

Asunto C-728/22**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

24 de noviembre de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

21 de noviembre de 2022

Partes recurrentes:

Associazione Nazionale Italiana Bingo — Anib

Play Game Srl

Partes recurridas:

Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda)

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (Agencia de Aduanas y Monopolios)

Objeto del procedimiento principal

Recurso contra una sentencia del Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) por la que se desestimó un recurso interpuesto por gestores de actividades de juegos de «bingo». Dicho recurso tenía por objeto la anulación de un acto administrativo que, en ejecución de una norma legal, impuso un canon mensual a cargo de dichos gestores, cuyas concesiones habían vencido y se encontraban en ese momento en régimen de «prórroga técnica» a la espera de que se convocara una nueva licitación para una nueva adjudicación de las concesiones por parte del Estado.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo segundo, se solicita la interpretación de ciertas disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y en particular de la Directiva 2014/23/UE, así como del principio de protección de la confianza legítima, a fin de dilucidar si se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual las concesiones de explotación de la actividad del juego de bingo, una vez vencidas, deben ser adjudicadas de nuevo mediante una nueva licitación abierta a todos los operadores del sector (prevista inicialmente para el año 2014, posteriormente aplazada y aún no celebrada), y que obliga entre tanto a los concesionarios cesantes a operar en régimen de «prórroga técnica» y a pagar al Estado un canon mensual, que se ha incrementado en varias ocasiones, como requisito para poder participar en la nueva licitación, sin que la Administración pueda suspender o reducir el canon en cuestión para tener en cuenta el deterioro del equilibrio financiero de los concesionarios interesados como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

Cuestiones prejudiciales

[1]. «¿Deben interpretarse la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, así como los principios generales que se desprenden del Tratado y, en particular, los artículos 15, 16, 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 8, 49, 56, 12, 145 y 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el sentido de que son aplicables a las concesiones de gestión del juego de bingo que fueron adjudicadas mediante un procedimiento de selección en el año 2000, llegaron a su vencimiento y posteriormente su eficacia fue prorrogada de modo reiterado en virtud de disposiciones legislativas que entraron en vigor después de la entrada en vigor de la Directiva y de la expiración del plazo de transposición?»

[2]. «En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿se opone la Directiva 2014/23/UE a una interpretación o aplicación de normas legislativas internas, o a prácticas de aplicación basadas en dichas normas, que priven a la Administración de la facultad discrecional de iniciar, a petición de los interesados, un procedimiento administrativo dirigido a modificar las condiciones de explotación de las concesiones, con o sin convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación, en función de que la renegociación del equilibrio contractual sea considerada o no una modificación sustancial, en los casos en que se produzcan acontecimientos no imputables a las partes, imprevistos e impredecibles, que afecten de modo significativo a las condiciones normales del riesgo operativo, mientras persistan dichas condiciones y durante el tiempo necesario para el eventual restablecimiento de las condiciones iniciales de explotación de las concesiones?»

[3]. «¿Se opone la Directiva 89/665/CE, en su versión modificada por la Directiva 2014/23/UE, a una interpretación o aplicación de normas nacionales internas, o a prácticas de aplicación basadas en dichas normas, que permitan al legislador o a la Administración pública supeditar la participación en el procedimiento de nueva adjudicación de las concesiones de juego a la adhesión del concesionario al régimen de prórroga técnica, incluso en el supuesto de que se excluya la posibilidad de renegociar las condiciones de explotación de la concesión para restablecer el equilibrio, como consecuencia de acontecimientos no imputables a las partes, imprevistos e impredecibles, que afecten de modo significativo a las condiciones normales del riesgo operativo, mientras persistan dichas condiciones y durante el tiempo necesario para el eventual restablecimiento de las condiciones iniciales de explotación de las concesiones?»

[4]. «En cualquier caso, ¿se oponen los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como los principios de seguridad y efectividad de la protección jurídica y el principio de protección de la confianza legítima, a una interpretación o aplicación de normas legislativas internas, o a prácticas de aplicación basadas en dichas normas, que priven a la Administración de la facultad discrecional de iniciar, a petición de los interesados, un procedimiento administrativo dirigido a modificar las condiciones de explotación de las concesiones, con o sin convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación, en función de que la renegociación del equilibrio contractual sea considerada o no una modificación sustancial, en los casos en que se produzcan acontecimientos no imputables a las partes, imprevistos e impredecibles, que afecten de modo significativo a las condiciones normales del riesgo operativo, mientras persistan dichas condiciones y durante el tiempo necesario para el eventual restablecimiento de las condiciones iniciales de explotación de las concesiones?»

