

# La conformidad con el Derecho europeo de la integración de las disposiciones nacionales relativas a la explotación económica de juegos de azar: un análisis de la jurisprudencia supranacional europea

*Werner Miguel Kühn\**

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN–1. *El juego como expresión de la naturaleza humana*–2. *Los puntos de referencia de la actividad legislativa en el ámbito de los juegos de azar*
  - II. LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL EN MATERIA DE JUEGOS DE AZAR EN EL EEE–1. *La sentencia Placanica del TJCE*–a) Los hechos del asunto–b) La sentencia–c) Observaciones a la sentencia Placanica–2. *La sentencia ESA/Noruega del Tribunal del AELC*–a) Los hechos–b) La sentencia
  - III. CONCLUSIONES–1. *El futuro del mercado europeo de juegos de azar*–2. *La perspectiva global*
- 

\* Dr. Assessor Dipl. iur. (Universidad Christian Albrecht de Kiel/Alemania), antiguo asistente jurídico del Abogado General español Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. En este artículo se refleja únicamente la opinión personal del autor y no la de la entidad para la que él trabaja. Se agradece a Juan Miguel Azcárraga, administrador de la unidad de investigación y de documentación, por sus comentarios y sugerencias.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. El juego como expresión de la naturaleza humana

Desde tiempos inmemoriales el ser humano se sirve del juego como medio de recreación o de aprendizaje en su tiempo de ocio. El juego cumple así una función predominantemente benéfica que según ciertos filósofos incluso habilita al individuo a desarrollar sus habilidades, y con ellas, su propia personalidad. Tal es el caso del filósofo y poeta alemán Friedrich SCHILLER quien por primera vez destacó la importancia del juego en su obra *«Über die ästhetische Erziehung des Menschen»* (*«Cartas sobre la educación estética del hombre»* – 1795) declarándola una actividad en la que el ser humano pone en manifiesto todo su ser.

La noción del ser humano como «jugador» se hizo posteriormente conocida bajo la denominación del *homo ludens*, título principal de la obra del historiador holandés *Johan Huizinga* quien postuló en su obra *«Proeve eener bepaling van het spel-element der cultuur»* (*«Sobre el origen de la cultura en el juego»* – 1939) la teoría del origen de sistemas culturales como la política, la ciencia, el Derecho, el arte, la danza, la guerra, la religión, etc., en el juego como producto de la institucionalización de comportamientos y rituales con el transcurso del tiempo. De acuerdo a esta teoría, diversas formas de comportamiento que se manifiestan en la competencia lúdica entre diversos grupos humanos se consolidan con el tiempo, adquiriendo un carácter obligatorio, transformándose así en rituales dotados de reglas estrictas. Al mismo tiempo, el juego permite verificar la utilidad y eficacia de estas reglas, dero-gándose de ser necesario las normas previamente adoptadas.

Por otra parte, se tiene igualmente conocimiento de los riesgos de un juego completamente desprovisto de un sistema de control. Nos encontramos así ante lo que podríamos considerar la otra cara de la medalla. El filósofo alemán Immanuel KANT describió en su obra *«Anthropologie in pragmatischer Hinsicht»* (*«Antropología práctica»* – 1798) el impulso del juego (denominado *Spieltrieb* en alemán o *animo ludendi* en latín) como un impulso natural que requiere vigilancia, ya que, así como puede tener efectos beneficiosos como la recreación del ser humano puede resultar perjudicial en la medida que puede llegar a desconectar de la realidad a individuos con cierta propensión. El fenómeno de la adicción a los juegos de azar, comúnmente denominado como ludopatía, fue tematizado en la obra (*«El jugador»* – 1866), en la cual el escritor ruso Fjodor DOSTOJEWSKI, aficionado él mismo a los juegos de azar, se centra en un grupo de caracteres en torno al protagonista ficticio *Alexei Ivanovich* cuya irremediable adicción al juego de ruleta lo lleva a la

perdición, dando así testimonio de la situación precaria a la que pueden verse sometidos los afectados de esta adicción.

## 2. Los puntos de referencia de la actividad legislativa en el ámbito de los juegos de azar

La urgencia de tener en cuenta la necesidad de recreación humana y de combatir al mismo tiempo los excesos del juego ha llevado al legislador nacional a adoptar medidas legislativas tanto preventivas como de represión, las cuales, debido a las respectivas tradiciones culturales y particularidades sociales de los Estados miembros en las que se basan, pueden variar considerablemente de uno a otro<sup>1</sup>. De ello resulta que la posibilidad de un conflicto legal pueda presentarse fácilmente si intervienen operadores comerciales originarios de otros Estados miembros que deseen ofrecer productos y servicios considerados ilícitos o sujetos a restricciones en el Estado de acogida pero que al mismo tiempo son plenamente conformes con la legislación del Estado de origen. En este caso, el operador económico, al igual que los consumidores, se verá confrontado generalmente a sanciones administrativas o incluso penales que injieren gravemente en sus derechos fundamentales. La posibilidad de conflictos con la Ley ha aumentado hoy en día a raíz del surgimiento del internet como red informática global que permite, entre otras cosas, la colecta de apuestas hechas por usuarios localizados en prácticamente todo el mundo. Numerosos Estados miembros de la Comunidad Europea (CE) han reaccionado a esta nueva evolución tecnológica en el mercado de juegos de azar recurriendo a una estrategia de represión mediante la incoacción de procedimientos penales contra altos dirigentes de empresas de juegos, muchos de los cuales han suscitado el interés de la prensa internacional y del público en general<sup>2</sup>. La visión romántica de la

<sup>1</sup> El documento producido por el Senado francés titulado «*La lutte contre la dépendance aux jeux – Les documents de travail du Senat, Série législation comparée*», n° LC 175, Septiembre 2007, ofrece un resumen conciso de la legislación en materia de juegos de Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, el Reino Unido, Italia y los Países Bajos (accesible en <http://www.senat.fr/lc/lc175/lc175.pdf>). Asimismo, la Comisión Europea encargó al Instituto Suizo de Derecho Comparado la realización de un estudio sobre las diversas legislaciones nacionales que puede consultarse en la página de la DG Mercado Interior de la Comisión (accesible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/gambling/study1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/gambling/study1_en.pdf)).

<sup>2</sup> Grupos de interés como la *Asociación Europea de Apuestas* han exhortado a la Comisión Europea a actuar, especialmente después de que la persecución de los operadores comerciales conociera un nuevo punto culminante con la espectacular detención de representantes de la empresa austriaca gestora de apuestas *Bwin* por la policía francesa el 15 de septiembre de 2006 en Mónaco. La empresa, antiguamente denominada *Bet and Win*, tiene su sede en Gibraltar y cotiza en la bolsa de Viena. Esta empresa introdujo una demanda ante la Comisión Europea alegando una vulneración del Derecho comunitario. Atrajo igualmente la atención de la prensa europea la detención efectuada el 22 de octubre de 2007 de *Petter Nylander*, presidente de la empresa sueca de juegos *Unibet* con sede en el Reino Unido, en el aeropuerto de Amsterdam en ejecución de una orden de detención europea emitida por las autoridades francesas quienes alegan una vulneración de las leyes francesas de 1836 y 1891 destinadas a proteger el monopolio estatal en juegos. El Gobierno sueco manifestó su preocupación ante este incidente y «*ciertas dudas respecto*

«aldea global» suscitada por el avance tecnológico de los medios electrónicos de comunicación colida así con la realidad de una diversidad cultural, moral y jurídica en el mundo actual.

Por otro lado, si bien no se puede negar que el conflicto de los operadores de juegos con las normas nacionales de orden público se debe en gran parte a los distintos conceptos éticos en cada Estado miembro, sería algo ingenuo y simplista ver en ello la única razón. El mercado de juegos de azar y loterías es sumamente lucrativo (se estima que los ingresos anuales en este mercado dentro de la Unión Europea se elevan a 50.000 millones de euros) y hay quienes afirman que una de las razones por la que en muchos países el juego privado se encuentra prohibido y solamente es posible jugar en casinos, loterías y casas de apuestas deportivas oficiales es porque a los gobiernos les conviene monopolizar estas actividades para obtener una mayor recaudación<sup>3</sup>. En la práctica resulta difícil distinguir el interés del Estado en proteger el orden público del simple interés económico que parece estar detrás de la resistencia a todo intento de liberalización del mercado de juegos.

Independientemente de la innegable diversidad cultural existente en el continente europeo, es evidente que, desde un punto de vista jurídico, el respeto a las particularidades culturales y sociales no puede llegar al punto de deberse cuestionar la realización del objetivo de crear un espacio económico común homogéneo, tal como lo establece el artículo 1 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (AEEE).

Por otro lado, sería un error ver en el establecimiento de un mercado común una finalidad político-económica en sí, ya que el verdadero objetivo de la integración europea consiste en la creación de un área, en la que tanto individuos como operadores económicos se beneficien de un trato no discriminatorio en lo que concierne a las cuatro libertades fundamentales y a las condiciones de competencia. En consecuencia, la libertad individual debe verse como un elemento inherente al AEEE como ordenamiento jurídico común de las Partes Contratantes, que además encuentra expresión en las libertades fundamentales. De ello resulta que las libertades fundamentales, garantizadas por el Acuerdo que tanto los Estados miembros de la Aso-

*a la legalidad de la orden de detención»,* mientras que un portavoz de la Comisión Europea denunció *«el arresto de una persona que podría ser inocente conforme al Derecho europeo»* (véase, en relación con el instrumento de la euro-orden KÜHN, W. M., «Problemas jurídicos de la Decisión Marco relativa a la Orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, enero 2007).

<sup>3</sup> CLERGERIE, J.-L., «La compatibilité des réglementations nationales des jeux de hasard avec le droit communautaire», *Recueil Dalloz*, 2007, nº 19, pg. 1315, señala que debido al hecho de que constituyen una fuente relativamente importante de ingresos para los Estados y presentan un peligro para la sociedad (riesgo de fraude o de lavado de dinero, así como riesgo de adicción para ciertos jugadores), los juegos de azar son objeto de una reglamentación en prácticamente todos los países.

ciación Europea de Libre Comercio (AELC)<sup>4</sup> como de la CE se han comprometido a respetar, constituyan importantes restricciones a la actividad del legislador nacional.

Las medidas adoptadas por el legislador nacional deben examinarse individualmente respecto a su conformidad con el ordenamiento jurídico creado por el AEEE. A falta de normas armonizadoras específicas de Derecho derivado en el ámbito de los juegos de azar transfronterizos<sup>5</sup>, este control de

<sup>4</sup> Son actualmente Estados miembros de la AELC Noruega, Islandia y Liechtenstein. La AELC fue inicialmente creada como una asociación de Estados, los cuales, si bien por diversas razones políticas o económicas no estaban dispuestos a unirse a las Comunidades Europeas (Comunidad Económica Europea – CEE/Comunidad Europea de Carbón y Acero – CECA), compartían el mismo deseo que la CEE de superar la división económica en Europa. Es esencial señalar que la AELC nunca fue destinada a ser un sistema de integración en sí, sino más bien una plataforma institucional destinada a facilitar la multilateralización del régimen de libre comercio existente en la CEE a favor de los Estados de la AELC sin que esto implique una adhesión a la CEE [HUMMER, W., *Sonderbeziehung EG-EFTA, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (Manfred DAUSES, coordinador), volumen 2, Munich 2004, K. III., pg. 9]. Tras fracasar las negociaciones destinadas a crear una gran zona de libre comercio europea, los Estados no afiliados a las Comunidades Europeas decidieron formar una zona de libre comercio propia. Posteriormente, se desarrolló el proyecto de institucionalizar el vínculo entre la AELC y la CEE, el cual sin embargo nunca pudo concretizarse. Fue a raíz de estos infructuosos intentos de acercamiento entre ambos bloques que ciertos Estados miembros de la AELC como Austria y Suecia consecutivamente optaron en un primera fase por asociarse a la CEE para finalmente convertirse en Estados miembros, abandonando por completo el sistema de la AELC. Otros Estados como Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda optaron por su lado por presentar solicitudes formales de adhesión.

