

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. CLAUS GULMANN
presentadas el 16 de diciembre de 1993 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

obtenidos del juego se destinen a fines de interés general o al Tesoro público.

1. En todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros existe una prohibición de principio de la lotería y otras formas de juegos de azar. Las justificaciones al respecto son ampliamente convergentes: se trata de actividades que no deben permitirse por razones éticas y sociales; debe protegerse a los ciudadanos contra los peligros que implica la pasión del juego y existe un riesgo serio de delincuencia en este ámbito.

2. El ámbito de la lotería, controvertido en el presente asunto, se caracteriza por el hecho de que, en la mayor parte de los Estados miembros, existe una o más loterías a nivel nacional, bien directamente administradas por las autoridades públicas, bien sometidas a un estricto control público. Además, existen normas que autorizan las loterías locales, de menor importancia, bajo ciertos requisitos, en particular, en relación con la afectación del beneficio. Por otra parte, según las informaciones proporcionadas, en los Estados miembros las actividades de las loterías extranjeras están prohibidas o severamente restringidas.¹

Pero al mismo tiempo, en todos los Estados miembros hay excepciones, en mayor o menor medida, a dicha prohibición. La justificación que se da al respecto es que puede ser oportuno autorizar el juego en cierta medida, en parte para satisfacer el ansia de juego de los ciudadanos y en parte para evitar el juego ilegal. Es posible fijar requisitos en relación con las formas de juego autorizadas con el fin de limitar el riesgo de delincuencia. Además, es posible —y este extremo reviste gran importancia en todos los Estados miembros— subordinar las autorizaciones al requisito de que los beneficios

Por tanto, el mercado interior no es una realidad en el ámbito de la lotería. Se ha dotado a las grandes loterías nacionales de derechos exclusivos y están en gran medida protegidas contra la competencia de las loterías extranjeras.

* Lengua original: danés.

¹ — Véase, a este respecto, el punto 41 de la resolución de remisión.

3. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia debe resolver la cuestión de si las normas del Tratado de Roma se aplican en dicho ámbito y, en su caso, si las restricciones aplicables a las actividades de las empresas de lotería extranjeras son lícitas según el Tratado.

Así, el asunto es de gran interés, tanto práctico como de principio, y todos los Estados miembros, a excepción de Italia, han presentado observaciones.

4. Las cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Justicia debe responder se suscitaron en el marco de un asunto en el que un órgano jurisdiccional británico debe resolver sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una confiscación de material publicitario para una lotería extranjera, efectuada al amparo de la legislación británica que prohibía en aquella época las loterías, a excepción de ciertas loterías locales, en otras palabras, en una época en la que no existía en el Reino Unido ninguna gran lotería de ámbito nacional.

El juego en los Estados miembros y su regulación

5. Puede ser oportuno completar estas observaciones preliminares con algunas informaciones relativas a las diferentes formas de juego practicadas en los Estados miembros y sus normativas.

6. Dichas informaciones se basan en gran parte en un informe publicado por la Comisión, consagrado al mercado del juego en el marco del mercado interior.² El informe, que subraya que las cifras que da —relativas al año 1989— deben utilizarse con prudencia, subdivide el mercado del juego en una serie de sectores por productos que en aquella época ocupaban, a nivel comunitario, las cuotas de mercado siguientes:

— loterías nacionales y similares	36 %
— carreras hípicas y similares	31 %
— casinos	17 %
— máquinas recreativas	11 %
— bingo y otros juegos	5 %

2 — *Gambling in the Single Market — A Study of the Current Legal and Market Situation*, volumen I-III, junio de 1991. Dicho informe fue elaborado para la Comisión por los expertos de Coopers & Lybrand y consta que dicho informe «no refleja necesariamente el punto de vista oficial de la Comisión».

El informe se basa en una distinción entre juego y apuesta. En él se define la apuesta como un juego en el que se afecta una cantidad a la probabilidad de que ocurra un acontecimiento dado. Apostar requiere que se sea relativamente ducho en la materia considerada. Por el contrario, el informe define el juego como una actividad en la que se afecta una cantidad a que ocurra un acontecimiento dado sin que se tenga ningún control de la cuestión. Por ello este último tipo de juego se llama «juego de azar». Las loterías son juegos de azar.

Se estima que el volumen de negocios total, es decir, el importe de las apuestas en el sector de los juegos autorizadas, sobrepasa los 45.000 millones de ecus.

estaba repartido por mercados nacionales del modo siguiente:

— Alemania 28,5%

— España 26,0%

7. El informe demuestra que hay grandes diferencias entre los mercados en los diferentes Estados miembros.

— Francia 16,0%

— Italia 11,0%

Las diferencias nacionales suponían, por ejemplo, que el Reino Unido y Francia ostentaban, en relación con las apuestas en las carreras de caballos, el 55 % y el 30 % del mercado global comunitario, respectivamente, mientras que el mercado de las loterías³ —sobre el que el informe sólo da cifras para las grandes loterías de carácter nacional e incluye, por el contrario, las cifras de las apuestas sobre los partidos de fútbol y otros deportes (quinielas/football-pools)—

— Reino Unido (aparentemente limitado sólo a los football-pools) 6,0%

— Otros Estados miembros 12,5%

3 — Las loterías se caracterizan por el hecho de que todas las apuestas se integran en un fondo común y por tratarse de un tipo de juego de «baja apuesta/elevada ganancia». El mercado de la lotería se encuentra hoy en día dominado por la lotería primitiva. Las loterías por tramos temporales se basan —como las loterías en general— en la venta de billetes numerados, tras lo cual se sortean uno o varios números ganadores. En las «loterías por tramos temporales», los jugadores participan en varios sorteos («tramos temporales») con un mismo billete. Cada lotería de este tipo ha establecido, entre otras cosas, modalidades relativas al número de sorteos en cada uno de los tramos temporales. Existen otras formas de lotería. Cabe citar las loterías «de sorteo instantáneo», en las que el sorteo es inmediato, de modo que, por ejemplo, «raspando» el billete, el jugador puede ver inmediatamente si ha ganado. Según dicho informe, el mercado de las loterías y otras actividades de este tipo está dividido del modo siguiente: loterías «clásicas»: 25 %; lotería primitiva: 46 %; quinielas (lotería deportiva): 22 %; lotería de sorteo instantáneo: 6 %.

8. En efecto, el informe subraya que el mercado del juego se compone de mercados nacionales extremadamente distintos y que ello refleja tradiciones y preferencias nacionales diferentes, así como legislaciones nacionales diferentes.⁴

9. En dicho informe se indica que el mercado del juego debe considerarse hoy en día como una fuente no poco importante de ingresos para los Estados.

4 — Véase el informe, volumen I, p. 3.

Esto también afecta al ámbito de la lotería. Se desprende del informe, y, por lo demás, de las observaciones presentadas en el caso de autos, que los Estados miembros bien conservan los beneficios para sí mismos (los beneficios se ingresan en el Tesoro público), bien ponen como requisito que los beneficios se afecten a fines de interés general (en su caso, tras destinar una parte al Tesoro). En varios Estados miembros, los ganadores deben pagar impuestos sobre las cantidades ganadas. Según las informaciones disponibles, no existe ninguna lotería de ámbito nacional que se explote sobre una base comercial, es decir, que sea gestionada por entidades privadas que puedan disponer de los beneficios por sí mismas.

La parte del volumen de negocios global destinada, en concepto de beneficio, a ingresarse en el Tesoro o a afectarse a fines de interés general varía un poco de un Estado a otro. No obstante, se trata, en todo caso, de una parte relativamente considerable del volumen de negocios total, generalmente entre el 25 y el 40 %.

10. Si bien el principio de base es el mismo en todos los Estados miembros —las loterías están prohibidas a menos que hayan obtenido una autorización particular o cumplan los requisitos generales de ejercicio de una determinada actividad, normalmente local—, existen sustanciales diferencias en lo relativo al beneficiario de la autorización. Como se ha dicho, en la mayoría de los Estados miembros las grandes loterías de ámbito nacional están gestionadas por las propias autoridades públicas o por empresas estatales. Las

loterías también pueden ser objeto de una concesión a empresas encargadas de organizar el sorteo en nombre y por cuenta del Estado. Por último, en muchos Estados miembros encontramos ejemplos de loterías organizadas a nivel nacional por sociedades filantrópicas que financian sus actividades, entre otras cosas, mediante los beneficios obtenidos con las loterías por ellas organizadas.

11. Del informe de la Comisión⁵ se desprende que, en una medida ciertamente limitada —pero creciente en razón de la evolución técnica—, existe la venta de billetes de lotería más allá de las fronteras. Se trata sobre todo de ventas de billetes de las Klassenlotterien (loterías por tramos temporales) alemanas en Bélgica, Dinamarca, Países Bajos y Luxemburgo. El informe subraya que el mercado británico es particularmente interesante para los vendedores extranjeros de loterías, ya que el público en Gran Bretaña no ha tenido hasta ahora la posibilidad de participar en grandes loterías. Se supone que los juegos transfronterizos constituyen «un fenómeno dirigido por el mercado», ya que los consumidores están esencialmente motivados por el importe de los premios.

12. El mercado británico de la lotería se ha diferenciado hasta la fecha de los mercados de la lotería de los demás Estados miembros.

5 — Volumen I, pp. 3 y 18.

La legislación británica establece una prohibición general de organizar loterías. Dicha prohibición sólo admite excepciones en lo relativo a ciertas loterías locales organizadas por los Ayuntamientos o por organizaciones y otras personas jurídicas, dado que los beneficios están destinados a fines de interés general («buenas causas»).

En el Libro Blanco consta que dichas modificaciones deben apreciarse a la luz del desarrollo tecnológico, que posibilita la realización de actividades de lotería fuera de las fronteras y a la vez dificulta la aplicación de la prohibición de tales actividades.⁸

Hechos que suscitaron el litigio y contenido de las cuestiones prejudiciales

De ahí la imposibilidad de organizar loterías a nivel nacional, y también la prohibición de vender billetes de lotería de loterías extranjeras y de comercializar dichas loterías.⁶

13. Esta situación jurídica existente en el momento de los hechos de que se trata (abril de 1990) ha sido modificada en extremos importantes. Sobre la base de un «Libro Blanco», de marzo de 1992,⁷ se adoptó una Ley el 21 de octubre de 1993, por la que se instituía una lotería nacional (National Lottery etc. Act 1993) gestionada por un concesionario bajo el control público y cuyos beneficios deben afectarse a fines de interés general. Por otra parte, la legislación ha sido modificada en el sentido de que se autoriza la introducción de billetes de lotería de otros Estados miembros, pero subsiste una prohibición que afecta al menos a ciertas formas de comercialización (promoción) de loterías extranjeras.

14. Gerhart Schindler, que, junto con su hermano Jörg, ejerce la actividad de agente independiente de la Süddeutsche Klassenlotterie, envió en 1990, en forma de envío postal masivo a partir de los Países Bajos, unas 20.000 cartas individuales dirigidas a particulares residentes en el Reino Unido. Cada sobre contenía una carta en la que se invitaba al destinatario a participar en la 87ª edición de la «Süddeutsche Klassenlotterie», formularios de pedido y un sobre respuesta en el

8 — Según el Libro Blanco:

«8. Recientemente, ciertas preocupaciones sobre el impacto potencial de loterías de otros países de la Comunidad Europea, debido a la reordenación del mercado único el 1 de enero de 1993, han reavivado el debate sobre una lotería nacional [...]»

