

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. PAOLO MENGOZZI

presentadas el 4 de marzo de 2010¹

I. Introducción

1. Una industria billonaria, que atañe a una actividad peligrosa y culturalmente sensible. Un servicio que, gracias a los nuevos medios de comunicación, traspasa fácilmente las fronteras. Un sector no armonizado con una jurisprudencia casuística.

2. Todos estos elementos concurren en el sector del juego: por eso no debe extrañar la elevada litigiosidad que presenta y que, probablemente, seguirá generando en el futuro. Buena prueba de ello son las cuestiones que aquí se examinan y otras muchas actualmente sometidas al Tribunal de Justicia.²

3. La ausencia de Derecho derivado es en el caso de autos un factor determinante, que obliga a los órganos jurisdiccionales a acudir directamente a los Tratados. Aunque en los últimos años la jurisprudencia en la materia ha aumentado considerablemente, todavía no existe una base jurisprudencial suficiente para resolver los diferentes casos que cada día se presentan ante los órganos jurisdiccionales nacionales. A ellos corresponde en última instancia examinar, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, las normativas que restringen el acceso al mercado del juego en un Estado miembro. Al responder a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia debe orientarles en el desempeño de esta difícil tarea.

4. En los asuntos de que se trata en el caso de autos, el Verwaltungsgericht de Gießen y el Verwaltungsgericht de Stuttgart (Tribunales administrativos, Alemania) solicitan al Tribunal de Justicia que se pronuncie, en primer lugar, sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario del monopolio sobre apuestas deportivas y loterías existente en Alemania, ya que consideran que la política nacional de limitación del juego adolece de una presunta falta de coherencia. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar el principio de reconocimiento mutuo a las autorizaciones nacionales para la organización de apuestas deportivas.

1 — Lengua original: francés.

2 — Véanse los asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia Carmen Media Group (C-46/08), Engelmann (C-64/08), Zeturf (C-212/08) y Sjöberg y Gerdin (C-447/08 y C-448/08).

II. Marco jurídico

B. Derecho alemán

A. Normativa de la Unión

5. Por el momento, el sector de los juegos de azar no está armonizado en Derecho de la Unión. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior,³ los excluye expresamente de su ámbito de aplicación: «La presente Directiva no se aplicará a las actividades siguientes: [...] h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas» (artículo 2, apartado 2).

6. Esta ausencia de Derecho derivado obliga a acudir al Derecho primario y, en particular, por lo que respecta al caso de autos, al artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE), cuyo párrafo primero prohíbe las «restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

7. En Alemania las competencias en materia de juego están repartidas entre el Estado Federal y los Länder. En la mayoría de los Länder existe un monopolio regional para la organización de apuestas deportivas y loterías, mientras que la explotación de las máquinas recreativas y de los casinos ha sido confiada a operadores privados debidamente autorizados.

1. Derecho federal

8. El artículo 284 del Strafgesetzbuch (Código penal alemán; en lo sucesivo «StGB») dispone que:

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

3 — DO L 376, p. 36; en lo sucesivo, «Directiva servicios».

[...]

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

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

[...]

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

[...]».

9. La determinación de los requisitos de concesión de las autorizaciones mencionadas en el artículo 284 del StGB es competencia de los Länder, salvo en el caso de las autorizaciones para la organización de las apuestas relativas a las competiciones hípcas oficiales y para la instalación y explotación de las máquinas tragaperras, que son concedidas por los Länder pero en aplicación, respectivamente, de las condiciones fijadas por la Ley de loterías y apuestas de carreras (Rennwett- und Lotteriegesez; en lo sucesivo, «RWLG»), y del Código de comercio y de industria (Gewerbeordnung).

10. Por lo que se refiere a la autorización de las apuestas en competiciones hípcas, el artículo 1 de la RWLG dispone que:

«La asociación que desee explotar una empresa de apuestas mutuas con ocasión de carreras públicas de caballos u otros concursos públicos de destreza hípcas requerirá la autorización de las autoridades competentes con arreglo al Derecho del Land.

[...]

3. La autorización sólo podrá concederse a las asociaciones que garanticen destinar exclusivamente sus ingresos en provecho de la cría caballar en el Land.»

11. El artículo 2, apartado 1, de la RWLG establece que:

«El que quiera dedicarse profesionalmente a efectuar apuestas o servir de intermediario de tales apuestas (bookmaker) en concursos públicos de destreza hípcas requerirá la autorización de las autoridades competentes con arreglo al Derecho del Land.»

2. Derecho de los Länder

a) El LottStV

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

13. El artículo 1 de LottStV establece los objetivos de este acuerdo entre los Länder. Estos objetivos son:

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

2. impedir las incitaciones excesivas al juego,

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

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

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

14. De conformidad con el artículo 5 del LottStV,

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

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

3. Las personas mencionadas en el apartado 2 sólo están autorizadas a actuar como organizadoras o gestoras directas [...] en el Land en el que desempeñen su labor conforme al apartado 2. Únicamente pueden ofrecer o permitir que se ofrezcan juegos de azar en dicho Land. Sólo pueden organizar

o gestionar juegos de azar en otro Land con autorización de éste. La obtención de la aprobación no es un derecho adquirido.

b) Normativa del Land Hessen

4. Las personas no mencionadas en el apartado 2 sólo estarán autorizadas a organizar loterías y sorteos con arreglo a las disposiciones de la sección tercera.»

15. El artículo 6 del LottStV, incluido en la sección tercera, sujeta a autorización previa la organización pública de loterías no comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, y enumera una serie de requisitos que han de concurrir para su otorgamiento. El artículo 7, apartado 1, del LottStV excluye la posibilidad de conceder esas autorizaciones cuando sea posible que dicha organización de loterías, teniendo en cuenta el volumen general de la oferta de juegos de azar ya existente, aliente particularmente la pasión por el juego.

16. Dentro del marco trazado por el LottStV, cada uno de los Länder ha adoptado su propia normativa de juegos de azar, reservando la organización de loterías y apuestas deportivas al propio Land o a sociedades privadas que éste controla.

17. Según el artículo 1, apartado 1, de la Ley sobre apuestas deportivas, loterías de números y otras loterías estatales complementarias en Hessen (Gesetz über staatliche Sportwetten, Zahlenlotterien und Zusatzlotterien in Hessen), el Land es el único autorizado a organizar apuestas deportivas en su territorio, con excepción de las apuestas sobre carreras de caballos (apartado 1). No obstante, puede encomendar la gestión de esas apuestas y de las loterías del Land a una persona jurídica privada (apartado 4). La intermediación con carácter comercial de las apuestas deportivas y de las loterías sólo puede hacerse en los establecimientos autorizados (apartado 5).

c) Normativa del Land Baden-Württemberg

18. A tenor del artículo 2 de la Ley sobre loterías, apuestas y sorteos estatales del Land Baden-Württemberg (Gesetz über staatliche Lotterien, Wetten und Ausspielungen), el Land organiza la lotería de números, las apuestas deportivas y la lotería instantánea (apartado 1), y puede confiar la gestión de los juegos de azar organizados por el Land a una persona jurídica privada en la que éste participe directa o indirectamente de forma determinante (apartado 4).

3. Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006

19. El 28 de marzo de 2006, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitucional federal alemán) dictó una sentencia⁴ declarando incompatible con el derecho fundamental a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 12 de la Ley fundamental, el monopolio de apuestas deportivas existente en el Land Bayern, en la medida en que su configuración, y la organización comercial y la naturaleza de las apuestas deportivas, no tengan por finalidad contribuir de forma consecuyente y activa al objetivo de reducción de la pasión por el juego y de lucha contra la dependencia.

20. La sentencia, relativa al Land Bayern, puede sin embargo extenderse a los monopolios de apuestas deportivas que existan en otros Länder y presenten las mismas características.

21. El Bundesverfassungsgericht concedió a los legisladores competentes un período transitorio, hasta el 31 de diciembre de 2007, para reestructurar el monopolio afectado, a efectos de introducir un mínimo de coherencia con el objetivo de combatir la adicción.⁵

4 — BVerfG, 1 BvR 1054/01.

5 — BVerfG, 1 BvR 1054/01, apartados 148 y ss., en los que el Bundesverfassungsgericht especifica los requisitos necesarios para adaptar —legislativa y organizativamente— el monopolio de apuestas a la Ley fundamental.

22. Con esta finalidad, los Länder aprobaron un nuevo tratado, el Tratado estatal sobre los juegos de azar en Alemania (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland), que entró en vigor el 1 de enero de 2008.⁶

III. Litigios principales y cuestiones prejudiciales

23. Las partes demandantes en los seis procedimientos principales⁷ disponen de sendos locales comerciales, situados en los Länder Hessen y Baden-Württemberg, en los que ejercen una actividad de intermediación de apuestas deportivas⁸ por cuenta de organizadores de juegos de azar establecidos en otros Estados miembros. Estos organizadores son dos empresas austriacas —Happybet Sportwetten GmbH⁹ y web.coin Handelsges. mbH¹⁰—, una empresa con sede en Malta —Fa. Tipico Co. Ltd.—¹¹ y dos sociedades británicas, una registrada en Gibraltar —Fa. Digibet

6 — El asunto Carmen Media Group, antes citado, versa sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de este nuevo marco jurídico, que aún no estaba en vigor al producirse los hechos a que se refiere el caso de autos.

7 — Markus Stoß, Kulpa Automatenervice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, Andreas Kunert, Avalon Service-Online-Dienste GmbH y Olaf Amadeus Wilhelm Happel.

8 — No obstante, en el asunto C-358/07, la recurrente Kulpa Automatenervice Asperg GmbH es propietaria del local que alquila a la empresa Allegro GmbH, que es la que explota el negocio del juego.

9 — Asuntos C-316/07 y C-409/07.

10 — Asunto C-359/07.

11 — Asunto C-360/07.

Ltd—¹² y otra en Londres —Happy Bet Ltd—¹³. Todas estas sociedades han sido autorizadas por las autoridades locales competentes del lugar de establecimiento para ejercer una actividad en el sector de las apuestas deportivas.

24. En 2005, 2006 y 2007, las autoridades competentes de los Länder Hessen y Baden-Württemberg (el Landrat de Wetterau y el Regierungspräsidium de Karlsruhe, respectivamente) adoptaron una serie de decisiones prohibiendo a las demandantes organizar apuestas deportivas en los citados Länder.

25. Estas decisiones administrativas se impugnaron ante el Verwaltungsgericht Gießen y el Verwaltungsgericht Stuttgart con el doble argumento de que, por una parte, los monopolios sobre las apuestas deportivas que existen en los Länder afectados vulneran la libertad de establecimiento (43 CE; actualmente, artículo 49 TFUE) y la libre prestación de servicios (49 CE; actualmente, artículo 56 TFUE); y de que, por otra parte, las empresas por cuenta de las que actuaban las partes demandantes disponían ya de licencias emitidas por otros Estados miembros para organizar juegos de azar, lo que debía bastar para ejercer la misma actividad en Alemania.

26. El Verwaltungsgericht Gießen y el Verwaltungsgericht Stuttgart manifiestan en sus autos de remisión importantes dudas acerca de la compatibilidad de la normativa alemana del juego con el Derecho comunitario, y plantean al Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 234 CE, las siguientes cuestiones prejudiciales:¹⁴

- «1) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que son incompatibles con un monopolio nacional sobre determinados juegos de azar como, por ejemplo, las apuestas deportivas, si en el Estado miembro de que se trata no existe una política coherente y sistemática de restricción del juego, especialmente debido a que los concesionarios nacionales incitan a la participación en otros juegos de azar (como las loterías nacionales y los casinos) y, además, se permite a proveedores de servicios privados ofrecer otros juegos con un potencial aditivo presumiblemente igual o superior (por ejemplo, las apuestas en determinados acontecimientos deportivos, como las carreras de caballos, y las máquinas tragaperras)?
- 2) ¿Deben interpretarse los artículos 43 CE y 49 CE en el sentido de que las autorizaciones concedidas por los organismos

12 — Asunto C-358/07.

13 — Asunto C-410/07.

14 — A efectos de simplificación, hemos unificado la redacción de las dos cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales remitentes.

competentes de los Estados miembros para organizar apuestas deportivas que no se limiten al territorio del Estado de que se trata facultan al beneficiario de la autorización y a los terceros al servicio de éste a ofrecer y concluir contratos en el territorio de otros Estados sin necesidad de obtener otra autorización nacional?»

29. En la vista, celebrada el 8 de diciembre de 2009, han comparecido para formular oralmente sus alegaciones los representantes de las partes demandantes en el procedimiento principal, del Wetteraukreis, del Land Baden-Württemberg, de los Gobiernos de Alemania, Bélgica, Grecia, Italia, Portugal y Noruega y de la Comisión.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. Las peticiones prejudiciales se registraron en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 9 de julio de 2007 (asunto C-316/07), el 2 de agosto de 2007 (C-358/07, C-359/07 y 360/07), y el 3 de septiembre de 2007 (C-409/07 y C-410/07).

28. Han presentado observaciones escritas Markus Stoß, Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH, el Wetteraukreis, los Gobiernos de Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Lituania, Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Noruega, así como la Comisión Europea.

V. Sobre la primera cuestión prejudicial

A. Principios básicos de la jurisprudencia en materia de juego

30. La relación entre las libertades fundamentales del Tratado y las diversas políticas de juego de los Estados miembros ha sido tratada por el Tribunal de Justicia en una nutrida jurisprudencia que, desde la sentencia Schindler,¹⁵ se ha centrado en la posibilidad de justificar medidas que restringen la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE; antiguo artículo 49 CE) o la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE; antiguo artículo 43 CE) en la Unión.

