Asunto C-272/91 R

Comisión de las Comunidades Europeas
contra
República Italiana

«Concesión del sistema de automatización del juego de la lotería»

Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 1992 ..... I - 457

Sumario del auto

Procedimiento sobre medidas provisionales — Medidas provisionales — Requisitos para su concesión — Fumus boni juris — *Perjuicio grave e irreparable — Ponderación del conjunto de intereses contrapuestos — Consideración de una sentencia que declare un incumplimiento y que haya tenido un objeto similar al incumplimiento denunciado*
(Tratado CEE, art. 186)

AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 31 de enero de 1992 *

En el asunto C-272/91 R,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. A. Aresu y R. Pellicer, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Roberto Hayder, representante del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandante,

* Lengua de procedimiento: italiano.

contra

República Italiana, representada por el Profesor Luigi Ferrari Bravo, Jefe del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Ivo M. Braguglia, avvocato dello Stato, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Italia, 5, rue Marie-Adélaïde,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda de medidas provisionales por la que se pide que se ordene a la República Italiana que adopte las medidas necesarias para suspender la ejecución de la adjudicación relativa a la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

Auto

1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de octubre de 1991, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, un recurso con el fin de que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977 L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), tal como fue modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 (DO L 127, p. 1), al no comunicar para su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* en primer lugar a principios del año 1990, un anuncio que recogiera la totalidad de los contratos públicos que el ministero delle Finanze se proponía adjudicar durante dicho año, y posteriormente, en el mes de noviembre de 1990, un anuncio relativo

a la licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería, y al reservar la participación en dicha licitación tan sólo a las entidades, sociedades, consorcios o asociaciones cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, registre una participación pública mayoritaria.

2 Por otra parte, mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el mismo día, con arreglo al artículo 186 del Tratado CEE y al artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, la Comisión formuló una demanda de medidas provisionales con el fin de que se ordene a la República Italiana la adopción de las medidas necesarias para suspender la eficacia jurídica del decreto del ministro delle Finanze de 14 de junio de 1991, que adjudica el contrato público de referencia o los efectos jurídicos del contrato que, en su caso, se celebre con posterioridad.

3 La parte demandada presentó sus observaciones escritas sobre la demanda de medidas provisionales el 31 de octubre de 1991. Las explicaciones orales de las partes fueron oídas el 2 de diciembre de 1991.

4 En la vista, la parte demandada presentó dos documentos y se requirió a las partes para que presentaran las observaciones adicionales a que dieran lugar dichos documentos. La Comisión presentó observaciones el 9 de diciembre y la parte demandada el 16 de diciembre de 1991.

5 Antes de examinar la fundamentación de la demanda de medidas provisionales, procede recordar brevemente los antecedentes de hecho.

6 El 13 de noviembre de 1990, el ministero delle Finanze procedió a publicar en la prensa italiana un anuncio de licitación relativa a un concurso para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería.

7 Se deduce de los autos que el juego de la lotería es gestionado por la Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, dependiente del ministero delle Finanze. En dicho juego los jugadores apuestan a una o varias cifras en sorteos semanales. Las apuestas se recogen en establecimientos receptores autorizados (en particular en expendedurías de tabaco), y todos los sábados se celebra un sorteo en cada una de las diez zonas de sorteo («ruote») en que se divide el territorio italiano. Una apuesta puede referirse al sorteo de la zona en que se halla el establecimiento receptor, o bien a los sorteos de la totalidad de las zonas. Los premios, cuyos importes se determinan en particular en función de la recaudación, según un método de cálculo establecido por la legislación italiana, se pagan en el establecimiento receptor o, con respecto a los premios que excedan de una determinada cantidad, en las oficinas locales del ministero delle Finanze.

8 Según el anuncio de licitación, el sistema de automatización del juego, a cuya concesión se refiere el contrato público, abarca los locales, suministros, instalación, mantenimiento, funcionamiento, transmisión de datos, así como cualquier otro elemento necesario para la explotación del servicio del juego de lotería.

9 Según el anuncio de licitación, el plazo de la concesión se limita a nueve años y, a su vencimiento, la totalidad del sistema automatizado, incluidos los locales, aparatos, terminales de establecimientos receptores, instalaciones, estructuras, programas, archivos y cualquier otro elemento necesario para el funcionamiento, gestión y explotación del sistema debe ser puesto gratuitamente a la disposición exclusiva de la Administración.

10 Se precisa que la concesión consta de tres fases: una primera fase de suministro, instalación y experimentación efectuados paralelamente con el sistema manual, al que se pone término con la puesta en servicio del sistema automatizado en una zona de sorteo, una segunda fase que consiste en la ampliación del sistema a la totalidad de las zonas de sorteo y, por último, una tercera fase de pleno rendimiento que consiste en un aumento progresivo del número de establecimientos receptores. Las ofertas deben indicar los plazos para la realización de cada una de dichas fases.

11 El concesionario del sistema automatizado no tendrá derecho a remuneración alguna durante la primera fase, sin embargo percibirá un porcentaje de los ingresos brutos de las apuestas registradas automáticamente durante las fases segunda y tercera. Las ofertas deben indicar el porcentaje correspondiente.

