SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 9 de septiembre de 2010 *

En el asunto C-64/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landesgericht Linz (Austria), mediante resolución de 23 de enero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 19 de febrero de 2008, en el procedimiento penal contra

Ernst Engelmann,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. J.-C. Bonichot, Presidente de Sala, y la Sra. C. Toader y los Sres. K. Schiemann (Ponente), P. Kūris y L. Bay Larsen, Jueces;

Abogado General: Sr. J. Mazák;
Secretario: Sr. K. Malacek, administrador;

* Lengua de procedimiento: alemán.

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de enero de 2010;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre del Sr. Engelmann, por los Sres. P. Ruth y T. Talos, Rechtsanwälte, y por el Sr. A. Stadler;

— en nombre del Gobierno austriaco, por la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno belga, por la Sra. L. Van den Broeck, en calidad de agente, asistida por los Sres. P. Vlaemminck y A. Hubert, advocaten;

— en nombre del Gobierno helénico, por las Sras. A. Samoni-Rantou, M. Tassopoulou, O. Patsopoulou y E.-M. Mamouna, en calidad de agentes;

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

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

— en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. P. Dejmek, posteriormente por los Sres. E. Traversa y H. Krämer, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 23 de febrero de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 CE y 49 CE.

2 Dicha petición se presentó en el marco de un procedimiento penal tramitado contra el Sr. Engelmann por inobservancia de la legislación austriaca sobre la explotación de los establecimientos de juego.

Marco jurídico

3 Los juegos de azar están regulados en Austria por la Ley federal de juegos de azar (Glücksspielgesetz), según su versión publicada en el Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich 620/1989 (en lo sucesivo, «GSpG»).

4 Según los trabajos preparatorios de la GSpG, esta Ley se propone regular los juegos de azar, por una parte, y por otra persigue un objetivo de naturaleza fiscal.

5 En lo que respecta al objetivo de regulación de los juegos de azar, la parte general de las notas explicativas de la GSpG expone que, idealmente, una prohibición total de los juegos de azar sería la regulación más juiciosa, pero que, habida cuenta del hecho bien sabido de que la pasión por el juego parece sin embargo inherente al hombre, es mucho más juicioso canalizar esta pasión en interés del individuo y de la sociedad. La citada parte general precisa que, de este modo, se consiguen dos objetivos, a saber, se previene que los juegos de azar se desvíen a la ilegalidad, como puede observarse en los Estados que prohíben totalmente dichos juegos, y al mismo tiempo se permite que el Estado conserve la posibilidad de supervisar los juegos de azar explotados sobre una base legal, supervisión que debe tener como principal objetivo la protección del jugador.

6 Desde el punto de vista fiscal, las referidas notas explicativas señalan un interés del Estado federal en poder obtener los mayores ingresos posibles del monopolio sobre los juegos de azar, por lo que, al adoptar la normativa sobre los juegos de azar, al mismo tiempo que respeta y protege el objetivo de regular esos juegos, el Gobierno federal debe procurar que éstos se practiquen de tal manera que ese monopolio le aporte los mayores ingresos posibles.

7 El artículo 3 de la GSpG establece un «monopolio estatal» en materia de juegos de azar, señalando que la potestad de organizar y explotar esos juegos se reserva en principio al Estado, salvo que la propia Ley disponga lo contrario.

8 En virtud del artículo 21, apartado 1, de la GSpG el Ministro Federal de Hacienda está autorizado para otorgar el derecho de organizar y explotar juegos de azar mediante concesiones de explotación de establecimientos de juego. El número de las concesiones que pueden otorgarse se limitó a doce en total, y por cada territorio municipal sólo se puede adjudicar una concesión.

9 Las condiciones de otorgamiento de las concesiones de explotación se determinan en el artículo 21, apartado 2, de la GSpG. En él se precisa en particular que el concesionario debe ser una sociedad anónima que tenga su domicilio social en Austria, cuyo capital básico debe ser al menos de 22 millones de euros, y que ese concesionario debe ofrecer a las autoridades públicas locales, en función de las circunstancias, las mejores perspectivas de obtención de rendimientos fiscales óptimos, con observancia de las reglas previstas por la GSpG sobre la protección de los jugadores.