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

31. A este respecto, esta jurisprudencia presta atención a la particular naturaleza de los juegos de azar, un sector en el que «no puede prescindirse de las consideraciones de orden moral, religioso o cultural», que implica «riesgos elevados de delito y de fraude» y que constituye «una incitación al gasto con consecuencias individuales y sociales perjudiciales». ¹⁶ A la vista de estas circunstancias, y a falta de armonización comunitaria en la materia, el Tribunal de Justicia reconoce a los Estados miembros un margen de apreciación suficiente para determinar, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que supone la protección de los jugadores y, más en general, del orden social. ¹⁷

32. Así, la jurisprudencia, aunque reconoce que la normativa nacional que prohíbe determinados juegos de azar, ¹⁸ o que limita su explotación a un *numerus clausus* de

concesionarios, públicos o privados, ¹⁹ obstaculiza la libre prestación de servicios aun si no es discriminatoria, permite tales restricciones si con ellas se persigue un objetivo de interés general, ²⁰ como la reducción de las oportunidades de juego o la lucha contra el fraude y la criminalidad. ²¹

33. Los Estados miembros son, por tanto, libres para «fijar los fines de su política en materia de juegos de azar» y para «definir con precisión el grado de protección perseguido». ²² Ahora bien, no basta con la mera invocación formal de esos objetivos: desde la sentencia Zenatti, antes citada, el Tribunal de Justicia señala la necesidad de que se verifique la coherencia de la legislación cuestionada con respecto a los objetivos alegados, así como su proporcionalidad. Y desde la sentencia Gambelli y otros, también citada anteriormente, exige, más concretamente, que las restricciones a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento 1) se apliquen de modo no discriminatorio, 2) estén justificadas por razones imperiosas de interés general, 3) sean aptas para garantizar la realización de

16 — Sentencias Schindler, antes citada, apartados 59 y 60; de 21 de septiembre de 1999, Läära y otros (C-124/97, Rec. p. I-6067), apartado 13; de 21 de octubre de 1999, Zenatti (C-67/98, Rec. p. I-7289), apartado 14; de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros (C-243/01, Rec. p. I-13031), apartado 63; de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 47, y de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International (C-42/07, Rec. p. I-7633), apartado 57.

17 — Sentencias antes citadas Schindler, apartados 32 y 61; Zenatti, apartado 15; Gambelli y otros, apartado 63; Läära y otros, apartado 14; Placanica y otros, apartado 47; y Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, apartado 57.

18 — Por ejemplo las loterías, como en la sentencia Schindler, antes citada.

19 — O incluso a un único organismo público, como en las sentencias Läära y otros, antes citada; de 11 de septiembre de 2003, Anomar y otros (C-6/01, Rec. p. I-8621), y Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, o en el propio caso de autos.

20 — Sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305), apartado 17; y de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartado 15, y Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartado 13.

21 — Sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 52.

22 — *Ibidem*, apartado 48.

ese objetivo, y 4) no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo.²³

34. En relación con el tercer requisito, ha de recordarse que «una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del fin alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática».²⁴ En consecuencia, un monopolio nacional en el sector de los juegos de azar como el que se presenta en el caso de autos respetará los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (antiguos artículos 43 CE y 49 CE) siempre que no sea discriminatorio y resulte proporcionado y adecuado (coherente, en la terminología utilizada por la jurisprudencia en materia de juego) respecto al objetivo de interés general que persigue y que se haya invocado como justificación.

B. Reformulación de la primera cuestión prejudicial

35. En su primera cuestión prejudicial, el Verwaltungsgericht Gießen y el

Verwaltungsgericht Stuttgart plantean la posible incompatibilidad del monopolio sobre apuestas deportivas y loterías en Alemania con los artículos 43 CE y 49 CE (actuales artículos 49 TFUE y 56 TFUE), dada la presunta falta de coherencia que, en su opinión, presenta la política nacional de limitación del juego.

36. A mi juicio, sin embargo, esta formulación resulta inadecuada en dos puntos.

37. En primer lugar, la redacción de la pregunta no es acertada en la medida en que parte de un diagnóstico previo de incongruencia de la normativa afectada, apuntando como síntomas la incitación pública a participar en los juegos sujetos a monopolio y la apertura a las empresas privadas de otros juegos con un potencial adictivo presumiblemente igual o superior. Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia antes citada, esa tacha de incoherencia sería por sí misma suficiente para invalidar una eventual justificación de las restricciones a la libre prestación de servicios.

38. En consecuencia, dado que los tribunales de Gießen y de Stuttgart desean saber si la configuración del monopolio de loterías y apuestas deportivas respeta el Tratado, no debe tomarse como premisa la falta de coherencia de la normativa alemana del juego, sino preguntarse si las circunstancias indicadas (apertura parcial de otros juegos y publicidad abundante) producen tal incoherencia

23 — Sentencias Gambelli y otros, antes citada, apartado 65; de 13 de noviembre de 2003, Lindman (C-42/02, Rec. p. I-13519), apartado 29; Placanica y otros, antes citada, apartado 49, y Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, apartado 60. En general, sobre el examen clásico de compatibilidad con el tratado, véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus (C-19/92, Rec. p. I-1663), apartado 32, y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37.

24 — Sentencia Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, apartado 61.

y, por tanto, la incompatibilidad con el Derecho de la Unión.

39. En segundo lugar, considero que ese examen de la legislación alemana ha de efectuarse exclusivamente a la luz de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios (artículo 56 TFUE, antiguo artículo 49 CE). La libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE, antiguo artículo 43 CE), también invocada por los tribunales administrativos alemanes, carece de pertinencia en los asuntos que aquí se tratan.

40. Todas las partes demandantes en el caso de autos son personas físicas o jurídicas alemanas que pretenden desempeñar una actividad de intermediación de apuestas deportivas por cuenta de sociedades establecidas en otros Estados miembros, que no parece que hayan tenido intención de establecerse en Alemania. No está aquí en juego, por tanto, la libertad de establecimiento, sino únicamente la libre prestación de servicios.

41. A la vista de lo anterior, la primera cuestión prejudicial habría de plantearse en los siguientes o semejantes términos:

«¿Debe interpretarse el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE) en el sentido de que

es incompatible con un monopolio nacional sobre determinados juegos de azar como, por ejemplo, las apuestas deportivas, si los concesionarios nacionales incitan a la participación en dichos juegos²⁵ y, además, se permite a proveedores de servicios privados ofrecer juegos con un potencial adictivo presumiblemente igual o superior (por ejemplo, las apuestas en determinados acontecimientos deportivos como las carreras de caballos y las máquinas tragaperras)? ¿Ha de entenderse que tales circunstancias impiden una política de juego coherente y sistemática en el sentido de la jurisprudencia?»

42. Mediante esta primera cuestión los órganos jurisdiccionales remitentes solicitan al Tribunal de Justicia que aclare en qué forma y con arreglo a qué criterios ha de valorarse una normativa nacional sobre juego para merecer la calificación de «coherente», necesaria para su viabilidad a efectos del Tratado. En particular, dudan sobre si esa evaluación ha de hacerse de modo global, respecto a la política del juego en general, o bien juego a juego, de forma individualizada, de modo que las decisiones normativas o los actos adoptados para un juego no afecten la apreciación que merezca la normativa referente a otro.

25 — Ambos Tribunales administrativos utilizan en esta cuestión la expresión “otros juegos”, para a continuación ofrecer como ejemplos las apuestas deportivas y las loterías (en el caso del *Verwaltungsgericht Stuttgart*) y las loterías nacionales y los casinos (para el *Verwaltungsgericht Gießen*). Entiendo que esta referencia a los casinos, al igual que la utilización del adjetivo “otros”, es errónea, pues la argumentación de los órganos jurisdiccionales remitentes se centra en la existencia de una amplia publicidad de los juegos sujetos a monopolio por parte de los concesionarios nacionales, y no en la eventual incitación a participar en juegos abiertos a operadores privados (como los casinos).