9. No obstante, aunque en nuestra legislación se mantiene la prohibición relativa a las loterías extranjeras, el Gobierno reconoce que le resultará cada vez más difícil aplicarla en la práctica. Mientras no exista una lotería nacional en nuestro país, el mercado del Reino Unido seguirá siendo atractivo para las loterías de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea y otros países.

10. No cabe la menor duda de que será cada vez más difícil, con la tecnología moderna, impedir que nuestros ciudadanos vean la publicidad de loterías extranjeras y participen en ellas [...] Los satélites ya permiten captar numerosas cadenas de televisión extranjeras. Las telecomunicaciones más baratas y el desarrollo de nuevos medios de pago podrían hacer rápidamente que participar en una lotería extranjera fuera tan fácil como llamar por teléfono. La población británica tendría entonces la posibilidad de participar en loterías que beneficiarían a los habitantes de otros países, pero no del suyo.»

6 — El Gobierno británico comunicó al Tribunal de Justicia durante la vista que no está prohibido que los particulares compren billetes de lotería y los introduzcan en el Reino Unido para su uso propio.

7 — *A National Lottery — Raising Money for Good Causes*, Cm 1861, Londres, marzo 1992.

que figuraba impresa una dirección en los Países Bajos.⁹

15. Las autoridades aduaneras británicas confiscaron la totalidad de las cartas y formularios de pedido, porque dicho material había sido introducido en el Reino Unido infringiendo las disposiciones vigentes. La autoridades británicas interpusieron una acción contra los Sres. Schindler con el objeto de que declarara válida la confiscación que éstos habían impugnado.

16. La High Court of Justice, Queen's Bench Division, planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado seis cuestiones.

Mediante las cuestiones 1 y 4, desea que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la cuestión de si los billetes de lotería o el material publicitario relativo a una lotería cuya organización está autorizada por la ley en otro Estado miembro constituyen mercancías en el sentido del artículo 30 del Tratado, o si el despacho de billetes o el envío de material publicitario relativo a dicha lotería constituyen una prestación de servicios en el sentido del artículo 59 del Tratado.

Las cuestiones 2 y 5 tienen por objeto que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la cuestión de si el artículo 30 o el artículo 59 se aplica «a la prohibición del Reino Unido de importar billetes o anuncios de loterías principales, tomando en consideración que las restricciones impuestas por la legislación del Reino Unido a la celebración de dichas loterías en el Reino Unido se aplican sin discriminación por razón de la nacionalidad y con independencia de que la lotería se organice fuera o dentro del Reino Unido».

9 — La Süddeutsche Klassenlotterie es un organismo público creado por cuatro Länder: Baviera, Hesse, Baden-Württemberg y Renania-Palatinado; su volumen de negocios anual es de aproximadamente 700 millones de marcos alemanes. La administración de la lotería está supervisada por un comité estatal de la lotería, que debe aprobar tanto el presupuesto como las cuentas anuales. Los agentes, que deben reunir ciertos requisitos de cualificación profesional y personal, tienen que promocionar la lotería, pero según las normas de la Süddeutsche Klassenlotterie, deben abstenerse de promocionar la lotería en los Estados en que esté prohibido. Los agentes perciben una comisión por billete de lotería vendido. La Süddeutsche Klassenlotterie es una lotería en la que los jugadores compran billetes enteros o fracciones de billetes y participan en varios sorteos en el mismo tramo temporal. Se organizan dos loterías al año. Cada lotería dura 26 semanas. Los sorteos se agrupan en seis tramos, con 4 sorteos en cada tramo hasta el tramo 5 y 6 sorteos en el tramo 6. En la práctica, hay un sorteo cada semana durante todo el año. Las participaciones se emiten en función del tramo. El último tramo ofrece el premio más elevado (el premio más elevado de la lotería de que se trata en el asunto principal era de 4 millones de marcos alemanes). El atractivo de dicha lotería se debe, por una parte, al elevadísimo importe del premio gordo y, por otra parte, a la posibilidad relativamente grande de obtener el reintegro. Véanse, por lo demás, los puntos 34 a 38 de la resolución de remisión, así como el informe de la Comisión, volumen II, p. 93.

En el marco de las cuestiones 3 y 6, desea que en caso afirmativo, el Tribunal de Justicia dilucide si «el interés del Reino Unido en limitar las loterías, por razones de política social y para prevenir el fraude, [constituye] una consideración legítima de orden público o moralidad pública que justifique, a tenor del artículo 36 [...] las restricciones controvertidas» o «a tenor del artículo 56 en relación con el artículo 66 o de otra disposición».

17. Las observaciones presentadas en este asunto muestran la necesidad de examinar las cuestiones siguientes:

— ¿En qué medida la creación y la administración de loterías constituyen una «actividad económica» comprendida en el ámbito de aplicación del Tratado?

— Los billetes de lotería y el material publicitario correspondiente, ¿constituyen mercancías en el sentido del artículo 30 del Tratado o servicios en el sentido del artículo 59?

— ¿Es discriminatoria la prohibición de importación?

— En caso negativo, ¿se trata de una restricción a la libre circulación de mercancías o de servicios contraria en principio al Tratado?

— Las consideraciones alegadas, ¿pueden justificar en su caso tal restricción?

— ¿Puede la restricción ser necesaria y proporcionada a los objetivos perseguidos?

¿Está comprendida la actividad de la lotería en el ámbito del Tratado?

18. Varios Estados miembros han declarado, bien que la actividad de la lotería esta totalmente excluida del ámbito de aplicación del Tratado, bien que al menos no depende de lo dispuesto por el Tratado en materia de servicios. No obstante, algunos de dichos Estados miembros limitaron esta tesis únicamente a las loterías que pueden ser consideradas empresas públicas de servicios.

19. El argumento fundamental común de dicha tesis es que el Tratado se aplica únicamente a las actividades económicas destinadas a la realización de los objetivos definidos en el artículo 2 del Tratado, y que la actividad de la lotería no constituye tal actividad económica. A este respecto, se remite, entre otras cosas, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las actividades no económicas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado, y se hace referencia, en particular, a las sentencias recaídas en los asuntos Walrave y Dona,¹⁰ en las que se declaró que determinadas actividades deportivas no estaban comprendidas en el ámbito del Tratado porque no tenían carácter económico. Se remite, además, a lo dispuesto en el artículo 58, según el cual el Tratado sólo se aplica a las sociedades que persigan un objetivo lucrativo, y se observa

¹⁰ — Sentencia de 12 de diciembre de 1974 (36/74, Rec. p. 1405), y sentencia de 14 de julio de 1976 (13/76, Rec. p. 1333).

que se desprende de la definición de servicios contenida en el artículo 60 del Tratado que debe tratarse de prestaciones normalmente efectuadas contra remuneración.

En apoyo de dicha tesis, también se alega que el juego es en principio ilegal en todos los Estados miembros y que las deudas de él derivadas no pueden ser objeto de ejecución forzosa ya que los contratos en que se basan son contrarios a Derecho. Se remite a la idea de que dichos contratos constituyen una amenaza contra el orden público y que no persiguen ningún objetivo digno de protección. También se invoca el hecho de que en algunos Estados miembros —y, al menos, en Alemania— el juego se considera una cuestión de Derecho público.

20. A mi parecer, esta opinión es infundada. Las circunstancias expuestas por los Estados miembros demuestran que el juego ocupa, en la sociedad, una posición distinta de la de la mayoría de las actividades económicas normales. Se trata de circunstancias que son ciertamente pertinentes a efectos de apreciar el alcance, en este ámbito, de las normas del Tratado, pero que no implican que el Tratado como tal, o que las normas del Tratado en materia de prestación de servicios, no se apliquen en principio a dicho ámbito.

21. Las normas del Tratado, como han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia,¹¹ no proporcionan base alguna para delimitar el ámbito de aplicación del Tratado de manera restringida. Se desprende claramente de los autos que la importancia económica del juego —incluida la lotería— es grande en todos los Estados miembros. Se trata de una forma muy particular de actividad económica, en la medida en que, al menos en cuanto a la lotería, los beneficios —una vez pagados los gastos de administración de la lotería, a menudo elevados, y los premios— se ingresan en el Tesoro público o se afectan a fines de interés general. No obstante, ello no implica que la actividad quede excluida del ámbito de aplicación del Tratado. Este tipo de actividad también es una actividad económica en el sentido del Tratado. Las prestaciones de que se trata —la participación en la lotería y la consiguiente posibilidad de ganar— se efectúan contra remuneración y los beneficios obtenidos tienen carácter económico, con independencia de su afectación. El artículo 90 del Tratado

11 — Cabe citar al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, Steyermann (196/87, Rec. p. 6159), acerca de la aplicación de las normas del Tratado a las actividades económicas de una congregación religiosa; la sentencia de 2 de febrero de 1989, Cowan (186/87, Rec. p. 195), acerca de la aplicación del Tratado a una legislación nacional relativa a la indemnización de las víctimas de la violencia, y la sentencia de 4 de octubre de 1991, Grogan (C-159/90, Rec. p. I-4685), acerca de la aplicación del Tratado a las normas relativas a la información en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

En este contexto también puede mencionarse el asunto C-272/91, Comisión/Italia, en el que el Tribunal de Justicia debe resolver sobre la conformidad a Derecho en relación con el Tratado y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, de un anuncio de licitación italiano relativo a la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería italiana. El Gobierno italiano alega que la licitación implica transferir la facultad de organizar el juego de la lotería y, por tanto, depende de los artículos 55 y 66 del Tratado. Es interesante observar, en el contexto del caso de autos, que ni el Gobierno ni la Comisión encontraron oportuno examinar si la organización del juego de la lotería depende de las normas del Tratado. En mis conclusiones de 14 de julio de 1993 en dicho asunto, rechazé la idea de que la licitación se refiera a la facultad de organizar el juego de la lotería, dado que, en mi opinión, se trata de un mercado de prestación de servicios y de entrega de bienes a la administración pública con el fin de que ésta organice el juego de la lotería. Si el Tribunal de Justicia se adhiera a dicha opinión, la cuestión de si el juego de la lotería como tal depende de las normas del Tratado no será directamente pertinente en el caso de autos.

demuestra que el Tratado también se aplica a las empresas públicas y a las empresas a las que los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos, incluidas las empresas con carácter de monopolio fiscal.

22. No se ha expuesto ningún elemento decisivo en apoyo de la tesis según la cual los juegos, entre los que se cuenta la lotería, no deberían en principio estar comprendidos en el ámbito del Tratado.¹² Me parece evidente, por ejemplo, que en la medida en que autorizan el juego, los Estados miembros deben respetar la prohibición fundamental de discriminar en razón de la nacionalidad.

23. En relación con la cuestión del ámbito de aplicación del Tratado, se ha hecho referencia a la Directiva 75/368/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, titulada «medidas destinadas a favorecer el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para diversas actividades (ex clase 01 a clase 85 CITI) y por la que se adoptan, en particular, medidas transitorias para dichas actividades».¹³ Esta Directiva —que forma parte de las llamadas Directivas «transitorias»— se aplica, entre otras cosas, a las loterías organizadas con carácter privado en ciertos Estados miembros, pero no a las loterías gestionadas por organismos

públicos (actividades de servicio público).¹⁴ En todo caso, se puede deducir de dicha Directiva que las actividades de lotería no están excluidas por sí mismas del ámbito de aplicación del Tratado. Por lo que respecta a las loterías gestionadas por organismos públicos, la única conclusión que puede extraerse es que el Consejo juzgó oportuno que las normas de la Directiva se les aplicaran.