[5]. «¿Se oponen los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como los principios de seguridad y efectividad de la protección jurídica y el principio de protección de la confianza legítima, a una interpretación o aplicación de normas nacionales internas, o a prácticas de aplicación basadas en dichas normas, que permitan al legislador o a la Administración pública supeditar la participación en el procedimiento de nueva adjudicación de las concesiones de juego a la adhesión del concesionario al régimen de prórroga técnica, incluso en el supuesto de que se excluya la posibilidad de renegociar las condiciones de explotación de la concesión para restablecer el equilibrio, como consecuencia de acontecimientos no imputables a las partes, imprevistos e impredecibles, que afecten de modo significativo a las condiciones normales del riesgo operativo, mientras persistan dichas condiciones y durante el tiempo necesario para el eventual restablecimiento de las condiciones iniciales de explotación de las concesiones?»

[6]. «Con carácter más general, ¿se oponen los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como los principios de seguridad y efectividad de la protección jurídica y el principio de protección de la confianza legítima, a una normativa nacional como la que es objeto del litigio principal, que impone a los gestores de salas de bingo el pago mensual de un canon oneroso de prórroga técnica, no previsto en los

documentos iniciales de la concesión, de un importe idéntico para todos los tipos de operadores y modificado periódicamente por el legislador sin ninguna relación acreditada con las características y la evolución de la relación de concesión concreta?»

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión

Artículo 49 TFUE — libertad de establecimiento en la Unión Europea

Artículo 56 TFUE — libre prestación de servicios

Principio de protección de la confianza legítima

Artículos 15, 16, 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»)

Artículo 3 TUE

Artículos 8 TFUE, 12 TFUE, 145 TFUE y 151 TFUE.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículo 1, apartados 636 a 638, de la legge 27 dicembre 2013, n.º 147 — Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato [Ley n.º 147 de 27 de diciembre de 2013 — Disposiciones relativas a la formulación del presupuesto anual y plurianual del Estado; «Legge di stabilità per il 2014» (Ley de estabilidad para 2014); en lo sucesivo, «Ley n.º 147/2013»], en su versión modificada y completada posteriormente, en particular por la Ley n.º 208 de 28 de diciembre de 2015 (en lo sucesivo, «Ley n.º 208/2015») y la Ley n.º 205 de 27 de diciembre de 2017 (en lo sucesivo, «Ley n.º 205/2017»).

Artículo 165 del Decreto Legislativo n.º 50 de 18 de abril de 2016 (en lo sucesivo, «Código de contratos públicos»).

Breve exposición de los hechos y del procedimiento

- 1 En Italia, la organización del juego de bingo está reservada al Estado, que lo reguló por vez primera mediante el decreto del Ministro delle finanze 31 gennaio 2000, n.º 29 (Decreto del Ministro de Hacienda n.º 29 de 31 de enero de 2000), con arreglo al cual el ejercicio de las actividades de juego debía encomendarse a los titulares de concesiones adjudicadas mediante un procedimiento de selección. El Estado confió la gestión del sector a la Agenzia delle dogane e dei monopoli (en lo sucesivo, «ADM»).

- 2 Inicialmente la duración de las concesiones se fijó en seis años, una vez transcurridos los cuales las concesiones solo podían renovarse en una ocasión, sin que se previera el pago de ningún canon a favor del Estado. La no exigencia de contraprestaciones se justificaba por el hecho de que la actividad de los operadores producía, en cualquier caso, una ventaja económica directa para el Estado, consistente en la denominada «tasa fiscal» exigida sobre los ingresos obtenidos por los concesionarios a través de la venta de las tarjetas de juego.
- 3 Con el fin de garantizar el respeto del principio europeo de competencia en la adjudicación de las nuevas concesiones o en la readjudicación de las concesiones vencidas, el legislador italiano decidió organizar, previa alineación en el tiempo de la mayor parte de las concesiones ya vencidas o próximas a su vencimiento en los años 2013 y 2014, un único procedimiento de licitación abierto a la participación de todos los operadores del sector, inicialmente previsto a más tardar para el 31 de diciembre de 2014. El legislador dispuso que, entre tanto, los concesionarios cesantes (es decir, aquellos cuya concesión estuviera vencida) debían operar en régimen de «prórroga técnica» y debían abonar al Estado un canon mensual de 2 800 euros, que constituía un requisito para poder participar en la futura licitación, introduciendo así el principio del carácter oneroso de las concesiones (artículo 1, apartados 636 a 638, de la Ley n.º 147/2013).
- 4 En 2015, tras haber expirado el plazo previsto inicialmente para la celebración de la licitación, el legislador lo amplió hasta el 31 de diciembre de 2016 y extendió el régimen de prórroga técnica también a las concesiones que vencieran en los años 2015 y 2016, y al mismo tiempo incrementó el canon mensual a 5 000 euros y prohibió la transmisión de los locales durante todo el período de la prórroga técnica (Ley n.º 209/2015).
- 5 En 2017, por haber expirado de nuevo el plazo para celebrar la licitación, el legislador lo amplió hasta el 30 de septiembre de 2018 y extendió el régimen de prórroga técnica también a las concesiones que vencieran en los años 2017 y 2018, y al mismo tiempo incrementó el canon mensual a 7 500 euros (Ley n.º 205/2017).
- 6 En virtud de normas posteriores, el legislador amplió ulteriormente el régimen de prórroga técnica hasta el año 2023, suspendió en 2020 el pago del canon durante el período de cierre de los establecimientos comerciales debido a la pandemia de COVID-19, aplazando el pago de los importes adeudados y, por último, fijó en el 31 de marzo de 2023 el plazo para la convocatoria de la nueva licitación. A día de hoy, dicha licitación aún no se ha convocado.
- 7 Las recurrentes, que gestionan actividades de juego y apuestas de bingo al amparo de concesiones vencidas y operan en régimen de prórroga técnica, al estimar que se encontraban en una situación financiera muy grave —tanto por los efectos de la pandemia de COVID-19 como por la aplicación de la normativa descrita anteriormente, que introdujo en particular el carácter oneroso de la concesión exigiendo el pago de un canon mensual— presentaron a la ADM una solicitud de