43. A la vista de la cantidad y diversidad de argumentos esgrimidos por todos los intervinientes y por los autores de la cuestión prejudicial, entiendo sin embargo que sólo puede darse una respuesta útil a esta cuestión tras un análisis de tres aspectos de la normativa alemana objeto del caso de autos. Éstos son: su carácter discriminatorio o no (C), la finalidad de interés general que persigue (D) y su coherencia o adecuación a ese objetivo (E).

estén establecidos.²⁷ Puede considerarse que los monopolios alemanes de apuestas presentan dicho carácter, dado que perjudican indistintamente a todas las sociedades privadas de juego, con independencia de su nacionalidad y de su establecimiento o no en territorio alemán.

C. *Carácter no discriminatorio*

44. Según reiterada jurisprudencia, el antiguo artículo 49 CE prohíbe toda discriminación al prestatario de un servicio fundada en su nacionalidad o en el hecho de su establecimiento en un Estado miembro distinto de aquél donde se desarrolla la actividad.²⁶

45. En el ámbito específico de los juegos de azar, el Tribunal de Justicia ha declarado que una legislación nacional que impide la explotación de un determinado juego a toda persona distinta del organismo público autorizado no supone una discriminación, siempre que la prohibición afecte a todos los operadores interesados en tal actividad, independientemente de si son nacionales del Estado miembro en cuestión o de otro, y del lugar en el que

D. *El objetivo de interés general*

46. El siguiente paso en el análisis de una política restrictiva de los juegos de azar consiste en la definición de su objetivo de interés general, pues sólo a la vista de una finalidad clara el Tribunal de Justicia podrá determinar si la normativa en cuestión es coherente con ella.

47. Del artículo 1 del LottStV parece deducirse que, en el caso de la normativa alemana, ese objetivo es múltiple, e incluye la prevención del fraude y de la incitación excesiva al juego, que, según ya ha afirmado el Tribunal de Justicia, constituye una «razón imperiosa de interés general» que puede justificar bajo determinadas condiciones las limitaciones de las actividades de juego.²⁸

26 — Sentencia *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, antes citada, apartado 10.

27 — Sentencia *Läära* y otros, antes citada, apartado 28.

28 — Sentencia *Placanica* y otros, antes citada, apartado 52.

48. El citado artículo del LottStV hace también referencia a «garantizar que una parte importante de los ingresos de los juegos de azar se utilice para promover objetivos públicos o que disfruten de un estatuto fiscal privilegiado, en el sentido del Código tributario» (artículo 1, apartado 5, del LottStV). De conformidad con la jurisprudencia, nada se opone a tal objetivo, siempre que el propósito de financiar actividades sociales, filantrópicas o de interés general sólo constituya «un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida». ²⁹

49. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así ocurre en Alemania, o si en realidad, como han alegado algunas de las demandantes en los litigios principales, el objetivo recaudatorio es el único fin del monopolio aquí cuestionado. Esta verificación se encuentra, no obstante, íntimamente ligada al «test de coherencia» de la política de juego.

E. El test de adecuación y proporcionalidad de la legislación

50. Aclarados los dos puntos anteriores, ha de procederse al llamado «hypocrisy test»

de las medidas controvertidas, ³⁰ núcleo de la primera cuestión prejudicial. Se trata, más concretamente, del clásico test de adecuación y proporcionalidad, que en el sector del juego la jurisprudencia viene realizando de forma conjunta.

51. El Verwaltungsgericht Gießen y el Verwaltungsgericht Stuttgart invocan en sus autos de remisión un conjunto de circunstancias y características de la normativa alemana susceptibles de poner en tela de juicio su coherencia y su proporcionalidad y, en consecuencia, su compatibilidad con el Tratado.

52. Dos de estos factores revisten, sin embargo, especial importancia, en la medida en que son los únicos mencionados en la parte dispositiva de la cuestión prejudicial: en primer lugar, el desarrollo de una intensa actividad publicitaria para incitar a participar en los juegos sujetos a monopolio; y, en segundo lugar, la apertura a operadores privados de juegos con un potencial adictivo superior.

²⁹ — Sentencias, antes citadas, Schindler, apartado 60; Zenatti, apartado 36, y Gambelli y otros, apartado 62.

³⁰ — Spapens, T., Littler, A. y Fijnaut, C., *Crime, Addiction and the Regulation of Gambling*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 86; y Straetmans, G., *Common Market Law Review*, n° 41 (2004), issue 5, p. 1424.

1. La publicidad de los juegos sujetos a monopolio

53. Las demandantes en los litigios principales y los órganos jurisdiccionales remitentes consideran, en primer lugar, que la política de juego en Alemania adolece de incoherencia porque el Estado realiza una «publicidad considerable» de sus servicios (apuestas deportivas y loterías).³¹

54. El Tribunal de Justicia se ocupó ya de esta delicada cuestión en su sentencia *Gambelli* y otros, advirtiendo a las autoridades que pueden incurrir en contradicción al intentar evitar un perjuicio derivado de una acción que han fomentado: «en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otras apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, [...] no están legitimadas para invocar [...] la necesidad de reducir las oportunidades de juego con el fin de justificar» medidas limitadoras de la libre prestación de servicios.³²

55. Este argumento se repitió y precisó en la sentencia *Placanica* y otros, al advertir el

Tribunal de Justicia que, a la vista de la jurisprudencia de la Corte suprema di cassazione, «el legislador italiano aplica una política de fuerte expansión de los juegos de azar con el objeto de aumentar los ingresos fiscales», por lo que su legislación no puede ampararse en los «objetivos de limitación de la propensión al juego de los consumidores o de reducción de la oferta de juegos».³³

56. Sin embargo, el Tribunal de Justicia introdujo una importante precisión: tras recordar que tanto la Corte suprema di cassazione como el Gobierno italiano «identifican como finalidad real de la normativa italiana controvertida [...] evitar la explotación de actividades relativas a juegos de azar con fines delictivos y fraudulentos, encauzándolas en circuitos que puedan someterse a su control», afirmó que «desde este punto de vista, una política de expansión controlada en el sector de los juegos de azar puede ser plenamente coherente con el objetivo de atraer a los jugadores que realizan actividades de juego y apuestas clandestinas y, como tales, prohibidas, hacia otras permitidas y reguladas».³⁴ Ahora bien, para alcanzar esta meta «los operadores autorizados han de constituir una alternativa fiable, pero al mismo tiempo atractiva, a una actividad prohibida, circunstancia que puede implicar la oferta de una amplia gama de juegos, una publicidad de una determinada magnitud y el recurso a nuevas técnicas de distribución».³⁵

31 — El Verwaltungsgericht Stuttgart, por ejemplo, hace referencia a la intensa difusión del «bote» establecido en determinados sorteos, que, a su juicio, «crea en el público la idea poco realista de poder ganarlo» (auto de remisión de la cuestión prejudicial en el asunto C-358/07, p. 9).

32 — Sentencia antes citada, apartado 69.

33 — Sentencia antes citada, apartado 54.

34 — En el mismo sentido, véase la sentencia *Läära* y otros, antes citada, apartado 37.

35 — Sentencia *Placanica* y otros, antes citada, apartado 55.

57. De esta forma, el Tribunal de Justicia respaldó la actividad publicitaria realizada por los titulares de derechos exclusivos en el sector del juego en Italia, en la medida en que la restricción al antiguo artículo 49 CE estaba destinada a luchar contra la criminalidad.