10 En virtud del artículo 22 de la GSpG la duración de una concesión no puede ser superior a quince años.

11 Según el artículo 31, apartado 1, de la GSpG, el Ministerio Federal de Hacienda dispone de una potestad general de supervisión sobre el concesionario. A tal efecto, puede consultar las cuentas de éste, y para el ejercicio de la potestad de supervisión sus agentes pueden acceder a los locales comerciales del concesionario. Además, en virtud del artículo 31, apartado 2, ese Ministerio delega en un comisario estatal de la sociedad concesionaria. Conforme al citado artículo 31, apartado 3, las cuentas anuales verificadas deben presentarse además al Ministro Federal de Hacienda en un plazo de seis meses desde el cierre del ejercicio.

12 La organización de juegos de azar por una persona que no sea titular de una concesión de explotación, y la participación comercial en juegos organizados en esas condiciones, pueden ser objeto de persecución en vía penal. El artículo 168 del Código

penal austriaco (Strafgesetzbuch, en lo sucesivo, «StGB»), sanciona a «quien organice un juego formalmente prohibido o cuyo resultado favorable o desfavorable dependa exclusiva o principalmente del azar, o promueva una reunión para la organización de ese tipo de juego con el fin de obtener un beneficio económico de dicha organización o reunión o de procurar tal beneficio a un tercero».

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

13 Casinos Austria AG posee actualmente las doce concesiones de explotación de establecimientos de juego previstas en el artículo 21 de la GSpG.

14 Esas concesiones se habían otorgado inicialmente a dicha sociedad mediante una resolución administrativa de 18 de diciembre de 1991, con una duración máxima de quince años.

15 Posteriormente, las concesiones de explotación de los seis establecimientos de juego de Bregenz, Graz, Innsbruck, Linz, Salzburgo y Viena se renovaron anticipadamente por quince años con efecto desde el 1 de enero de 1998, de modo que terminarán el 31 de diciembre de 2012. De igual forma, las concesiones de los seis establecimientos de juego de Baden, Bad Gastein, Kitzbühel, Kleinwalsertal, Seefeld y Velden se renovaron por quince años con efecto desde el 1 de enero de 2001 y terminarán en consecuencia el 31 de diciembre de 2015.

16 En respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, el Gobierno austriaco confirmó que todas las concesiones de explotación se otorgaron sin previa licitación.

17 El Sr. Engelmann, nacional alemán, explotó establecimientos de juego en Austria, desde comienzos del año 2004 hasta el 19 de julio de 2006 en Linz y desde el mes de abril de 2004 hasta el 14 de abril de 2005 en Schärding. En esos establecimientos ofrecía en particular a su clientela un juego llamado «ruleta de observación» y los juegos de cartas «Poker» y «Two Aces». No había solicitado el otorgamiento de una concesión para la organización de juegos de azar ni era titular de una autorización legal en otro Estado miembro.

18 Mediante sentencia de 5 de marzo de 2007, el Bezirksgericht Linz declaró al Sr. Engelmann culpable de haber organizado juegos de azar en el territorio austriaco con el fin de obtener un beneficio económico. Cometió así el delito de organización ilícita de juegos de azar tipificado en el artículo 168, apartado 1, del StGB. Fue condenado por ese motivo al pago de una multa de 2.000 euros.

19 El Sr. Engelmann interpuso recurso contra dicha sentencia ante el Landesgericht Linz. Este tribunal tiene dudas sobre la compatibilidad entre las disposiciones del StGB, en relación con las reglas austriacas sobre los juegos de azar, y los artículos 43 CE y 49 CE.