Los hechos de que se trata en el litigio principal, ¿se refieren a mercancías o a servicios en el sentido del Tratado (cuestiones 1 y 4)?

24. Como se ha indicado, se ha pedido expresamente al Tribunal de Justicia que resuelva cómo procede calificar ciertas actividades relativas a la organización de una lotería, en relación con los conceptos de mercancías y servicios según el Tratado.

Tal calificación es, en todo caso, necesaria en relación con el Tratado, si bien es cierto, al menos en cierta medida, como algunos Estados miembros indican en su observaciones, que para resolver sobre la conformidad a Derecho de las normas británicas controvertidas no es decisivo saber si deben apreciarse con arreglo a las normas del Tratado relativas

12 — No puede considerarse convincente la opinión según la cual la actividad de que se trata no está considerada, en uno o varios Estados miembros, como una actividad económica de Derecho privado. La delimitación del ámbito de aplicación del Tratado debe llevarse a cabo necesariamente sobre la base de una interpretación autónoma del Tratado que no puede depender de la definición de un cierto concepto en uno o varios Estados miembros.

13 — DO L 167, p. 22; EE 06/01, p. 205.

14 — A tenor de la exposición de motivos, «las actividades de lotería y las actividades análogas dependientes del grupo 859 CITI pertenecen frecuentemente al ámbito de los servicios públicos, ya sea directamente ya sea por medio de organismos públicos, o están prohibidas, y [...] cierto número de las mismas no se encuentra comprendido, por tanto, en el ámbito de aplicación de la presente Directiva; [...] no obstante, dichas actividades pueden ejercerse a título privado en determinados Estados miembros y [...] es conveniente incluirlas en esta Directiva».

a la libre circulación de mercancías o con arreglo a las normas del Tratado relativas a la libre prestación de servicios (este extremo volverá a tratarse en el punto 56).

25. En mi opinión, la calificación no suscita dificultades mayores.

26. En el caso de autos no se discute que las actividades de lotería como tales constituyen un servicio en el sentido del Tratado, cosa probablemente incontestable y que, en todo caso, la Directiva mencionada en el punto 23 da a entender claramente.

Únicamente los Sres. Schindler mantienen que los billetes de lotería deben considerarse una mercancía en el sentido del Tratado y que el material publicitario distribuido en el marco de la venta de billetes de lotería depende de las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías.

Los Estados miembros que formularon su opinión al respecto, al igual que la Comisión, están de acuerdo en considerar que las actividades de que se trata en el presente asunto desarrolladas en el marco de la organización de una lotería deben considerarse parte de los servicios prestados con dicho fin.

27. Creo que no cabe ninguna duda de que esta opinión es correcta. No hay ninguna razón particular para tratar los billetes de lotería como mercancías. Sirven para probar que el titular del billete de lotería ha pagado por tener derecho a participar en la lotería, es decir, ha pagado para tener la oportunidad de ganar uno de los premios de las loterías de que se trata. La compra de un billete de lotería es comparable en este contexto a la contratación de un seguro o a la compra de una prestación de transporte de personas, dado que la prueba de la compra del servicio —la póliza o el billete— entregada por el prestador de servicios, no constituye una mercancía con arreglo al Tratado. Las diferencias que podría haber, desde un punto de vista concreto o desde un punto de vista jurídico, en relación con el carácter negociable de dichos documentos, no son pertinentes en el contexto del presente asunto.

28. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el material publicitario relativo a la venta de mercancías está sujeto a las normas del Tratado en materia de mercancías.¹⁵ Para mí no hay duda de que el material publicitario relativo a prestaciones de servicios debe regirse por las normas del Tratado en materia de prestaciones de servicios.

29. De las consideraciones precedentes se desprende que la organización de una lotería y las actividades con ella relacionadas, en particular, la venta de billetes de lotería y la

¹⁵ — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1990, GB-INNO (C-362/88, Rec. p. I-667).

publicidad que se haga al respecto, constituyen servicios con arreglo al Tratado y que las normas nacionales que regulan dicha actividad están comprendidas en el ámbito de las normas del Tratado relativas a la libre prestación de servicios.

El derecho de los Estados miembros a regular las actividades de lotería

30. A nivel comunitario, no ha sido adoptada ninguna normativa relevante para el presente asunto en relación con las actividades de lotería y otros juegos. La Directiva 75/368, antes citada, que se refiere a medidas transitorias, sólo prevé una obligación limitada, a cargo de los Estados miembros, de aceptar ciertas pruebas de moralidad y otros requisitos de cualificación respecto a empresas extranjeras, y sus obligaciones al respecto también están limitadas en relación con las loterías administradas por particulares.

Durante el procedimiento, el Tribunal de Justicia ha sido informado de que la Comisión comunicó al Consejo Europeo que, habida cuenta del principio de subsidiariedad —como se formula en el nuevo artículo 3 B, insertado por el Tratado de la Unión Europea en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea—, había decidido no presentar ninguna propuesta con

vistas a establecer normas comunitarias en dicho ámbito.¹⁶

31. No hay duda de que los Estados miembros regulan el ámbito de los juegos de azar de manera profusa y relativamente restrictiva.

La cuestión no es si los Estados miembros pueden emprender dicha regulación. La competencia de principio de los Estados miembros para establecer normas relativas al acceso a ciertas actividades y su ejercicio no se ve afectada por el Tratado. La cuestión es simplemente qué limitaciones pueden extraerse de las normas del Tratado en relación con la competencia normativa de los Estados miembros en dicho ámbito.

32. Como se ha indicado, el presente asunto se refiere al alcance de las normas del Tratado en materia de prestación de servicios en dicho contexto. No obstante, puede ser útil —antes de examinar las normas en materia de prestación de servicios— formular algunas observaciones generales sobre la competencia general de los Estados miembros para regular el acceso a las actividades de lotería, así como su ejercicio.

16 — Véanse las 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 reexaminación de propuestas pendientes y de legislaciones vigentes», publicadas en el *Boletín de las Comunidades Europeas* n° 12, 1992.

33. Como se ha indicado, el punto de partida, en todos los Estados miembros, es que el juego está prohibido y que esta situación jurídica no es en absoluto contraria al Tratado. No obstante, en la práctica, ciertas formas de juego están autorizadas, bajo ciertas condiciones, en todos los Estados miembros. Hay diferencias bastante sensibles entre los Estados miembros en relación con los tipos de juego autorizados y con los requisitos de expedición de las autorizaciones. Esto da lugar a que una forma de juego pueda estar prohibida en un Estado miembro y autorizada en otro.

34. En caso de autorización de una u otra forma de juego, no cabe duda de que los Estados miembros pueden establecer normas relativas a los requisitos de cualificación que deben reunirse para poder tener acceso a dicha actividad, y a las modalidades de su ejercicio, con el fin de garantizar que la actividad no dé lugar a abusos que perjudiquen a los jugadores y a la sociedad en general.

Puede haber diferencias en la intensidad y alcance de la protección dispensada contra los abusos por las respectivas legislaciones.

35. En la práctica, los Estados miembros exigen con frecuencia —y, en materia de

loterías, lo hacen en todas las importantes—¹⁷ que los beneficios se destinen al Tesoro o se afecten a fines de interés general. Los Estados miembros deben poder fijar tales requisitos.

36. La práctica también demuestra que en los Estados miembros donde las loterías están autorizadas, las loterías más importantes a nivel nacional son, por lo general, administradas por las propias autoridades públicas o confiadas a organismos sujetos a supervisión pública. La razón alegada es que dichas modalidades son apropiadas a efectos de prevenir los abusos, e incluso naturales, habida cuenta del hecho de que el beneficio se destina al Tesoro público o a fines de interés general.

37. Por último, la práctica demuestra que, al menos en cierta medida, los Estados miembros regulan las actividades de lotería con el objeto de limitar «la oferta». El objetivo declarado es proteger a los consumidores contra los peligros que representa para el individuo una participación excesiva en el juego (la pasión del juego) y, con este fin, se recurre en concreto a limitar el número de empresas que pueden ejercer actividades de

17 — No obstante, en todas las legislaciones nacionales hay casos en los que los ingresos de ciertas loterías pueden destinarse a particulares. El requisito al respecto es, por norma general, que debe tratarse de sumas limitadas (tanto en relación con el precio de un billete de lotería como del volumen de negocios global y de los premios ofrecidos, que a menudo no son premios en metálico) y que dicha actividad se desarrolle en el marco de otras actividades lúdicas, por ejemplo, ferias ambulantes, etc.

lotería, a limitar el número de loterías que pueden ofrecerse al público, así como a limitar el número de sorteos.

trata a una o varias empresas o, en su caso, a reservar dichas actividades a la propia autoridad pública.

38. Con tal de que se respete el requisito fundamental de igualdad de trato a empresas, establecido en el artículo 52, puede presumirse, en mi opinión, que los Estados miembros pueden, sin contravenir el Tratado, regular las actividades de lotería en uno de los sentidos siguientes:

- prohibirlas total o parcialmente,
- establecer requisitos en relación con el ejercicio responsable de una actividad autorizada,
- afectar exclusivamente los beneficios a fines públicos o de interés general, y
- limitar, al menos en cierta medida, la oferta de loterías.

39. Quizá sea algo más problemática la cuestión de si los Estados miembros, como hacen en la práctica, tienen derecho a limitar la oferta reservando las actividades de que se

Dichas restricciones suscitan dudas tanto en relación con las normas del Tratado relativas al derecho de establecimiento, como con las normas del Tratado relativas a los servicios.

Es evidente que las normas relativas al derecho de establecimiento, consideradas a la luz del Tratado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no se oponen de manera absoluta a que ciertas formas de actividades económicas se reserven a una o varias empresas y, entre éstas, en su caso, a empresas públicas o a empresas que funcionen en régimen de administración pública. No obstante, el Tratado requiere que haya criterios de carácter general que sean admisibles con arreglo a él y que justifiquen tal excepción al principio de igualdad de acceso al ejercicio de una actividad comercial y/o profesional (véase el punto 75 *infra*).

40. La cuestión es si los Estados miembros pueden limitar el acceso al ejercicio de las actividades de lotería sobre la base de lo que podríamos llamar una estimación de las necesidades, es decir, una apreciación de la cantidad de oferta que debe haber en el mercado en relación con la prestación considerada o, en otros términos, si los Estados miembros pueden, en este ámbito, excluir los mecanismos generales del mercado.

41. Excluir los mecanismos generales del mercado presupone un motivo justo. En efecto, en una economía de mercado abierta, son las fuerzas de mercado —y no las normativas de Derecho público— las que en principio deben determinar la cantidad de oferta ideal en relación con una mercancía o un servicio dado.

pronunciarse sobre el problema efectivamente planteado en el caso de autos, que es el de los límites que se imponen al derecho de los Estados a extender la aplicación de su legislación a los prestadores de servicios extranjeros.

42. Ahora bien, precisamente en el ámbito de que se trata, se han expuesto razones de peso para justificar tales atentados a los mecanismos del mercado. Todos los Estados miembros han intervenido como mínimo a dos niveles decisivos: por una parte, bien no han autorizado en absoluto las loterías a nivel nacional, bien sólo han autorizado una o algunas; por otra parte, en este ámbito no es posible ejercer una actividad comercial ordinaria.