58. Por consiguiente, la sentencia Placanica y otros manifestó sin ambages la coherencia de una legislación que persigue evitar conductas fraudulentas y delictivas en este ámbito y que al mismo tiempo permite al operador monopolista utilizar instrumentos de publicidad.

59. Pero, ¿qué ocurre cuando el propósito de la regulación nacional sea combatir la ludopatía y reducir las oportunidades de juego? De una primera lectura de los apartados 69 de la sentencia Gambelli y otros y 54 de la sentencia Placanica y otros parece desprenderse que la jurisprudencia excluye totalmente la congruencia de una normativa dirigida a limitar el acceso a los juegos de azar cuando el operador monopolista hace publicidad de sus servicios. Sin embargo, un examen más atento de las citadas resoluciones pone de relieve las cautelas o requisitos con que el Tribunal de Justicia envolvió esta tesis inicial, al incluir también como factor determinante de la citada incoherencia el hecho de que la política de promoción de los juegos de azar se realiza

«para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos».³⁶

60. El Tribunal de la Asociación europea de Libre Comercio sigue el mismo razonamiento. En su sentencia Ladbroke/Noruega utilizó el argumento de la canalización de la demanda de juegos en el contexto de la lucha contra la adicción. Basándose en la sentencia Placanica y otros, considera adecuado servirse de medidas publicitarias para «apartar a los jugadores de juegos muy adictivos ofrecidos vía Internet o por otros canales de difícil supresión».³⁷

61. El mero ejercicio de una actividad publicitaria no basta para impedir la realización del objetivo de limitación de las oportunidades de juego, siempre que esa publicidad se efectúe con mesura y que esté verdaderamente orientada a concentrar el juego en torno a una oferta regulada y controlada, y no a elevar los ingresos fiscales que por este concepto percibe el Estado miembro. Sostener la existencia de monopolios o de concesionarios nacionales sin posibilidad alguna de promocionar sus servicios no resultaría, a mi juicio, demasiado realista. Propongo por ello al Tribunal de Justicia extender la tesis que ya

36 — Sentencia Gambelli y otros, antes citada, apartado 69: «Pues bien, en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participar en loterías, juegos de azar y otros juegos de apuestas para que la Hacienda Pública obtenga beneficios económicos, las autoridades de dicho Estado no están legitimadas para invocar como razón de orden público social la necesidad de reducir las oportunidades de juego con el fin de justificar medidas como las litigiosas en el asunto principal». En el mismo sentido, la sentencia Placanica y otros, antes citada, apartado 54, indica que «el legislador italiano aplica una política de fuerte expansión de los juegos de azar con el objeto de aumentar los ingresos fiscales».

37 — Sentencia de 30 de mayo de 2007, E-3/06, apartado 54, traducción libre.

mantuvo en el asunto Placanica y otros al objetivo de limitación de las oportunidades de juego, si bien dentro del estrecho margen que se acaba de definir.

62. La verificación de estos requisitos corresponde al juez nacional. En el caso de autos, no obstante, la sentencia del Bundesverfassungsgericht de 28 de marzo de 2006 ofrece ya un examen de la legislación y las prácticas del sector del juego en Alemania.³⁸

63. Así, la citada resolución declaraba que «las apuestas organizadas por el Land Bayern no están en modo alguno orientadas al objetivo de combatir la adicción al juego y los comportamientos ludopáticos»; por el contrario, «la organización del sistema de apuestas deportivas ODDSET persigue claramente, junto a otras, una meta fiscal».³⁹ El Tribunal de Karlsruhe constataba particularmente esta situación en relación con el marketing de ODDSET, cuya actual situación, decía, «se asemeja al marketing económicamente efectivo de una actividad recreativa que fuese básicamente inofensiva».⁴⁰ En este sentido, cita la existencia de una campaña publicitaria de

amplia escala que presenta el juego como una forma de entretenimiento socialmente aceptable o incluso positiva.⁴¹

64. A la vista de la comentada sentencia, parece indiscutible que el monopolio en cuestión no reunía, en el momento en que se produjeron los hechos sustanciados en los procesos principales, los requisitos necesarios para ser calificado de coherente y sistemático. De conformidad con el Alto Tribunal alemán, la publicidad efectuada no era suficientemente moderada, y no se dirigía a limitar las oportunidades de juego y luchar contra la ludopatía, sino a obtener beneficios fiscales para las arcas públicas.

65. Ciertamente, desde 2006 se han realizado una serie de cambios, tanto legislativos como organizativos. Mediante estos cambios, los Länder pretenden cumplir con las exigencias del Bundesverfassungsgericht. A este propósito responden el nuevo acuerdo de los Länder sobre los juegos de azar en Alemania, en vigor desde el 1 de enero de 2008, y toda una batería de medidas, algunas de las cuales afectan directamente a la actividad publicitaria.⁴² Corresponderá, no obstante, a los jueces nacionales determinar si esta nueva situación ha de tenerse en cuenta para responder a las cuestiones de Markus Stoß y las demás partes demandantes y, en caso afirmativo, si

38 — La sentencia versaba sobre la normativa del Land Bayern, pero cabría extenderla a otros Länder que cuenten con monopolios de apuestas deportivas semejantes.

39 — BVerfG, I BvR 1054/01, apartados 132 y 133.

40 — *Ibidem*, apartado 134, traducción libre.

41 — *Ibidem*, apartado 136.

42 — Según el Gobierno alemán, la publicidad de las apuestas deportivas ODDSET se ha reducido notablemente cuantitativa y cualitativamente tras la sentencia, limitándose desde entonces a contenidos puramente informativos y desapareciendo de los estadios, por ejemplo.

la «metamorfosis» presuntamente operada en el sector basta para estimar cumplidas las exigencias antes referidas.

restricción. Invocan en este sentido la sentencia Gambelli y otros, de cuyo tenor deducen que el Tribunal de Justicia efectuó un examen general de la política italiana en materia de juego para llegar a una conclusión sobre la legalidad de una medida restrictiva particular.

2. La apertura de otros juegos a operadores privados

66. En segundo lugar, el Verwaltungsgericht Gießen y el Verwaltungsgericht Stuttgart aducen la presunta incoherencia que supone, por una parte, monopolizar la explotación de las loterías y de las apuestas deportivas con el argumento de la lucha contra la ludopatía y la criminalidad, y, por otra parte, permitir paralelamente a operadores privados ofrecer otros juegos con un potencial adictivo presumiblemente igual o superior, como las apuestas hípcas o las máquinas tragaperras.

67. Bajo este argumento subyace la cuestión de si el examen de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los sistemas legales de juego de los Estados miembros ha de hacerse de forma global o desde un punto de vista sectorial, juego a juego.

68. Las demandantes en los procedimientos principales consideran que la legislación sobre juegos de azar de un Estado miembro debe guardar una coherencia en su conjunto, y no sólo individualmente respecto a cada

69. Esta primera impresión sobre la sentencia Gambelli y otros es errónea. La alusión de su apartado 69 a la publicidad sobre juegos distintos a los afectados por la restricción controvertida significa que una incitación excesiva a participar en un determinado juego (apuestas, loterías u otro) impediría al Estado invocar la lucha contra la ludopatía en relación con ese juego y justificar la limitación de la competencia en ese preciso terreno.