20 Estas dudas se fundan, en primer lugar, en el hecho de que, a conocimiento del tribunal remitente, la adopción de las disposiciones aplicables de la GSpG no fue precedida de un análisis de los riesgos que representa la pasión por el juego y de las posibilidades de prevención que existen en Derecho o de hecho. Según el Landesgericht Linz, esas disposiciones pueden ser contrarias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las razones que puede invocar un Estado miembro para justificar una restricción de la libre prestación de servicios deben acompañarse de un análisis de

la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado.

21 En segundo lugar, el tribunal remitente pone en duda el carácter coherente y sistemático de la política austriaca en materia de juegos de azar objeto de concesión. Considera que sólo puede existir una limitación coherente y sistemática de la actividad de juegos de azar y de apuestas cuando el legislador evalúa todos los ámbitos y todos los sectores de los juegos de azar, y actúa entonces en función del potencial peligro o del riesgo de dependencia que presente cada tipo de juego. No sucede así en el caso de Austria. En efecto, el monopolio austriaco de los juegos de azar permite hacer publicidad de gran amplitud de este sector, y en esa medida se permite incluso una incitación activa a la participación en juegos de azar o apuestas.

22 En tercer lugar, el Landesgericht Linz duda que sea conforme con las exigencias de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad la limitación del otorgamiento de las concesiones a las sociedades anónimas cuyo domicilio social esté situado en territorio nacional a fin de luchar contra la delincuencia económica, el blanqueo de dinero y la pasión por el juego.

23 En cuarto lugar, el Landesgericht Linz menciona la búsqueda activa por las autoridades nacionales de ingresos fiscales procedentes de los cánones pagados por los establecimientos de juego. Esa situación está en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en virtud de la cual las restricciones a las libertades fundamentales en el ámbito de los juegos de azar deben tener realmente como finalidad disminuir las ocasiones de jugar, y no crear una nueva fuente de financiación.

24 Según el tribunal remitente, si las disposiciones del Derecho de la Unión permitieran conceder al Sr. Engelmann la autorización para explotar un establecimiento de juegos de azar sin que esté obligado a constituir o adquirir una sociedad anónima con

domicilio social en el territorio austriaco, el interesado podría en principio presentar su candidatura para obtener una concesión. Si dicha autorización le fuera otorgada, ya no concurrirían los elementos constitutivos del delito de organización ilícita de juegos de azar en el sentido del artículo 168 del StGB.

25 En estas circunstancias, el Landesgericht Linz decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 43 [CE] en el sentido de que se opone a una disposición legal de un Estado miembro que reserva la explotación de juegos de azar en los establecimientos de juego exclusivamente a sociedades que adopten la forma de sociedad anónima y tengan su domicilio social en el territorio de ese Estado miembro, y que exige por tanto la constitución o la adquisición de tal sociedad en dicho Estado miembro?

2) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que prohíben todo monopolio nacional de determinados juegos de azar, como los juegos de azar practicados en los establecimientos de juego, cuando el Estado miembro interesado carece de una política coherente y sistemática de restricción de los juegos de azar, dado que los organizadores titulares de una concesión nacional incitan a participar en los juegos de azar –tales como apuestas deportivas y loterías nacionales– y realizan publicidad en ese sentido, en la televisión, los periódicos o las revistas, e incluso una publicidad llega a anunciar que se ofrecerá un importe en metálico por un boleto de participación poco antes del sorteo de lotería ["TOI TOI TOI – Glaub' ans Glück"] ("Buena suerte – Cree en la suerte")?

3) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que se oponen a una disposición nacional según la cual todas las concesiones de explotación de juegos de azar y de establecimientos de juego previstas en la legislación nacional

en materia de juegos de azar se otorgan por un período de 15 años basándose en una normativa que excluye de la licitación a los candidatos del espacio comunitario (que no sean nacionales de ese Estado miembro)?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

26 El Sr. Engelmann, que no niega no haber solicitado el otorgamiento de una concesión de explotación de un establecimiento de juego en Austria, no podía en cualquier caso obtener tal concesión ya que no cumplía los requisitos exigidos por la legislación nacional controvertida, a saber constituir una sociedad anónima cuyo domicilio social estuviera en ese Estado miembro, por una parte, y por otra parte ya se habían otorgado a una sociedad austriaca todas las concesiones previstas por la legislación nacional. Según el tribunal remitente, la existencia de los elementos constitutivos del delito imputado al Sr. Engelmann está ligada a la cuestión de la licitud de esa exclusión. Por tanto, deben examinarse en primer lugar las cuestiones primera y tercera.

