apartado 21; o la de 19 de enero de 2006, Bouanich (C-265/04, sin publicar por el momento en la Recopilación), apartado 51.

35 — Sentencias de 26 de septiembre de 1985, Thomasdünger (166/84, Rec. p. 3001); de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003); de 24 de enero de 1991, Tomatis y Fulchiron (C-384/89, Rec. p. I-127); de 28 de marzo de 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Rec. p. I-615); de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161); también, de 17 de marzo de 2005, Feron (C-170/03, Rec. p. I-2299). Bartoloni, M.E., «La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale "modellato" sulla normativa comunitaria», *Il diritto dell'Unione europea*, año VI, nº 2-3, 2001, pp. 311 a 349.

72. Además, incumbe al órgano judicial comunitario suministrar todos los comentarios sobre las normas europeas que faciliten su apreciación en el asunto litigioso. [36]

3. La resolución de la cuestión prejudicial por medio de un auto

73. El artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, permite, en aras de la economía procesal, dictar un auto motivado, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra ya zanjada, cuando la respuesta se deduzca claramente de la jurisprudencia o cuando no suscite ninguna duda razonable.

74. El mecanismo se utiliza con prudencia por el Tribunal de Justicia, [37] pues implica la supresión de unos trámites que limitan las posibilidades de defensa. Por esta causa, ante cualquier reparo acerca de la concurrencia de los presupuestos reseñados, se desecha su aplicación.

75. En estas conclusiones he advertido de ciertas analogías con el asunto Gambelli, pero su constatación no basta para justificar un auto que clausure el proceso prejudicial, repitiendo manifestaciones anteriores. Los tribunales remitentes no piden algo que ya conocen, aspiran a recibir precisiones sobre la sentencia Gambelli que, no se olvide, continuó la estela de la sentencia Zenatti. Los inconvenientes a los que se enfrentan los jueces italianos subsistirán si el Tribunal de Justicia sólo recuerda su jurisprudencia. [38]

D. *La competencia del Tribunal de Justicia*

76. A mi juicio, el auténtico dilema estriba en determinar si el Tribunal de Justicia posee

36 — Sentencias de 30 de abril de 1998, Sodiprem y otros (C-37/96 y C-38/96, Rec. p. I-2039), apartado 22; y de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartado 48.

37 — Ejemplos de la utilización del artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento son los autos de 26 de mayo de 2005, Sozialhilfeverband Rohrbach (C-297/03, Rec. p. I-4305), y de 13 de diciembre de 2005, Guerrero Pecino (C-177/05, sin publicar en la Recopilación), basados en que la respuesta se deduce claramente de los precedentes; y los de 14 de julio de 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (C-52/04, todavía no aparecido en la Recopilación), y de 1 de diciembre de 2005, Ostermann (C-447/04, tampoco obrante en la Recopilación) con fundamento en la inexistencia de una duda razonable. El otro criterio previsto en el precepto –la identidad entre las cuestiones– se da raramente, como en el auto de 7 de julio de 1998, Beton Express y otros (C-405/96 a C-408/96, Rec. p. I-4253).

38 — En la sexta parte de las observaciones de los Sres. Placanica y Palazzese y en la segunda parte, noveno capítulo, de las del Sr. Sorricchio se ilustra sobre las discordias interpretativas de los tribunales del país. En la nota 27 menciono otros reenvíos prejudiciales similares, planteados igualmente por jueces italianos, que están a la espera de la resolución que ahora se dicte.

competencia para resolver las cuestiones prejudiciales, cuando se fundan en la desavenencia de los jueces inferiores con el desarrollo por la Corte suprema di cassazione de los criterios de la sentencia Gambelli. [39] En otras palabras, hay que dilucidar si entre las atribuciones del Tribunal de Justicia figura la de dirimir las disidencias de los órganos judiciales nacionales, al interpretar las normas comunitarias de cara a verificar su compatibilidad con las internas, cuando ya ha esbozado los parámetros que han de regir tales extremos.

77. Hay varios argumentos en favor de una respuesta negativa a ese dilema. En primer lugar, en el ámbito del reenvío, la exégesis de la regla estatal incumbe a los jueces del país miembro, mejor emplazados para esta operación, siempre con la mira en el proceso pendiente, de acuerdo con las pautas hermenéuticas suministradas por el Tribunal de Justicia.

78. De conformidad con esta idea, la sentencia Gambelli encomendó expresamente a los tribunales italianos valorar si las disposiciones de su derecho respetan las libertades comunitarias. [40]

79. En segundo lugar, si los jueces alcanzan resultados dispares o contradictorios, corresponde a su propio ordenamiento jurídico habilitar los instrumentos para unificar las opiniones. En este sentido, el pronunciamiento de un tribunal supremo vincula a los subordinados, a quienes les estaría vedado acudir, *per saltum,* a la justicia europea, pues el Tratado no contempla ningún recurso directo contra las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales, aunque actúen en última instancia aplicando de forma errónea el derecho de la Unión. [41]

80. Pero, pese a su relativa sencillez, la solución apuntada suscita importantes objeciones.

81. Por un lado, cuando el Tribunal de Justicia encarga a los jueces de los países miembros la valoración de las normas estatales en relación con las comunitarias, no renuncia a sus atribuciones en este campo, [42] sino que pone en práctica los principios que inspiran el diálogo prejudicial,

39 — El Tribunale di Teramo ha matizado más esa desavenencia, introduciendo, como ya he destacado, aspectos nuevos. La controversia se ha detectado por la doctrina; Botella, A.S., «La responsabilité du juge national», *Revue trimestrielle de droit européen,* nº 2, 2004, p. 307, menciona los eventuales desajustes entre órdenes jurisdiccionales distintos o entre tribunales de la misma jurisdicción poniendo un ejemplo francés.

40 — Apartados 66, 71, 73 y 75, especialmente.

41 — El abogado general Sr. Léger, en las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler (C-224/01, Rec. p. I-10239), recuerda que, en 1975, en su parecer acerca de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia sugirió que el Tratado contuviera una garantía adecuada para tutelar los derechos de los particulares ante las violaciones del artículo 234 CE por los tribunales supremos (nota 126).

42 — Ossenbühl, F., «Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland — Verfassungs- und europarechtliche Fragen», *Deutsches Verwaltungsblatt,* julio, 2003, p. 892, sostiene que, aunque los tribunales internos pueden controlar la veracidad de las excusas aducidas por los Estados miembros para justificar las restricciones nacionales y la observancia del principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia no se ha retirado completamente de ese control, estimando errónea la suposición de que ha delegado dicha competencia.

reconociendo las ventajas de la proximidad con el litigio, pero conservando la decisión definitiva en esa materia. Así, ha admitido nuevas preguntas, si el juez nacional tropieza con dificultades de comprensión o de proyección de la sentencia del Tribunal de Justicia, si plantea una cuestión de derecho distinta o si le somete nuevos elementos de apreciación que induzcan a responder de manera diferente. [43]

82. Se ha de predicar la misma doctrina, cuando los obstáculos provienen de una sentencia de un tribunal nacional superior que aplica las pautas del Tribunal de Justicia.