44. Dichas consideraciones no son decisivas porque de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a que me referiré en el punto 54, se desprende que la prohibición que establece el artículo 59 de restringir la libre prestación de servicios es más extensa que la prohibición que establece el artículo 52 de que los Estados miembros regulen el derecho de establecimiento de las empresas.

Ciertamente, no procede pronunciarse en el caso de autos, bajo el punto de vista del derecho de establecimiento, sobre la conformidad a Derecho de las restricciones a la facultad de las empresas para acceder a las actividades de lotería. No obstante, como veremos a continuación, no cabe la menor duda de que los Estados miembros también tienen derecho a regular el mercado en el sentido anteriormente indicado, mientras respeten la obligación de igualdad de trato prescrita en el artículo 52 del Tratado y la Comunidad no haya adoptado normas pertinentes en el ámbito considerado.

Dichas consideraciones son pertinentes porque las bases que fundamentan la regulación, por parte de los Estados miembros, del derecho de establecimiento, también pueden justificar restricciones a la libre prestación de servicios, y es muy posible que el objetivo buscado mediante la regulación del derecho de establecimiento sólo pueda alcanzarse si las normas de establecimiento —es decir, las normas relativas al acceso y al ejercicio de la actividad considerada— deben ser respetadas tanto por las empresas nacionales como extranjeras.

43. Sin ser decisivas, dichas consideraciones son, sin embargo, pertinentes a efectos de

45. Para pronunciarse sobre dicha problemática fundamental en el caso de

autos, es importante discernir bien las consecuencias derivadas de las distintas posibles respuestas del Tribunal de Justicia.

46. La consecuencia más radical de aplicar las normas del Tratado relativas a los servicios a las normas de los Estados miembros en materia de loterías extranjeras, sería que el Estado destinatario de la prestación debería admitir plenamente en su territorio las prestaciones de empresas que ejercieran lícitamente una actividad de lotería con arreglo a la legislación del país de origen. Ello significa en principio, en dicho supuesto, un reconocimiento mutuo y completo por parte de los Estados miembros de sus respectivas normas en materia de loterías.

47. Está claro que habría que preguntarse en qué medida el Estado destinatario de la prestación podría en tal caso exigir también a los prestadores extranjeros que sus actividades se ejercieran con arreglo a normas que ofrecieran garantías suficientes de gestión responsable, con el fin de proteger los intereses de los consumidores y de la sociedad.

48. Igualmente habría que preguntarse si el Estado destinatario de la prestación podría exigir a los prestadores extranjeros, al igual que hace respecto de sus propias empresas, que los beneficios fueran en todo caso utilizados para fines públicos o de interés general.

49. Por lo demás, el Tribunal de Justicia debería preguntarse —y ésta es la cuestión más importante del asunto— si no habría que permitir, además, al Estado destinatario de la prestación que limitara la oferta de loterías.

A falta de tal posibilidad, se produciría en todos los Estados miembros una situación de mercado en que la lotería o las loterías propias del Estado ofrecerían sus servicios y, al mismo tiempo, todas las loterías que ejercieran lícitamente su actividad en otros Estados miembros (y que, en su caso, cumplieran los requisitos, entre otros, de gestión saneada, que acabo de mencionar) podrían hacer lo mismo.

En tal supuesto, sería verdaderamente imposible que un Estado miembro limitara la oferta, ya que la oferta global en el mercado dependería de la oferta permitida en otros Estados, y se produciría al mismo tiempo una situación de mercado en que las grandes loterías —sobre todo las que tienen un gran mercado nacional— tendrían ventajas considerables en términos de competencia, ya que estarían en situación de ofrecer los mayores premios (este extremo se precisa en el punto 113 *infra*).

En una palabra, se crearía una situación en la que ya no habría posibilidades reales de limitar la oferta para proteger a los consumidores contra los peligros inherentes a las apuestas

excesivas, y en la que la competencia ya no sería entre operadores privados —con las ventajas que ello supone en materia de reparto de ingresos— sino entre fondos públicos y fines de interés general de los distintos Estados miembros.

50. Este es el resultado que los Estados miembros juzgan fundamentalmente erróneo y que, en su opinión, no puede deducirse del Tratado.

Cuestiones 5 y 6 del órgano jurisdiccional

51. Como sabemos, dichas cuestiones se refieren a la importancia de las normas relativas a los servicios a efectos de aplicar las normas británicas que prohíben de manera general la organización de grandes loterías en el Reino Unido a loterías extranjeras.

52. En principio creo que, para responder a las cuestiones que se le han planteado, el Tribunal de Justicia debe limitarse a examinar la conformidad a Derecho de dichas normas en relación con el Tratado.

No obstante, he considerado apropiado formular ciertas observaciones sobre la importancia del Tratado en relación con la

situación que existe efectivamente en la mayor parte de los Estados miembros, es decir, una situación en la que el mercado de las grandes loterías está reservado a una o varias empresas de loterías administradas por la autoridad pública o bajo el control de la autoridad pública. Al interpretar las normas del Tratado en el contexto del presente asunto, está claro que el Tribunal de Justicia debe tomar en consideración la importancia que reviste dicha interpretación en relación con el estado del Derecho en los demás Estados miembros. Por lo demás, el Gobierno británico declara pertinentemente que no pueden apreciarse las normas vigentes en la época de los hechos de que se trata en el asunto principal sin tener en cuenta que en el Reino Unido se ha adoptado una decisión definitiva: la de adaptar en principio la situación jurídica en el Reino Unido a la de los demás Estados miembros. En sus observaciones, estos últimos dedicaron, por lo demás, numerosas reflexiones a apreciar el Derecho vigente en dichos Estados.

Quinta cuestión planteada por el tribunal de remisión

53. Como sabemos, dicha cuestión dice así:

«[...] ¿es aplicable el artículo 59 a la prohibición establecida por el Reino Unido de importar billetes o material publicitario de grandes loterías, tomando en consideración

que las restricciones impuestas por la legislación del Reino Unido a la celebración de dichas loterías en el Reino Unido se apliquen sin discriminación por razón de la nacionalidad y con independencia de que la lotería se organice fuera o dentro del Reino Unido?»

54. El Tribunal de Justicia siempre ha subrayado en su jurisprudencia que las normas del Tratado relativas a los servicios prohíben, en primer lugar, toda discriminación directa o indirecta en perjuicio de los servicios extranjeros, pero ha añadido, sin embargo, que dicha prohibición también puede afectar a restricciones que no sean las que se derivan de las normas discriminatorias. Así, el Tribunal de Justicia manifestó, en sus sentencias de 1979 y 1981, recaídas en los asuntos Van Wesemael y Webb, respectivamente,¹⁸ que las normas relativas a los servicios también pueden limitar la posibilidad de que los Estados miembros empleen normas no discriminatorias en el caso de prestaciones de servicios extranjeras. Esto se afirmó de manera aún más clara en las sentencias que dictó en 1986 en los llamados «asuntos de coaseguro», que trataban de los requisitos no discriminatorios relativos al establecimiento y a la concesión en el ámbito de los seguros.¹⁹ El Tribunal de Justicia lo declaró nuevamente en las recientes sentencias que dictó en 1991 en los llamados «asuntos de los guías turísticos»,²⁰ así como en su sentencia

de 1991 en el asunto Säger relativo a las prestaciones en el marco de la prórroga de patentes.²¹ En esta última sentencia, el Tribunal de Justicia declaró «que el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos» (apartado 12).

55. Es evidente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto no puede entenderse sin la importante reserva derivada de la posibilidad que existe de que las restricciones —ya se desprenda o no de las normas discriminatorias— puedan ser justificadas y, por tanto, conformes a Derecho.

En cuanto a las «normativas nacionales que no son indistintamente aplicables a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen», éstas «sólo son compatibles con el Derecho comunitario si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción, como es el artículo 56 del Tratado». ²² En cuanto a las demás restricciones, el

18 — Sentencia de 18 de enero de 1979 (110/78, Rec. p. 35), y sentencia de 17 de diciembre de 1981 (279/80, Rec. p. 3303).

19 — Véase, en particular, la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755).

20 — Sentencias de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia (C-154/89, Rec. p. I-659); Comisión/Italia (C-180/89, Rec. p. I-709), y Comisión/Grecia (C-198/89, Rec. p. I-727).

21 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-76/90, Rec. p. I-4221).

22 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 15.

Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «Habida cuenta de la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios, no pueden considerarse incompatibles con el Tratado requisitos específicos impuestos al prestador, motivados por la aplicación de las normas que regulen dichas actividades. Sin embargo, la libre prestación de servicios, en tanto que principio fundamental del Tratado, únicamente podrá restringirse mediante regulaciones justificadas por el interés general y que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado destinatario, en la medida en que dicho interés no se halle salvaguardado ya por las normas a las que el prestador está sujeto en el Estado donde se encuentra establecido. En concreto, dichas exigencias deberán ser objetivamente necesarias para garantizar la observancia de las normas profesionales y para asegurar la protección del destinatario de los servicios y no deben excederse de lo necesario para alcanzar estos objetivos». ²³

56. Como puede verse, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 30 y la relativa al artículo 59 coinciden en gran medida.

No obstante, cabe mencionar el hecho de que en el marco del artículo 59 el Tribunal de Justicia, a diferencia de sus declaraciones en el marco del artículo 30, no ha declarado que toda restricción que limite directa o indirectamente, actual o potencialmente, la libre

prestación de servicios está comprendida en el ámbito de la prohibición del Tratado. ²⁴

El sector de los servicios se distingue del sector de las mercancías, al menos en cierta medida, en particular por la importancia del elemento *intuitu personae* y, por tanto, por la importancia de la distinción entre los requisitos de acceso aplicables a la profesión considerada (en particular, las cualificaciones personales) y los requisitos aplicables al ejercicio de la profesión.

57. Habida cuenta de dichas consideraciones, es probablemente correcto resumir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 59 en el sentido de que

— todas las medidas discriminatorias están comprendidas en el artículo 59, y

— también otras medidas, pero no necesariamente todas, que limiten los servicios de prestadores extranjeros de servicios en el país de acogida, pueden depender del artículo 59. ²⁵

24 — Véase la sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec. p. 837).

25 — Como el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente en su sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), también puede haber, en el marco del artículo 30, limitaciones a la libre circulación de mercancías que no constituyan restricciones en el sentido del artículo 30 del Tratado.

23 — Véase la sentencia en el asunto Säger (nota 21), apartado 15.

58. La mera comprobación de que las normas litigiosas constituyen una limitación no discriminatoria de la actividad de prestadores de servicios extranjeros en el Reino Unido no permite, pues, responder a la quinta cuestión de la High Court.

Es preciso pronunciarse sobre si la limitación es una restricción con arreglo al artículo 59.

59. La mayor parte de las observaciones presentadas en el caso de autos, comprendidas las observaciones del Gobierno británico, se expresan en favor de una respuesta afirmativa a dicha cuestión.

60. No obstante, ciertos Gobiernos exponen el punto de vista contrario. Se refieren, en particular, a las sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1978, *Société générale alsacienne de banque*,²⁶ y de 18 de marzo de 1980, *Debauve*,²⁷ que pueden interpretarse en el sentido de que las normas nacionales controvertidas no recaían bajo el ámbito de la prohibición contemplada en el

artículo 59, simplemente porque no eran discriminatorias.²⁸

61. Creo que pueden esgrimirse argumentos bastante sólidos en favor de la tesis según la cual las normas nacionales que establecen una prohibición general de una actividad y que no constituyen discriminaciones directas o indirectas, no son contrarias al artículo 59 del Tratado. Tales normas implican las mismas limitaciones para los prestadores nacionales que para los extranjeros. No está muy claro por qué los prestadores extranjeros podrían ejercer una actividad prohibida a los prestadores nacionales simplemente porque aquéllos ejercen legalmente dicha actividad en su país de origen.