suspensión inmediata de dicho canon hasta que se restablecieran las condiciones iniciales de equilibrio económico-financiero, y solicitaron, en todo caso, la revisión de los cánones adeudados en función de su capacidad contributiva real.

- 8 En particular, las recurrentes solicitaron a la ADM la inaplicación de las normas legales antes mencionadas por ser contrarias a los artículos 15, 16, 20 y 21 de la Carta, al artículo 3 TUE y a los artículos 8 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE, 12 TFUE, 145 TFUE y 151 TFUE.
- 9 Mediante escrito de 18 de noviembre de 2020, la ADM denegó esta solicitud basándose en que no podía modificar con un acto administrativo los efectos de una norma legal.
- 10 Las recurrentes interpusieron recurso contra dicha denegación, en primer lugar ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio), que lo desestimó a la luz, en particular, de la sentencia n.º 49/2021 de la Corte Costituzionale (Tribunal Constitucional), que había declarado infundadas ciertas dudas acerca de la constitucionalidad de la Ley n.º 205/2017.
- 11 Posteriormente, interpusieron recurso ante el tribunal remitente. En particular, las recurrentes alegan la ilegalidad de las disposiciones legislativas aplicadas por la ADM en la decisión impugnada, tanto con arreglo al Derecho constitucional nacional como conforme al Derecho de la Unión.
- 12 Sostienen que el hecho de que el canon de prórroga técnica esté previsto en una norma legal no puede justificar una práctica que priva a la ADM de la facultad discrecional de adoptar actos administrativos dirigidos a reequilibrar las condiciones económico-financieras de explotación de las concesiones cuando estas se vean perjudicadas por acontecimientos imprevisibles. Las medidas de suspensión temporal del pago del canon, adoptadas por el legislador durante el período de cierre de las salas de juego por la pandemia de COVID-19, no han sido suficientes a este respecto, ya que la obligación de pago no ha sido suprimida, sino solo diferida, y tras la reapertura la actividad ha disminuido notablemente mientras que los costes de gestión han aumentado.
- 13 Además, aducen que se ha vulnerado el artículo 165 del Código de contratos públicos (que adaptó el ordenamiento italiano al artículo 43 de la Directiva 2014/23) por la falta de renegociación del equilibrio económico de la concesión, la cual —aunque conlleva, por su naturaleza, una transferencia del riesgo operativo al concesionario, que percibe la mayor parte de los ingresos de la venta de los servicios en el mercado— no excluye la posibilidad de tener en cuenta, en determinadas circunstancias, los efectos de condiciones operativas excepcionales y de modificar la relación de concesión en vigor.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 14 El tribunal remitente señala que, entre las dos posibles remisiones prejudiciales que proponen las recurrentes —remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») o a la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional)— debe considerarse prioritaria la primera, puesto que el tribunal remitente es juez de última instancia y la interpretación del Derecho de la Unión es pertinente para resolver el litigio.
- 15 **En primer lugar**, el órgano jurisdiccional remitente observa que las recurrentes han aportado elementos susceptibles de demostrar que las condiciones de explotación de las concesiones, en particular la sostenibilidad de los costes de gestión, se vieron gravemente perjudicadas a raíz de la pandemia de COVID-19, mientras que la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) se había pronunciado, en la sentencia n.º 49/2021 en la que se basó el Tribunale amministrativo regionale (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo), en datos correspondientes al año 2019, es decir, anteriores a la crisis sanitaria.
- 16 Asimismo, aunque la reapertura de las salas de juego (que tuvo lugar de forma progresiva a partir de mayo de 2021) y la suspensión temporal de la obligación de pago del canon, junto con el aplazamiento de los importes adeudados (sin reducirlos a cero), habían permitido la subsistencia de las actividades, tales medidas, por sí solas, no pudieron mejorar la situación de los concesionarios del juego de bingo que operan en régimen de prórroga técnica.
- 17 **En segundo lugar**, el tribunal remitente indica que, al tratarse de concesiones adjudicadas a través de un procedimiento de licitación en el año 2000, que posteriormente vencieron y fueron prorrogadas repetidamente en virtud de disposiciones legales, la última de ellas en el año 2017, debería poder aplicarse la Directiva 2014/23. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, si bien *«la legislación de la Unión aplicable a un contrato de concesión de servicios es, en principio, aquella que está en vigor en el momento en que la entidad adjudicadora elige el tipo de procedimiento que va a seguir»* y son *«inaplicables las disposiciones de una directiva cuyo plazo de adaptación del Derecho interno ha expirado después de ese momento»*, no es menos cierto que *«la legislación de la Unión a la luz de la cual debe apreciarse es la vigente en el momento de esa modificación. El Tribunal de Justicia ha precisado en este contexto que el hecho de que la celebración del contrato de concesión inicial sea anterior a la adopción de la normativa de la Unión en la materia es irrelevante a tal respecto»* (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, Sisal y otros, C-721/19 y C-722/19, EU:C:2021:672, apartados 24 y 28 y jurisprudencia citada).
- 18 Además, en caso de que el Tribunal de Justicia considerase que la Directiva no solo ha realizado una aproximación de las legislaciones, sino una armonización exhaustiva, *«toda medida nacional adoptada en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo [...] debe apreciarse, no a la luz de las*