70. En su posterior sentencia Placanica y otros, el Tribunal de Justicia se inclinó más claramente por un estudio diferenciado, al precisar la conveniencia de «examinar separadamente cada una de las restricciones impuestas por la normativa nacional». ⁴³ Confirma esta idea el hecho de que, desde sus primeras sentencias sobre esta materia, el Tribunal de Justicia ha valorado exclusivamente la restricción controvertida, sin realizar un análisis global de la regulación de todos los juegos de azar en el Estado miembro en cuestión. La sentencia Schindler, por ejemplo, declaró conforme al Tratado la prohibición de las loterías establecida en la legislación del Reino Unido, sin entrar a valorar la

⁴³ — Sentencia antes citada, apartado 49.

regulación sobre apuestas deportivas existente en el mismo país, conocida por ser una de las más liberales de la Unión Europea.

ha propugnado que deba liberalizarse «o todo o nada»; el tenor de sus sentencias indica claramente que éste es un terreno en que los problemas deben resolverse caso a caso.

71. En este mismo sentido puede citarse la sentencia de 13 de julio de 2004, Comisión/Francia,⁴⁴ que también versaba sobre una restricción al artículo 49 CE, aunque justificada por motivos de protección de la salud pública: «en lo que atañe a la alegación según la cual el régimen francés de publicidad televisiva es incoherente puesto que sólo es aplicable a las bebidas con un contenido alcohólico superior a 1,2º, afecta únicamente a la publicidad televisiva y no se aplica a la publicidad de tabaco, basta responder que corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de la salud pública y de qué manera debe alcanzarse este nivel» (sentencia antes citada, apartado 33).

73. Esta interpretación resulta mucho más acorde con la idea, base de toda la jurisprudencia en materia de juegos de azar, del margen de apreciación que ha de reconocerse a los Estados miembros para determinar las exigencias que supone la protección de los jugadores y del orden social, conforme a su propia escala de valores.⁴⁶ Por razones morales o culturales, los Estados miembros no tienen la misma percepción de los distintos juegos de azar, lo que explica que, con independencia de su potencial adictivo, y sin perjuicio de la sincera voluntad de las autoridades públicas de tutelar el interés de los ciudadanos, la participación en ciertos juegos sea más libre en unos países que en otros.

72. En línea con las decisiones citadas, entiendo que la regulación de los distintos juegos de azar en un Estado miembro no puede tratarse como un todo, y que ha de evaluarse aisladamente cada restricción y cada juego.⁴⁵ En ningún momento el Tribunal de Justicia

74. En cualquier caso, y al margen del debate sobre si la congruencia de las medidas restrictivas ha de examinarse en un marco sectorial o no, entiendo que la opción legislativa consistente en establecer un monopolio sobre unos juegos y dejar otros en manos del sector privado no resulta *a priori* incoherente con el objetivo de la lucha contra el fraude ni con el de limitar las oportunidades de juego en un Estado miembro, siempre que las autoridades públicas garanticen un cierto control sobre

44 — C-262/02, Rec. p. I-6569.

45 — Coincido en este punto con la opinión que la Comisión expresa en el punto 35 de sus observaciones.

46 — Sentencias, antes citadas, Schindler, apartado 61; Zenatti, apartado 15; Gambelli y otros, apartado 63; Läära y otros, apartado 14; Placanica y otros, apartado 47; y Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, apartado 57.

los operadores, y que la oferta de juegos sujetos a monopolio sea inferior a la que podría existir con un proveedor privado.⁴⁷

aumento de la oferta frente a una eventual situación de monopolio es limitado. Por el contrario, el incremento del número de prestadores de juegos con difusión nacional, como las loterías o las apuestas deportivas (que puede efectuarse, además, por Internet) generaría un importante crecimiento de la competencia y, con toda probabilidad, una notable ampliación de las posibilidades de juego.

75. Además, el potencial adictivo de determinados juegos de azar no constituye, en mi opinión, el único criterio para valorar el riesgo que suponen respecto a los fines de la política de juego. Si bien numerosos estudios indican que las máquinas tragaperras y los casinos generan un comportamiento ludopático más frecuentemente que las loterías y las apuestas deportivas, esto no significa que los dos primeros presenten un mayor peligro para la realización del objetivo de lucha contra la criminalidad (dependerá de qué sector sea más propenso a actividades fraudulentas en cada país), ni tampoco para el de disminuir las oportunidades de juego. Como acertadamente apunta el gobierno danés, la diferencia entre ambos grupos de juegos radica en que el casino y las máquinas recreativas requieren una presencia física del jugador que no es necesaria para participar en las loterías y en las apuestas deportivas. Por esta razón, aun cuando existan varios concesionarios de casinos (o de máquinas recreativas), cada uno de ellos opera en un territorio determinado: el

76. A la vista de lo anterior, tampoco procede un análisis comparativo de la política de juegos con un potencial de dependencia semejante. La compatibilidad de un determinado monopolio de juego con el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE) tendrá que analizarse aisladamente y a la vista de su adecuación o coherencia respecto al objetivo perseguido.

47 — En este sentido cabe citar la sentencia de 5 de junio de 2007, Rosengren y otros (C-170/04, Rec. p. I-4071), apartado 47, relativa al monopolio de distribución de bebidas alcohólicas en Suecia, en la que el Tribunal de Justicia declaró que un monopolio estatal que no limita la cantidad ofertada de un producto peligroso no es adecuado para cumplir el objetivo de lucha contra la dependencia. El Gobierno alemán, sin embargo, estima cumplido este último requisito en el caso de autos, en la medida en que la Staatliche Toto-Lotto-GmbH sólo permite apostar por el resultado final de los partidos o acontecimientos deportivos programados, y que, en el caso de autos, no existe la posibilidad, generalmente presentada por las empresas privadas, de envidar sobre incidentes que se produzcan en su desarrollo, como el número de goles, el de córners, o el de tarjetas, por ejemplo (puntos 28 y 61 de las observaciones del Gobierno alemán).

3. Otros factores

77. Los órganos jurisdiccionales remitentes y las partes en los procedimientos principales

han esgrimido también otros elementos o circunstancias susceptibles de poner en riesgo la coherencia del régimen del juego en Alemania. A continuación, analizo muy brevemente estos elementos y circunstancias.

pueden estar orientadas a disminuir el juego por Internet, dado su elevado riesgo de dependencia.

a) Internet permite eludir el monopolio

78. Según el *Verwaltungsgericht Stuttgart*, cabría eludir la restricción que supone el monopolio alemán sobre apuestas deportivas acudiendo a los servicios que los operadores autorizados en otros Estados miembros prestan a través de Internet, lo que «pone de manifiesto los límites y las inevitables deficiencias de que adolecen las medidas nacionales».