62. No obstante, no es ésta la cuestión decisiva en el caso de autos. Las dos sentencias que acabo de mencionar sólo pueden citarse en apoyo de dicho resultado de manera relativa. En la sentencia *Debauve*, el Tribunal de Justicia se dedicó de hecho a analizar la

28 — El asunto citado en primer lugar trataba de una prestación de servicios — en aquel caso, operaciones bursátiles a término calculadas sobre la diferencia de cotizaciones de valores mobiliarios efectuadas por un banco por orden de un cliente — que en Derecho alemán no podía generar una obligación. El Tribunal de Justicia consideró en dicho asunto que «el hecho de exceptuar de las reclamaciones judiciales las deudas de juego u otras deudas asimiladas no debe ser considerado como un trato discriminatorio, respecto de un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, si la misma limitación se aplica a cualquier prestador de servicios establecido en el territorio del mismo Estado cuando reclama un crédito de la misma naturaleza, lo cual no ha sido discutido en el presente caso» (apartado 5; *traducción provisional*). El segundo asunto se refería a una prohibición belga de que una sociedad de distribución por cable difundiera mensajes publicitarios extranjeros. En su sentencia, el Tribunal de Justicia declaró: «los artículos 59 y 60 del Tratado CEE no prohíben una normativa nacional que se oponga a la transmisión de mensajes publicitarios mediante televisión por cable, así como a la emisión de mensajes publicitarios por televisión, si dicha normativa se aplica sin distinciones en lo referente al origen, nacional o extranjero, de dichos mensajes, o a la nacionalidad del prestatario o al lugar en que esté establecido» (apartado 16; *traducción provisional*).

26 — Asunto 15/78, Rec. p. 1971.

27 — Asunto 52/79, Rec. p. 833.

cuestión de si la prohibición de que se trataba era desproporcionada con el objetivo perseguido y no puede ignorarse, como he indicado, que el Tribunal de Justicia ha precisado, en el marco de su jurisprudencia ulterior, que incluso restricciones no discriminatorias pueden recaer en el ámbito del artículo 59.

basa la quinta cuestión, a saber, que las normas británicas controvertidas, desde el punto de vista de su contenido, se aplican sin discriminación por razón de la nacionalidad y con independencia de que la lotería se organice dentro o fuera del Reino Unido.

63. Existe un fundamento concreto en el caso de autos en apoyo de la conclusión de que normas como las controvertidas también deben considerarse restricciones con arreglo al artículo 59. La prohibición controvertida se aplica en una situación en la que el Gobierno británico ha hecho saber que se va a levantar por haberse considerado apropiado instituir una lotería nacional. Una situación jurídica en la que prestadores extranjeros no pueden operar en las mismas condiciones que los prestadores nacionales es en todo caso una restricción según el artículo 59, aunque, en su caso, debiera considerarse no discriminatoria.

66. La Comisión y los Sres. Schindler señalan, sin embargo, que las normas son de hecho discriminatorias. En efecto, impiden que una lotería como la Süddeutsche Klassenlotterie tenga acceso a un mercado en el que se permite que empresas competidoras lleven a cabo actividades de juego análogas.

64. Por las razones expuestas, procede responder a la quinta cuestión en el sentido de que el artículo 59 se aplica a las normas controvertidas, aunque no impliquen ninguna discriminación por razón de la nacionalidad y con independencia de que la lotería se organice dentro o fuera del Reino Unido.

Se remiten, en primer lugar, a las actividades que las loterías locales pueden ejercer, así como a las actividades ejercidas por empresas privadas que organizan quinielas (football-pools). La Comisión y los Sres. Schindler estiman que dichas actividades competidoras están indirectamente protegidas y que las normas controvertidas son por ello discriminatorias.

67. En mi opinión, este punto de vista no es exacto.

¿Son materialmente discriminatorias las normas británicas?

65. No parece que nadie en este asunto discuta la realidad de la premisa sobre la que se

68. Procede partir del hecho de que la legislación británica establece la prohibición general de organizar loterías que sólo admite

una serie de excepciones precisamente delimitadas y, a primera vista, objetivamente fundadas, en favor de loterías de carácter local; estas loterías tienen fines bien definidos y su volumen de negocios no puede exceder de un cierto importe.²⁹

No hay nada en el presente asunto que haga pensar que esta situación jurídica tenga por objeto proteger las loterías británicas de la competencia de otras loterías organizadas fuera del Reino Unido. Se trata de una delimitación —aparentemente fundada en justificaciones objetivas— del mercado británico de la lotería, destinada a aplicarse únicamente a las loterías locales con un volumen de negocios limitado. El hecho de que dicha delimitación implique que grandes loterías extranjeras no puedan ejercer sus actividades compitiendo con las loterías locales no hace dichas normas discriminatorias.

29 — Según la Ley británica sobre loterías de 1976, se trata de pequeñas loterías organizadas en el marco de ciertas formas de entretenimiento (artículo 3), de loterías privadas reservadas a un grupo limitado de personas (artículo 4), de loterías organizadas en beneficio de ciertas sociedades (artículo 5), de loterías organizadas por colectividades locales (artículo 6) y de loterías organizadas y gestionadas de conformidad con la Ley de 1846 sobre las sociedades artísticas. Son las loterías contempladas en los artículos 5 y 6 de la Ley de 1976 las que revisten mayor importancia práctica. En el anexo A del Libro Blanco sobre la creación de una lotería nacional se indica lo siguiente: «hay tres tipos de loterías que pueden ser organizadas por una sociedad o una colectividad local: una lotería a corto plazo puede organizarse en el mes siguiente a una lotería precedente. El volumen de negocios máximo (es decir, el valor de los billetes vendidos) es de 45.000 UKL y el premio más elevado es de 6.000 UKL. Puede organizarse una lotería a medio plazo entre uno y tres meses después de la lotería anterior. El volumen de negocios máximo es de 90.000 UKL y el premio más elevado es de 9.000 UKL. Las mayores loterías públicas se organizan cuatro veces al año con un volumen de negocios de 180.000 UKL y un premio de un máximo de 12.000 UKL. En todo caso, el precio máximo de un billete es de 1 UKL.» El Gobierno británico ha indicado que los límites relativos a los importes han sido aumentados después de la creación de la lotería nacional.

69. La legislación británica autoriza el juego en forma de quinielas. La autorización se concede aunque las empresas privadas ejerzan dicha actividad con finalidad lucrativa y la acción normativa del Estado se limita a hacer que la gestión sea responsable y que una parte de los beneficios se ingrese en el Tesoro público a través de la recaudación fiscal.³⁰

No ha llegado ninguna información al Tribunal de Justicia que haga pensar que las normas británicas en materia de quinielas sean

30 — Según las informaciones proporcionadas, existen actualmente tres empresas de dicho tipo, a saber, Littlewoods, que posee más del 76 % del mercado; Vernons, que posee aproximadamente el 20 %, y Zetters, con el 3 %, aproximadamente. Según un estudio de Mintel: *Special Report, Gambling 1991*, pp. 32 y ss., dichas empresas pagan más del 40 % del volumen de negocios al Estado, mientras que los ingresos netos de dichas empresas es del orden del 4,4 % del volumen de negocios.

En el Libro Blanco de 1992, el Gobierno británico declaró lo siguiente acerca de la incidencia que tendría la creación de la lotería nacional en otras formas de juego:

«29. Las quinielas son la forma de juego que más puede verse afectada por la creación de una lotería nacional. Se trata de un tipo de juego de "apuesta baja/elevadas ganancias" y sus organizadores temen ser completamente barridos por la lotería nacional. En ciertos países, la lotería nacional ha perjudicado a las quinielas, pero en otros ambos juegos coexisten. Habrá que realizar otros estudios para evaluar el efecto de una lotería nacional sobre las quinielas en este país.

30. Hay otros tipos de juego que corren menos riesgo de verse afectados que las quinielas. Ofrecen un producto que difiere sensiblemente de una lotería nacional, bien por la naturaleza del juego propuesto, bien por las circunstancias en las que se lleva a cabo, o por ambas cosas a la vez. Por ejemplo, los que apuestan en las carreras de caballos o de galgos se ven probablemente menos atraídos por el tipo de juego que ofrece una lotería nacional, caracterizado por una baja probabilidad de ganancia y por no requerir ningún conocimiento específico. El bingo es una actividad social no intercambiable con la compra de un billete de lotería. De igual modo, los casinos ofrecen un tipo de juego y otras facilidades que difieren de la participación en una lotería. Las máquinas recreativas más corrientes procuran distracción más que la posibilidad de embolsar una suma elevada.

[...]»
33. Una de las preocupaciones que se expresan con más frecuencia acerca del impacto de una lotería nacional es que las obras de beneficencia perderán una parte de los ingresos que obtenían de las pequeñas loterías y, más generalmente, de las donaciones de carácter filantrópico. El nivel de ingresos que las obras de beneficencia obtienen actualmente con las pequeñas loterías es aproximado debido a que los datos correspondientes al conjunto de las loterías no son objeto de ninguna centralización [...] Las obras de beneficencia serán específicamente designadas como una de las categorías destinadas a beneficiarse de la lotería nacional [...]»

por sí mismas contrarias a las normas del Tratado, y tampoco se ha aportado ningún elemento que haga pensar que las normas británicas aplicables al mercado de que se trata hayan sido adoptadas para proteger el mercado británico del juego de la competencia de las empresas de lotería extranjeras.

juego, debe, por dicha razón, aceptar formas de juego equivalentes organizadas por empresas extranjeras.

¿Tiene importancia la existencia de una gran lotería nacional en relación con la cuestión de la discriminación?

Dicha normativa debe considerarse como una manifestación legítima de la concepción del legislador británico sobre la manera en que el mercado del juego debe organizarse. Dicha normativa puede ser el fruto de experiencias pasadas y de reflexiones sobre la cuestión de lo que puede considerarse socialmente más aceptable (por ejemplo, el hecho de que en las quinielas hay un elemento de conocimiento de una materia, cosa que falta en las loterías) y puede ser el fruto de una mera opción entre dos formas posibles de juego, en el sentido de que el legislador considera deseable no autorizar más que una forma de juego, porque si no la oferta global de juego sería excesiva.

71. Cabe mantener que la decisión de crear una lotería nacional constituye un indicio de la existencia efectiva de una discriminación en detrimento de loterías extranjeras equivalentes.

72. Pero, por lo que se refiere a la apreciación de un eventual efecto discriminatorio de las normas de que se trata, sería erróneo, en mi opinión, atribuir importancia a la circunstancia de que dichas normas han sido modificadas posteriormente. Las normas pertinentes en el asunto principal no se vuelven discriminatorias por el hecho de que en un momento dado se haya podido prever modificarlas, ni por el hecho de que dichas reflexiones hayan dado lugar ulteriormente a modificaciones.

70. La legislación británica trata de manera distinta las distintas formas de juego, y el hecho de que en cierta medida sean actividades competidoras no significa *ipso facto* que exista una discriminación oculta. Por lo demás, si se aceptara el punto de vista de la Comisión y de los Sres. Schindler, se podría efectivamente mantener que tal concepción se basa en la premisa de que un Estado miembro, al haber admitido *una* forma de

73. Además, me inclino a considerar que no sería justo calificar de discriminatoria una situación jurídica como la existente en el Reino Unido tras la adopción de la National Lottery etc. Act 1993 y que, según las informaciones disponibles, existe en los demás Estados miembros.