<sup>5</sup> La libertades fundamentales invocadas en la sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2007, Placanica (C-338/04, C-359/04 y C-360/04) –a analizar más adelante– se encuentran consagradas respectivamente en los artículos 43-48 CE y en los artículos 49-55 CE. Su aplicación directa exige que no existan normas específicas de Derecho derivado. Esto claramente no es el caso. En 1991, la Comisión Europea propuso someter todo el mercado de juegos de azar a las normas del mercado común. Esta proposición se basó en un estudio titulado «The Internal Market on Gambling». Tras consultar a diversos operadores y legisladores, la Comisión llegó a la Conclusión de que no era necesaria una legislación comunitaria en este ámbito (véase GEEROMS, S., «Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules compared: A justified Restriction on the Freedom to Provide Services?», *Cross-Border Gambling on the Internet – Challenging National and International Law*, Zürich/Basel/Genf 2004, pg. 160). La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE L 178, pg. 1) excluye explícitamente a los juegos de azar de su campo de aplicación con arreglo a su artículo 1, apartado 5, letra d). 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 (DOCE L 376, pg. 36), tiene como objetivo una armonización selectiva de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la CE a fin de suprimir los obstáculos administrativos a la libre prestación de servicios con miras a crear un verdadero mercado de servicios. Conforme a su artículo 2, letra h), se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva «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». El legislador comunitario explica esta excepción con «la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los

legalidad debe efectuarse mediante la aplicación de las normas del Derecho primario de dicho ordenamiento relativas a las libertades fundamentales<sup>6</sup>. Es aquí donde se puede apreciar una convergencia con el Derecho comunitario, ya que dejando de lado las innumerables excepciones y normas específicas contenidas en los diversos anexos al AEEE, las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 31 y 34 AEEE) equivalen ampliamente en cuanto a su contenido normativo a las respectivas disposiciones del tratado CE (artículos 43 y 49 CE). Resulta necesario señalar en este contexto que a pesar de tratarse de un Tratado internacional formalmente autónomo, el AEEE no lo es desde un punto de vista material, pues la integración en el marco del EEE se prevé a través de un acercamiento de los Estados miembros de la AELC al mercado común de la CE con miras a lograr una máxima homogeneidad del Derecho comunitario y del Derecho del AEEE. Resulta apropiado hablar de un «acercamiento» de dos sistemas de integración autónomos, mas no de una «incorporación», ya que precisamente el AEEE no prevé una adhesión de los Estados de la AELC a la CE, naturalmente sin excluir esta opción que resultaría de la decisión soberana del Estado que lo solicite en un futuro, tal como ha sido el caso hasta ahora de Suecia, Finlandia y Austria.

En el plano legislativo se logra esta homogeneidad de sistemas mediante un mecanismo de adopción selectiva de la legislación comunitaria, incluyendo el acervo comunitario existente hasta la fecha de entrada en vigor del AEEE. De hecho, el EEE carece de órganos dotados de poderes legislativos propios, limitándose a la adopción de actos jurídicos previamente aprobados por los órganos legislativos comunitarios (Consejo y Parlamento Europeo) que se consideren imprescindibles para el desarrollo del EEE (normativa denominada comúnmente «*mirror legislation*»). La interpretación del Derecho recae según los artículos 6 y 105 del AEEE en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y en el Tribunal de la AELC<sup>7</sup> en su calidad de

Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores».

<sup>6</sup> Esto se deduce a través de una interpretación *a contrario* de la jurisprudencia del TJCE según la cual cuando un ámbito ha sido armonizado con carácter exhaustivo en el Derecho comunitario, cualquier medida nacional en este ámbito debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho primario [sentencias de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage C-37/92, Rec. pg. I-4947, apartado 9; de 13 de diciembre de 2001, DaimlerChrysler, C-324/99, Rec. pg. I-9897, apartado 32; de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rec. pg. I-14887, apartado 64; y de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränke y Spitz (C-309/02, Rec. p I-11763, Randnr. 53)]

<sup>7</sup> A diferencia del ordenamiento jurídico comunitario cuyo carácter supranacional fue reconocido por el TJCE ya en los comienzos del proceso de integración europeo, constituye la naturaleza del ordenamiento jurídico creado por el AEEE todavía una cuestión jurídica controvertida en la doctrina. Comúnmente se ve en la primacía del Derecho comunitario una de las carectísticas de su supranacionalidad. En el AEEE existen ciertas disposiciones que, sin sugerir una primacía de aplicación como el Derecho comunitario, por lo menos permiten suponer una primacía que obliga a los Estados miembros a modificar o suprimir legislación nacional que pudiese ser contraria al Derecho creado por el AEEE. Según el artículo 3 del AEEE *las Partes Contratantes adoptarán todas las medidas*

órganos judiciales de ambos sistemas de integración, dentro del marco de las competencias atribuidas por los respectivos Tratados. La sensible tarea de asegurar la homogeneidad jurídica, especialmente en lo que concierne a la definición del alcance normativo de las libertades fundamentales, recae así en ambos tribunales bajo el imperativo de respetarse siempre la jurisprudencia del TJCE. De hecho, el artículo 6 del AEEE estipula que *«sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia, las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adoptados en aplicación de estos dos Tratados, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo»*<sup>8</sup>.

*generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo y se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Acuerdo.* Esta disposición equivale al artículo 5 TCEE (actual artículo 10 CE), en el cual se basó el TJCE para postular el principio de la primacía del Derecho comunitario con respecto al Derecho nacional. Interpretado en conjunción con el artículo 6 AEEE del que postula la obligación de interpretación conforme a la jurisprudencia del TJCE podría suponerse que el Derecho creado por el AEEE efectivamente goza de la misma primacía. Esta interpretación es sostenida por el Protocolo 35 al AEEE que establece la obligación de los Estados miembros del AELC, en caso de presentarse conflictos entre normas de aplicación del AEEE y otras normas, de adoptar disposiciones que señalen que el Derecho del AEEE prevalece frente a las normas nacionales. No obstante, el TJCE no parece compartir esta opinión, ya que en su célebre dictamen 1/91 (primer dictamen presentado conforme al artículo 300, apartado 6 CE en el que el TJCE negó la compatibilidad con el ordenamiento jurídico de la CE del primer proyecto de acuerdo debido a la arquitectura institucional judicial diseñada que preveía la creación de un tribunal del AEEE de rango probablemente superior al TJCE) llegó a la conclusión que *«a pesar de que el artículo 6 del Acuerdo no precise claramente si se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su conjunto y, en especial, a la jurisprudencia sobre el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario, del Protocolo 35 del Acuerdo se desprende que, sin reconocer los principios de efecto directo y de primacía que se imponen en virtud de la citada jurisprudencia, las partes contratantes se comprometen únicamente a introducir en sus ordenamientos jurídicos respectivos una norma con rango de Ley que haga posible que los términos del Acuerdo prevalezcan sobre disposiciones legales contrarias»*. Independientemente de esta discusión dogmática en torno al auténtico carácter del Derecho del AEEE ha de utilizarse para el objetivo del presente estudio el término «supranacional» para designar el sistema jurisdiccional establecido por el AEEE y conformado por el TJCE y el Tribunal del AELC.

<sup>8</sup> Asimismo, el artículo 105 del AEEE menciona el objetivo de de las Partes Contratantes *«de llegar a una interpretación lo más uniforme posible de las disposiciones del presente Acuerdo y de las disposiciones de la legislación comunitaria sustancialmente reproducidas en el Acuerdo»*. De lo estipulado en esta disposición se deduce una definición de «homogeneidad» que prohíbe como regla general una jurisprudencia del Tribunal de la AELC contraria a la del TJCE. La interpretación de las mismas normas o de aquellas normas de Derecho primario o derivado del AEEE idénticas al CE en cuanto a su contenido deberán ser interpretadas conforme a la jurisprudencia del TJCE siempre y cuando éstas hayan sido adoptadas con anterioridad a la fecha de la firma de dicho Acuerdo. Con relación a los demás actos jurídicos adoptados posteriormente se desprende únicamente una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE. Según SCHWEIZER, A., *Die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs und die Homogenität im Europäischen Wirtschaftsraum*, Berlin 2004, pg. 10,

Esta obligación equivale a su vez a una prohibición dirigida al Tribunal de la AELC de desarrollar una jurisprudencia contraria a la jurisprudencia del TJCE, por lo que, de presentarse un caso tal, se debe poner en marcha un complejo procedimiento de resolución de controversias por vía de negociaciones entre la Comisión Europea y los Estados miembros de la CE por un lado y por otro lado los Estados miembros de la AELC dentro del Comité Mixto del EEE.

## II. LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL EN MATERIA DE JUEGOS DE AZAR EN EL EEE

La regla de homogeneidad jurídica, piedra cardinal de la integración en el marco del EEE, se ha visto sometida a prueba recientemente con motivo de dos sentencias dictadas casi simultáneamente a principios de este año por el TJCE<sup>9</sup> y el Tribunal de la AELC<sup>10</sup> en las que se examinó respectivamente la conformidad de la legislación italiana y noruega en materia de juegos de azar con la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. En ambos casos se planteó el interrogante de si las medidas adoptadas por la República Italiana y el Reino de Noruega tenían un carácter restrictivo y si podían ser consideradas justificadas a la luz de las excepciones explícitas e inmanentes a las libertades fundamentales previstas respectivamente en los tratados.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar brevemente ambas sentencias, indicando similitudes así como divergencias en el razonamiento jurídico de ambos tribunales, mientras que se procura trazar el desarrollo de la ya asentada jurisprudencia del TJCE en materia de juegos de azar transfronterizos.

### 1. La sentencia *Placanica* del TJCE

La sentencia del TJCE dictada el 6 de marzo de 2007 en los asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04 tiene por objeto responder a las peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale di Larino y por el Tribunale di Teramo (Italia). El TJCE realiza diversas consideraciones de carácter interpretativo de las normas comunitarias sobre libre prestación de servicios y libertad de establecimiento en los Estados miembros, en torno a la explotación de apuestas deportivas, y a las restricciones impuestas por Italia para la implantación de sucursales a entidades privadas autorizadas en otros Estados miembros. Según la legislación italiana, la organización de juegos de azar y la colecta de apuestas

no es necesario que la interpretación de la primera categoría de actos sea idéntica sino «lo más uniforme posible».

<sup>9</sup> Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 2007, *Placanica* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04).

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de la AELC de 14 de marzo de 2007, *ESA/Noruega* (E-1/06).

requiere la adjudicación previa de una concesión, así como de una autorización policial. Toda infracción contra estas reglas está sujeta a sanciones penales, pudiendo prever una pena privativa de libertad de tres años. Fueron precisamente los procedimientos penales iniciados contra operadores establecidos en Italia los que dieron origen a dichos asuntos acumulados en los que se pronunció el TJCE.

a) *Los hechos del asunto*

En 1999, las autoridades italianas competentes adjudicaron 1.000 concesiones para la gestión de apuestas sobre competiciones deportivas y 671 nuevas concesiones para la aceptación de apuestas sobre competiciones hípcas. Estas concesiones eran válidas por un período de seis años, prorrogable por otros seis. Las licitaciones excluían sobre todo a los operadores constituidos bajo la forma de sociedades cuyas acciones se cotizaban en los mercados reglamentados. Entre estos últimos se encontraba la sociedad inglesa Stanley International Betting Ltd, titular de una licencia de la municipalidad de Liverpool, que forma a su vez parte del grupo Stanley Leisure plc, sociedad inglesa que cotiza en la Bolsa de Londres y constituye el cuarto corredor de apuestas en orden de importancia y el primer propietario de casas de juego en el Reino Unido. Stanley opera en Italia a través de más de doscientos «centros de transmisión de datos» («CTD») gestionados por operadores independientes vinculados contractualmente a Stanley que ponen a disposición de los apostantes un sistema telemático que les permite acceder al servidor de Stanley situado en el Reino Unido.

Los señores Placanica, Palazzese y Sorrichio son gerentes de CTD vinculados a Stanley. En 2004 fueron inculcados ante los Tribunale di Larino y por el Tribunale di Teramo por haber ejercido una actividad organizada de aceptación de apuestas sin la autorización policial requerida. Al no haberse conformado la jurisprudencia italiana a la interpretación de la jurisprudencia *Gambelli*<sup>11</sup>, el tribunal de Larino planteó una cuestión prejudicial solicitando verificar la conformidad de la legislación italiana con los principios comunitarios de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

b) *La sentencia*

Haciendo alusión a su sentencia en el asunto *Gambelli*, el TJCE recuerda en primer lugar que una normativa nacional, en la medida en que prohíbe –bajo sanción penal– el ejercicio de actividades en el sector de los juegos de azar cuando no se dispone de una concesión o una autorización de policía expedida por el Estado, implica restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios<sup>12</sup>. No obstante, señala que dichas restricciones pueden justificarse por razones imperiosas de interés general. Cuentan como razones imperiosas de interés general en el ámbito de los

<sup>11</sup> Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli* y otros (C-243/01, Rec. pg. I-13031).