83. Si se impidiera a los jueces italianos acudir al Tribunal de Justicia en casos como los de autos, sólo se corregirían las desviaciones a través de un recurso de incumplimiento, de forma semejante a lo sucedido en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia. [44]

84. El uso de esta vía genera algunas perturbaciones: 1º) deja en manos de quien ostenta la legitimación para recurrir la ponderación de la infracción [45] y del momento de denunciarla ante el Tribunal de Justicia, hallándose los jueces nacionales en una situación idónea para efectuar ambas operaciones; 2º) induce a que, en la fase precontenciosa del recurso de incumplimiento, a los requerimientos de la Comisión, los poderes legislativo y ejecutivo del Estado miembro condicionen al judicial, con riesgo de menoscabar su independencia; y 3º) hace reflexionar sobre el contenido y sobre las consecuencias de la declaración del incumplimiento, pues la citada sentencia Comisión/Italia se justificó, en parte, por la presencia en el ordenamiento jurídico estatal de una norma que toleraba una interpretación contraria al espíritu comunitario.

85. Tampoco ha de olvidarse a los particulares, que pueden instar la elevación de una cuestión prejudicial, aunque la decisión incumba al juez que conoce del litigio. [46] Si

43 — Auto de 5 de marzo de 1986, Wünsche (69/85, Rec. p. 947), apartado 15; sentencias de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545), apartado 12; y de 6 de marzo de 2003, Kaba II (C-466/00, Rec. p. I-2219), apartado 39, en la que el Immigration Adjudicator planteó una cuestión idéntica a la que había resuelto la sentencia de 11 de abril de 2000, Kaba I (C-356/98, Rec. p. I-2623), de algunas de cuyas apreciaciones discrepaba.

44 — Asunto C-129/00, Rec. p. I-14637.

45 — La Comisión se ha mostrado renuente a demandar a los Estados por incumplimientos imputables a sus órganos judiciales, Cobreros Mendazona, E., «La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 10, 2004, especialmente pp. 291 a 299; sobre los antecedentes, Ortúzar Andéchaga, L., *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 184 y 185.

46 — Sin perjuicio de que, en caso necesario, el Tribunal de Justicia, para comprobar su propia competencia, examine las circunstancias en las que el juez nacional formula el planteamiento (sentencias Foglia, antes citada, apartados 21 y 27; de 26 de septiembre de 2000, Kachelmann, C-322/98, Rec. p. I-7505, apartado 17; de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 39; de 17 de mayo de 2001, TNT Traco, C-340/99, Rec. p. I-4109, apartado 31; y de 16 de diciembre de 2004, My, C-293/03, Rec. p. I-12013, apartado 25).

supieran de antemano la improcedencia del reenvío, sólo les quedaría la vía de la responsabilidad patrimonial, proclamada en la indicada sentencia Köbler. [47]

86. El empleo de este mecanismo resulta también insatisfactorio, pues, al configurarse para salvaguardar el derecho comunitario en supuestos de especial gravedad, [48] se le somete a unos requisitos muy rigurosos, [49] como el de que la violación revista un «carácter manifiesto», no dejando de constituir un remedio complicado, que, con frecuencia, desemboca en una cuestión prejudicial semejante a la que se trata de impedir.

87. Hay que tener en cuenta otro argumento de mayor calado. La función primordial del Tribunal de Justicia radica en garantizar con carácter exclusivo la consonancia de la interpretación y de la aplicación de las normas europeas. El reenvío prejudicial intenta, de acuerdo con la sentencia de 24 de mayo de 1977, Hoffmann-La Roche, «evitar que se siente en cualquier Estado miembro una jurisprudencia no acorde con las normas de derecho comunitario». [50] Un medio directo para conseguirlo puede ser el de terciar en la disputa jurídica entre los órganos judiciales de un país acerca de la exégesis del ordenamiento de la Unión realizada por un tribunal superior.

88. En esta línea de pensamiento, la sentencia de 16 de enero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, [51] reconoció que la cuestión prejudicial cumple la función esencial de asegurar que el derecho instituido por el Tratado produzca el mismo impacto en todo el territorio de la Comunidad; añadió que también pretende asegurar la aplicación uniforme, «ofreciendo al órgano jurisdiccional nacional un medio para eliminar las dificultades que pueda suscitar la exigencia de dar plenos efectos al derecho comunitario en el marco de los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros» (apartado 2), con una amplísima discrecionalidad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia (apar-

47 — Martín Rodríguez, P., «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, 2004, p. 859, destaca las dificultades de la imputación del incumplimiento comunitario en relación con ese asunto, pues cabría atribuirlo al poder legislativo, que dicta la norma que instaura el complemento discriminatorio, al ejecutivo, en tanto que la Administración austriaca debería haber otorgado primacía a las disposiciones europeas, o al judicial, como así ocurrió, por no tutelar efectivamente los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario al ciudadano.

48 — Simon, D., «The Sanction of Member States' Serious Violations of Community Law», en O'Keeffe, ed., *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum Lord Slynn of Hadley*, Kluwer, La Haya, 2000, pp. 275 y ss.

49 — La propia sentencia Köbler califica como «excepcionales» estos casos (apartado 53).

50 — Asunto 107/76, Rec. p. 957, apartado 5.

51 — Asunto 166/73, Rec. p. 33. Tuvo su origen en unas solicitudes de restituciones a la exportación denegadas por el organismo de intervención alemán de cereales y forrajes y confirmadas en vía judicial por el Hessisches Finanzgericht (tribunal de lo contencioso-tributario de Hesse). En la apelación, el Bundesfinanzhof (tribunal supremo federal en materia fiscal) planteó varias cuestiones prejudiciales; una vez respondidas (sentencia de 27 de octubre de 1971, Rheinmühlen-Düsseldorf, 6/71, Rec. p. 823), estimó en parte el recurso devolviendo las actuaciones al tribunal de primera instancia para que se pronunciara nuevamente, pero, antes de hacerlo, el Hessisches Finanzgericht dirigió al Tribunal de Justicia unas preguntas mediante un auto que fue apelado ante el Bundesfinanzhof que, a su vez, volvió a interpelar al Tribunal de Justicia, dando lugar a la sentencia que comento –las cuestiones del Hessisches Finanzgericht se examinaron por la sentencia de 12 de febrero de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, 146/73, Rec. p. 139–.

tado 3), de suerte que «el órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia debe tener la libertad de someter al Tribunal de Justicia las cuestiones que le preocupan, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior pudiera llevar a dictar una sentencia contraria al derecho comunitario», ya que, si estuviera vinculado, sin plantear la cuestión, la competencia del Tribunal de Justicia y el manejo del derecho comunitario en todos los grados de los sistemas jurisdiccionales nacionales «quedarían obstaculizadas», con la salvedad de que las preguntas «fueran materialmente idénticas» a las formuladas por el tribunal que resuelve sin posibilidad de ulterior recurso (apartado 4). [52]

89. Sin duda, la propuesta genera inconvenientes, como la proliferación del número de cuestiones prejudiciales o la aparente ruptura de la jerarquía de la organización judicial en el Estado. La primera desventaja carece de relevancia, pues el cúmulo de trabajo no ha de condicionar la opción jurídica adecuada. [53] La segunda ignora la función del Tribunal de Justicia como supremo intérprete del ordenamiento europeo, vértice esencial para la existencia de una verdadera Comunidad de derecho. En todo caso, las pegas serían menores si se adoptara cualquier otra alternativa.