Sobre la primera cuestión

27 Mediante su primera cuestión el tribunal remitente pregunta en sustancia si el artículo 43 CE se opone a dos de los requisitos exigidos por la legislación nacional a los titulares de concesiones de explotación de establecimientos de juego, a saber la obligación de revestir la forma jurídica de sociedad anónima y la de tener su domicilio social en el territorio nacional.

Sobre la obligación de revestir la forma jurídica de sociedad anónima impuesta a los concesionarios

28 El requisito de que los operadores que pretendan explotar un establecimiento de juego deben revestir la forma jurídica de sociedad anónima constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE. Ese requisito impide en particular a los operadores que sean personas físicas, así como a las empresas que hayan elegido en su país de establecimiento otra forma social, crear un establecimiento secundario en Austria (véanse en ese sentido las sentencias de 12 de julio de 1984, Klopp, 107/83, Rec. p. 2971, apartado 19; de 7 de julio de 1988, Stanton y L'Étoile 1905, 143/87, Rec. p. 3877, apartado 11, y de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal, C-171/02, Rec. p. I-5645, apartado 42).

29 No obstante, debe apreciarse en qué medida tal restricción puede admitirse en virtud de las medidas excepcionales expresamente previstas el Tratado CE, o puede considerarse justificada por razones imperiosas de interés general, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El artículo 46 CE, apartado 1, admite restricciones justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha identificado varias razones imperiosas de interés general que pueden justificar también dichas restricciones, como, en especial, los objetivos de protección de los consumidores, de prevención del fraude y de la incitación de los ciudadanos a gastos excesivos ligados al juego así como de prevención de perturbaciones del orden social en general.

30 Como han señalado la Comisión en sus observaciones escritas y el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, ciertos objetivos pueden justificar en su caso que se exija a un operador la obligación de revestir una forma jurídica particular. En efecto, las obligaciones a cargo de las sociedades anónimas, en particular en lo que atañe a su organización interna, a su contabilidad, a los controles a los que pueden estar

sujetas y a las relaciones con terceros, podrían justificar tal obligación habida cuenta de las particularidades del sector de los juegos y de los peligros ligados a ellos.

31 La apreciación acerca de si esos objetivos se persiguen efectivamente en el presente caso mediante la exigencia de que el operador revista la forma jurídica de sociedad anónima, y si pueden constituir una justificación en concepto de una medida de excepción expresamente prevista por el Tratado o de una razón imperiosa de interés general reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y en su caso si esa exigencia respeta el principio de proporcionalidad, no puede efectuarse a falta de información complementaria. En esas circunstancias corresponderá a los tribunales nacionales efectuar esa apreciación.

Sobre la obligación impuesta a los titulares de concesiones de explotación de establecimientos de juego de tener su domicilio social en el territorio nacional

32 Como ha señalado en sustancia el Abogado General en los puntos 51 y 52 de sus conclusiones, la obligación impuesta a los titulares de concesiones de explotación de establecimientos de juego de tener su domicilio social en el territorio nacional constituye una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE dado que realiza una discriminación respecto a las sociedades cuyo domicilio social está en otro Estado miembro e impide que esas sociedades exploten establecimientos de juego en Austria a través de una agencia, una sucursal o una filial.