<sup>12</sup> Apartado 42.

juegos de azar los objetivos de protección de los consumidores, la lucha contra el fraude y la prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general<sup>13</sup>.

El TJCE reconoce explícitamente la necesidad de tener en cuenta las particularidades de orden moral, religioso o cultural, por lo que concede a autoridades nacionales una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social. El TJCE señala, sin embargo, que las restricciones que se impongan deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia en relación con su proporcionalidad<sup>14</sup>. Siguiendo las conclusiones del Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer*, el TJCE examina detenidamente cada una de las condiciones impuestas por la legislación italiana.

aa) El requisito de la obtención de una concesión

Según el TJCE, el hecho de que el número de licencias disponibles se haya considerado «suficiente» para cubrir todo el territorio nacional en virtud de una estimación específica no puede justificar, por sí mismo, los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que se derivan de dicha limitación<sup>15</sup>. Confía por ello a los órganos jurisdiccionales remitentes la tarea de comprobar si, en la medida en que limita el número de operadores en el sector de los juegos de azar, la normativa nacional responde verdaderamente al objetivo invocado por el Gobierno italiano, que consiste en evitar la explotación de las actividades en dicho sector con fines delictivos o fraudulentos<sup>16</sup>. El TJCE se reserva, sin embargo, el derecho de analizar la validez de las demás justificaciones presentadas por la República Italiana en defensa de las restricciones a las libertades fundamentales creadas por su legislación, concretamente la limitación de los operadores. A este respecto, la jurisprudencia ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general<sup>17</sup>.

1. El objetivo legislativo de reducir las oportunidades de juego

Confirmando la sentencia *Gambelli*, el TJCE reitera que el objetivo de redu-

<sup>13</sup> Apartado 46. Véase asimismo las sentencias del TJCE de 24 de marzo de 1994, *Schindler* (C-275/92, Rec. pg. I-1039, apartados 57 a 60); de 21 de septiembre de 1999, *Läkrä* y otros (C-124/97, Rec. pg. I-6067, apartados 32 y 33); 21 de octubre de 1999, *Zenatti* (C-67/98, Rec. pg. I-7289, apartados 30 y 31), y *Gambelli* y otros (apartado 67).

<sup>14</sup> Apartado 48.

<sup>15</sup> Apartado 51.

<sup>16</sup> Apartado 58.

<sup>17</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de marzo de 1994, *Schindler* (C-275/92, Rec. pg. I-1039, apartados 57 a 60); de 21 de septiembre de 1999, *Läkrä* y otros (C-124/97, Rec. pg. I-6067, apartados 32 y 33); *Zenatti* (apartados 30 y 31), y *Gambelli* (apartado 67).

cir las oportunidades de juego constituye en principio una justificación válida, siempre y cuando las restricciones estatales respondan en todo caso al deseo de reducir verdaderamente las oportunidades de juego y de limitar las actividades en este ámbito de manera «coherente y sistemática»<sup>18</sup>. El TJCE constata correctamente que el legislador italiano aplica una política de fuerte expansión de los juegos de azar con el objeto de aumentar los ingresos fiscales y concluye que no cabe invocar los objetivos de limitación de la propensión al juego de los consumidores o de reducción de la oferta de juegos para justificar la normativa italiana<sup>19</sup>.

El TJCE opta, sin embargo, por un análisis más diferenciado al declarar que debe distinguirse entre, por una parte, el objetivo de reducir las oportunidades de juego y, por otra, en la medida en que los juegos de azar están autorizados, el objetivo de luchar contra la criminalidad sometiendo a control a los operadores que desarrollan su actividad en este sector y encauzando las actividades de juegos de azar en circuitos controlados<sup>20</sup>.

## 2. El objetivo de luchar contra la criminalidad y de prevención de la explotación de los juegos de azar con fines criminales o fraudulentos

Según la *Corte suprema di cassazione* italiana este segundo objetivo constituye la finalidad real de la legislación italiana en el sector de los juegos de azar. El TJCE considera que sería plenamente coherente perseguir una política de expansión controlada a fin de alcanzar este objetivo, ya que los operadores autorizados han de constituir una alternativa fiable, pero al mismo tiempo atractiva, a una actividad prohibida. La actividad estatal puede implicar la oferta de una amplia gama de juegos, una publicidad de una determinada magnitud y el recurso a nuevas técnicas de distribución<sup>21</sup>.

El TJCE deduce además que un sistema de concesiones puede constituir un mecanismo eficaz para controlar a los operadores que actúan en el sector de los juegos de azar al objeto de evitar la explotación de tales actividades con fines delictivos o fraudulentos<sup>22</sup>.

### bb) Las licitaciones

Siguiendo las conclusiones del Abogado General, el TJCE estima que la exclusión absoluta de las sociedades de capital que cotizan en los mercados regulados de las licitaciones para obtener las concesiones de explotación va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de luchar contra la criminalidad. Existen efectivamente otros medios para controlar las cuentas y las actividades de los operadores del sector de los juegos de azar menos restrictivos de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servi-

<sup>18</sup> Apartado 53. Véase igualmente las sentencias Zenatti (apartados 35 y 36), y Gambelli (apartados 62 y 67).

<sup>19</sup> Apartado 54.

<sup>20</sup> Apartado 52.

<sup>21</sup> Apartado 55.

<sup>22</sup> Apartado 57.

cios, como recopilar información sobre sus representantes o sus principales accionistas<sup>23</sup>.

cc) La exigencia de una autorización policial

El TJCE concluye por ello que no cabe censurar la falta de una autorización policial a los operadores que no han podido obtenerla, ya que el otorgamiento de dicha autorización suponía la adjudicación de las concesiones anteriormente mencionadas, denegadas a los operadores comerciales en violación del Derecho comunitario<sup>24</sup>.

dd) Las sanciones penales

En cuanto a las sanciones penales en caso de inobservancia de la normativa italiana controvertida, el TJCE señala que si bien, en principio, la legislación penal es competencia de los Estados miembros, el Derecho comunitario impone límites a esta competencia. De ello se desprende que la legislación penal deba respetar las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario<sup>25</sup>. En consecuencia, no pueden aplicarse sanciones penales por el incumplimiento de una formalidad administrativa si el cumplimiento de dicha formalidad se ha hecho imposible debido a una infracción del Derecho comunitario<sup>26</sup>. El TJCE constata que personas como los imputados en los asuntos principales, en su condición de gestores de CTD vinculados a una sociedad que organiza apuestas, cotiza en los mercados regulados y está establecida en otro Estado miembro, no podían obtener de ningún modo las concesiones y autorizaciones de policía exigidas por la normativa italiana, porque la República Italiana, infringiendo el Derecho comunitario, supedita la expedición de una autorización de policía a la adjudicación de una concesión y porque, cuando tuvo lugar la última licitación en los asuntos principales, dicho Estado miembro denegaba la adjudicación de concesiones a sociedades que cotizaban en los mercados regulados. Concluye por ello que la imposición de sanciones penales por el ejercicio de una actividad organizada de recogida de apuestas sin concesión o autorización de policía a personas como los imputados en los litigios principales se oponía igualmente al Derecho comunitario<sup>27</sup>.

c) *Observaciones a la sentencia Placanica*

aa) Aplicación de los principios desarrollados en la sentencia *Gambelli*

El asunto *Placanica* puede considerarse como una continuación del asunto *Gambelli* debido a la identidad de los hechos y del marco jurídico, lo que

<sup>23</sup> Apartado 62.

<sup>24</sup> Apartado 67.

<sup>25</sup> Apartado 68. Sentencia de 19 de enero de 1999, Calfa (C-348/96, Rec. pg. I-11, apartado 17).

<sup>26</sup> Apartado 69. Sentencia de 15 de diciembre de 1983, Rienks (5/83, Rec. pg. 4233, apartados 10 y 11).

<sup>27</sup> Apartado 70.

permite al TJCE limitar su análisis a ciertos puntos que había dejado sin aclarar, basándose en los principios previamente establecidos.

### 1. Identificación de las libertades fundamentales afectadas por la legislación nacional

Es necesario recordar que ya en el asunto *Gambelli* el Gobierno italiano había reconocido que su normativa relativa a las licitaciones para las actividades de apuestas preveía restricciones. El TJCE confirmó en aquella oportunidad el carácter restrictivo de dicha legislación, identificando las libertades fundamentales afectadas y extendiendo su jurisprudencia relativa al sector de juegos por primera vez a la libertad de establecimiento<sup>28</sup>. No obstante, su análisis no fue aún tan profundo y detallado como en el asunto *Placanica*, limitándose a declarar que «no podía excluirse que los requisitos impuestos por la normativa italiana para participar en las licitaciones destinadas a atribuir tales concesiones pudieran constituir un obstáculo a la libertad de establecimiento»<sup>29</sup>. El TJCE dedujo esto aunque dicha restricción se impusiera indistintamente a todas las sociedades de capital que pudieran estar interesadas en tales concesiones, ya estén establecidas en Italia o en otro Estado miembro<sup>30</sup>.

Mucho más claro fue el TJCE en cuanto al carácter restrictivo que tenían las sanciones penales previstas en la legislación italiana de las que estaban afectados tanto los proveedores de juegos como los usuarios en Italia<sup>31</sup>. De especial importancia fue la clasificación en la sentencia *Gambelli* de la activi-

<sup>28</sup> La identificación de la libertad fundamental afectada en un caso individual constituye uno de los primeros pasos en el análisis jurídico. Se trata de verificar si una medida nacional o un elemento de hecho puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación personal y material de una disposición del tratado CE relativa a una libertad fundamental. En el caso de los juegos de azar transfronterizos puede causar dificultades la distinción entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, entre las cuales existe una relación de alternatividad. La libertad de establecimiento desplaza a la libre prestación de servicios si el respectivo operador comercial presta servicios a través de agencias, filiales o subsidiarios en el Estado miembro de acogida, siempre y cuando la actividad económica se ejerza con carácter permanente, o, en todo caso, sin límite previsible de duración (ver, por ejemplo, la sentencia de 12 de octubre de 1988, *Steymann*, 196/87, Rec. 6159, apartado 16). Por otro lado, una libertad fundamental puede desplazar a otra a pesar de ser aplicable si se demuestra que, en las circunstancias del caso de que se trate, una de ellas es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella (sentencias de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, apartado 26; de 24 de marzo de 1994, *Schindler*, C-275/92, Rec. pg. I-1039, apartado 22; de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. pg. I-607, apartado 31; y de 25 de marzo de 2004, *Karner*, C-71/02, Rec. pg. I-0000, apartado 46). En consecuencia, la libre circulación de mercancías resultante del comercio con máquinas de juego puede ser desplazada por otras libertades fundamentales si esta actividad económica juega únicamente un papel subsidiario.

<sup>29</sup> Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli* (C-243/01, Rec. I-13031, apartado 49).

<sup>30</sup> Sentencia *Gambelli*, apartado 48.

<sup>31</sup> Sentencia *Gambelli*, apartados 57 a 59.

dad económica ejercida por *StanLey* como «un servicio» en el sentido del artículo 50 CE, cuya trascendencia para la aplicabilidad del Derecho comunitario deriva del hecho de que el servicio en cuestión tenga un carácter transfronterizo al ofrecerse por medio de Internet a destinatarios establecidos en otro Estado miembro<sup>32</sup>.

## 2. El control judicial de las medidas reguladoras nacionales

En su sentencia *Gambelli*, el TJCE estableció ciertos criterios que la legislación italiana debía observar a fin de asegurar su conformidad con el Derecho comunitario. Según estos criterios, la normativa nacional debía estar justificada por razones imperiosas de interés general, ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigan y no debía ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, al igual que debía aplicarse de modo no discriminatorio<sup>33</sup>. Sin embargo, el TJCE se abstuvo de efectuar por sí mismo este control judicial, limitándose a declarar que correspondía al órgano jurisdiccional remitente decidir si las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios establecidas por la normativa nacional controvertida respetaban dichos requisitos. El TJCE siguió así su línea jurisprudencial desarrollada en las sentencias *Schindler*, *Läkrä* y *Zenatti*, según la cual se concedía a las autoridades nacionales una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social<sup>34</sup>.