90. Tampoco se me escapa que, ante las indefiniciones del diseño del poder judicial en la Unión, algunos trastornos los ocasiona el propio Tribunal de Justicia, pues no es fácil alcanzar en cada situación el grado de precisión conveniente, teniendo en cuenta que en derecho lo decisivo es acertar con los límites.

VII. Examen de las cuestiones prejudiciales

91. Si el Tribunal de Justicia admite las cuestiones prejudiciales del Tribunale di Larino y del Tribunale di Teramo, se impone una reflexión sobre el derecho, el juego y las apuestas.

A. *El derecho, el juego y las apuestas*

92. Actualmente, nada se aleja más de la idea de «derecho» que la de «azar», pues no

52 — El Tribunal de Justicia declaró que «la existencia en derecho interno de una norma que obligue a los órganos jurisdiccionales nacionales a seguir la valoración jurídica efectuada por un órgano jurisdiccional de rango superior no puede privarles, por esta única razón, de la facultad prevista en el artículo [234 CE] de someter una cuestión al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

53 — Aunque la elección se preste a discusión, cabe que un cambio normativo residencie sólo en los tribunales de última instancia la posibilidad de plantear las cuestiones prejudiciales, a semejanza de lo que ocurre en algunos ámbitos (artículo 68 CE).

procede de la voluntad del hombre ni de convicciones generales; tampoco actúa de manera intencionada, sino caprichosa y arbitraria. [54] Pero en otras épocas hubo una acusada interdependencia de ambos conceptos, ya que, para conservar la paz social, las resoluciones judiciales exigían acatamiento y a quien las dictaba se le investía de un poder «mágico» o «sacerdotal». [55]

93. Las ordalías o juicios de Dios, de antiquísimo origen, [56] demuestran esta simbiosis, supeditando la decisión a un acontecimiento casual. Más tarde, se tiende a fundar el fallo en criterios racionales, hasta los ordenamientos jurídicos modernos, que han desterrado esos caprichos del destino, salvo en algunos supuestos. [57]

94. Hay otros aspectos en los que se vislumbra ese paradójico enlace, como las obligaciones naturales, de las que la apuesta supone una buena muestra, los negocios condicionales, cuando el hecho futuro e incierto depende del albur, el caso fortuito o, el ahora debatido, los contratos aleatorios.

95. El juego, como actividad lúdica, ha pervivido en todas las colectividades a lo largo de la historia, distinguiéndose cuatro niveles de distinta proyección jurídica. En el primero se encuentra la manifestación más espontánea y elemental, puro entretenimiento y diversión. [58] En el segundo surge la competición, que otorga al ganador, junto al placer de rivalizar con otros, autoestima y prestigio social. En el tercero no basta el entretenimiento o la exhibición de las habilidades, hay un interés monetario. [59] En el cuarto se sitúan las apuestas que, además

54 — Rivas Torralba, R.A., *Juegos de azar,* Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 1996, p. 11.

55 — Díez Picazzo, L., *Experiencia jurídica y teoría del derecho,* Ariel, Barcelona, 1987, pp. 18 y 21.

56 — El Código de Hamurabi, en pleno apogeo del imperio babilonio durante el siglo XVIII a.C., recurre con frecuencia a la ordalía del agua: el acusado era lanzado al río y, si sobrevivía, se le proclamaba inocente.

57 — Habitualmente se emplea el «sorteo» para elegir a los miembros de un jurado o para nombrar peritos judiciales. A veces, se imponen soluciones extremas, como en el caso U.S. *versus* William Holmes, donde, tras un naufragio, la tripulación había arrojado a catorce pasajeros por la borda de un bote salvavidas sobrecargado, el juez resolvió que en el dramático sorteo para escoger a las víctimas debieron participar todos, marineros y pasajeros.

58 — A menudo, la porfía únicamente pretende replicar o ridiculizar al contertulio, como cuando D. Quijote le espeta a su escudero: «Haría yo una buena apuesta con vos, Sancho: que ahora que vais hablando sin que nadie os vaya a la mano, que no os duele nada en todo vuestro cuerpo» (Cervantes Saavedra, M., *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha,* Segunda parte, capítulo XXVIII, Espasa Calpe, Madrid, 2004, p. 466).

59 — Kant, I., se refiere a estas facetas al narrar que los juegos del niño, la pelota, la lucha, las carreras, los soldados persiguen el entretenimiento y facilitan el desarrollo personal; después, los del varón, el ajedrez, la baraja, buscan al tiempo la pura ganancia; finalmente, los del ciudadano, que prueba su buena estrella en las sociedades públicas con la ruleta o los dados, son impulsados todos, inconscientemente, por la naturaleza humana *(Antropología en sentido pragmático,* Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 216).

de aventurar sumas de dinero, se han convertido en una dependencia. [60]

96. De esos cuatro niveles, el primero es ajeno al mundo jurídico y el segundo prácticamente también. Sin embargo, cuando en el juego se arriesga un capital, el legislador interviene apoyado en dos razones. Por un lado, velando por las repercusiones sobre el patrimonio [61] y la salud del participante, [62] así como por la estabilidad de su familia; por otro lado, considerando el carácter mercantil de los centros donde se desarrolla.

97. Tales razones explican la atención jurídica que se dispensa a los juegos de azar y su impacto en el derecho comunitario. En este plano, el Tribunal de Justicia ha estimado «que las actividades de lotería constituyen actividades económicas a efectos del Tratado», [63] puesto que «son la prestación de un servicio determinado a cambio de una remuneración», [64] incluyéndolas entre las prestaciones de servicios. [65] No hay que descartar la afectación de otros ámbitos, como, en el mismo sector económico, el derecho de establecimiento, o, fuera de los entornos financieros, los aspectos humanos ya esbozados.