33 Esa apreciación no se desvirtúa por el hecho, invocado por el Gobierno austriaco, de que esa obligación sólo afecte a los operadores desde el momento en que hayan sido seleccionados, y durante la vigencia de la concesión. En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 62 de sus conclusiones, esa obligación puede disuadir

a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de presentarse como candidatos debido a los gastos de establecimiento y de instalación en Austria que tendrían que soportar si se eligiera su candidatura. Por otra parte, ese sistema no permite evitar que una sociedad que tenga su domicilio en otro Estado miembro no pueda explotar establecimientos de juego en el territorio austriaco a través de una agencia, una sucursal o una filial.

34 Resulta en ese aspecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la medida en que una restricción, como la apreciada en el presente caso, tenga carácter discriminatorio, sólo será compatible con el Derecho de la Unión si puede ampararse en una disposición que establezca expresamente una excepción, tal como el artículo 46 CE, a saber, el orden público, la seguridad y la salud públicas (sentencias de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 19, y 6 de octubre de 2009, Comisión/España, C-153/08, Rec. p. I-9735, apartado 37).

35 Una restricción de esa naturaleza debe cumplir además los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con su proporcionalidad, y sólo puede considerarse adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática (véase en ese sentido la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633, apartados 59 a 61).

36 El Gobierno austriaco mantiene que la obligación impuesta a los titulares de concesiones de explotación de establecimientos de juego de tener su domicilio social en el territorio nacional persigue el objetivo de permitir un control eficaz de los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar con objeto de evitar la explotación de tales actividades con fines delictivos o fraudulentos. Esa obligación permite en particular que se ejerza cierto control de las decisiones tomadas por los órganos sociales, gracias a la presencia de representantes del Estado en órganos como el consejo de vigilancia.

37 Sin que sea necesario determinar si ese objetivo puede considerarse comprendido en el concepto de orden público, basta apreciar al respecto que la exclusión con carácter general de los operadores que tienen su domicilio en otro Estado miembro resulta desproporcionada, por ir más allá de lo necesario para combatir la criminalidad. En efecto, existen otros medios para controlar las cuentas y las actividades de esos operadores (véanse en este sentido las sentencias de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13031, apartado 74, de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartado 62, y Comisión/España, antes citada, apartado 39).

38 Pueden citarse en particular la posibilidad de exigir la llevanza de cuentas separadas de cada establecimiento de juego perteneciente a un mismo operador, verificadas por un auditor externo, la de exigir la comunicación sistemática de las decisiones de los órganos de los titulares de las concesiones y la de reunir informaciones sobre sus directivos o sus principales accionistas. Además, como ha expuesto el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, pueden efectuarse controles de cualquier empresa establecida en un Estado miembro y se le pueden imponer sanciones cualquiera que sea el lugar de residencia de sus directivos.

39 Por otra parte, teniendo en cuenta la actividad de que se trata, a saber la explotación de establecimientos de juego en el territorio austriaco, nada se opone a que se practiquen verificaciones en los locales de esos establecimientos, en particular para evitar todo fraude cometido por los operadores en perjuicio de los consumidores.

40 Procede por tanto responder a la primera cuestión que el artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que reserva la explotación de los juegos de azar en los establecimientos de juego exclusivamente a los operadores que tengan su domicilio en el territorio de ese Estado miembro.

Sobre la tercera cuestión

41 Aunque la tercera cuestión, según su propia redacción, se refiere a las condiciones discriminatorias aplicables en virtud de la legislación nacional a las licitaciones para la adjudicación de las concesiones de explotación de establecimientos de juego en Austria, a la luz de las informaciones presentadas por el Gobierno austriaco consta que no se ha tramitado ninguna licitación ni se ha garantizado ninguna transparencia con vistas al otorgamiento a Casinos Austria AG, con efecto respectivamente desde el 1 de enero de 1998 y el 1 de de enero de 2001, de las doce concesiones existentes al tiempo de los hechos del asunto principal. Por otra parte, esas doce concesiones representaban la totalidad de las concesiones previstas por la legislación nacional.

42 En consecuencia, debe interpretarse la tercera cuestión en el sentido de que solicita que se resuelva si los artículos 43 CE y 49 CE se oponen al otorgamiento, al margen de licitación alguna, de la totalidad de las concesiones de explotación de los establecimientos de juego en el territorio de un Estado miembro durante quince años.