### aa) La competencia del TJCE de verificar la legitimidad del objetivo legislativo

De esta manera, el TJCE no solamente preparó de cierto modo la decisión del juez nacional al establecer los criterios anteriormente mencionados, sino que facilitó igualmente su tarea al desechar de antemano una de las justificaciones centrales presentadas por el Gobierno italiano. Rechazó, concretamente, toda restricción basada en un interés económico de carácter proteccionista como la obtención de beneficios financieros, admitiendo como única justificación válida la protección de los consumidores, en la medida en que toda limitación de las oportunidades de juego puede, en principio, verse como un medio para combatir el fraude y actividades ilícitas relacionadas al juego. El TJCE desveló la verdadera finalidad económica de la legislación controvertida al confrontar al Gobierno italiano a la política expansiva del juego y de las apuestas con el objeto de obtener fondos que ésta había estado persiguiendo hasta entonces, introduciendo así el criterio de «coherencia de la política estatal» como un elemento a tenerse siempre en cuenta en el marco del control judicial de medidas reguladoras nacionales relacionadas al sector de los juegos. De ello resulta que, 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

<sup>32</sup> Sentencia *Gambelli*, apartado 49.

<sup>33</sup> Sentencia *Gambelli*, apartado 65.

<sup>34</sup> Sentencia *Gambelli*, apartado 63.

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 restrictivas a las libertades fundamentales. Es muy probable que haya sido esta incoherencia en la argumentación lo que hiciera que el Gobierno italiano cambiase su estrategia de defensa en el asunto *Placanica*, ya que no invocó más como justificación el interés de prohibir la actividad de recogida y gestión de apuestas, así como de reducir las oportunidades prácticas de juego fuera de los supuestos expresamente previstos por la ley<sup>35</sup>.

Mediante su análisis de coherencia del objetivo legítimo, el TJCE efectuó en realidad un control de proporcionalidad parcial<sup>36</sup>, poniéndose así en cierta contradicción con su decisión de delegar el control judicial a la jurisdicción de reenvío, lo que sucinta ciertos interrogantes. Se plantea sobre todo la cuestión respecto a la razón por la cautela manifestada por el TJCE al no pronunciarse de manera exhaustiva sobre la proporcionalidad de la legislación italiana<sup>37</sup>. Esta actitud podría explicarse, por un lado, con el respeto por parte del Derecho comunitario a las ya mencionadas particularidades de orden moral, religioso o cultural existentes en cada Estado miembro. De hecho, el procedimiento de renvío prejudicial con arreglo al artículo 234 CE favorece una división del control judicial, pues está concebido de manera tal que el papel del TJCE se limita a interpretar una norma comunitaria de la cual depende la resolución de un litigio nacional, mientras que corresponde más bien a las autoridades nacionales aplicar dicha interpreta-

<sup>35</sup> AM ENDE, M., «Staatliche Monopole: Neues Spiel, neues Glück?», *European Law Reporter*, n.º 3/2007, señala que en el casi idéntico asunto *Gambelli* el Gobierno italiano aún había hecho valer que su intención era la de reducir las posibilidades de juego, una argumentación algo «hipócrita» con la cual fracasó en el asunto *Placanica*, pues el TJCE estableció correctamente que «en la medida en que las autoridades de un Estado miembro inducen e incitan a los consumidores a participarn 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». El autor supone que ésta es la razón que llevó al Gobierno italiano a intentar una nueva justificación basada en el interés de evitar la explotación de los juegos de azar para fines criminales.

<sup>36</sup> Según HORN, H.-D., «Comentario a la sentencia *Placanica*», *Juristenzeitung*, n.º 14/2007, pg. 736, el TJCE precisó los requisitos de la proporcionalidad que toda legislación debe cumplir, aumentando así la densidad de control del juez nacional al mismo tiempo que se reduce el poder discrecional del legislador nacional.

<sup>37</sup> DESTOURS, S., «Monopole des jeux de hasard en ligne: rien ne va plus», *Révue Lamy de la concurrence*, n.º 8, julio/septiembre 2006, pg. 67, indica que en la sentencia *Gambelli* el TJCE dejó en manos del juez nacional la apreciación concreta del respeto por parte de la legislación italiana a las condiciones mencionadas. El autor opina que el TJCE hubiese debido ser más preciso y, en consecuencia, hubiese debido pronunciarse él mismo sobre la incidencia de las libertades fundamentales en las disposiciones nacionales, tal como lo había sugerido el Abogado General, consciente de la gran dificultad que esta tarea constituiría para las jurisdicciones nacionales. Según el autor, el TJCE pecó de un exceso de prudencia, ya que disponía de los elementos suficientes para un análisis más profundo, lo que hubiese hecho innecesario un nuevo reenvío prejudicial.

ción al caso concreto. Si bien es cierto que le corresponde generalmente al órgano jurisdiccional nacional en el marco de un procedimiento prejudicial la responsabilidad de aplicar el Derecho comunitario a los hechos concretos del procedimiento principal, no es menos cierto que el TJCE no se ha abstenido de verificar por sí mismo de manera indirecta la proporcionalidad de medidas nacionales simplemente al definir la proporcionalidad como un término jurídico del Derecho comunitario. Por lo tanto, esta actitud no puede explicarse con el respeto a la división de competencias que establece el Derecho procesal comunitario

Por otro lado, el TJCE delega frecuentemente esta tarea a la jurisdicción de reenvío cuando no dispone de los elementos de hecho necesarios para pronunciarse sobre la cuestión prejudicial<sup>38</sup>. De ser así, el TJCE posiblemente hubiese incurrido en un error pues no existe evidencia alguna que sugiera que la jurisdicción de reenvío no hubiese cumplido con su deber procesal de proporcionar al juez comunitario las informaciones necesarias para poder pronunciarse<sup>39</sup>. Todo parece indicar que fue más bien que la abstención por parte del TJCE de ejercer un control judicial se debió al respeto a las particularidades de orden moral, religioso o cultural características de cada Estado miembro.

En todo caso, esta actitud demasiado cautelosa del TJCE resultó contraproductiva para esclarecer la cuestión determinante de la conformidad de la normativa italiana con el Derecho comunitario, ya que la *Corte suprema di*

<sup>38</sup> Cuando el TJCE interprete el Derecho comunitario en un asunto en el que no se han determinado en su totalidad o con certeza ciertos hechos o aspectos relevantes del Derecho nacional, indicará con precisión los aspectos que el tribunal nacional deberá aclarar para resolver el asunto conforme a su interpretación (véanse sentencias de 31 de enero de 1984, Luisi y Carbone, asuntos 262/82 y 26/73, Rec. pg. 377, apartado 36; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn, 171/88, Rec. pg. 2743, apartados 14 y 15; de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, Rec. pg. I-5535, apartados 26 a 29).

<sup>39</sup> El TJCE ha declarado como una exigencia procesal de un procedimiento de cuestión prejudicial conforme al artículo 234 CE que la resolución de remisión contenga una descripción suficiente del marco jurídico y fáctico del litigio principal que permita al juez comunitario llegar a una interpretación del Derecho comunitario que sea útil para el juez nacional (sentencia de 26 de enero de 1993, Telemarsicabruzzo y otros, asuntos acumulados C-320/90 a C-322/90, Rec. pg. I-393, apartado 6) y que ofrezca al mismo tiempo a los gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del TJCE (sentencias de 21 de septiembre de 1999, Albany, C-67/96, Rec. pg. I-5751, apartado 40). De no cumplirse con el requisito procesal de proporcionar los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas el TJCE declarará inadmisibles las solicitudes de decisión prejudicial (sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman, C-415/93, Rec. pg. I-4921, apartados 59 a 61; de 13 de julio de 2000, Idéal tourisme, C-36/99, Rec. pg. I-6049, apartado 20; de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers' Union, C-137/00, Rec. pg. I-7975, apartado 37, y de 25 de marzo de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi y otros, asuntos acumulados C-480/00 a C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 y C-497/00 a C-499/00, Rec. pg. I-2943, apartado 73). Véanse apartados 20 y 22 de la «nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales» (DOCE 2005 C 143, pg. 1).

*cassazione* italiana, contrariamente a lo que ya se traslucía de la sentencia *Gambelli* –y a lo que fue posteriormente confirmado por el TJCE en la sentencia *Placanica*– sostuvo que las reglas nacionales eran compatibles con las comunitarias<sup>40</sup>. Recayó así en el TJCE la tarea de corregir esta decisión erró-

<sup>40</sup> Los antecedentes procesales en el plano nacional son relatados más detalladamente por el Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer* en sus conclusiones de 16 de mayo de 2006, *Placanica* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04) que en la sentencia misma. Según éstos, unos meses después de dictarse la sentencia *Gambelli*, la *Corte suprema di cassazione* italiana tuvo ocasión de discernir sus pautas en un recurso del Pubblico ministero (fiscal) contra el auto del Tribunale di Prato, de 15 de julio de 2003, que, en un proceso penal contra el Sr. *Gesualdi* y otros por el delito previsto en el artículo 4, apartado 4 bis, de la Ley núm. 401/89, había anulado el embargo de los centros gestionados por los inculcados, al entender que el mencionado precepto conculcaba el derecho comunitario. El alto tribunal italiano había sostenido, de manera constante, que las reglas nacionales eran compatibles con las comunitarias. La sentencia *Gambelli* provocó que la Sezione unite penali (pleno de las salas penales) conociera del recurso, dictando la sentencia núm. 111/04, de 26 de abril de 2004 (en lo sucesivo, «sentencia *Gesualdi*»). La sentencia *Gesualdi* no se extrañó de las reflexiones de la sentencia *Gambelli*, pues las inscribió en una jurisprudencia uniforme, aunque destacó dos innovaciones: la que contempla las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de los juegos de azar; y la que asume expresamente que el artículo 4 de la Ley núm. 401/89 las restringe.

En la sentencia *Gesualdi*, la *Corte suprema di cassazione* señaló que el legislador italiano aplicaba desde hace muchos años una política de fuerte expansión de los juegos de azar con el objeto evidente de aumentar los ingresos fiscales, sin que quepa buscar la justificación de la normativa italiana en el objetivo de proteger a los consumidores, limitar su propensión al juego o reducir la oferta de juegos. En cambio, identificó como objetivo real de la normativa italiana el deseo de encauzar las actividades de juegos de azar en circuitos controlables con el fin de impedir la explotación de tales actividades con intenciones delictivas. Por este motivo, la normativa italiana sometía a control y a vigilancia a las personas que explotaban apuestas y concursos de pronóstico y los lugares en los que se realizaba dicha explotación. La *Corte suprema di cassazione* consideró que tales objetivos, por sí solos, podían justificar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. En relación con los requisitos exigidos para garantizar la transparencia del accionariado de las sociedades concesionarias, requisitos que implicaban, entre otras cosas, excluir de las licitaciones para las concesiones a las sociedades cuyos accionistas individuales no pudieran ser identificados en todo momento, la *Corte suprema di cassazione* declaró que la normativa italiana no suponía ninguna discriminación en perjuicio de las sociedades extranjeras, ni siquiera de manera indirecta, ya que tenía por objeto excluir no sólo a las sociedades de capital extranjeras cuyos accionistas no podían ser identificados con precisión, sino también a todas las sociedades de capital italianas cuyos accionistas no podían ser identificados del mismo modo.

Felizmente para el Derecho comunitario, los Tribunales de Larino y Teramo optaron por no seguir esta jurisprudencia nacional, planteando nuevamente la cuestión de su conformidad con la jurisprudencia comunitaria. A raíz de la sentencia *Placanica*, la *Corte suprema di cassazione* italiana modificó finalmente su jurisprudencia teniendo en cuenta que la legislación italiana constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (véase Corte di Cassazione, Sezione Terza, sentencia de 4 de mayo de 2007, nº 16928). Declaró que el régimen nacional de concesiones y autorizaciones sigue siendo conforme con el Derecho comunitario en la medida que rechaza las solicitudes de aquellos que no cumplen los requisitos previstos por la Ley como la ausencia de condenas penales y de moral. Asimismo estableció que dicho régimen no podría ser aplicado en aquellas personas que colectan apuestas y organizan juegos para compañías con sede en otro Estado miembro y disponen ya de las autorizaciones del Estado de

nea de la *Corte suprema di cassazione* en el asunto *Placanica* que bien hubiese podido ser evitada si el TJCE hubiese ejercido de manera efectiva su derecho a un control judicial en defensa del Derecho comunitario. El TJCE no puede abusar de esta competencia de devolución a la jurisdicción nacional de reenvío para eximirse de su responsabilidad de interpretación que le confiere el orden constitucional de la CE. El TJCE está obligado a proporcionar a la jurisdicción nacional una interpretación útil que contribuya de manera inmediata a la resolución del litigio<sup>41</sup>.