B. *Sobre las restricciones a las libertades fundamentales*

98. En el asunto Gambelli, el abogado general Sr. Alber propugna dirimir la compatibilidad del régimen jurídico nacional con el derecho de establecimiento, antes que con la libre prestación de servicios, pues el

60 — Dostoyevski, F., ludópata conocido, describe magistralmente a quienes andan inmersos en sus redes: «[...] en el mundo del juego se sabe perfectamente que un jugador, cuando se siente atrapado con pasión en tan singular combate contra el azar, puede permanecer hasta veinticuatro horas seguidas sentado ante una mesa sin desviar la mirada ni un segundo siquiera más allá de las cartas o de la rueda que gira» *(El jugador,* Ed. Bruguera, Barcelona, 1974, p. 247), añadiendo que, «en un momento pude percibir que ya no me importaba el dinero, sino la sensación de riesgo, la impresión de aventura que suponía el ir contra toda lógica. Desde entonces he reflexionado mucho sobre el particular y he llegado a la conclusión de que es muy posible que, al pasar por tantas sensaciones, lejos de doblegarse, el espíritu se excite todavía más y exija sensaciones cada vez más fuertes, hasta llegar a su definitiva inercia» (p. 274). El mismo sentimiento subyace en el texto de Gabriel y Galán, J.A., «[...] era verdad que se pasaba el día pensando en el dinero, dependiendo de él, viviendo a su ritmo y, sin embargo, como todos los jugadores, no le tenía ningún apego al dinero, aunque sí a las fichas [...]» *(Muchos años después,* Alfaguara, Madrid, 1992, p. 324). Chateaubriand, F., confiesa una conmoción similar tras perder la mayor parte del numerario que acaba de recibir prestado: «No había jugado nunca: el juego produjo en mí una especie de embriaguez dolorosa; de haberme dominado esta pasión, me habría perturbado las facultades mentales» *[Memorias de ultratumba (libros I-XXIV),* El Acantilado, Barcelona, 2004, p. 385].

61 — Dostoyevski hace divagar al protagonista de su novela: «¿Por qué había de ser el juego peor que cualquier otro medio de adquirir dinero, como el comercio, pongamos por caso? Cierto que de cien jugadores sólo gana uno, mas... ¿qué podía importarme a mí este detalle si me sentía predestinado a ganar?» *(El jugador,* ob. cit., p. 68).

62 — El famoso personaje de José Zorrilla, D. Juan Tenorio, muestra esta preocupación cuando, al salir vencedor de un envite, es desafiado por el perdedor respondiéndole: «¿es decir/que porque os gané la apuesta/queréis que acabe la fiesta/con salirnos a batir?» *(D. Juan Tenorio,* Alianza, Madrid, 1998, Parte primera, acto cuarto, escena VI).

63 — Sentencias Schindler, apartado 19; y Anomar y otros, apartado 46, ambas citadas.

64 — Sentencia Anomar y otros, apartado 47; en sentido análogo, sentencia Zenatti, apartado 24, las dos ya reseñadas.

65 — Sentencias Schindler, apartados 25 y 34; Läärä y otros, apartado 27; y Anomar y otros, apartado 52, identificadas más arriba.

Tratado lo sitúa por encima (punto 76),[66] si bien no habría que reputar establecimientos secundarios a los centros telemáticos (punto 87), porque, en tal caso, la regulación infringiría el aludido derecho (punto 104), que también vulneraría la mencionada libertad (punto 132).

99. El Tribunal de Justicia, atendiendo a quienes juegan, a las empresas dedicadas a estos negocios y a los intermediarios, no contempló con carácter excluyente ambas libertades, sino que, tras ponderarlas, constató que «una normativa nacional como la legislación italiana sobre las apuestas, en particular el artículo 4 de la Ley nº 401/89, constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios» (apartado 59), analizando, a continuación, si confluían las excepciones previstas en el Tratado o una justificación por razones imperiosas de interés general (apartado 60).

100. No conviene poner en tela juicio estas referencias, que también constan en la sentencia Zenatti en cuanto a la prestación de servicios, aunque parece oportuno indagar en los elementos limitativos y en los sujetos a los que atañen.

101. En esta línea, la sentencia Gambelli detectó en los requisitos exigidos por el derecho italiano a los que intervienen en las licitaciones de las concesiones para abrir agencias de apuestas las cortapisas al libre establecimiento, pues excluían algunas formas societarias (apartados 46 a 48); y calificó de trabas a los servicios las que encontraba un prestador instalado en un Estado miembro distinto para desempeñar su ocupación (apartado 54), así como las impuestas a los ciudadanos para participar en los juegos de apuestas organizados en otros países de la Comunidad (apartado 57) y a quienes facilitaban el negocio de los oferentes instalados en esos territorios (apartado 58), en estos dos últimos supuestos bajo el rigor de sanción penal.[67]

102. Sorprende que, aun cuando la cuestión prejudicial derivaba de unas causas criminales contra los agentes del corredor de apuestas, el enfoque tuviera en cuenta la triple órbita personal reseñada.[68] Pero no hay que olvidar la función del Tribunal de Justicia ni el impacto *erga omnes* de sus sentencias prejudiciales, ya que podría encausarse a los meros apostantes; además, la empresa extranjera carece de la posibilidad de establecerse, de manera que desarrolla su cometido contratando con otros comerciantes, a quienes se inculpa por cumplir lo pactado.

66 — Apoyándose en la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 22.

67 — Korte, S., «Das Gambelli-Urteil des EuGH», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, p. 1449, escribe que estas amenazas por cooperar en actividades de gestión de apuestas se erigen en una barrera al mercado de servicios.

68 — Korte, S., ob. cit., p. 1451.

C. *Sobre la concurrencia de una justificación*

1. Planteamiento

103. Frente a lo que había sugerido el abogado general Sr. Alber en las conclusiones, la sentencia Gambelli examinó conjuntamente las cortapisas de la legislación italiana, precisando que, al margen de la libertad que se entienda conculcada, han de satisfacer ciertas condiciones: estar justificadas por pretextos imperiosos de interés general, ser adecuadas para garantizar la realidad de la finalidad propuesta, no exceder de lo imprescindible para alcanzar tal objetivo y aplicarse de modo no discriminatorio (apartado 65). [69]

104. Con mayor detalle que la sentencia Zenatti, la sentencia Gambelli dejó en manos del juez nacional la apreciación en concreto del respeto de dichas condiciones por la normativa italiana, aunque señalando unos parámetros en los que había de desenvolverse esa labor.

105. El Tribunal de Justicia debería haber especificado más y haberse pronunciado acerca del reflejo de las libertades comunitarias sobre las disposiciones nacionales, de acuerdo con lo sugerido por el abogado general, que había advertido de las dificultades que entrañaba para los órganos judiciales estatales la tarea encomendada. [70]

106. No dudo de que la sentencia Gambelli calibró el grado de minuciosidad que se podía permitir el Tribunal de Justicia sin exceder sus atribuciones, pero, con el antecedente de la sentencia Zenatti, que no evitó un nuevo reenvío, pecó de exceso de prudencia, pues contaba con los elementos suficientes para un análisis más profundo, que hubiera ahorrado el planteamiento de las cuestiones de autos. [71]

107. En este momento habría de darse el paso fallido y perfilar la respuesta para disipar la incertidumbre provocada, aunque la labor resulte más compleja, porque se ha de investigar si alguna causa puede legitimar los obstáculos a las libertades comunitarias

69 — Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32; y Gebhard, citada, apartado 37.

70 — Punto 116 de las conclusiones del abogado general Sr. Alber en el asunto Gambelli; en el punto 120 insiste en la idea, pues, cuando se conocen hechos bastantes para una apreciación del Tribunal de Justicia, nada debería obstar al ejercicio de la anhelada valoración.