79. Como indica el Gobierno francés en sus observaciones, las dificultades a que pueda enfrentarse un Estado en la tarea de hacer cumplir una normativa nacional carecen de pertinencia para juzgar su compatibilidad con el Derecho de la Unión. La limitación establecida por la legislación nacional será en sí compatible o incompatible con el Tratado, y la facilidad para desarrollar un comportamiento contrario a estas normas nacionales carece de incidencia a este respecto, máxime cuando, como recuerda el Gobierno finlandés en sus observaciones, esas disposiciones

b) No existe un estudio previo sobre la coherencia y la proporcionalidad de las medidas

80. Según los órganos jurisdiccionales remitentes, la coherencia y la proporcionalidad de la normativa alemana no se han acreditado con un examen previo sobre los riesgos de la adicción al juego y las alternativas para evitarlos, como el que ha exigido el Tribunal de Justicia desde la sentencia *Lindman*.⁴⁸

81. La referida sentencia declaró contraria al artículo 49 CE la legislación fiscal finlandesa que excluía del impuesto sobre la renta los premios de loterías organizadas en Finlandia y gravaba los percibidos en juegos de otros Estados miembros, afirmando, entre otras cosas, que «las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de un examen de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado», lo que no se había verificado en ese caso concreto, pues de los autos remitidos «no se desprende ningún dato estadístico o de otro tipo que permita

⁴⁸ — Sentencia antes citada.

afirmar la gravedad de los riesgos vinculados a la práctica de los juegos de azar, ni mucho menos, la existencia de una relación directa entre tales riesgos y la participación de los nacionales del Estado miembro de que se trata en loterías organizadas en otros Estados miembros». ⁴⁹

82. Del tenor de esa sentencia únicamente se deduce que la carga de la prueba sobre la proporcionalidad y la coherencia de las restricciones a la libre prestación de servicios recae exclusivamente sobre el Estado miembro, sin que el Tribunal de Justicia haya querido en ningún momento imponer que esa defensa se haga pública con anterioridad a la aprobación de la normativa controvertida, ni que tenga que materializarse en estudios estadísticos, como sugiere alguna de las demandantes. ⁵⁰

83. El apartado 50 de la sentencia Placanica y otros, antes citada, no desmiente la afirmación anterior: la existencia de un estudio o investigación previa que sirva de base a la justificación esgrimida por un Estado miembro, como ocurrió en el caso italiano, supone una ventaja, pero no constituye un requisito *sine qua non*. Como acertadamente apunta la Comisión, la mera ausencia de un control previo sobre el respeto a las libertades fundamentales del Tratado no implica la imposibilidad de disculpar una disposición nacional restrictiva.

c) Otros Länder admiten excepciones al régimen de monopolio

84. Las demandantes en los procedimientos principales apuntan también, como elementos que podrían atentar contra la coherencia del sistema, a ciertas excepciones injustificadas al régimen del monopolio, como la subsistencia de cuatro autorizaciones de juego otorgadas en aquella época a empresas privadas por la antigua República Democrática de Alemania, o el régimen de concesión a particulares actualmente vigente en el Land de Renania-Palatinado. ⁵¹

85. De verificarse, tales singularidades difícilmente podrían declararse compatibles con un sistema que propugna la limitación del número de operadores como medio para reducir las oportunidades de juego y luchar contra la criminalidad. ⁵² Corresponderá, no obstante, a los órganos jurisdiccionales alemanes efectuar esta valoración a la vista de los argumentos de las partes.

49 — Apartados 25 y 26 de la sentencia.

50 — En particular, Markus Stoß.

51 — En la vista, las demandantes también alegaron que en el pasado el propio Land de Schleswig-Holstein había considerado la posibilidad de retirarse del tratado entre los Länder para, de este modo, liberalizar totalmente el sector de los juegos de azar.

52 — El hecho de que se trate de regulaciones de otros Länder no convierte en improcedentes a estas alegaciones. Como ampliamente expongo en mis conclusiones en el asunto Carmen Media Group, antes citado, la regulación y organización de cada juego ha de valorarse de forma independiente, pero siempre desde una perspectiva nacional; en este caso, para todo el Estado federal alemán.

F. Corolario

86. A la vista de todo lo anterior, considero que el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE) es compatible con un monopolio público sobre determinados juegos de azar que no genere discriminación por razón de la nacionalidad o del país de establecimiento, que persiga uno o varios objetivos de interés general, y que sea proporcional y coherente o adecuado respecto a dichos objetivos.

87. La apreciación de estos requisitos corresponde al juez nacional. Ahora bien, por lo que respecta a la valoración de la incoherencia, han de tenerse en cuenta las circunstancias que se mencionan a continuación.

88. Por una parte, el hecho de que los monopolistas inciten a la participación en los juegos de azar no basta para tachar de incoherente o inadecuada la normativa afectada, si la actividad publicitaria es mesurada y tiene verdaderamente por objeto luchar contra la criminalidad o canalizar el deseo de juego hacia una oferta regulada y controlada, y no aumentar los beneficios económicos de la Hacienda Pública.

89. Por otra parte, el admitir que proveedores de servicios privados ofrezcan juegos con un potencial adictivo presumiblemente igual o superior a los sujetos a monopolio tampoco resulta de por sí incoherente o inadecuado

respecto a los objetivos de interés público ni convierte en desproporcionada la decisión de someter las apuestas y las loterías a un monopolio estatal, siempre que las autoridades públicas garanticen un control suficiente sobre los operadores privados y que la oferta de juegos sujetos a monopolio sea inferior a la que podría existir con un proveedor privado.

VI. Sobre la segunda cuestión prejudicial

90. En su segunda cuestión prejudicial, el Verwaltungsgericht Gießen y el Verwaltungsgericht Stuttgart preguntan al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de aplicar el principio de reconocimiento mutuo a las autorizaciones para organización de apuestas deportivas.

91. Se trata, en definitiva, de saber si los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (antiguos artículos 43 CE y 49 CE) deben interpretarse en el sentido de que las licencias expedidas por un Estado miembro, y que no estén limitadas a su territorio, facultan a su titular para desarrollar la misma actividad en otro Estado miembro, sin necesidad de obtener una nueva autorización.

92. Tres circunstancias me llevan a dar a esta segunda cuestión una respuesta negativa: la clara jurisprudencia sobre los monopolios y otras restricciones al antiguo artículo 49 CE (1); el fracaso de los intentos de armonización del sector del juego (2), y la generalización de técnicas contrarias a la confianza (3).

1. La aceptación jurisprudencial de monopolios y otras restricciones al antiguo artículo 49 CE en el sector del juego

93. Como expongo ampliamente en el título V de las presentes conclusiones, el Tribunal de Justicia admite abierta y decididamente, aunque no sin ciertas condiciones, los monopolios y otras restricciones al número de operadores en el sector de los juegos de azar: la sentencia Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, constituye una clara confirmación de esta tendencia.

94. Admitida esta posibilidad, el funcionamiento homogéneo –para toda la Unión Europea– de un sistema de reconocimiento mutuo de licencias en materia de juego simplemente no tiene cabida. Si un Estado miembro donde se ha implantado un monopolio de juego (respetuoso, por lo demás, con las exigencias del Tratado) quedase obligado a tener en cuenta las autorizaciones otorgadas en los restantes Estados de la Unión, la referida jurisprudencia resultaría impracticable y vacía de contenido.

95. Como ha indicado el Tribunal de Justicia en su sentencia Säger,⁵³ las restricciones a la

libre prestación de servicios pueden justificarse por motivos de interés general siempre que «dicho interés no se halle salvaguardado ya por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado donde se encuentra establecido». Si, a la luz de los criterios establecidos en la jurisprudencia, una normativa nacional que haya optado por un régimen de monopolio por una determinada razón de interés público resulta legítima y respetuosa con el Tratado, parece imposible afirmar que otro país con mayor apertura del mercado ofrezca a sus ciudadanos el mismo nivel de protección de ese interés (máxime teniendo en cuenta las diferencias culturales y hasta morales que presiden las concepciones de los Estados en esta materia). En caso contrario, la solución monopolística sería desproporcionada y, en consecuencia, ilegítima. El reconocimiento mutuo, aun con las precauciones de la sentencia Säger, resulta, por tanto, incompatible con la actual jurisprudencia.