En sus conclusiones en asunto *Placanica*, el Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer* remedió esta situación desafortunada al indicar que «cuando el TJCE encarga a los jueces de los países miembros la valoración de las normas estatales en relación con las comunitarias, no renuncia a sus atribuciones en este campo, sino que pone en práctica los principios que inspiran el diálogo prejudicial, reconociendo las ventajas de la proximidad con el litigio, pero conservando la decisión definitiva en esa materia»<sup>42</sup>.

bb) La necesidad de un control riguroso de las medidas nacionales

Ya en sus conclusiones en el asunto *Anomar*<sup>43</sup> el Abogado General *Tizzano* había hecho referencia al supuesto «tenue control de la proporcionalidad» efectuado excepcionalmente por el TJCE en el ámbito de la aplicación de las normas sobre libre prestación de servicios, alegando que la determinación de la amplitud de la protección que un Estado miembro pretendía garantizar en su territorio en materia de loterías y otros juegos de azar «formaba parte de la facultad de apreciación reconocida por el TJCE a las autoridades nacionales». A diferencia del Abogado General, quien se limitó a constatar el bajo nivel de densidad del control judicial, absteniéndose de expresar crítica alguna, ciertos autores han reprochado al TJCE de efectuar un control demasiado laxo<sup>44</sup>. Esta crítica es convincente, pues es precisamente en el marco del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto donde se debe proceder a un cambio de perspectiva y efectuar un control más rigu-

origen respectivas (véase SCHIANO, R., «Observations à l'arrêt Placanica e.a.», *Revue du Droit de l'Union européenne*, n° 2/2007, pg. 465).

<sup>41</sup> LENAERTS, K./ARTS, D./MASELIS, I., *Procedural Law of the European Union*, 2da edición, Londres 2006, pgs. 191, 192.

<sup>42</sup> Conclusiones presentadas el 16 de mayo de 2006 por el Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer* en los asuntos acumulados *Placanica*, *Palazzese* y *Sorrichio* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, punto 81). OSSENBÜHL, F., «Der Entwurf eines Staatsvertrages zum Lotteriewesen in Deutschland –Verfassungs– und europarechtliche Fragen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, julio 2003, pg. 892, sostiene que, aunque los tribunales internos pueden controlar la veracidad de las excusas aducidas por los Estados miembros para justificar las restricciones nacionales y la observancia del principio de proporcionalidad, el TJCE no se ha retirado completamente de ese control, estimando errónea la suposición de que ha delegado dicha competencia.

<sup>43</sup> Conclusiones del Abogado General *Tizzano* presentadas el 11 de febrero de 2003, *Anomar* (C-6/01, Rec. pg. 8621, punto 71).

<sup>44</sup> BUSCHLE, D., «Der Spieler – Schreckgespenst des Gemeinschaftsrechts», *European Law Reporter*, 12/2003, pgs. 471 y 472.

roso. Es jurisprudencia constante que las excepciones deben interpretarse de manera estricta y las libertades fundamentales de manera amplia<sup>45</sup>. Esto obedece al principio de eficacia, reconocido tanto en el Derecho internacional público como en el Derecho comunitario. Este análisis demuestra claramente la falta de minuciosidad en el razonamiento del TJCE, pues se confunde la cuestión de la necesidad de un objetivo legítimo con los demás puntos a analizarse en el marco de la proporcionalidad que vienen a ser la adecuación de las medidas adoptadas para alcanzar el objetivo perseguido, la inexistencia de medidas menos injerentes, así como la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la proporcionalidad entre el objetivo y las medidas adoptadas.

El retorno a un control judicial más riguroso en la sentencia *Placanica* permite suponer que el TJCE ha tomado conciencia de su responsabilidad como órgano judicial encargado de velar por el respeto al Derecho comunitario y verificará de ahora en adelante más detenidamente la conformidad con el Derecho comunitario de las disposiciones nacionales relativas a la explotación económica de juegos de azar.

Puede constatarse igualmente un cierto cambio de actitud por parte del TJCE en el hecho de que el supremo órgano judicial comunitario haya ido excepcionalmente lejos al incluso aventurarse a señalar a las autoridades italianas las medidas a adoptar con el objetivo de poner fin a la vulneración del Derecho comunitario<sup>46</sup>. En concreto, el TJCE sugiere tanto la revocación y la redistribución de las concesiones anteriores como la convocatoria de licitaciones para la adjudicar un número adecuado de nuevas concesiones. Esta injerencia en la competencia originaria del legislador nacional, ya remarcable en el marco de un recurso por incumplimiento<sup>47</sup>, lo es aún más

<sup>45</sup> Sentencias de 19 de enero de 1999, *Calfa* (C-348/96, Rec. pg. I-11), apartado 23, de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore* (67/74, Rec. 1975, pg. 297, apartado 6).

<sup>46</sup> CONTI, R./FOGLIA, R., «Raccolta di scommesse su eventi sportivi», *Corriere Giuridico*, Nr. 4/2007, S. 569, consideran interesante el hecho de que el TJCE haya adoptado una forma de tutela judicial semejante al de la Corte Europea de Derechos Humanos al formular de manera hipotética las posibles vulneraciones de los derechos de particulares que podrían originarse de una determinada legislación nacional. Según los autores, el TJCE «sugiere» a la autoridad nacional las medidas necesarias para limitar los efectos perjudiciales para el Derecho comunitario en un intento de hacer «efectiva» la tutela judicial.

<sup>47</sup> En este contexto ha de recordarse que el procedimiento por incumplimiento es un procedimiento que, por su carácter declarativo, únicamente tiene por objeto que se declare por el TJCE que se ha producido un incumplimiento. Como consecuencia de que el TJCE se limita a declarar la existencia del incumplimiento, los Estados miembros afectados pueden, según las circunstancias, tener dificultades para determinar cuáles son las medidas que deben adoptar en el caso concreto para eliminar la infracción sancionada. En estos casos, el Tribunal de Justicia se esfuerza en dar, en los fundamentos de la sentencia, indicaciones más precisas en un marco dentro del cual la medida impugnada aún se considere conforme con el Tratado (véase la sentencia de 12 de julio de 1973, *Comisión/Alemania*, 70/72, Rec. pg. 813, apartado 13). Además, el Tribunal de Justicia puede dar, en el marco del fallo, ayudas de interpretación delimitando con un contorno más o menos estricto el incumplimiento comprobado (BURGI, M., *Handbuch des Rechtsschutzes der*

por tener el asunto *Placanica* por objeto una acción prejudicial destinada en principio a procurar únicamente una interpretación del Derecho primario, mas no a constatar un incumplimiento por parte de un Estado miembro<sup>48</sup>. Desaparecen así por un instante las características que distinguen a los diferentes procedimientos que prevé el sistema de recursos del Derecho procesal comunitario.

bb) La prohibición de la doble carga o del doble control

Aunque el razonamiento del TJCE sigue esencialmente las pautas establecidas por el Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer*, se constata un aspecto de gran importancia resaltado en las conclusiones que el TJCE aparentemente se abstuvo de discutir<sup>49</sup>. Se trata del interrogante de hasta qué punto un Estado miembro está obligado por el Derecho comunitario a tomar en cuenta las medidas de control efectuadas en el Estado de origen de una empresa extranjera que colecta apuestas u organiza en general juegos de azar. Del asunto *Placanica* se desprende que la propia *Corte suprema di cassazione* relataba que la compañía británica *StanLey* por cuya cuenta actúan los encausados italianos había sido autorizada a operar por decisión del Betting Licensing Committee de Liverpool con base en el *Betting Gaming and Lotteries Act (Ley de Apuestas y Loterías) 1963*, pagaba las tasas sobre las apuestas (*General Betting Duty*) y estaba bajo la vigilancia del fisco inglés (*Inland Reve-*

*Europäischen Union* [coordinadores, RENGELING/MIDDEKE/GELLERMANN], 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2003, § 6, apartado 49). Por lo tanto, no cabe deducir de las facultades limitadas que el TJCE tiene en el procedimiento por incumplimiento que le esté vedado, de forma general, hacer consideraciones en la propia sentencia sobre el tipo y alcance de las posibilidades de regularización existentes en el caso dado. Por la licitud de tal proceder aboga el tenor del artículo 228 CE, del que se desprende expresamente que el Estado miembro está obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia (KARPENSTEIN, P./KARPENSTEIN, U., GRABITZ/HILF [coordinadores], *Das Recht der Europäischen Union*, tomo III, artículo 228 CE, apartado 6).

<sup>48</sup> Tal como lo señala igualmente SIMON, D. «Faites vos jeux, rien de va plus», *Europe-Revue mensuelle lexisnexis jusclasser*, mayo 2007, S. 18. El autor hace referencia a la diferencia fundamental del objetivo de un recurso de incumplimiento y de un reenvío prejudicial. Indica que estas sugerencias del TJCE a las autoridades nacionales respecto a cómo poner fin a la violación del Derecho comunitario constituyen una injerencia sensible en la competencia de estas últimas ya discutible en el marco de un recurso por incumplimiento pero que lo es aún más por tratarse de un reenvío prejudicial.

<sup>49</sup> El Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer* reprocha en sus conclusiones de 16 de mayo de 2006, *Placanica* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04) a la *Corte suprema di cassazione* de ignorar o silenciar los exámenes practicados y las garantías prestadas en otros países de la Unión Europea con la excusa del carácter territorial de la habilitación, lo que en su opinión retrasa la construcción europea y atenta contra sus pilares básicos, infringiendo el mandato del artículo 10 CE cuyos destinatarios son todos los órganos de los Estados miembros (incluyendo el poder judicial) de abstenerse «de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado» y el principio de confianza recíproca que preside las relaciones intracomunitarias. El Abogado General *La Pergola*, en el punto 36 de las conclusiones del asunto en el que se dictó la sentencia *Lákrá*, ya había llamado la atención sobre el criterio de equivalencia, aunque luego el Tribunal de Justicia no lo mencionó en su sentencia.

*nues and Custom & Excise*), de auditores privados y de los órganos supervisores de las sociedades que cotizan en bolsa.

El Abogado General señaló que si un organizador de otro Estado miembro cumplía los requisitos vigentes en su legislación, las autoridades del Estado en el que se prestaba el servicio deberían entender que es garantía suficiente de su integridad<sup>50</sup>. Esta argumentación resulta convincente y se basa incluso en la jurisprudencia comunitaria. Del Derecho comunitario se desprende precisamente una «prohibición de doble carga o de doble control» que cumple la misma función en el marco de la libre prestación de servicios como el «principio de Estado de origen» establecido en la sentencia *Cassis de Dijon* y aplicado en la libre circulación de mercancías. En interés del mercado común, todo Estado miembro debe considerar tanto la reglamentación, como también las medidas de control y verificación vigentes en los demás Estados miembros suficientes como para proteger el interés general<sup>51</sup>. La existencia de medidas de control equivalentes en otros Estados miembros es así susceptible de hacer del doble control ejercido en el Estado de acogida una medida no sólo obsoleta, sino demasiado injerente y con ello desproporcionada desde un punto de vista jurídico, ya que obliga al operador extranjero a someterse a un procedimiento administrativo adicional que no necesariamente ofrece mayores garantías de seguridad que el primero<sup>52</sup>. En todo caso, el Estado miembro en el que se encuentra establecida la empresa operadora de juegos estaría en la mejor posición y sería más eficaz al verificar la integridad de dicha empresa. Este tipo de control es inevitable en el caso de aquellos operadores de juegos cuyo personal y administración se encuentran en sólo un Estado miembro pero que ofrecen sus servicios a través de redes informáticas en todo el territorio de la CE. Ciertamente, esto no evitará que los demás Estados miembros subordinen

<sup>50</sup> Conclusiones del Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer* de 16 de mayo de 2006, Placánica (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, punto 130).