71 — Brouwer, L., y Docquir, B., al comentar la sentencia Gambelli en *Revue de droit comercial belge*, nº 3, 2004, p. 314, punto 7, sostienen que el Tribunal de Justicia no dejaba lugar para la duda: aunque la apreciación de la compatibilidad correspondía en principio al tribunal remitente, claramente entendía que la legislación italiana no cumplía con las imposiciones para compaginarla con la comunitaria.

denunciados, evaluando su carácter discriminatorio, adecuado y proporcionado.

2. Las razones imperiosas de interés general

108. La sentencia Gambelli definió los motivos que justifican los impedimentos a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios negativa y positivamente, ya que rechazó «la disminución de ingresos fiscales» y «la financiación de actividades sociales mediante un gravamen sobre la recaudación procedente de los juegos autorizados» (apartados 61 y 62), [72] pero admitió «la protección de los consumidores», «la prevención del fraude y de la incitación a los ciudadanos al gasto excesivo en juegos», así como «la necesidad de soslayar perturbaciones en el orden social» (apartado 67).

109. La legislación italiana se apoya, según la Corte suprema di cassazione, en que, sometiendo las apuestas a vigilancia, se reduce la comisión de delitos. [73]

110. Para el Gobierno de Italia, el fundamento radica en la protección del orden público [74] y de los consumidores, también en la proscripción de los fraudes. [75]

111. El Tribunal de Justicia ha advertido de la contradicción en la que se incurre al intentar eludir el perjuicio que implica una acción fomentándola, [76] como sucede cuando el Estado mantiene una política de fuerte expansión del juego y de las apuestas, [77] por lo que la lucha contra el fraude

72 — El Tribunal de Justicia ha descartado como razones de orden público, en el sentido del artículo 46 CE, los objetivos de naturaleza económica (sentencias de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda, C-288/89, Rec. p. I-4007, apartado 11; y de 29 de abril de 1999, Ciola, C-224/97, Rec. p. I-2517, apartado 16, entre otras).

73 — Sentencia Gesualdi, ya indicada, apartado 11.2.3. En la doctrina, Beltrani, S., *La disciplina penale dei giochi e delle scommesse*, Giuffrè, Milán, 1999, p. 313, mantiene que el sistema se orienta, sobre todo, a la salvaguarda de los intereses financieros y fiscales del Estado; igualmente, Coccia, M., «"Rien ne va plus": la corte di giustizia pone un freno alla libera circolazione dei giochi d'azzardo», *Foro italiano*, 1994, p. 521.

74 — Apartado D), letra a), de las observaciones escritas depositadas en el asunto Placanica y en los asuntos Palazzese y Sorricchio.

75 — Apartado D), letra b), de las mismas observaciones.

76 — Sentencia Gambelli, apartados 68 y 69.

77 — En la sentencia Gesualdi, apartado 11.2.3, la Corte suprema di cassazione mencionó las loterías «Gratta e vinci», introducida en 1994 por el AAMS; «Totogol», lanzada por el CONI también en 1994; «SuperEnalotto», concedida a la sociedad Sisal en octubre de 1997; «Totosei», iniciada por el CONI en 1998; «Formula 101», regulada por un Decreto de agosto de 1999 y puesta en marcha por el Ministero dell'Economia en abril de 2000; «Totobingol», gestionada por el CONI a partir de enero de 2001; y «Bingo», autorizada por el Ministero dell'Economia en 2000.

parece la única disculpa de las restricciones controvertidas.

112. A este respecto, no se aportan mayores precisiones para comprender la incidencia de las conductas criminales en los juegos de azar, por ejemplo, la estafa o el lavado de dinero. [78]

113. La sentencia Läärä y otros, citada, sostuvo que «una autorización limitada» de las apuestas en una situación de exclusividad tiene 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 miras fraudulentas o criminales y de emplear lo recaudado con tal autorización para fines de utilidad pública (apartado 37). [79]

114. Pero, para acatar las normas comunitarias, no bastan razones poderosas que induzcan a regular el juego de una manera que, sin prohibirlo completamente, lo restrinjan de un modo particular, pues las medidas decretadas han de ser, también, igualitarias, adecuadas y proporcionadas.

3. La posible discriminación

115. La sentencia Gambelli no opinó sobre la vulneración del principio de no discriminación por la normativa italiana, [80] encargando al juez nacional esa valoración. [81]

116. El Tribunale di Teramo ha completado ahora los elementos de que dispuso aquella sentencia, ayudando a que el Tribunal de Justicia resuelva por sí mismo la cuestión, sin refugiarse en la excusa de que las reformas legales de 2003 han cambiado la situación en el país, ya que, a su entender, los efectos de esas modificaciones se han aplazado, probablemente hasta 2011, de manera que todavía perduran las secuelas del régimen anterior, con el subsiguiente reflejo en los procesos penales de que dimanan los reenvíos. Además, las alteraciones legislativas han afectado sólo a una de las piezas del sistema –la concesión–, no a las otras –la autorización y la sanción–.

78 — La prevención de la criminalidad supone para Buschle, D., «"Der Spieler" — Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts», *European Law Reporter*, nº 12, 2003, p. 471, un motivo de orden público y, al tiempo, una razón imperiosa de interés general.

79 — Las sentencias Zenatti, apartado 35; y Anomar y otros, apartado 74, reiteraron la idea.

80 — El abogado general Sr. Alber expone en los puntos 95 a 97 de las conclusiones varios argumentos que demuestran la infracción.

81 — Apartados 70 y 71.

117. A la luz de los datos obrantes en las actuaciones y de los que constan en las sentencias precedentes, se detecta un trato desigual en las concesiones y en las autorizaciones.

a) Las concesiones

118. Las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de la Comunidad no podían acudir a los concursos para la atribución de las concesiones. Las exigencias vinculaban a todos los interesados, incluidos los nacionales, [82] pero las empresas domiciliadas en otros territorios comunitarios se encontraban más expuestas a las trabas de la legislación italiana, [83] pues, si deseaban participar, tenían que adaptar su estructura interna, por lo que carecían de posibilidades reales de instalarse en ese país. [84]

119. Este desenlace se refuerza por la cicatería mostrada para otorgar concesiones, [85] no refrendada por las urgencias de la lucha contra la criminalidad, [86] pues, para las autorizaciones hay unos controles previos, pero para ser admitido a los procedimientos de adjudicación es suficiente una fianza que garantice el pago a la Hacienda pública de los derechos pertinentes. [87]

120. La desigualdad también incide en los intermediarios, a quienes se impide, bajo amenaza de sanción penal, prestar servicios a corredores establecidos en otro Estado miembro, que no pueden asentarse ni conseguir permisos para ejercer su actividad en Italia.

b) Las autorizaciones

121. Para el Tribunal de Justicia, un régimen de autorización administrativa previa no

82 — Sentencia Zenatti, apartado 26.

83 — Como recordaron las sentencias Schindler, apartado 43, y Anomar y otros, apartado 65, el derecho comunitario también proscribe una normativa nacional que, aunque no considere la nacionalidad, prohíbe u obstaculiza las actividades del prestador ubicado en otro Estado miembro, en el que provee servicios análogos. La sentencia Zenatti declaró en el apartado 27 que la legislación italiana impedía «a los operadores de otros Estados miembros, directa o indirectamente, proceder a la recogida de apuestas en el territorio italiano».