12 Por otra parte, el anuncio de licitación precisaba los criterios económicos y técnicos según los cuales serían seleccionadas las entidades o las empresas que desearan ser convocadas a licitar.

13 Sin embargo, según el anuncio de convocatoria, la participación en el contrato público quedaba reservada a las entidades, sociedades o consorcios, así como a los grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público, debiendo tener en cuenta el ministero delle Finanze la naturaleza y la importancia particular de la explotación automatizada del juego de la lotería que, gestionado en el ámbito de los monopolios fiscales a fin de obtener el máximo de ingresos, requiere garantías especiales así como una confianza y una seguridad absolutas en la instalación y explotación del sistema.

14 Se convocó a tres entidades o empresas a participar en el contrato público. Mediante decreto del ministro delle Finanze de 14 de junio de 1991, se adjudicó la concesión al consorcio Lottomatica.

15 Desde el 8 de abril de 1991, la Comisión remitió a las autoridades italianas un escrito de requerimiento seguido el 2 de septiembre de 1991 de un dictamen motivado. En éste la Comisión hace constar especialmente que la reserva del contrato público de referencia tan sólo a favor de las sociedades o entidades cuyo capital social sea mayoritariamente público, en la medida en que esta limitación favorece a las empresas italianas, infringe los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y constituye una medida de efecto equivalente prohibida por el artículo 30 del Tratado. A este respecto, la Comisión recuerda a las autoridades italianas que en su sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035), el Tribunal de Justicia consideró que, al reservar la posibilidad de celebrar convenios para la elabora-

ción de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública únicamente a las sociedades con una participación pública mayoritaria, la normativa italiana era contraria a los artículos 52 y 59 del Tratado CEE, y condenó a la República Italiana por haber incumplido sus obligaciones. Según parece, las autoridades italianas no han adoptado todavía las medidas necesarias para la ejecución de dicha sentencia y, por tal motivo, la Comisión inició un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 171 del Tratado CEE.

16 En su respuesta al dictamen motivado, las autoridades italianas alegan, en particular, que el contrato público de que se trata no tiene las características de los contratos públicos a que se refiere la citada sentencia del Tribunal de Justicia. En efecto, estos últimos se referían al suministro de sistemas informáticos, cuyo suministrador debe asegurar asimismo la gestión, pero como servicio prestado a la Administración, mientras que el contrato público controvertido tiene por objeto una concesión por la que la Administración confía a un tercero el ejercicio de una actividad que compete a la autoridad pública, a saber: el registro de las apuestas de la lotería. Ahora bien, conforme al artículo 55 del Tratado CEE, lo dispuesto en los artículos 52 y 59 no es aplicable a las actividades relacionadas, en los Estados miembros, con el ejercicio del poder público.

17 Debe recordarse que, en virtud del artículo 186 del Tratado CEE, el Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo.

18 Según el apartado 2 del artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, la resolución que ordene medidas provisionales como las solicitadas está supeditada a la existencia de circunstancias que den lugar a la urgencia y requiere la alegación de los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista su concesión. Conforme a jurisprudencia reiterada, el carácter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relación con la necesidad de resolver provisionalmente, a fin de evitar que se cause un perjuicio grave e irreparable a la parte que solicita dichas medidas.

19 Procede examinar si se cumplen dichos requisitos en el caso de autos.

20 En lo que atañe, en primer lugar, al requisito del *fumus boni juris*, alega la Comisión que la infracción de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE es patente y que el caso de autos es enteramente similar al que dio lugar a la citada sentencia de 5 de diciembre de 1989. Concretamente, no puede considerarse que la concesión del sistema de automatización de referencia implique el ejercicio del poder público a efectos del párrafo primero del artículo 55 del Tratado. Según la Comisión, el Gobierno italiano formuló la misma alegación en relación con los convenios para la elaboración de sistemas informáticos para la Administración pública, objeto de la sentencia de 5 de diciembre de 1989. A este respecto, señala que el Tribunal de Justicia reiteró que la excepción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, prevista en el artículo 55 del Tratado, debe limitarse a las actividades que, por sí mismas, suponen una participación directa y específica en el ejercicio del poder público y declaró que no es éste el caso de las actividades relativas a la concepción, los programas y la gestión de sistemas informáticos, que son actividades de carácter técnico.

21 La parte demandada alega que la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería supone un verdadero traspaso de poderes públicos al concesionario y no puede asimilarse a un contrato de suministro de bienes y prestación de servicios. La remuneración del concesionario mediante un porcentaje de los ingresos es incompatible con semejante asimilación. Con arreglo a la legislación italiana, el juego de la lotería se halla estrictamente reservado al Estado, y, por ello, cualquier operación relativa al juego está comprendida en el ejercicio de los poderes públicos, los cuales, a los efectos del párrafo primero del artículo 55 del Tratado, pueden consistir no sólo en poderes de decisión, sino también en poderes de organización, inspección y certificación. El programa técnico relativo a la licitación, presentado por la parte demandada en el acto de la vista, deja constancia de las facultades que la concesión transmite al concesionario. Se trata especialmente de la recepción de apuestas, puesto que, para ser válidos, los billetes de lotería deben ser expedidos por las terminales del concesionario, instaladas en los establecimientos receptores, y de la determinación de los billetes ganadores efectuada por los centros de elaboración del concesionario en cada zona de sorteo.