<sup>51</sup> A este respecto, la sentencia de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, (205/84, Rec. pg. 3755, apartado 47) mantuvo que las autoridades del Estado destinatario han «de tener en cuenta los controles y las verificaciones ya efectuados en el Estado miembro de establecimiento», reconociendo el principio de equivalencia, y la de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Rec. pg. I-1141; especialmente, apartados 46 a 49) al tratar de prestaciones por teléfono a destinatarios potenciales de otros países miembros, aludió implícitamente al principio de eficiencia. ALBRECHT, S./GABRIEL, U., «Die aktuelle Entwicklung im Glücksspielrecht – Der geplante Lotteriestaatsvertrag vor dem Hintergrund des Placánica-Urteils des EuGH», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nº 6, 2007, pg. 618, suponen que por lo tanto basta tener una licencia en un Estado miembro para poder ofrecer servicios en otro Estado miembro.

<sup>52</sup> REICHER, R./WINKELMÜLLER, M., «Italiens Rechtsvorschriften über Sportwetten unvereinbar mit freiem Dienstleistungsverkehr und Niederlassungsfreiheit», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nº 7/2007, pg. 214, consideran que tener en cuenta las autorizaciones emitidas por las autoridades extranjeras no significaría una aplicación del principio de «reconocimiento mutuo» sino únicamente una consecuencia de la obligación de rechazar restricciones contrarias al Derecho comunitario.

la prestación de servicios a algún requisito de registro, por ejemplo, la solicitud de una licencia<sup>53</sup>.

Cabe recordar, sin embargo, que la aplicación del principio de Estado de origen sólo es viable si existe una verdadera confianza recíproca entre los Estados miembros en la equivalencia de controles y verificaciones. El principio de atribución limitada, así como la repartición de competencias dentro de la estructura institucional de la CE impide que sea el TJCE, cual órgano judicial, el órgano comunitario encargado de generar dicha confianza recíproca. Corresponde más bien al legislador comunitario (Consejo y Parlamento Europeo) adoptar normas que armonicen el ámbito de los juegos de azar. Actualmente esto es políticamente difícil de realizar debido a las diversas percepciones morales en las sociedades de los Estados miembros, así como a los intereses económicos estatales. Es muy probable que el TJCE haya tenido conciencia de estas circunstancias y por ello se haya abstenido de discutir las implicaciones jurídicas de los controles y verificaciones ya efectuados en el Estado de origen del operador extranjero.

No obstante, es considerable que la *Corte Suprema di Cassazione* italiana haya optado finalmente por seguir las indicaciones del Abogado General y no se haya limitado a acatar la sentencia *Placanica*, ya que en su sentencia de 4 de mayo de 2007 estableció que el régimen de concesiones y autorizaciones no podría ser aplicado más en aquellas personas que coleccionan apuestas y organizan juegos para compañías con sede en otro Estado miembro y disponen ya de las autorizaciones del Estado de origen respectivas<sup>54</sup>.

## 2. La sentencia *ESA/Noruega* del Tribunal del AELC

### a) *Los hechos*

El 14 de marzo de 2007, poco después de que el TJCE se pronunciase en el asunto *Placanica*, el Tribunal del AELC dictó sentencia en el asunto E-1/06 que tuvo como objeto un recurso por incumplimiento iniciado por el

<sup>53</sup> KARL, K.-U. «Playing the game», *Competition Law Insight*, 8 mayo 2007, pg. 5; STEIN, T. «Bemerkungen zu der Urteilsanmerkung von R. Reichert und M. Winkelmüller in EuZW 2007, 214», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 8/2007, pg. 231, considera que las autorizaciones emitidas por las autoridades extranjeras deberían tomarse en cuenta, ya que el TJCE ha considerado en muchos otros ámbitos que un doble control y el requisito de una autorización adicional constituyen restricciones injustificadas a las libertades fundamentales, tal como se había indicado en los apartados 73 y ss. de la sentencia *Gambelli*; HERTNECK, D., «Absicherung des Monopols für Online-Glücksspiel», *Computer und Recht*, n° 5/2007, pg. 327, se pregunta por qué el TJCE no consideró las observaciones del Abogado General. La autora opina que si se hubiese tenido en cuenta la autorización extranjera como garantía de la integridad de la empresa de juegos se hubiesen resuelto fácilmente muchos de los problemas del asunto *Placanica*; DE BROUWER, L./DOCQUIR, B., *Révue du Droit de la Concurrence*, n° 3/2004, pg. 315, consideran que la aplicación del principio de «home country control», como lo denominan, podría contribuir al surgimiento de un mercado europeo de juegos y apuestas.

<sup>54</sup> Véase nota a pie de página 36.

Órgano de Vigilancia del AELC (EFTA Surveillance Authority o ESA, según sus siglas en inglés) con arreglo al artículo 119, apartado 1 del AELC y al artículo 36, apartado 1 del Acuerdo entre los Estados miembros del AELC sobre la creación de Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia. En su demanda, el ESA solicitó al Tribunal del AELC que declare que el Reino de Noruega había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 31 y 36 del AELC al adoptar la Ley nº 90 de 29 de agosto de 2003 conteniendo modificaciones a la legislación relativa a los juegos de azar y lotería (*Lov av 29. august 2003 nr. 90 om endringer i pengespill- og lotterilovgivningene*) y que prevé esencialmente la introducción de un monopolio para la operación de máquinas de juegos de azar y apuestas, en favor de la empresa estatal *Norsk Tipping AS*. La legislación impugnada había sido aprobada el 29 de agosto 2003, habiéndose atribuido al Gobierno noruego la potestad de fijar la fecha para su puesta en vigor. El Gobierno noruego había decidido esperar la decisión del Tribunal. El ESA reprochó al Reino de Noruega de prever la puesta en vigor de una legislación caracterizada por una motivación predominantemente económica, incoherente y desproporcionada. El Gobierno noruego refutó los tres fundamentos de la demanda.

A diferencia de los asuntos *Gambelli* y *Placanica* en los que se examinó la conformidad con el Derecho comunitario de medidas reguladoras en un mercado nacional de juegos de azar parcialmente liberalizado que permite la libre competencia entre el Estado y operadores privados, el asunto ESA/Noruega requirió un análisis de la conformidad tanto con la libre prestación de servicios, así como con la libertad de establecimiento, ambas libertades fundamentales garantizadas por el AEEE, de un proyecto de normativa nacional cuyo objetivo consistía en transformar un sistema originariamente basado en la libre competencia, similar al existente actualmente en Italia, en un sistema regido por el derecho exclusivo de una empresa estatal a operar máquinas de juegos de azar<sup>55</sup>.

b) *La sentencia*

aa) Injerencia en libertades fundamentales

El Tribunal confirma en primera instancia su competencia jurisdiccional y con ello la admisibilidad de la demanda al declarar que todos los juegos de azar constituyen actividades económicas comprendidas en el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales garantizadas por el AEEE<sup>56</sup>. El

<sup>55</sup> En su sentencia de 14 de marzo de 2007, ESA/Norway (E-1/06, apartado 26), el Tribunal del AELC señala que «*The application essentially concerns the regulatory change in the market for the operation of gaming machines in Norway, from a system based on competition among a plurality of humanitarian and socially beneficial organisations holding licenses and private operators who operate the machines on their behalf, to a system based on an exclusive right for one state-owned company. From the perspective of the internal market, the exclusion of private operators falls to be assessed under the provisions on the freedom of establishment and the free provision of services.*».

<sup>56</sup> El Tribunal se remite para ello a la jurisprudencia reiterada del TJCE, en especial, a las sentencias *Läkrä* y *Anomar*.

efecto restrictivo de dicha legislación en la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no solamente es un hecho no controvertido entre las partes del procedimiento, sino igualmente evidente, pues se traduce en la exclusión completa de los operadores privados del mercado nacional de juegos de azar, así como en la denegación de acceso a dicho mercado<sup>57</sup>.

El Tribunal identifica a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios como libertades fundamentales afectadas por la legislación noruega. No menciona, sin embargo, la posible incidencia de la legislación noruega en la libre circulación de mercancías<sup>58</sup>. De la demanda presentada por el ESA se desprende la existencia de un comercio transfronterizo de máquinas de juego provenientes de otros Estados miembros del EEE como Suecia y Holanda. Otra referencia al comercio transfronterizo en bienes proviene del hecho de que la empresa y futuro monopolio estatal *Norsk Tipping* importa sus máquinas de juegos de Suecia. Por un lado, la evidencia proporcionada no parece suficiente como para confirmar una posible injerencia en la prohibición de restricción establecida en el artículo 11 del AEEE. Por otro lado, es probable que el Tribunal del AELC haya tratado de evitar un análisis de aplicabilidad del artículo 16 del AEEE, relativo al estatus de los monopolios estatales, lo que hubiera planteado la cuestión de si esta disposición puede ser aplicada de manera análoga a las demás libertades fundamentales, y de si la creación de monopolios puede, en principio, ser considerada conforme con el Derecho del EEE.

El Tribunal enfoca su análisis en la cuestión jurídica predominante de determinar si la legislación en cuestión es justificada. Al igual que el TJCE, el Tribunal del AELC ve en las particularidades morales, religiosas y culturales de los Estados miembros, así como los posibles efectos negativos del juego en el individuo y en la sociedad una de las razones para atribuir al legislador nacional un amplio margen discrecional necesario para poder determinar la manera de asegurar la protección del consumidor y del orden público. El Tribunal traza los límites de este margen discrecional al declarar que si bien es cierto que corresponde a los Estados miembros definir el nivel de protección adecuado, no es menos cierto que las medidas restrictivas a adoptar deberán cumplir los requisitos que establece la jurisprudencia, entre ellos la proporcionalidad<sup>59</sup>.

#### bb) Justificación

El Gobierno noruego hace valer como objetivo del proyecto de Ley desti-

<sup>57</sup> Apartado 27.

<sup>58</sup> De acuerdo a la jurisprudencia del TJCE son aplicables a la importación y exportación de máquinas de juegos las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, ya que estas máquinas pueden ser consideradas jurídicamente como «mercancías» [véase sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Låkrä* (C-124/97, Rec., pg. I-6067, apartado 21)]. De acuerdo al artículo 11 del AEEE quedarán prohibidas entre las Partes Contratantes las restricciones cuantitativas de la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

<sup>59</sup> Apartado 29.

nado a implementar un monopolio estatal la intención de combatir la ludopatía, de reducir el uso de máquinas de juego a un nivel aceptable, de reforzar el control sobre la industria de juegos de azar, la lucha contra el crimen y las irregularidades, la implementación de la edad mínima de 18 años prevista por la ley, la eliminación de una fuente de ingresos de los operadores comerciales que podrían convertirse en un incentivo económico y, finalmente, la reducción de los ingresos provenientes de las actividades relacionadas con el juego, destinados tradicionalmente en Noruega a las agrupaciones con fines caritativos y de índole social.

El Tribunal del AELC califica estos motivos como razones relacionadas a la protección de los consumidores y del orden público, las cuales pueden constituir razones imperiosas de interés general conforme al Derecho delEEE<sup>60</sup>. El Tribunal aborda el problema central en cuanto a la importancia económica de los ingresos provenientes de las actividades relacionadas con el juego. Recuerda en este contexto que, según la jurisprudencia del TJCE, la financiación de agrupaciones con fines caritativos no pueden considerarse como una justificación válida para restringir la libre prestación de servicios<sup>61</sup>. Esta restricción justificada por el interés de financiar proyectos de índole social sería únicamente admisible si constituyese un beneficio accesorio y no la justificación real de la política restrictiva establecida.

#### 1. Falta de evidencia de una necesidad de luchar contra la delincuencia

El Tribunal llega a la conclusión de que este objetivo constituye efectivamente un beneficio accesorio pero no determinante frente al objetivo mayor de combatir la adicción al juego y de reducir el crimen y las irregularidades<sup>62</sup>. Esta conclusión extraña pues no parece basarse en pruebas convincentes. El Tribunal se abstiene de verificar de manera exhaustiva la veracidad de los motivos de orden público invocados por el Estado miembro

<sup>60</sup> Apartado 34. El Tribunal del AELC se remite a la jurisprudencia del TJCE, en particular a las sentencias de 24 de marzo de 1994, Schindler (C-275/92, Rec. pg. I-1039, apartado 58), de 21 de septiembre de 1999, Läkärä (C-124/97, Rec., pg. I-6067, apartado 33), de 21 de octubre de 1999, Zenatti (C-67/98, Rec., pg. I-7289, apartado 31), y de 11 de septiembre de 2003, Anomar (C-1/06, Rec. pg. I-8621, apartado 73).