84 — Korte, S., ob. cit., p. 1450. A este respecto, al responder a una de las preguntas que le hice en la vista, el representante del Gobierno italiano confesó que eran ocho las empresas extranjeras que habían conseguido una concesión, en su mayoría por compra al adjudicatario.

85 — El CONI ofreció 1.000 concesiones en 1998; el ministro delle Finanze y el ministro per le Politiche Agricole, en el ámbito de sus competencias, licitaron 671 nuevas y renovaron automáticamente las 329 existentes. Esta última actuación ha motivado que la Comisión inicie un recurso por incumplimiento contra Italia –asunto C-260/04, pendiente en estos momentos–, al que ya me he referido.

86 — Las convocatorias para las concesiones de las apuestas hípicas efectuadas en el Decreto ministerial de 7 de abril de 1999, Approvazione del piano di potenziamento della rete di raccolta ed accettazione delle scommesse ippiche *(Gazzeta ufficiale della Repubblica italiana* nº 86, de 14 de abril de 1999), sugieren que la cantidad se determinó atendiendo a otros parámetros.

87 — Este apunte consta en el auto del Tribunale di Teramo planteando la cuestión prejudicial C-359/04.

legitima un comportamiento discrecional de las instancias nacionales que prive de eficacia a las normas comunitarias. [88] Ha de basarse, por un lado, en elementos objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de suerte que quede bien delimitado el ejercicio de la facultad de apreciación de esas instancias, con exclusión de toda arbitrariedad; y, por otro lado, en un sistema procedimental accesible que asegure a los interesados la tramitación de sus solicitudes en un plazo razonable, con neutralidad e imparcialidad. [89]

122. A primera vista da la impresión de que la autorización del artículo 88 del TULPS reúne los elementos reseñados, pero un análisis más detallado de los artículos 8 a 14 del propio TULPS revela un margen de discrecionalidad reñido con la objetividad, así, cuando el artículo 10 prevé la revocación en «caso de abuso de la persona autorizada», sin mayor precisión. [90] La ausencia del carácter reglado se deduce también de que no consta ni se infiere la exhaustividad de los criterios de denegación de esas autorizaciones.

123. Además, la autorización de policía presupone la concesión y asume los vicios de que adolezca, precisamente por su carácter previo.

4. La adecuación y la proporcionalidad

124. Las disposiciones italianas restringen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, en aras de un fin legítimo, pero son discriminatorias, lo que bastaría para inaplicarlas. Tampoco resultan idóneas para realizar los propósitos que pretenden ni proporcionadas al bien jurídico perseguido.

a) Las trabas al derecho de establecimiento

125. La exclusión de algunas formas societarias de la licitación para la adjudicación de concesiones se funda en la transparencia de las empresas, pero hay otras soluciones menos limitadoras y más respetuosas con el Tratado. [91] Como afirmó la sentencia Gambelli, «hay otros medios para controlar las

88 — Sentencias de 23 de febrero de 1995, Bordessa y otros (C-358/93 y C-416/93, Rec. p. I-361), apartado 25; de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros (C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821), apartados 23 a 28; de 20 de febrero de 2001, Analir y otros (C-205/99, Rec. p. I-1271), apartado 37; y de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473), apartado 90.

89 — Sentencia Smits y Peerbooms, citada, apartado 90.

90 — La Comisión menciona el artículo 11, párrafo segundo, del TULPS, que apodera para rechazar la autorización si no se acredita la buena conducta, pero la Corte constituzionale (tribunal constitucional), en sentencia de 16 de diciembre de 1994, nº 440, declaró la disconformidad de la frase con la Constitución, pues impone la carga de la prueba al interesado.

91 — Hoeller, B., y Bodemann, R., «Das "Gambelli"-Urteil des EuGH und seinen Auswirkungen auf Deutschland», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 125, alegan, con relación a la regulación alemana –en cierto modo semejante a la italiana–, que una normativa que no autoriza el acceso al mercado de apuestas a todas las empresas, indistintamente de su forma jurídica, debe considerarse una injerencia desproporcionada a la libertad de establecimiento.

cuentas y las actividades de dichas sociedades», [92] ratificando en este extremo las conclusiones del abogado general Sr. Alber, al indicar que cabe comprobar la integridad de las compañías, por ejemplo, recogiendo información sobre sus representantes o sus accionistas principales. [93]

126. Frente a estos argumentos, el Estado italiano no ha sopesado las medidas denunciadas, confrontándolas con otras, y no ha demostrado que sean las mejores alternativas para lograr el empeño que las guía.

b) Las limitaciones a la libre prestación de servicios

127. La imposibilidad virtual de que una empresa establecida en un Estado miembro desempeñe su comercio en otro, así como la prohibición de la intermediación y del uso de los servicios ofertados superan el listón de lo necesario para alcanzar las metas fijadas en la legislación nacional. [94]

128. Ignorar o silenciar los exámenes practicados y las garantías prestadas en otros países de la Unión con la excusa, esgrimida por la Corte suprema di cassazione, del carácter territorial de la habilitación retrasa la construcción europea y atenta contra sus pilares básicos, infringiendo el mandato del artículo 10 CE de abstenerse «de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado» y el principio de confianza recíproca que preside las relaciones intracomunitarias.

129. A este respecto, la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, [95] mantuvo que las autoridades del Estado destinatario han «de tener en cuenta los controles y las verificaciones ya efectuados en el Estado miembro de establecimiento» (apartado 47), reconociendo el principio de equivalencia, [96] y la de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments, [97] al tratar de prestacio-

92 — Apartado 74.

93 — Punto 99.

94 — Brouwer, L., y Docquir, B., ob. cit., p. 314, punto 8.

95 — Asunto 205/84, Rec. p. 3755.

96 — El abogado general Sr. La Pergola, en el punto 36 de las conclusiones del asunto en el que se dictó la sentencia Läärä y otros, llama la atención sobre este criterio, aunque luego el Tribunal de Justicia no lo mencionó.

97 — Asunto C-384/93, Rec. p. I-1141; especialmente, apartados 46 a 49.

nes por teléfono a destinatarios potenciales de otros países miembros, aludió implícitamente al principio de eficiencia.

130. Ambos principios me inducen a compartir la opinión del abogado general Sr. Alber en el punto 118 de las conclusiones del asunto Gambelli, cuando aduce que los juegos de azar están regulados por ley en todos los Estados miembros y que los motivos de esta regulación normalmente concuerdan. [98] De este modo, si un organizador de otro Estado miembro cumple los requisitos vigentes en su legislación, las autoridades del Estado en el que se presta el servicio deberían entender que es garantía suficiente de su integridad. [99]

131. La propia Corte suprema di cassazione relató que la compañía británica por cuya cuenta actúan los encausados italianos fue autorizada a operar por decisión del Betting Licensing Committee de Liverpool con base en el Betting Gaming and Lotteries Act (Ley de Apuestas y Loterías) 1963, paga las tasas sobre las apuestas (General Betting Duty) y está bajo la vigilancia del fisco inglés (Inland Revenues and Custom & Excise), de auditores privados y de los órganos supervisores de las sociedades que cotizan en bolsa.