43 Pueden identificarse tres distintas restricciones en ese contexto, a saber, en primer lugar la limitación del número de las concesiones de explotación de establecimientos de juego, en segundo lugar el otorgamiento de esas concesiones por un período de quince años, y en tercer lugar el hecho de que ese otorgamiento haya tenido lugar sin transparencia alguna. Es necesario examinar separadamente cada una de las restricciones con el fin de determinar si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo o de los objetivos invocados por el Estado miembro de que se trata y si no van más allá de lo necesario para alcanzarlos (sentencias Placanica y otros, antes citada, apartado 49, y de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media Group, C-46/08, Rec. p. I-8145, apartado 60).

44 En primer lugar, respecto al hecho de que el número de concesiones de explotación de establecimientos de juego sea limitado, consta que tal limitación conlleva obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (sentencia Placanica y otros, antes citada, apartados 50 y 51).

45 Sin embargo, a reserva de la comprobación por el tribunal remitente, parece que en el sector considerado la limitación del número de concesiones, y por tanto de los establecimientos de juego, a doce, lo que representa un establecimiento de juego por 750.000 habitantes según las indicaciones presentadas por el Gobierno austriaco, permite por su propia naturaleza limitar las oportunidades de juego y alcanzar así un objetivo de interés general reconocido por el Derecho de la Unión (véanse en ese sentido las sentencias antes citadas Gambelli y otros, apartados 62 y 67; Placanica y otros, apartado 53, y Carmen Media Group, apartado 84). Como quiera que los consumidores tienen que desplazarse para acudir a los locales de un establecimiento a fin de poder participar en los juegos de azar en cuestión, la limitación del número de esos establecimientos tiene como consecuencia reforzar los obstáculos a la participación en esos juegos.

46 En segundo lugar, en lo que se refiere a la duración de las concesiones, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el otorgamiento de una concesión cuya duración puede llegar a quince años puede obstaculizar o incluso impedir el ejercicio por empresas establecidas en otros Estados miembros de las libertades garantizadas por los artículos 43 CE y 49 CE, y constituye, por tanto, una restricción al ejercicio de esas libertades (véase en ese sentido la sentencia de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, Rec. p. I-2161, apartado 44).

47 Para apreciar la compatibilidad de esa restricción con el Derecho de la Unión, es preciso recordar que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, como principios fundamentales del Tratado, sólo pueden limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida. Además, para que esté justificada de tal modo, la normativa nacional en cuestión deberá ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue

y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencia de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, antes citada, apartado 45 y la jurisprudencia citada).

48 Ese parece ser el caso en el presente asunto, a reserva de la verificación por el tribunal remitente, ya que el otorgamiento de concesiones cuya duración puede llegar a quince años se manifiesta justificada, habida cuenta en particular de la necesidad de que el concesionario disponga de un plazo lo bastante largo para amortizar las inversiones que requiere la creación de un establecimiento de juego.

49 En tercer lugar, en lo que atañe al procedimiento de otorgamiento de las concesiones de que se trata en el asunto principal, es preciso recordar de entrada que, aun si en el estado actual del Derecho de la Unión los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales de los Tratados, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse en ese sentido las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 a 19; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48; de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-2815, apartado 33, y de 3 de junio de 2010, Sporting Exchange, C-203/08, Rec. p. I-4695, apartado 39).

50 Sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, esa obligación de transparencia, que se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión, exige que la autoridad concedente garantice, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (sentencia Sporting Exchange, antes citada, apartados 40 y 41 y la jurisprudencia citada).

51 La adjudicación de una concesión, sin transparencia alguna, a un operador establecido en el Estado miembro de la entidad adjudicadora constituye en efecto una diferencia de trato en perjuicio de los operadores establecidos en otro Estado miembro, que carecen de posibilidad real alguna para manifestar su interés en obtener la concesión de la que se trata. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato es contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación a causa de la nacionalidad, y constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 43 CE y 49 CE (véanse en ese sentido las sentencias antes citadas Coname, apartado 19, y Parking Brixen, apartado 50, y la sentencia de 17 de julio de 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartados 59 y 60).