96. Sólo en teoría, cabría defender el reconocimiento mutuo de licencias entre los Estados con un grado equivalente de apertura del sector del juego y regímenes de autorización semejantes con un mismo fin. Sin embargo, la realidad del sector y su falta de armonización se oponen a la viabilidad de ese reconocimiento mutuo parcial.⁵⁴

54 — Véase, en este sentido, Korte, S., «Das Gambelli-Urteil des EuGH: Meilenstein oder Rückschritt in der Glücksspielrechtsprechung?», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23. Jahrg. (2004), Heft 12, p. 1452. Aun sin monopolios, la diferencias en los niveles de exigencia a los operadores privados generaría una indeseable «competencia a la baja» («race to the bottom»), una reducción progresiva de la regulación del sector en determinados Estados con la finalidad de atraer el establecimiento de empresas en su territorio [Littler, A., «Regulatory perspectives on the future of interactive gambling in the internal market», *European Law Review*, volume 33 (2008), n° 2, p. 226].

53 — Sentencia antes citada, apartado 15.

2. La falta de armonización

97. En segundo lugar, el reconocimiento mutuo no parece posible sin una armonización comunitaria del sector del juego que no tiene visos de realizarse en un futuro próximo. Los puntos 144 a 148 de las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto Placanica y otros son fiel reflejo de ese *desideratum*, que en aquel momento resultaba aún realista –pese a la frustración de varios intentos anteriores– gracias al tenor de la llamada propuesta «Bolkenstein»⁵⁵ de la Directiva servicios.

98. Sin embargo, la redacción final de la Directiva servicios dejó fuera de su ámbito de aplicación a los juegos de azar,⁵⁶ «habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores».⁵⁷

99. Esta exclusión de los juegos de azar no altera la vigencia de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el sector⁵⁸ ni confiere a los Estados miembros un

margen de actuación más amplio del que el Tribunal de Justicia les ha reconocido hasta ahora en su interpretación de los Tratados. Ahora bien, tras esta clara manifestación de la voluntad del legislador comunitario tampoco cabe abrigar ninguna esperanza, al menos a corto plazo, en la armonización del sector. Pues bien, sin ella, resulta difícil garantizar el reconocimiento mutuo de las autorizaciones en materia de juego.

100. Y es que el principio de reconocimiento mutuo, aunque atractivo, está lejos de ser una «solución milagrosa».⁵⁹ En algunos sectores, las enormes diferencias que presentan las normativas de los Estados miembros hacen imposible la aplicación del principio que, pese a su enorme potencialidad como instrumento para la realización del mercado interior, es, por naturaleza, un instrumento limitado.⁶⁰

101. Sin armonización, por tanto, la libre circulación seguirá presentando límites en su aplicación. La labor de la jurisprudencia consiste en delimitar las restricciones que, en este terreno no armonizado, respetan las disposiciones del Tratado.

55 — Por el nombre del comisario europeo que la presentó.

56 — Artículo 2, apartado 2, letra h), de la Directiva servicios.

57 — Considerando vigesimoquinto de la Directiva servicios.

58 — Los juegos de azar conservan su carácter de servicios a los efectos del Tratado (sentencia Schindler, antes citada, apartado 25).

59 — Véase, en este sentido, Barnard, C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford University Press, segunda edición, 2007, p. 591.

60 — Véase también Hatzopoulos, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle et la libre prestation de services*, Tesis de doctorado en Derecho, presentada y defendida públicamente el 6 de diciembre de 1997, Universidad Robert Schuman de Estrasburgo, p. 158.

102. La Directiva servicios demuestra que, si se quiere que las autoridades del Estado donde vaya a prestarse el servicio den por buenos los controles efectuados en el país de establecimiento del prestador de servicios, han de ofrecérseles los instrumentos para que lo hagan con las mayores garantías posibles. Con esta finalidad, dedica todo su capítulo VI (artículos 28 a 36) de la Directiva a regular la cooperación administrativa entre los Estados miembros, que incluye la obligación de intercambio de información sobre los prestadores de servicios, un claro reparto de competencias entre los Estados afectados y un mecanismo de alerta.

103. Este grado de colaboración no existe, hoy por hoy, en el sector del juego, donde, por el contrario, han proliferado ciertas prácticas contrarias a la mutua confianza.

3. Las prácticas contrarias a la mutua confianza

104. En tercer lugar, los asuntos que ahora se someten al Tribunal de Justicia ponen de relieve la existencia de prácticas nacionales

susceptibles de destruir por sí solas la confianza recíproca (artículo 4 TUE, apartado 3; antiguo artículo 10 CE) sobre la que podría asentarse una eventual armonización del sector o, cuando menos el sistema de reconocimiento mutuo de las autorizaciones en materia de juego.⁶¹ Me refiero a la técnica de conceder autorizaciones extraterritoriales u «off-shore», que utilizan las autoridades de Malta o Gibraltar, por ejemplo. El problema se plantea de forma específica en el asunto *Carmen Media Group*, antes citado, y allí lo examino con mayor detenimiento. Esta realidad, sin embargo, sirve aquí como argumento adicional de la necesidad de excluir un reconocimiento mutuo que no puede partir de una situación de vulneración de la mutua confianza entre los Estados miembros.

4. Corolario

105. En conclusión, la falta de armonización, la generalización de las licencias off-shore y la aceptación jurisprudencial de los monopolios y otras restricciones en este ámbito me inclinan, en el actual estado del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia, a negar la viabilidad de un sistema de reconocimiento mutuo en el sector de los juegos de azar.

VII. Conclusión

106. A la vista de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del *Verwaltungsgericht Gießen* y del *Verwaltungsgericht Stuttgart*, declarando que:

61 — Véase el punto 128 de las conclusiones en el asunto *Placina* y otros, antes citado.

- «1) El artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE) debe interpretarse en el sentido de que no es incompatible con un monopolio nacional sobre determinados juegos de azar (como, por ejemplo, las apuestas deportivas),
- aunque los concesionarios nacionales inciten a la participación en dichos juegos, siempre que esta actividad publicitaria sea medida y esté verdaderamente orientada a luchar contra la criminalidad o a concentrar el juego en torno a una oferta regulada y controlada, y no a aumentar los beneficios económicos de la Hacienda Pública;
 - y pese a que se permita a proveedores de servicios privados ofrecer juegos con un potencial adictivo presumiblemente igual o superior (como las apuestas sobre las carreras de caballos o las máquinas tragaperras), siempre que las autoridades públicas garanticen un cierto control sobre los operadores privados y que la oferta de juegos sujetos a monopolio sea inferior a la que podría existir con un proveedor privado.

Si concurren estos requisitos, las circunstancias aludidas no impiden una política de juego coherente y sistemática en el sentido de la jurisprudencia. Su verificación corresponde al juez nacional.

- 2) Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE (antiguos artículos 43 CE y 49 CE) deben interpretarse en el sentido de que las autorizaciones concedidas por los organismos competentes de un Estado miembro para organizar apuestas deportivas que no se limiten a su territorio nacional no facultan al beneficiario de la autorización y a los terceros a su servicio a ofrecer y concluir contratos en el territorio de otros Estados miembros».