74. Ciertamente, normas que impiden a los prestadores de servicios extranjeros efectuar sus prestaciones —aun cuando ello esté permitido a empresas nacionales— pueden aplicarse en otro país sin que dichas normas deban ser calificadas de discriminatorias. El ejemplo tipo lo constituyen las normas nacionales que reservan una cierta actividad a empresas establecidas en el país. Dichas normas constituyen, según la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto del coaseguro (Comisión/Alemania),³¹ «de hecho la negación misma [de la libre prestación de servicios]». Así, el Tribunal de Justicia no calificó dicha situación jurídica de discriminatoria, sino que declaró que «para que tal exigencia se pueda admitir, es preciso demostrar que constituye una condición indispensable para alcanzar el objetivo perseguido» y admitió, por tanto, que consideraciones distintas de las contempladas en el artículo 56 del Tratado pueden eventualmente justificar dicha importante restricción a la libre prestación de servicios.

75. La situación controvertida se distingue de un requisito general de establecimiento en el sentido de que la actividad de que se trata —tras examinar su necesidad— sólo se autoriza para una o varias empresas. No obstante, dicha situación no da lugar a que las normas se conviertan *eo ipso* en discriminatorias. Por tanto, procede seguir presumiendo que no constituyen la expresión de una discriminación por razón de la nacionalidad o del origen de las empresas.

El hecho de que los Estados miembros concedan derechos exclusivos a una o varias

empresas no es en sí contrario al Tratado —véase, al respecto, el artículo 90 del Tratado—. En dicho caso, los Estados miembros tienen la obligación de respetar las normas generales del Tratado, lo que, en el contexto del presente asunto, significa, en particular, las normas en materia de establecimiento y de servicios. Ello implica, entre otras cosas, que hay que poder estar en situación de justificar, de conformidad con la jurisprudencia general del Tribunal de Justicia, las restricciones que los derechos exclusivos de que se trata impliquen en perjuicio del derecho a la libre prestación de servicios.

Si el hecho mismo de conceder derechos exclusivos se considera constitutivo de una discriminación, los derechos exclusivos sólo serán lícitos si están justificados por una de las consideraciones mencionadas en el artículo 56, es decir, el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

En mi opinión, dicho resultado sería erróneo.

76. Por una parte, considero que no es oportuno ampliar el ámbito de aplicación del concepto de discriminación en un contexto como el del caso de autos y, por otra parte, no creo que a efectos de aplicar el artículo 59 del Tratado, calificar la situación de discriminatoria o no tenga una importancia decisiva.

31 — Sentencia de 4 de diciembre de 1986, 205/84, antes citada, apartado 52.

77. El artículo 56 establece que las disposiciones de los capítulos relativos al derecho de establecimiento y a los servicios no prejuzgarán la aplicabilidad de las «disposiciones [nacionales] que prevén un régimen especial para los extranjeros», y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

El mismo tenor de la disposición demuestra que debe tratarse de normas especiales para empresas extranjeras, y no me parece razonable, en casos en que se concedan derechos exclusivos a ciertas empresas con independencia de su nacionalidad o de su origen, caracterizar tales normas como normas «especiales» para empresas «extranjeras».

Además, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 56 de manera restrictiva y ha insistido en que las consideraciones contempladas en dicha disposición sólo pueden alegarse si existe «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». ³² Tal interpretación restrictiva es incontestablemente aceptable cuando se trata de normas nacionales que, de manera abierta o solapada, conceden importancia a la nacionalidad o al origen de las empresas. Por el contrario, no es en absoluto apropiada cuando los efectos eventualmente discriminatorios de una medida controvertida son una consecuencia práctica de criterios de delimitación que pueden justificarse de una manera objetiva.

En mi opinión, es arriesgado aplicar un concepto amplio de discriminación y, al mismo tiempo, interpretar el artículo 56 restrictivamente. Ello podría dar lugar a una limitación no deseada de la competencia reglamentaria que, en el sistema del Tratado, debe pertenecer necesariamente a los Estados miembros mientras las instituciones de la Comunidad no hayan procedido a armonizar las normas nacionales pertinentes.

78. No creo que la cuestión de la calificación tenga una gran importancia práctica en este caso. Sea cual sea la calificación que se dé a la situación en relación con el concepto de discriminación, se trata de una restricción sustancial, una verdadera negación del derecho a la libre prestación de servicios, que sólo puede justificarse si la medida controvertida es objetivamente necesaria a efectos de tomar en consideración intereses fundamentales de la sociedad.

79. En todo caso, en mi opinión, las cuestiones decisivas son si los intereses de la sociedad como los invocados por los Estados son tan fundamentales que puedan justificar, en el ámbito actualmente controvertido, las restricciones existentes y si las normas de que se trata son objetivamente necesarias para alcanzar el objetivo buscado y son, por lo demás, proporcionadas en relación con él.

32 — Sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 35.

La restricción derivada de la prohibición británica de importar billetes de lotería y material publicitario para grandes loterías, ¿cumple los requisitos de legalidad previstos en el Tratado?

la regulación estricta de las actividades de lotería y, por tanto, las restricciones a la libre prestación de servicios.

80. La sexta cuestión, como se ha indicado, está redactada del modo siguiente:

83. En primer lugar, la necesidad de proteger a los consumidores, es decir, a quienes participan en la lotería, de las estafas y otras formas de organización ilegal de loterías.³³

«[...] ¿constituye el interés del Reino Unido en limitar las loterías, por razones de política social y para prevenir el fraude, una consideración legítima de orden público o moralidad pública que, en las circunstancias del presente asunto, justifique las restricciones alegadas a tenor del artículo 56 en relación con el artículo 66 o de otra disposición?»

84. Por otra parte, se hace referencia a la necesidad de prevenir, de manera más general mediante la regulación y el control, el riesgo real de que las loterías caigan en manos de delincuentes o se utilicen con fines delictivos, entre otros, el blanqueo de dinero.

81. Los once Estados miembros que han presentado observaciones han expresado todos la opinión de que dicha cuestión requería una respuesta afirmativa. Los Sres. Schindler y la Comisión no comparten este punto de vista.

85. Se ha indicado que existen riesgos particulares en el marco de las loterías transfronterizas.³⁴ En este contexto, ciertos Estados miembros han hecho referencia a un riesgo superior de fraude fiscal. La Comisión no niega que hay un riesgo mayor de abusos en casos de loterías transfronterizas, pero ha señalado que según las informaciones

¿Qué intereses se intenta proteger mediante las restricciones existentes?

33 — Se observa que las loterías constituyen un tipo de juego en el que el riesgo de fraude es particularmente grande debido al hecho de que el participante no dispone personalmente de ningún medio adecuado que le permita saber a cuánto se eleva el total recaudado, ni si los premios prometidos se han pagado efectivamente. Si no existiera un control apropiado, sería posible que el organizador de una lotería disimulara una parte del producto de la venta de los billetes o, en el caso de las loterías instantáneas, que conservara los billetes ganadores, en su caso para uso propio (véase el punto 30 de la resolución de remisión).

82. Los Estados miembros declaran esencialmente que hay tres intereses que abogan por

34 — En las observaciones del Gobierno belga se citan ejemplos de denuncias de dichos abusos.

disponibles, los Estados miembros no han tenido problemas insuperables al respecto.

86. En segundo lugar, todos los Estados miembros alegan que es necesario, en interés de los consumidores, limitar la oferta total de juego y regular las modalidades de dicha oferta. Se hace referencia al peligro real de que ciertas personas jueguen en exceso, con las graves consecuencias que ello implica desde el punto de vista social y de la salud, tanto para ellas mismas como para sus familias y, por tanto, para la sociedad.

87. En tercer lugar, se hace referencia a la necesidad de garantizar que los beneficios de las loterías se dediquen a ciertos objetivos admitidos por la sociedad y que, en dicho contexto, puede ser necesario fijar qué proporción de su volumen de negocios debe utilizarse para cubrir los gastos de organización, qué proporción debe destinarse a premios y qué proporción debe afectarse a fines públicos o de interés general.

88. En mi opinión, es incontestable —y ello no se discute seriamente en el caso de autos— que cada uno de dichos objetivos puede justificar, en su caso, las restricciones a la libre prestación de servicios. En mi opinión, se trata de objetivos tan esenciales que el Tribunal de Justicia podría, si lo juzgara necesario, calificarlos de objetivos comprendidos en el artículo 56 del Tratado.

89. Las cuestiones decisivas que se plantean son, por tanto, si las restricciones objeto de examen son necesarias para alcanzar los objetivos que podrían alcanzarse por otros medios, menos restrictivos, y si son proporcionadas a los objetivos.

¿Ha sido respetado el principio de proporcionalidad?

90. Los Sres. Schindler y la Comisión responden con toda claridad negativamente a dicha cuestión, mientras que los Estados miembros coinciden en responder afirmativamente.

91. Durante el procedimiento se ha declarado que los intereses de que se trata no podían considerarse aisladamente unos de otros. Yo estoy en parte de acuerdo. No obstante, es necesario considerar dichos intereses en relación con sus propios méritos, aunque no pueda excluirse que, conjuntamente considerados, puedan justificar las restricciones mientras que, aisladamente considerados, no podrían.

¿Son necesarias las restricciones para proteger a los consumidores y a la sociedad, entre otras cosas, de las estafas? · la legislación de los prestadores (principio de equivalencia).³⁵

92. No se ha discutido en este procedimiento que la preocupación por proteger a los consumidores del evidente peligro de las malversaciones relativas a loterías y de la utilización de las loterías con fines delictivos, puede justificar una regulación y un control, aun particularmente restrictivos, de las actividades de las loterías.

93. No obstante, se señala que, al menos en el caso de autos, dicha preocupación no puede justificar las restricciones porque éstas sólo pueden alegarse en la medida en que en el país de origen de la prestación aún no se hayan adoptado, en relación con las actividades de lotería consideradas, normas de funcionamiento ni se haya establecido un control adecuado comparables a las normas y al control vigentes en el país destinatario de la prestación.

94. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el Estado destinatario de la prestación no puede exigir que los prestadores de servicios extranjeros observen sus propias normas si las consideraciones en que se basan ya han sido tenidas en cuenta en

95. En el caso de autos, puede ciertamente mantenerse que el principio de equivalencia es difícil de aplicar ya que, en la época de los hechos de que se trata en el litigio principal, las grandes loterías estaban prohibidas en el Reino Unido y que, por dicha razón, no se había determinado un nivel de protección que pudiera compararse con el nivel de protección aplicable al prestador de servicios extranjero.

No obstante, dicha objeción sólo es de tipo formal. En primer lugar, a este respecto es posible comparar con la protección que el Reino Unido dispensa a los consumidores en el marco de las loterías locales y otras actividades recreativas comparables, como las quinielas, y, ahora, también con la protección que se ofrecerá a los consumidores en el marco de la nueva lotería nacional.

En segundo lugar, está probado que las normas aplicables a la *Süddeutsche Klassenlotterie* y el control a que está sometida dicha sociedad ofrecen un alto grado de seguridad contra los abusos.³⁶ Además, no se ha afirmado que, en el marco de dicha lotería, el riesgo de abusos sea superior al considerado

35 — Véase, en particular, el asunto del coaseguro, Comisión/Alemania, 205/84, antes citado, apartados 34 y ss..