132. En estas circunstancias, sobre las que pasan de puntillas la mayor parte de los Estados que han depositado observaciones en este proceso prejudicial, parece claro que las autoridades británicas están mejor situadas que las italianas para comprobar la legalidad de las actividades, no vislumbrándose argumentos que aconsejen un doble control. [100] La sentencia de 25 de julio de 1991, Säger, [101] toleró los impedimentos a la libre prestación de servicios por interés general, siempre «que dicho interés no se halle salvaguardado ya por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado donde se encuentra establecido» (apartado 15).

133. Por lo que se refiere a los intermediarios, han obtenido del Ministero dei Comunicazioni (ministerio de comunicaciones) las autorizaciones precisas para transmitir datos por vía telemática, para lo que han de inscribirse en la cámara de comercio, conseguir el certificado *nulla osta antimafia* y carecer de antecedentes penales, sometiéndose a la fiscalización de las instancias

98 — Este extremo se detalla en los primeros puntos de las conclusiones del abogado general Sr. Gulmann en el asunto en el que recayó la sentencia Schindler, citada.

99 — En un plano más amplio, el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo — Estado del mercado interior de servicios (Informe elaborado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios) [COM(2002) 441 final], especialmente pp. 36 y ss.

100 — Para Schütz, H.-J., Bruha, T., y König, D., *Europarecht Casebook*, Múnich, 2004, p. 752, la introducción por un Estado miembro de condiciones más estrictas exige un riguroso examen de la proporcionalidad, especialmente en lo concerniente a la prueba de que no hay medidas menos limitadoras.

101 — Asunto C-76/90, Rec. p. I-4221.

nacionales correspondientes. Con todo, se ven impedidos de prestar servicios en nombre de una sociedad legalmente establecida en otro Estado miembro.

5. Las normas penales

134. Las conductas sancionadas en el artículo 4, apartados 4 *bis* y 4 *ter*, de la Ley nº 401/89 parten de la ejecución sin habilitación de actividades relacionadas con las apuestas. Constituyen el corolario del sistema, que ha diseñado el legislador italiano, habiéndose dotado de un amplio margen de discrecionalidad, desde la permisibilidad a la prohibición, [102] de manera que, atendiendo a los aspectos debatidos, al nivel de protección que estima pertinente y a las peculiaridades del país, se decanta por un grado de protección determinado. Pero la opción ha de respetar el derecho comunitario. [103]

135. No se trata, por tanto, de cuestionar el *ius puniendi* del Estado, que está en la mejor situación para apreciar la virtualidad, la adecuación y la capacidad de una reacción represiva, [104] sino de que, cuando el castigo reprime una acción contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad, la coacción se revela, *a fortiori*, [105] igualmente vulneradora, pues unas y otras normas son piezas de un engranaje que ha de acoplarse a otro superior y no compartimentos estancos. Al Tribunal de Justicia no le corresponde escoger, [106] pero sí ha de verificar que la elección se compadezca con el derecho comunitario.

136. En un plano global, llama la atención que el artículo 4 de la Ley nº 401/89 imponga una pena mayor si se incide en las apuestas reservadas al Estado, al CONI, a la UNIRE o a sus concesionarios, circunstancia que guarda escasa relación con la prevención del crimen y se aviene más con el incentivo económico que el juego significa para las arcas del Estado.

137. No obstante, también hay que detenerse en la proporcionalidad de las sanciones, en los términos recogidos en la senten-

102 — Sentencias Schindler, apartado 61; Läärä y otros, apartado 35; Zenatti, apartado 33; y Anomar y otros, apartados 79 y 87, ya citadas.

103 — Como indica el abogado general Sr. La Pergola en el punto 34 de las conclusiones del asunto en el que se dictó la mencionada sentencia Läärä y otros, «aunque sean discrecionales, las medidas restrictivas elegidas siguen estando sometidas a control jurisdiccional; en efecto, su carácter apropiado a las exigencias de interés público puede ser objeto de control por parte del órgano jurisdiccional competente para aplicarlas, que deberá tener en cuenta, al realizar dicho examen, los criterios de justificación –incluido el de proporcionalidad– desarrollados en la jurisprudencia comunitaria con respecto a los límites que han de circunscribir legalmente el ejercicio de los derechos y las libertades derivados del Tratado». Lo que, como he expresado, no excluye la verificación por el Tribunal de Justicia.

104 — Así lo expongo en el punto 48 de las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo (C-176/03, todavía no publicada en la Recopilación).

105 — Recojo la expresión utilizada por el abogado general Sr. Alber en los puntos 97 y 99 de las conclusiones del asunto Gambelli.

106 — Sentencia Schindler, mencionada, apartado 32.

cia Gambelli, en especial en los apartados 72 y 73, que distinguió entre el apostador y el intermediario.

138. Para el apostador, recomendó al juez nacional ponderar las penas infligidas a quienes remitan los envites desde su domicilio en Italia, a través de Internet, con un corredor asentado en otro Estado miembro, valorando el fomento de la participación en los juegos organizados por entidades nacionales autorizadas, para lo que invocó varias sentencias. [107]

139. En lo que atañe al intermediario, encargó también al órgano judicial remitente evaluar si los correctivos excedían lo necesario para luchar contra el fraude, pues el prestador de los servicios estaba sujeto a un régimen de control y de sanciones en el Estado miembro de establecimiento.

140. La Corte suprema di cassazione no ha resuelto la tarea encomendada, con el pretexto de tenerla vedada. Sorprende que, pese a detectar los tres elementos fundamentales del régimen jurídico italiano sobre la gestión de apuestas, para tomar su decisión, se detenga sólo en la autorización, excluyendo en su totalidad el estudio de la sanción y analizando parcialmente la concesión.

141. En este trance, el Tribunal de Justicia debería pronunciarse, pues posee todos los datos precisos al efecto, y proclamar, sin ningún rubor, que un castigo que comprende la privación de libertad hasta tres años resulta desproporcionado a las circunstancias descritas a lo largo de estas conclusiones, en particular, las referentes al bien jurídico protegido con los tipos penales y las de la propia actuación del Estado incentivando el juego. [108]

142. Además, la condena arrastra unos antecedentes a quien la sufre que, conforme a los artículos 11 y 14 del TULPS, impiden la expedición de la preceptiva autorización de policía, imposibilitando el ejercicio de toda actividad relacionada con las apuestas.

107 — Sentencias de 29 de febrero de 1996, Skanavi y Chryssanthakopoulos (C-193/94, Rec. p. I-929), apartados 34 a 39; y de 25 de julio de 2002, MRAX (C-459/99, Rec. p. I-6591), apartados 89 a 91.