<sup>61</sup> Esta jurisprudencia podría explicarse a través del hecho de que al efectuar obras de bien para la comunidad las organizaciones caritativas cumplen una labor que en realidad correspondería al Estado. Al fomentar el financiamiento de estas obras a través de los ingresos del mercado de juegos el Estado ahorra recursos económicos provenientes de las contribuciones tributarias. Ésta fue precisamente la argumentación del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su sentencia de 28 de marzo de 2006 (Az.: 1 BvR 1054/01), en la cual declaró que un monopolio en juegos sólo puede ser considerado conforme con el derecho fundamental al trabajo establecido en el artículo 12 de la Ley Básica de Alemania si su objetivo consiste en combatir los riesgos de la adicción (véase también ALBRECHT, S./GABRIEL, U., «Die aktuelle Entwicklung im Glücksspielrecht – Der geplante Lotteriestaatsvertrag vor dem Hintergrund des Placencia-Urteils des EuGH», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nº 6, 2007, pg. 617). En consecuencia, el interés que tiene el Estado en asegurar los ingresos de estas organizaciones equivale a un interés económico propio del Estado.

<sup>62</sup> Apartado 40.

demandado, lo que resulta inconcebible incluso si el Derecho delEEE le atribuyese un amplio margen discrecional, ya que el poder de determinar el nivel de protección necesario no exonera al Estado miembro de cumplir con la carga de prueba que le impone el Derecho procesal y proporcionar la evidencia necesaria para justificar restricciones a las libertades fundamentales.

Si bien es cierto que según la jurisprudencia constante del TJCE, a falta de normas de armonización a nivel comunitario, los Estados miembros tienen la facultad de decidir el nivel de protección que pretenden garantizar<sup>63</sup>, no es menos cierto que se desprende claramente de la jurisprudencia que corresponde a las autoridades nacionales que invocan una excepción a las libertades fundamentales probar, en cada caso, que sus normativas son necesarias y proporcionadas a la vista del objetivo perseguido. Las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado y de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación<sup>64</sup>.

La sentencia no hace referencia alguna a datos o estadísticas que permitan suponer un aumento de la delincuencia relacionada a los juegos de azar en el Reino de Noruega. La exigencia de un análisis responsable de la veracidad de los elementos de hecho se explica además por razones de Derecho material. El orden público constituye una justificación bastante amplia capaz de abarcar aspectos diversos relacionados a la soberanía nacional. A fin de no restar eficacia a las libertades fundamentales y con ello al mercado común el nivel de justificación y evidencia debe ser bastante alto. De no respetarse esta exigencia, el Estado miembro podría referirse siempre a razones de orden público para imponer una política no reconciliable con los objetivos del sistema de integración. Consciente de este riesgo, el TJCE ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción a las libertades fundamentales, que, como todas las excepciones a un principio del Tratado, debe entenderse en sentido estricto<sup>65</sup> y cuyo alcance no puede ser

<sup>63</sup> Véanse las sentencias de 27 de marzo de 1984, Comisión/Italia (50/83, Rec. pg. 1633, apartado 12), de 10 de noviembre 2005, Comisión/Portugal (C-432/03, Rec. pg. I-9665, apartado 44), y de 7 de junio de 2007, Comisión/Bélgica (C-254/05, aún no publicada en la recopilación de jurisprudencia, apartado 35).

<sup>64</sup> Véanse las sentencias de 13 de noviembre de 2003, Lindman (C-42/02, Rec. pg. I-13519, apartado 25), de 18 de marzo de 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. pg. I-2641, apartado 45), de 7 de julio de 2005, Comisión/Austria (C-147/03, Rec. pg. I-1633, apartado 63), de 16 de febrero de 2006, Rockler (C-137/04, Rec. pg. I-1441, apartado 25), de 16 de diciembre de 2006, Öberg (C-185/04, Rec. pg. I-1453, apartado 22), y de 7 de junio de 2007, Comisión/Bélgica (C-254/05, aún no publicada en la recopilación de jurisprudencia, apartado 36).

<sup>65</sup> Véase, en relación con las limitaciones de la libertad de prestación de servicios y de establecimiento el punto 143 de las conclusiones presentadas el 16 de mayo de 2006 por el Abogado General *Ruiz-Jarabo Colomer* en los asuntos acumulados *Placanica, Palazzese y Sorrichio* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04). Véase, en relación a la función de la excepción de orden público en el ordenamiento jurídico de la CE en general los puntos 40 a 46 de las conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2007 por la Abogada General

determinado por los Estados miembros unilateralmente<sup>66</sup>. Es por ello que ha admitido únicamente una justificación por motivos de orden público cuando exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad y exista un peligro para la sociedad del Estado miembro<sup>67</sup>. Nada permite suponer que en el presente asunto Noruega hiciese frente a una situación semejante.

## 2. El análisis de coherencia

### aa) Las consecuencias de la introducción de un monopolio de servicios

El Tribunal deja de lado el análisis de este motivo de justificación para centrarse en otro aspecto de no menor importancia que viene a ser el de la ya mencionada coherencia de las medidas adoptadas en cuanto a su adecuación para alcanzar el objetivo deseado. El Tribunal parte de la hipótesis de que las máquinas de juegos de azar tienen un efecto adictivo, lo que no puede descartarse por completo. Sin embargo, su explicación en cuanto a la necesidad de introducir un monopolio estatal no puede considerarse convincente. Si bien, tal como sostiene el Tribunal, es cierto que el éxito en la lucha contra la adicción y la delincuencia relacionada a los juegos de azar depende en gran medida del control del uso de las máquinas en cuestión, existen ciertas dudas respecto a que la introducción de un monopolio sea el método más eficaz para hacer frente a estos problemas.

Trstenjak en el asunto Comisión/Luxemburgo (C-319/06). GEORGIADIS, N., *Derogation clauses: the protection of national interests in EC law*, Bruselas 2006, pg. 72, señala que todas las cláusulas de excepción, especialmente la cláusula de orden público quedan sometidas al principio de interpretación restrictiva. En opinión de WICHMANN, J., *Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*, Frankfurt am Main 1998, pgs. 104 y 105, pueden argumentarse consideraciones sistemáticas en contra de la interpretación extensiva. En efecto, de su condición de norma de excepción contractual ya se infiere que la cláusula de orden público debe interpretarse restrictivamente. La invocación del orden público presupone que se vean afectados intereses soberanos esenciales del Estado miembro.

<sup>66</sup> Véanse las sentencias del TJCE de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore* (67/74, Rec. pg. 297, apartado 6); de 28 de octubre de 1975, *Rutili* (36/75, Rec. pg. 1219, apartado 27); de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau* (30/77, Rec. pg. 1999, apartado 33); de 19 de enero de 1999, *Calfa* (C-348/96, Rec. pg. I-11, apartado 23); de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri* (C-482/01 y C-493/01, Rec. pg. I-5257, apartados 64 y 65); de 31 de enero de 2006, *Comisión/España* (C-503/03, Rec. pg. I-1097, apartado 45); de 27 de abril de 2006, *Comisión/Alemania* (C-441/02, Rec. pg. I-3449, apartado 34), y de 7 de enero de 2007, *Comisión/Países Bajos* (C-50/06, Rec. pg. I-0000, apartado 42).

<sup>67</sup> Véase la sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Herbert Rainford-Towning* (E-3/98 [1998] EFTA Ct. Rep. 205, apartado 42), en la cual el Tribunal afirmó lo siguiente: «As regards justification on grounds of public policy, as envisaged in Article 33 EEA, it must be held that, in so far as it may justify special treatment of foreign nationals who are subject to the EEA Agreement, recourse to the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society». Véanse igualmente las sentencias del TJCE de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau* (30/77, Rec. pg. 1999, apartado 35); de 29 de octubre de 1998, *Clean Car Autoservice* (C-350/96, Rec. pg. I-2521, apartado 40) y de 19 de enero de 1999, *Calfa* (C-348/96, Rec. pg. I-11, apartado 21).

Resulta necesario distinguir dos tipos diferentes de delincuencia entre los casos a los que el Gobierno noruego hace alusión. Se trata primeramente de la delincuencia común relacionada a casos de robo y vandalismo que pueden afectar a cualquier operador, sea éste privado o estatal. Al tratarse de un riesgo general y no específicamente asociable a la gestión por parte de los operadores, la introducción de un monopolio ciertamente no contribuiría a la erradicación de este problema. En consecuencia, esta referencia debe considerarse irrelevante. El Tribunal lo admite explícitamente en su sentencia<sup>68</sup>. Por otro lado, el Gobierno noruego hace referencia a otros delitos supuestamente asociados a la gestión de juegos, tales como el lavado de dinero, la malversación de fondos y la corrupción. Cabe señalar que el Gobierno noruego únicamente había expresado la «sospecha» de que la gestión por parte de los operadores comerciales pudiese dar lugar a dichos delitos. Aparte de no verificar la veracidad de esta alegación<sup>69</sup>, el Tribunal al parecer incurre en un error de apreciación al suponer que la introducción de un monopolio constituiría un método adecuado para combatir dichos delitos. El reemplazo de los operadores comerciales por funcionarios o empleados del Estado no garantiza el éxito, pues el sistema vigente en Noruega antes de la introducción al monopolio se basaba, al igual que el sistema italiano, en un sistema de licencias que permitían al Estado ejercer un control permanente. Un sistema de licencias no puede considerarse por sí solo menos efectivo que un monopolio, pues ya la posibilidad de una pérdida de la licencia como consecuencia de infracciones en el marco de la operación de máquinas de juegos es capaz de ejercer un efecto disuasivo en el operador comercial y de contribuir así al respeto de la legislación nacional. El Derecho administrativo (o incluso el Derecho civil), flanqueado por el Derecho de infracciones, permite reglamentar la relación entre el operador y el Estado de manera que se asegure un control efectivo al mismo tiempo que se respetan los derechos del operador comercial.

<sup>68</sup> En el apartado 50 de la sentencia el Tribunal sostiene lo siguiente: «*With regard to theft from the machines themselves by outsiders and vandalism related to this, the Court cannot see that an introduction of an exclusive right for Norsk Tipping in itself would reduce the problem.*».

<sup>69</sup> El Tribunal aparentemente supone en el apartado 51 de la sentencia («*In the Court's view, it is reasonable to assume that a monopoly operator in the field of gaming machines subject to effective control by the competent public authorities will tend to accommodate legitimate concerns of fighting gambling addiction better than a commercial operator or organisations whose humanitarian or socially beneficial activities partly rely on revenues from gaming machines*») que el hecho de que los operadores comerciales perciban sus ingresos de los servicios relacionados a los juegos de azar constituye una razón suficiente para presumir que estos operadores podrían incurrir en actividades ilícitas como el lavado de dinero y la malversación de fondos. Esta argumentación no solamente carece de elementos objetivos de prueba, sino que constituye una sospecha generalizada, incompatible con la presunción de inocencia reconocida en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La argumentación según la cual el Estado estaría más capacitado de ejercer un control efectivo para hacer frente a la adicción y al crimen relacionado a los juegos de azar que un operador comercial, se basa por ello en una situación de hecho no existente.

Es considerable que el Tribunal dedique poca atención a precisamente este aspecto al verificar la inexistencia de medidas menos ingerentes, pues no solamente las libertades fundamentales que el AEEE confiere a los prestadores de servicios se ven afectadas por la decisión del legislador noruego de introducir un monopolio. Los operadores comerciales pueden reclamar además el respeto de las reglas del sistema de economía de mercado y de la competencia, que puede considerarse como un principio estructural del ordenamiento jurídico creado por el AEEE<sup>70</sup>. La creación de un monopolio estatal es contrario a este principio pues elimina un determinado segmento del mercado de servicios y con ello la competencia, favoreciendo así al Estado.

bb) Compatibilidad con la política estatal en materia de juegos

En el marco del análisis de coherencia hubiese sido conveniente verificar además la compatibilidad de la introducción de un monopolio con la política estatal en materia de la promoción de juegos de azar. De hecho, la promoción de los juegos de azar por parte del Estado puede tener un efecto contrario al supuestamente deseado al incrementar la adicción. Según el Tribunal, para poder evaluar si la política de un Estado miembro es capaz de generar una adicción es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, sus características, su presentación, la reacción de los posibles consumidores y el contexto socio-cultural<sup>71</sup>. De la demanda del ESA se desprende que la empresa Norsk Tipping se había destacado por una extensa campaña publicitaria en diferentes medios de comunicación. Sin embargo, de la perspectiva de la jurisprudencia este hecho no bastaría por sí solo para considerar incoherente la actividad de esta empresa estatal en el mercado de juegos. Según la jurisprudencia del TJCE, las campañas destinadas a promocionar a los juegos de azar pueden ser conformes con el Derecho comunitario siempre y cuando estén motivadas por la intención de canalizar el juego hacia circuitos legales. De hecho, en su sentencia *Placanica* el TJCE afirma que 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 apuesta clandestinas y, como tales, prohibidas hacia actividades autorizadas y reguladas<sup>72</sup>.