36 — Véase al respecto la nota 9.

aceptable para actividades de juego comparables en el Reino Unido.

la oferta total de juego, a primera vista parece también necesario que los Estados miembros puedan limitar el derecho de los prestadores extranjeros a efectuar sus prestaciones de servicios.

96. Por último, opino que en las afirmaciones hechas en términos generales por los Estados miembros, acerca del mayor riesgo en caso de actividades de lotería transfronterizas, tampoco hay ningún elemento concreto que permita suponer que el supuesto riesgo pueda justificar por sí mismo la aplicación, por parte de las autoridades británicas, de las normas controvertidas.

97. El hecho de que la preocupación de que se trata no pueda alegarse, en las circunstancias concretas del presente asunto, para oponerse a las actividades de la *Süddeutsche Klassenlotterie* en el Reino Unido no significa evidentemente que en otros casos los Estados miembros no puedan rechazar a loterías extranjeras el acceso a sus mercados si las normas que les son aplicables en sus países de origen y el control a que están allí sujetas no ofrecen todas las garantías en comparación con el nivel de protección que el Estado miembro destinatario desee mantener.

¿Son necesarias las restricciones para limitar la oferta de juego en el Estado destinatario de la prestación?

98. Si se admite —y todos los Estados miembros lo hacen— la necesidad de limitar

Como se ha indicado, es un hecho que el mercado del juego varía de un Estado a otro. Lo que está permitido en un país puede estar prohibido en otro. Si un Estado no puede prohibir servicios procedentes de un país en el que están autorizados, sus posibilidades de limitar la oferta total de juego se verán sensiblemente recortadas.

99. En relación con dicha problemática, los Sres. Schindler y la Comisión indican que, en el caso de autos, el Reino Unido no puede razonablemente alegar dichos puntos de vista habida cuenta de *que* las apuestas del conjunto del mercado del juego en 1990 en el Reino Unido rebasan los 13.000 millones de libras esterlinas; *que* existen posibilidades de juego muy variadas, entre otras, las quinielas (que constituyen una actividad comercial privada, cuya explotación está abierta a todos los que reúnan los requisitos generales al respecto); *que* el Reino Unido ha decidido instituir una gran lotería nacional, y *que* el

Reino Unido reconoce también que la lotería es la forma menos peligrosa de juego.³⁷

las autoridades de dicho país consideraran menos nociva en términos relativos.

100. Esta argumentación, que a primera vista parece sólida, debe, no obstante, desestimarse por los motivos siguientes.

Admitir dicho punto de vista —aparte de la necesidad de llevar a cabo apreciaciones delicadas— implica desestimar una parte esencial de la argumentación de los Estados miembros destinada a justificar su derecho a regular el juego, a saber, la necesidad de poder limitar la oferta en términos absolutos.

101. Si se admitiera el punto de vista de los Sres. Schindler y de la Comisión, ello tendría por consecuencia, como se ha dicho anteriormente, que un Estado miembro que tuviera una legislación relativamente liberal en materia de juego ya no podría mantener limitaciones en cuanto al nivel de la oferta de juego, al menos en relación con la forma de juego que

Habida cuenta de los conocimientos disponibles acerca de los peligros que representa el juego para ciertas personas, no me parece posible refutar la opinión unánime de los Estados miembros de que hay una necesidad real de limitar la oferta en materia de juego y que dicha limitación —a falta de normas comunitarias al respecto— debe necesariamente llevarse a cabo por los Estados miembros separadamente.

37 — Véase el Libro Blanco de 1992, en el que se afirma lo siguiente:

«14. La Rothschild Royal Commission reconoció dos principios aplicables a la política del juego. En primer lugar, el juego debe estar adecuadamente regulado, para poder garantizar una gestión honrada y justa. En segundo lugar, la demanda del público en la materia no debe ser estimulada, ya que el juego en exceso puede acarrear la miseria tanto para el individuo como para su familia y podría tener consecuencias dramáticas para la sociedad en su conjunto. Aunque se encuentran a la base de todas las medidas de control del juego, dichos principios generales se han aplicado en grados diferentes a diferentes formas de juego.

15. Por ejemplo, los juegos de casino se prestan más a abusos de origen delictivo y pueden perderse grandes sumas de dinero con gran rapidez. Los juegos de casino constituyen la forma más "dura" (en el sentido de la proclividad a los abusos y a los peligros para los particulares) y por eso están más estrictamente regulados [...] Por el contrario, se ha considerado durante mucho tiempo que las loterías son la forma más "blanda" de juego. Las cantidades que se apuestan son normalmente pequeñas y no hay el mismo incentivo para recuperar las pérdidas. Están sujetas a una regulación menos estricta porque las sumas de dinero envueltas son más modestas. Como ofrecen precios modestos y apoyan las buenas causas, pueden anunciarse con gran libertad. En particular, pueden anunciarse en televisión y radio mientras que ello está prohibido para todos los tipos de apuestas y juegos mediante la acción combinada de los instrumentos legislativos de control y de los códigos que regulan la publicidad, elaborados por las autoridades de la radiodifusión y de la radiotelevisión.»

102. En el caso de que se obligue a un Estado miembro a admitir loterías organizadas de manera legal y satisfactoria en todos los demás Estados miembros, perderá la posibilidad de controlar el número de loterías organizadas, el número de sorteos y el volumen de las apuestas autorizadas. La oferta en los Estados miembros estará materialmente determinada por la oferta total disponible en todos los Estados miembros.

103. Además, la Comisión indicó en la vista que puede ser necesario que los Estados miembros tengan individualmente la posibilidad, mediante un sistema de concesión no discriminatorio, de limitar la oferta.

104. Dicha concepción revela la dificultad derivada de la apertura de los mercados nacionales a los servicios extranjeros mediante la aplicación directa de las normas del Tratado relativas a los servicios.

No creo que se puedan interpretar las normas del Tratado relativas a los servicios —al igual, por lo demás, que las normas del Tratado relativas al derecho de establecimiento— en el sentido de que los Estados miembros no pueden, sobre una base objetiva, prohibir ciertas formas de juego.

Así, sobre la base del Tratado, no se puede declarar que los Estados miembros estén obligados a introducir un sistema de concesión en un sector en el que estimen que la forma de juego de que se trata deba estar prohibida.

Por el contrario, sobre la base del Tratado, no hay duda de que, como se ha indicado, puede exigirse a los Estados miembros, en la medida en que autoricen una oferta limitada de una determinada forma de juego, que gestionen el sistema de manera no discriminatoria.

Por otra parte, me parece imposible inferir de las normas del Tratado en materia de servicios que los Estados miembros estén directamente obligados a conceder autorizaciones para un cierto número de loterías o, en otros términos, no es posible inferir del Tratado criterios que permitan determinar el volumen de la oferta que debe autorizarse para una determinada forma de juego.

Si admitimos que los Estados miembros pueden limitar la oferta, la cuestión del volumen de la oferta deberá dejarse a la apreciación de los Estados miembros, cuyas decisiones reflejarán opciones en gran medida determinadas por las particularidades socioculturales que prevalezcan en dichos países.³⁸

105. En resumen, no creo que con arreglo a las normas del Tratado relativas a los servicios y a falta de armonización a nivel comunitario pueda encontrarse una solución intermedia entre, por una parte, admitir la posibilidad de que los Estados miembros limiten la oferta, sobre una base no discriminatoria, comprendida la vía de la prohibición o de la limitación de los servicios prestados por las empresas de lotería extranjeras, y, por otra parte, admitir plena e íntegramente la posibilidad de que las loterías extranjeras puedan prestar sus servicios cuando, entre otras cosas, la gestión de dichas loterías ofrezca determinadas garantías en su país de origen.

³⁸ — Véase la sentencia de 16 de diciembre de 1992, Council of the City of Stoke-on-Trent (169/91, Rec. p. I-6635), apartado 11.

106. Si se admite entonces que los Estados miembros deben poder regular la oferta en materia de juego y, más en particular, las loterías, también debe admitirse que la limitación de los servicios de empresas extranjeras constituye un medio necesario y proporcionado.

¿Son necesarias las restricciones para preservar la posibilidad de que los Estados miembros establezcan normas en materia de afectación de los beneficios procedentes de las loterías?

107. La última de las consideraciones invocadas por los Estados miembros, a saber, la posibilidad de que ellos velen por que los beneficios procedentes de las loterías se destinen a fines de interés general o públicos, también es pertinente a efectos de justificar la opinión según la cual hay que admitir la posibilidad de que los Estados miembros limiten las prestaciones de servicios de las loterías extranjeras.

108. No hay duda de que, tanto desde un punto de vista histórico como en relación con la realidad actual, una de las principales razones en favor de la autorización del juego es que los beneficios obtenidos mediante dicha actividad pueden utilizarse para «buenas causas».

109. Es cierto que hoy en día hay razones para ser un poco escépticos en relación con

los fundamentos sobre los que se basa la regulación del mercado del juego por parte de los Estados miembros. Como ya se ha esbozado anteriormente, la repugnancia del juego como tal y el deseo de limitar el riesgo de que los ciudadanos jueguen en exceso, al menos en un cierto número de Estados miembros, ha cedido el paso a la idea de utilizar la pasión popular por el juego como una fuente de ingresos en beneficio del Tesoro (es decir, que los beneficios vayan directamente al Tesoro público o que sean objeto de gravámenes fiscales considerables), o para fines de interés general. La liberalización de los mercados del juego en varios Estados miembros y la aceptación de la publicidad del juego, a menudo particularmente agresiva, constituyen indicios de dicha evolución.

110. Pero aun así, los beneficios siguen utilizándose para fines no comerciales. En mi opinión, la cuestión de si los beneficios se afectan al Tesoro público o a fines de interés general no es de una importancia esencial. Afectar los beneficios a fines de interés general alivia, al menos en cierta medida, el gasto público para dichos fines.

111. En este contexto, hay una serie de factores relevantes.

Es probablemente exacto, como se ha indicado en muchas de las observaciones, que los

participantes en las loterías deciden, en cierta medida, participar en una u otra lotería porque los beneficios se destinan a una causa que aprecian particularmente. No obstante, según las informaciones disponibles, puede afirmarse que, por lo que se refiere a las loterías grandes, el uso que se hace de los beneficios sólo tiene una importancia limitada en la decisión de participar. Parece aceptado que el factor determinante es, en buena parte, la cuantía de los premios.³⁹

112. Por tanto, es razonable suponer que la apertura de los mercados nacionales —como han alegado varios Estados miembros— acrecentará probablemente una intensa competencia entre las grandes loterías por las cuotas de mercado del conjunto de la Comunidad.

Ante tal perspectiva, no es irrealista suponer que las loterías más grandes, las que hoy operan en un mercado nacional geográficamente extenso, podrán más adelante excluir del mercado no sólo a las loterías menores y a las loterías locales (que ya se encuentran en una situación difícil), sino

también a las loterías nacionales de los pequeños Estados miembros.⁴⁰

113. Como se ha indicado, parece ser que la competencia también tendrá lugar en relación con el valor de los premios. El importe de estos últimos está en función en principio del volumen de negocios y del importe de los costes de gestión y de la parte de los beneficios destinada a fines públicos o de interés general. Un parámetro importante de la competencia sería, por tanto, qué proporción puede utilizarse para premios y qué proporción debe destinarse a fines públicos o de interés general. Las loterías que dediquen la mayor parte a premios tendrán una ventaja competitiva. Me parece que los Estados miembros tienen que poder oponerse a tal forma de competencia en dicho mercado tan particular.