52 El hecho de que la expedición de autorizaciones de explotación de establecimientos de juego no equivalga a un contrato de concesión de servicios no puede justificar, por sí sólo, que las exigencias que se derivan del artículo 49 CE, en particular, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia, se violen (véase en ese sentido la sentencia Sporting Exchange, antes citada, apartado 46).

53 En efecto, la obligación de transparencia es un requisito previo obligatorio del derecho de un Estado miembro a conceder autorizaciones de explotación de establecimientos de juego, cualquiera que sea la forma de selección de los operadores, ya que los efectos de la concesión de esas autorizaciones respecto a empresas establecidas en otros Estados miembros y que puedan estar interesadas en el ejercicio de esta actividad son los mismos que los de un contrato de concesión de servicios.

54 Por otra parte, hay que recordar que, cuando se establece en un Estado miembro un régimen de autorización que persigue objetivos legítimos reconocidos por la jurisprudencia, ese régimen de autorización no puede legitimar un comportamiento discrecional por parte de las autoridades nacionales, que pueda privar de eficacia a las disposiciones del Derecho de la Unión, en particular, a las relativas a libertades fundamentales, como las que se suscitan en el litigio principal (véanse en especial las

sentencias antes citadas Sporting Exchange, apartado 49, y Carmen Media Group, apartado 86).

55 En efecto, según reiterada jurisprudencia, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a esas libertades fundamentales, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en dicha excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional (véanse las sentencias antes citadas Sporting Exchange, apartado 50, y Carmen Media Group, apartado 87).

56 Debe estimarse que, en el asunto principal, la falta total de transparencia a los efectos del otorgamiento de las concesiones de explotación de los establecimientos de juego, con efectos desde el 1 de enero de 1998 y el 1 de enero de 2001, no es conforme con los artículos 43 CE y 49 CE.

57 El Gobierno austriaco se ha limitado a señalar al respecto que el procedimiento de otorgamiento de las concesiones se ajustaba al Derecho nacional vigente en ese momento, y alegar que no podía deducirse entonces de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ninguna exigencia de transparencia. Ese Gobierno mantiene también que los operadores que reunieran los requisitos previstos por la legislación aplicable habrían podido presentar de propia iniciativa su candidatura al otorgamiento de una concesión. Ahora bien, ninguna de esas circunstancias constituye una justificación, en calidad de medida de excepción expresamente prevista por el Tratado o de razón imperiosa de interés general reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que pudiera justificar el otorgamiento de las concesiones de que se trata en el litigio principal sin transparencia alguna.

58 Por esas consideraciones en conjunto, procede responder a la tercera cuestión que la obligación de transparencia derivada de los artículos 43 CE y 49 CE así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por la nacionalidad se opone al otorgamiento, sin licitación alguna, de todas las concesiones de explotación de establecimientos de juego en el territorio de un Estado miembro.

Sobre la segunda cuestión

59 Habida cuenta de las respuestas a las cuestiones primera y tercera, así como del hecho, como se señala en el apartado 26 de la presente sentencia, de que el tribunal remitente aprecia un nexo entre los elementos constitutivos del delito imputado al Sr. Engelmann y la cuestión de la imposibilidad legal para éste de obtener una concesión, no es necesario responder a la segunda cuestión.

Costas

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

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

1) **El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que reserva la explotación de los juegos de azar en los establecimientos de juego exclusivamente a los operadores que tengan su domicilio en el territorio de ese Estado miembro.**

2) **La obligación de transparencia derivada de los artículos 43 CE y 49 CE así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por la nacionalidad se opone al otorgamiento, sin licitación alguna, de todas las concesiones de explotación de establecimientos de juego en el territorio de un Estado miembro.**

Firmas