108 — Korte, S., ob. cit., p. 1451, expresa serias dudas sobre la utilidad de las sanciones penales, al constatar la política expansiva sobre el juego en Italia; Mignone, C.I., «La Corte di giustizia si pronuncia sul gioco d'azzarso nell'era di Internet», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 401, se interroga sobre la proporción entre los intereses protegidos y la libertad personal que se sacrifica; Hoeller, B., y Bodemann, R., ob. cit., p. 125, en el derecho alemán, opinan que la desproporción se manifiesta en que el Estado socava sus propios objetivos.

143. Tampoco ha de olvidarse que se incide en libertades comunitarias fundamentales, por lo que cualquier excepción ha de interpretarse de manera restrictiva, [109] y que una pena de prisión obstaculiza la libre circulación de personas. [110]

D. *Indicación final*

144. La ausencia de derecho derivado aplicable a los juegos de azar exige una solución de las cuestiones prejudiciales desde el derecho originario, aunque, a la vista de las esferas afectadas, sería conveniente una armonización de la materia en los ámbitos competenciales de la Comunidad, para la que no han faltado oportunidades.

145. Hubo un primer intento en 1991, cuando la Comisión, sobre la base del estudio «Gambling in the single market: a study of the current legal and market situation», [111] pretendió que la regulación del juego se sometiera al régimen del mercado común; mas no siguió adelante por las reticencias de algunos Estados miembros. [112]

146. Otra ocasión surgió con la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, [113] pero excluyó expresamente «las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas loterías y apuestas» [artículo 1, apartado 5, letra d), tercer guión].

147. Actualmente se discute la propuesta de una importante Directiva sobre los servicios, [114] donde se quiere crear un marco jurídico «para facilitar el ejercicio de la

109 — Entre otras, sentencia de 19 de enero de 1999, Calfa (C-348/96, Rec. p. I-11), apartado 23, refiriéndose, concretamente, a la salvedad de «orden público».

110 — Sentencias de 3 de julio de 1980, Pieck (157/79, Rec. p. 2171), apartado 19; de 12 de diciembre de 1989, Messner (C-265/88, Rec. p. 4209), apartado 14; y Skanavi y Chryssanthakopoulos, citada, apartado 36.

111 — Oficina de publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991. Fue comentado por el abogado general Sr. Gulmann en las conclusiones del asunto en que recayó la sentencia Schindler, citada.

112 — Coccia, M., ob. cit., p. 524. La Comisión alegó el principio de subsidiariedad para paralizar la iniciativa (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992, anexo 2 de la parte A: «Subsidiariedad — Ejemplos de reexamen de propuestas pendientes y de legislaciones vigentes», aparecidas en la publicación periódica llamada *Boletín de las Comunidades Europeas*, nº 2, 1992).

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

114 — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior [COM(2004) 2 final].

libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios» (artículo 1), que afectaría a los juegos de azar (artículo 2, *a contrario sensu),* aunque contempla un periodo transitorio, en el que el «principio del país de origen» [115] no rige «las actividades de juegos por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías y las operaciones relacionadas con las apuestas» [artículo 18, apartado 1, letra a)], respecto de las que se prevé la posible armonización complementaria, «a la luz de un informe de la Comisión y de una amplia consulta con las partes interesadas» (artículo 40), [116] dada la trascendencia de lo que se ha de debatir. [117]

148. Si se lograra esta concertación en la Comunidad, se resolverían muchos de los problemas de las apuestas por Internet. Mientras tanto, las medidas que se adopten unilateralmente han de analizarse desde la óptica del Tratado. [118]

149. Por lo demás, la dimensión transfronteriza de estos juegos excede el ámbito territorial de la Unión Europea, como acreditan los roces en el seno de la Organización Mundial de Comercio, [119] cuyos pactos, en particular, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, inciden en el derecho comunitario si está involucrado un tercer Estado, lo que no sucede en los supuestos de autos.

115 — Con arreglo a este principio, el prestador del servicio queda sujeto únicamente a la ley del Estado miembro en el que está domiciliado, que se encarga del control también cuando la actividad se desarrolla en otro país comunitario (artículo 16).

116 — No se me escapa que la liberación del sector dista de ser pacífica. Por ejemplo, Ohlmann, W., «Lotterien, Sportwetten, der Lotteriestaatsvertrag und Gambelli», *Wettbewerb in Recht und Praxis,* nº 1, 2005, pp. 55 y 58, sostiene que no ha de existir competencia; Walz, S., «Gambling um Gambelli? — Rechtsfolgen der Entscheidung Gambelli für das staatliche Sportwettenmonopol», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,* 2004, p. 524, muestra reticencias a la validez de las autorizaciones extranjeras; y Campegiani, C., y Pati, C., «Il sistema di monopolio statale delle scommesse e la sua compatibilità con la normativa comunitaria in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (arts. 43 e 49 CE)», *Giustizia civile,* 2004-1, p. 2532, justifican una disciplina estatal de la gestión del juego. A favor de la creación de un mercado liberalizado, bajo el control de una legislación supra o internacional con reglas estrictas para prevenir el crimen, se inclina Geeroms, S., «Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services?», *Cross-Border Gambling on the Internet — Challenging National ant International Law,* Zúrich/Basilea/Ginebra, 2004, p. 180.

117 — Buschle, D., ob. cit., p. 471, apunta que, en Alemania, hay entre 90.000 y 500.000 adictos a los juegos de azar, las dos terceras partes hombres con ingresos bajos. Según el periódico *El País,* transcribiendo datos de la consultora Christiansen Capital Advisors, hay entre 1.800 y 2.500 sitios en Internet dedicados a los juegos de azar, que facturan más de 8.200 millones de dólares en todo el mundo, cifra que ascenderá a 23.500 millones en 2009 *(Ciberpaís,* 13 de octubre de 2005).

118 — El debate, por el momento, recorre su camino. Los tribunales franceses se han enfrentado recientemente a unos escollos similares a los de sus colegas italianos con motivo de apuestas hípicas gestionadas en Internet por la empresa Zeturf, matriculada en Malta; la Cour d'appel (tribunal de apelación) de París, en sentencia de 4 de enero de 2006, ha confirmado la sentencia del Tribunal de grande instance (tribunal de gran instancia) de París y, sin haber dirigido una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, ha afirmado la compatibilidad de la legislación nacional con la comunitaria, lo que ya ha arrancado las primeras críticas (Verbiest, T., «Paris hippiques en ligne: la Cour d'appel de Paris confirme la condamnation de Zeturf», *Droit et Nouvelles Technologies,* http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1150).

119 — Por ejemplo, el enfrentamiento entre Estados Unidos y Antigua, que se ha zanjado con el informe del Órgano de Apelación de la referida Organización, Estados Unidos — Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, WT/DS285/AB/R, adoptado el 7 de abril de 2005.

VIII. Conclusión

150. En atención a todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale di Teramo y por el Tribunale di Larino, declarando que:

«Los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prohíbe, sancionando con penas de hasta tres años de privación de libertad, recoger, aceptar, registrar o transmitir apuestas, sin concesión ni autorización del Estado miembro de que se trate, por cuenta de una empresa, a la que no se permite obtenerlas para prestar tales servicios en ese país, pero que posee una habilitación para desempeñarlos, expedida por otro Estado miembro, en el que se halla establecida.»