114. No cabe la menor duda de que también es esencial que los Estados miembros puedan

39 — En el informe de la Comisión *Gambling in the Single Market*, volumen I, p. 44, se dice lo siguiente: «El principal interés del jugador es participar en un juego atractivo. El atractivo de un juego se refleja en la cuantía de los premios, las posibilidades de ganar y en el hecho de que dichas ganancias no están gravadas en absoluto, o lo están a un tipo bajo. Si una lotería extranjera parece más atractiva que un juego nacional, un cierto número de jugadores participarán, bien pidiendo los billetes por correo, bien cruzando la frontera para comprarlos a un agente en el extranjero. Los pedidos por correo se prestan particularmente a las *Klassenlotterien*, ya que las fechas límite de aceptación de los billetes pueden tener lugar muchas semanas más tarde».

40 — En el informe de la Comisión, volumen I, p. 18, se indica lo siguiente:

«Las apuestas transfronterizas constituyen un fenómeno dirigido por el mercado. Los agentes de ciertas *Klassenlotterien* son los promotores más activos de apuestas transfronterizas ilegales.

Se han llevado a cabo campañas de venta por correo en todos los Estados miembros. Los mercados en los que operan las loterías de menor extensión, cuyos premios son correlativamente menos elevados, son evidentemente los más vulnerables.

[...]

Los premios gordos de las *Klassenlotterien* alemanas son muy atractivos para los consumidores que normalmente juegan a loterías nacionales de menor extensión, que les ofrecen premios más pequeños. A este respecto, la figura 8 muestra la vulnerabilidad de Dinamarca, de Bélgica y de los Países Bajos.

[...]

Las apuestas transfronterizas, que tienen lugar en función de la comodidad de las apuestas en razón de la proximidad a un Estado miembro limítrofe, o a una lengua o a una cultura similar, son osmóticas por naturaleza. Hay más posibilidades de que las apuestas transfronterizas tengan lugar cuando el tamaño de las poblaciones respectivas sea desproporcionado y, por tanto, cuando haya loterías más importantes con premios más elevados cerca de loterías nacionales o primitivas menos importantes.»

impedir que se cree una libre competencia entre loterías, lo que tendría por principal resultado en la práctica que los fondos públicos y los fines de interés general de los distintos países competirían para apropiarse del dinero que los ciudadanos europeos gastan en lotería.

Ciertamente no puede excluirse, habida cuenta de los datos de que disponemos, que una de las posibles consecuencias de la apertura de los mercados nacionales sería que las grandes Klassenlotterien alemanas poseerían una cuota de mercado tan dominante que las loterías nacionales, de menor extensión, de los países vecinos dejarían de ser «rentables». Ello significaría que los ingresos que hasta ahora se dedicaban a fines de interés general en dichos países irían a parar a los fondos públicos de los Länder alemanes que gestionan dichas loterías.

115. La Comisión discute que deba considerarse relevante dicho factor en el marco de la aplicación de uno de los principios fundamentales del Tratado, que es al mismo tiempo uno de los pilares básicos de la creación del mercado interior.

Dicho punto de vista se ve confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual objetivos de naturaleza económica no pueden justificar excepciones a las normas

del Tratado relativas a la libre prestación de servicios.⁴¹

116. A primera vista también podría considerarse contrario a dichos principios que esos «objetivos de política económica» sirvan para justificar límites a la libre prestación de servicios.

No obstante, un examen más profundo demuestra, en mi opinión, que dichos objetivos pueden tener su importancia en un contexto como el del caso de autos. No se trata, en efecto, de objetivos económicos en el sentido en que dicho concepto se utiliza en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

117. El Tratado se basa en el principio de que la comercialización de bienes económicos puede ser objeto de tributación en el Estado en cuyo territorio tenga lugar el consumo (véase, a este respecto, el artículo 95 del Tratado).

Durante la vista, la Comisión se ha referido al hecho de que un Estado miembro no puede prohibir la venta de tabaco ni de alcohol de otros Estados miembros si dichas ventas están admitidas en el Estado considerado. Está claro que esto es exacto, pero no altera

41 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), en la que el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «Debe subrayarse que los objetivos de política económica, como garantizar a la fundación pública nacional la totalidad de los ingresos procedentes de mensajes publicitarios específicamente destinados al público del Estado de que se trate, no pueden constituir razones de orden público en el sentido del artículo 56 del Tratado» (apartado 34).

el hecho de que los Estados pueden gravar los productos importados de la misma manera que los productos nacionales.

No me parece inadecuado considerar que estamos ante una forma de imposición también en el marco de las loterías. Si se admite la tesis de la Comisión, según la cual del Tratado se desprende una obligación para los Estados miembros de abrir sus mercados a las loterías extranjeras, ello significará que el «tributo» sobre los billetes de lotería —es decir, la parte del precio del billete de lotería destinado a los fondos públicos (o a fines de interés general)— se paga al «Estado del lugar de producción» y no al «Estado del lugar de consumo».

118. La idea de que el presente caso puede considerarse razonablemente bajo dicho punto de vista se ve corroborada por las informaciones recogidas relativas al sistema practicado por el Gobierno luxemburgués en relación con dos empresas de loterías alemanas, según el cual estas dos empresas han obtenido la autorización para ejercer sus actividades en Luxemburgo contra un porcentaje, que percibe el Gobierno luxemburgués, del volumen de negocios realizado en Luxemburgo por estas dos sociedades.

119. Creo que la idea de que los objetivos de que se trata en el caso de autos pueden, en su caso, justificar restricciones a los servicios transfronterizos se ve confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1992, Bachmann. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que las graves

restricciones a la libre circulación de trabajadores y de servicios, objeto del litigio principal, podían justificarse por el deseo de proteger los ingresos fiscales de los Estados mediante la necesidad de garantizar la coherencia de los sistemas fiscales.⁴²

120. No obstante, en mi opinión, es más importante el hecho de que en el caso de autos el Tribunal de Justicia está confrontado a un mercado de una naturaleza absolutamente particular, y que las normas vigentes en todos los Estados miembros muestran que los mecanismos generales del mercado no pueden ni deben aplicarse. Por cuanto puede juzgarse, ningún Estado miembro estima apropiado que en dicho ámbito haya una libre competencia con las consecuencias antes citadas.

121. Se trata de una competencia que, de manera casi ineluctable, implicaría consecuencias profundas para un cierto número de loterías, enraizadas en antiguas tradiciones y que representan una fuente de financiación considerable en provecho de obras de beneficencia y otros organismos de interés general de gran importancia. Admitir dicha competencia como corolario de la apertura de los mercados podría dar lugar a limitar la riqueza de la diversidad nacional, sin que ello pueda considerarse, en mi opinión, una consecuencia necesaria del establecimiento del mercado interior.

42 — Asunto C-204/90, Rec. p. I-249.

122. Es difícil indicar los efectos «dignos de protección» que se derivarían de una apertura de mercados. Ninguno de los objetivos contemplados en el artículo 2 del Tratado, por lo que puedo juzgar, se verían favorecidos.

123. La afectación apropiada de los ingresos, que constituye, desde el punto de vista económico, la principal justificación de las normas del Tratado relativas a la libre prestación de servicios, en mi opinión, carece de relevancia en el ámbito de la lotería.⁴³

124. La Comisión señala, en efecto, que la apertura de los mercados significará que los consumidores tendrán más posibilidades de elegir entre los fines de interés general que desean apoyar y que los consumidores obtendrán ganancias más elevadas. Es posible que la Comisión tenga razón a corto plazo en cuanto al primer aspecto. Pero, como se ha indicado, no se puede descartar la hipótesis de que la apertura de los mercados pueda implicar a largo plazo la eliminación de una serie de loterías del mercado, lo que se traducirá en una limitación de las posibilidades de elección de los consumidores.

En cuanto al segundo aspecto, quizá la Comisión tenga también razón. Pero no creo que éste pueda formar parte de los objetivos que el Tratado se propone. Un aumento del importe de las ganancias puede, por una parte, estimular la pasión del juego y, por otra parte, implicar una reducción de la proporción del volumen de negocios de la lotería destinada, en concepto de beneficio, a fines públicos o de interés general.

125. Por tanto, en mi opinión, se puede concluir que no hay intereses mayores que tengan que tomarse en consideración, con arreglo a los objetivos del Tratado, que militen contra la tesis de que los Estados miembros deben seguir teniendo la posibilidad de limitar la libre prestación de servicios, y que, por otra parte, procede atribuir una importancia considerable a las razones alegadas unánimemente por los Estados miembros en favor de la no apertura de los mercados. Se trata de un ámbito en el que existen buenas razones para seguir respetando la competencia legislativa de los Estados miembros mientras conste que la Comunidad no tiene la intención de ejercer su competencia legislativa en la materia.

43 — A este respecto, véase el artículo 102 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en la versión modificada por el Tratado de la Unión Europea, cuya segunda frase dispone lo siguiente: «Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de los recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 3 A».

126. También debe concluirse, en mi opinión, que no es posible, sobre las bases actualmente existentes, aplicar medios menos restrictivos para alcanzar los objetivos que

fundamentan las actuales limitaciones a la libre prestación de servicios.⁴⁴

situación en la que las grandes loterías nacionales están prohibidas.

127. En consecuencia, considero que procede responder a las cuestiones de la High Court en el sentido de que nada se opone, sobre la base de las normas del Tratado relativas a los servicios, a la aplicación de normas nacionales que prohíban la importación de billetes de lotería o de material publicitario de grandes loterías extranjeras en una

A este respecto, carece de importancia que se haya adoptado una decisión relativa a la creación de una gran lotería nacional, aunque sólo sea porque, en mi opinión, aun en el caso de que tales loterías existan, los Estados miembros tienen la posibilidad de mantener limitaciones a la libre prestación de servicios.⁴⁵

Conclusión

128. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones de la High Court del modo siguiente:

«Las normas relativas a la importación de billetes de lotería y de material publicitario sobre grandes loterías están comprendidas en el ámbito del artículo 59 del Tratado de Roma, que no se opone, sin embargo, a que dichas normas prohíban las prestaciones de servicios de grandes loterías extranjeras, cuando tal prohibición se inscriba en el marco de una prohibición general de organizar dichas loterías.»

44 — Sobre la base de la «commerce clause» de la Constitución Federal, el Congreso americano adoptó una prohibición de principio contra la «libre prestación de servicios» entre los Estados en el ámbito de la lotería. La constitucionalidad de dicha legislación fue consagrada mediante una sentencia en 1903 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos [véase «The Lottery Case» (Champion/Ames, 186 U. S. 321 1903)].

45 — He considerado la cuestión de si, en el marco de la interpretación del artículo 59 del Tratado, podía considerarse relevante, a efectos del presente asunto, el párrafo segundo del artículo 55 del Tratado. En relación con el artículo 66, dicho artículo dispone que el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del Capítulo sobre los servicios. No dispongo de ninguna información relativa a las posibles reflexiones del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación de dicha disposición con el fin de excluir las actividades de lotería de las normas del Tratado en materia de servicios. Es evidente que hay que admitir que en todo caso dicha disposición no puede aplicarse sin que la Comisión haya sometido una propuesta en dicho sentido. Yo he llegado a la conclusión de que, en el contexto del presente asunto, dicha disposición no tiene la menor relevancia.