22 En primer lugar, procede destacar que, a primera vista, no parece que el establecimiento del sistema de automatización de que se trata deba suponer alteración alguna de las diferentes operaciones inherentes al juego de la lotería, tal como tienen lugar actualmente, según la descripción que se hace de las mismas en el programa técnico que presentó la parte demandada. A primera vista, no se transmite al con-

cesionario la responsabilidad de ninguna de dichas operaciones. Por lo tanto, los establecimientos receptores siguen siendo responsables de la recepción de apuestas, limitándose la función del terminal del concesionario al registro, control automático y transmisión de los datos que resulten de las manipulaciones del responsable del establecimiento receptor, el cual, según el programa técnico, en caso de error, debe estar en condiciones de corregir el registro e incluso de anular un billete expedido por el terminal. Lo mismo puede decirse en cuanto a la determinación de los billetes ganadores, siendo responsable del control y la validación de dichos billetes la comisión de zona, órgano administrativo.

23 En segundo lugar, debe subrayarse que, a primera vista, las prestaciones que corresponden al concesionario del sistema de automatización del juego de la lotería no parecen diferenciarse de las prestaciones que se recogen en los convenios para la elaboración de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública considerados en la citada sentencia de 5 de diciembre de 1989. En ambos casos se trata de la concepción de sistemas informatizados, del suministro del material y de los programas necesarios, así como de la gestión de dicho sistema. Es cierto que el sistema de automatización del juego de la lotería sólo pasa a ser propiedad del Estado al término de la concesión que se haya establecido, y que la remuneración del concesionario consiste en una participación en los ingresos que se obtengan de la explotación del sistema, sin embargo, a primera vista, estas circunstancias parecen carecer de pertinencia en relación con las normas de Derecho comunitario invocadas.

24 Por consiguiente, procede declarar que, teniendo en cuenta la citada sentencia de 5 de diciembre de 1989, en este momento procesal, el recurso de la Comisión no está desprovisto de fundamento y cumple el requisito del *fumus boni juris.*

25 En lo que atañe, además, al requisito relativo a la urgencia, la Comisión alega que no puede esperar el final del litigio principal sin sufrir un perjuicio grave e irreparable, por su condición de Institución encargada de velar por la aplicación del Tratado. Cuando el Tribunal de Justicia resuelva este litigio, hará tiempo que se habrá establecido el sistema de automatización del juego de la lotería y la Comisión no tendrá más remedio que aceptar este hecho consumado a pesar de haberse producido una flagrante violación del Derecho comunitario. A fin de que la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia pueda tener eficacia, será preciso acordar medidas provisionales.

26 La parte demandada señala a este respecto que el contrato de concesión con el consorcio Lottomatica fue firmado el 22 de noviembre de 1991, que la primera fase de la concesión debe finalizar el 1 de abril de 1992, y que la segunda fase termina el 31 de diciembre de 1992. Alega que la puesta en servicio del sistema de automatización representará una mejora considerable del juego, que es el único medio de acabar con el juego clandestino, que tiene actualmente una gran difusión. La pérdida de ingresos por parte del Estado en caso de que no se pusiera en funcionamiento el sistema de automatización podría calcularse en 500.000 millones de LIT por año. De este modo, la desaparición del juego clandestino y los elevadísimos ingresos de carácter fiscal derivados de la automatización del juego, en opinión de dicha parte demandada, deben ponderarse con el interés de la Comisión en asegurar el cumplimiento de normas precisas del Tratado.

27 Como alega la Comisión, debe señalarse al respecto que, si prospera el recurso principal, la sentencia carecería de eficacia a falta de medidas provisionales.

28 En lo tocante a la ponderación de intereses, procede destacar que el interés de la parte demandada en completar la rápida automatización del juego de la lotería debe contrastarse con el interés que, en su condición de garante de los Tratados, tiene la Comisión en impedir que se infrinjan las normas fundamentales de éstos. Habida cuenta, especialmente, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1989, el interés de la Comisión debe prevalecer sobre el del Estado miembro de que se trate.

29 En consecuencia, cumpliéndose asimismo el requisito relativo a la urgencia, procede acordar las medidas provisionales solicitadas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE

resuelve:

1) **Ordenar a la República Italiana que adopte las medidas necesarias para suspender los efectos jurídicos del decreto del ministro delle Finanze de 14 de junio de 1991 por el que se adjudica la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería y la ejecución del contrato celebrado para tal fin con el consorcio Lottomatica.**

2) **Reservar la decisión sobre las costas.**

Dictado en Luxemburgo, a 31 de enero de 1992.

El Secretario

J.-G. Giraud

El Presidente

O. Due