Teniendo en cuenta los considerables beneficios económicos relacionados

<sup>70</sup> Del tercer considerando al AEEE se desprende que las Partes Contratantes se comprometen a «contribuir, sobre la base de una economía de mercado, a la liberalización y cooperación comercial a escala mundial». El cuarto considerando establece que el objetivo del AEEE es «crear un Espacio Económico Europeo dinámico y homogéneo, basado en normas comunes y en condiciones iguales de competencia».

<sup>71</sup> En el apartado 44 de su sentencia, el Tribunal declara que «when assessing the consistency of the contested legislation, it is, in the light of the overriding legislative motivation of fighting gambling addiction, essential to put the focus on games with comparable effects with respect to creating such addiction. Whether and to which extent a given game can lead to gambling addiction must be evaluated by taking into account the specific circumstances, including its features, its presentation, the reactions of its potential consumers and the broader socio-cultural environment».

<sup>72</sup> Apartado 55.

con el mercado de juegos, resulta difícil dar crédito al argumento de que un tipo de publicidad que incite y anime a participar en juegos de azar tenga como objetivo primario impedir una demanda hacia ofertas ilegales. En especial, formas de publicidad que no ofrezcan una imagen verídica de las posibilidades de ganar (generalmente muy reducidas), de la cuantía de los premios o que no adviertan sobre los riesgos del abuso de los juegos de azar (adicción, gastos excesivos, abandono de la propia persona y de la familia), enfocando de manera unilateral las supuestas ventajas del juego no pueden considerarse coherentes con el objetivo de luchar contra la ludopatía y el crimen. Tal es el caso de la publicidad de *Norsk Tipping*, muy conocida en Noruega y en otras partes de Europa por su creatividad y su presencia en diversos medios de comunicación<sup>73</sup>.

A la luz de estas consideraciones se hubiese posiblemente haber podido llegar a la conclusión de que el proyecto legislativo destinado a erradicar el mercado de juegos en Noruega mediante la introducción de un monopolio tenía más bien previsto asegurar el financiamiento de las organizaciones caritativas y no cumplía los requisitos del examen de coherencia establecidos por el TJCE. De haber sido así, la restricción a la libre prestación de servicios hubiese sido injustificada. El Tribunal del AELC, sin embargo, la consideró justificada tras haber logrado demostrar el Gobierno noruego la inexistencia de medidas menos restrictivas e igualmente idóneas para alcanzar el objetivo de luchar contra la ludopatía y la criminalidad, así como asegurar la protección de los menores<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Los efectos de la publicidad en materia de juegos no dependen únicamente de la participación en el respectivo segmento del mercado de publicidad sino también del diseño de los respectivos spots publicitarios y del mensaje que transmiten a la audiencia. Una publicidad que enfatiza de manera unilateral la rara posibilidad de ganar altos premios tiene el potencial de crear una falsa imagen de las posibilidades de ganar. Una estrategia más equilibrada, consistente con el objetivo de combatir la adicción al juego debería enfocarse en los efectos perjudiciales de esta actividad (el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su sentencia de 28 de marzo de 2006 [Az.: 1 BvR 1054/01], declaró que la publicidad de juegos no debería incitar al público a jugar y debería limitarse más bien a informar sobre las posibilidades legales de juego. Debería además estar diseñada conforme al objetivo de combatir la adicción). La estrategia publicitaria de *Norsk Tipping* deja completamente de lado este aspecto para enfocar más bien los aspectos positivos de la participación en los juegos que ofrece. Los spots publicitarios de *Norsk Tipping* han sido diseñados para tentar e incitar al juego con slogans como «*the possibility to become a Lotto millionaire is never further away than a mouse click*», «*very high prizes in relation to the bets*», «*very high maximum*» y en cuanto al juego *Flax* de *Norsk Tipping* «*Flax for any occasion – with high tops prizes and big chances of winning*». Asimismo, la frecuente presentación de testimonios de ganadores de juegos en dichos spots publicitarios conlleva el riesgo de maximizar las expectativas de la población en cuanto a la posibilidad de ganar.

La creatividad mostrada en los spots televisivos diseñados para *Norsk Tipping* ha hecho de dicha organización la ganadora de diversos premios en Noruega, como el *Sølvfisk* (Pez plateado) and the *Gullfisken* (Pez dorado). El *Gullfisken* premia al mejor spot publicitario emitido en la cadena televisiva comercial TV2, mientras que el *Sølvfisk* se otorga generalmente al mejor spot del mes. Al final de cada año el público es llamado a votar por el mejor spot. *Norsk Tipping* ha ganado estos premios con cierta periodicidad, concretamente en los años 2005, 2002, 2000 y 1998.

<sup>74</sup> Apartado 52.

### III. CONCLUSIONES

#### 1. El futuro del mercado europeo de juegos de azar

Esta novela de pasiones, delincuencia, soberanía, integración y fortunas está aún lejos de llegar a su fin pues mucho está, literalmente hablando, en juego para todos los protagonistas: los Estados miembros del EEE, las empresas organizadoras de juegos, los usuarios y los órganos encargados de impulsar la integración económica del continente europeo. En las sentencias *Placanica* y *ESA/Noruega* se puede distinguir el inicio de un desarrollo jurisprudencial divergente que de mantenerse podría poner en peligro la homogeneidad dentro del EEE. Por un lado, el TJCE parece querer abandonar su posición inicialmente prudente fijando de manera cada vez más clara los límites de la competencia legislativa de los Estados miembros de la CE en materia de juegos de azar y apuestas, favoreciendo así el desenvolvimiento de la libertad individual de los consumidores y de los operadores comerciales<sup>75</sup>. Entre los aspectos más criticados por la jurisprudencia comunitaria cuenta la competencia no siempre justa entre el Estado y los operadores privados en el marco de concesión de licencias, así como la intransigente persecución penal de estos últimos. La adopción de una actitud más liberal no significa que el TJCE ignore el legítimo interés de los Estados miembros de proteger a sus ciudadanos de los riesgos del juego, ya que el TJCE no ha dejado de reclamar que se presenten razones legítimas y la evidencia respectiva que exijan la imposición de restricciones a la libre prestación de servicios. El Tribunal del AELC, en cambio, se ha inclinado hacia una posición contraria, favorable a la creación de monopolios difícilmente reconciliable con los ya mencionados objetivos del AEEE de crear un espacio económico homogéneo caracterizado por la libre competencia. Serios problemas podrían presentarse en un futuro si el Tribunal del AELC se negase a garantizar a los operadores comerciales procedentes de la CE el mismo grado de libertad que la CE ofrece a aquellas empresas originarias de los Estados miembros de la AELC, ya que el AEEE no se basa únicamente en una homogeneidad jurídica sino también en el principio de reciprocidad de trato<sup>76</sup>.

A medida que el TJCE se pronuncia en el marco de reenvíos prejudiciales se cristalizan las reglas del futuro mercado europeo de juegos<sup>77</sup>. El TJCE ha

<sup>75</sup> SIMON, D., «Les jeux (de hasard) sont faits», *Révue Lamy de la Concurrence*, nº 12, julio/septiembre 2007, opina que no existe duda alguna de que la sentencia *Placanica* constituye una nueva etapa en el cuestionamiento de los monopolios estatales.

<sup>76</sup> Tal como lo señala correctamente BUSCHLE, D., «Homogenität und Reziprozität – Das Urteil Ospelt und der EWR», *European Law Reporter*, nº 10/2003, pg. 370.

<sup>77</sup> GNES, M., «Diritto comunitario e disciplina nazionale delle scommesse», *Giornale di diritto amministrativo*, nº 8/2007, pg. 836, opina que el mercado de juegos parece convertirse cada vez más en un verdadero mercado europeo de juegos, pasando de ser un monopolio sometido a una reglamentación estricta a uno cada vez más abierto. Considera que este mercado podría estar ya en condición de implementar el principio del reconocimiento mutuo de las autorizaciones concedidas por los Estados miembros.

asumido así una tarea que el legislador comunitario ha rechazado expresamente como lo demuestra la reciente Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. El TJCE ha podido hacer una vez más honor a su reputación como motor de la integración. En lo que concierne a la Comisión Europea, ésta se ha mostrado en un inicio algo reticente a iniciar recursos por incumplimiento contra los Estados miembros. Sin embargo, todo parece indicar un cambio de estrategia y una actuación más consecuente contra los Estados miembros infractores dado el hecho de que la jurisprudencia del TJCE se está transformando en un auténtico cuerpo de Derecho. La Comisión ha solicitado hasta la fecha de Dinamarca, Alemania, Italia, Hungría, Holanda, Suecia, Austria, Finlandia y Francia la transmisión de sus disposiciones nacionales en materia de juegos de azar para su posterior verificación<sup>78</sup>. La Comisión ha exhortado repetidamente a Francia de abrir su mercado de apuestas en línea<sup>79</sup> y ha presentado el 27 de junio de 2007 un dictamen motivado con arreglo al artículo 226 apartado 1 CE, concediéndole un plazo de tres meses para adaptar la legislación nacional (coincidió con un dictamen motivado dirigido a Suecia), lo que constituye la última etapa de la fase precontenciosa en el marco de un recurso por incumplimiento.

## 2. La perspectiva global

El desarrollo dentro de la CE podría influenciar la manera en que el equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección estatal es visto en la OMC (Organización Mundial del Comercio), ya que es necesario destacar que este problema concierne igualmente a la integración económica global en el marco del Acuerdo General de la OMC sobre el Comercio de Servicios (GATS, por su sigla en inglés). El Órgano de Apelación de la OMC presentó su informe de 7 de abril de 2005 en el asunto *EEUU/Antigua*<sup>80</sup>, la primera disputa sobre el comercio electrónico en la historia de la organización, considerada por comentaristas como una lucha entre *David* y *Goliat*. El Estado compuesto por las islas de Antigua y Barbuda que ha construido una industria de apuestas en línea para compensar los decadentes ingresos del turismo, había denunciado la prohibición norteamericana de los juegos de azar y apuestas transfronterizas por internet arguyendo que la prohibición había sido adoptada simplemente para proteger el enorme mercado de apuestas estadounidense. Tras el fallo del panel declarando la inconformi-

<sup>78</sup> Se puede consultar el estado actual de los recursos por incumplimiento iniciados por la Comisión Europea en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/gambling\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_en.htm).

<sup>79</sup> El texto de la noticia formal puede leerse en la página 238 del Reporte informativo nº 58 del Senado francés, hecho por el senador *François Trucy* en nombre de la Comisión de finanzas, de control financiero y de las cuentas económicas de la nación (<http://cubitus.senat.fr/rap/r06-058/r06-0581.pdf>).

<sup>80</sup> Report of the Appellate Body (WT/DS285/AB/R) de 7 de abril de 2005, United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services (<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/u/WT/DS/285ABR.doc>).

dad de esta legislación con las normas del GATS<sup>81</sup> y el posterior fracaso de las negociaciones iniciadas entre ambos Estados para resolver la disputa, el Órgano de Apelación confirmó la decisión del panel en su reporte anteriormente mencionado, obligando a EEUU a conformarse a lo establecido en el fallo inicial. Sin embargo, tal como ha establecido recientemente la OMC, los EEUU no han hecho nada para acatar tal fallo y parecen más bien dispuestos a aceptar una compensación de los posibles Estados perjudicados a cambio de mantener en vigor la controvertida legislación. Teniendo en cuenta las dificultades que ha tenido que afrontar la CE para desarrollar las reglas mínimas del futuro mercado común de juegos de azar transfronterizos, no es difícil imaginar los numerosos problemas a resolver aún en el seno de la OMC en un mundo que debido a los avances en la tecnología de telecomunicaciones se vuelve cada vez más pequeño mas no menos complejo.

<sup>81</sup> Report of the Special Group (WT/DS285/AB/R) de 10 de noviembre de 2004, United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services ([http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/285r\\_f.pdf](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/285r_f.pdf)).