disposiciones del Derecho primario, sino a la luz de las disposiciones de la medida de armonización» (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de septiembre de 2021, Sisal y otros, C-721/19 y C-722/19, EU:C:2021:672, apartado 32 y jurisprudencia citada).

- 19 El órgano jurisdiccional remitente considera aplicable, en particular, el artículo 43 de la Directiva 2014/23, interpretado a la luz de la definición de «concesión» del artículo 5 y de los principios enunciados en los considerandos 75 y 76 de la referida Directiva. En virtud de dicho artículo, las concesiones existentes podrán modificarse con carácter excepcional, en particular cuando las modificaciones estuvieran previstas en el contrato inicial y la continuación de la relación de concesión no fuera factible por razones económicas o técnicas.
- 20 Esa norma fue transpuesta al Derecho nacional, en particular por el artículo 165 del Código de contratos públicos en virtud del cual, habida cuenta de que las concesiones entrañan por definición la transferencia del riesgo operativo al concesionario, que es remunerado mediante la asignación de la mayor parte de los ingresos de explotación, las condiciones operativas deben seguir siendo normales para que se preserve el equilibrio económico-financiero de la concesión. En caso contrario, la concesión puede prever varios ajustes, incluso en forma de contribuciones públicas.
- 21 El órgano jurisdiccional remitente duda de si cabe considerar compatibles con la Directiva 2014/23:
 - a) por un lado, la interpretación de las leyes italianas sobre concesiones del juego de bingo realizada por la ADM, que niega a la Administración la facultad de adoptar, a petición de los interesados, medidas modificativas de las condiciones de explotación de las concesiones, con o sin convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación (en función de que la renegociación del equilibrio contractual sea considerada o no una «modificación sustancial»), en los casos en que se produzcan acontecimientos imprevistos no imputables a las partes que afecten de modo significativo a las condiciones normales del riesgo operativo;
 - b) por otro lado, las leyes nacionales que establecieron la prórroga técnica de las concesiones vencidas a la espera de la convocatoria de una nueva licitación, supeditando dicha prórroga y la propia posibilidad de participar en la licitación futura, al pago de un canon mensual, que se ha incrementado considerablemente a lo largo del tiempo. Además, dicho canon se fijó en abstracto y sin evaluar de manera concreta las condiciones económicas de cada concesión, con potenciales efectos susceptibles de alterar el equilibrio general de la concesión.
- 22 **En tercer y último lugar**, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia no considerase aplicable la Directiva 2014/23, el órgano jurisdiccional remitente afirma que alberga dudas acerca de la compatibilidad de las prácticas y normas

nacionales mencionadas en el apartado precedente con los principios generales enunciados en los artículos 15, 16, 20 y 21 de la Carta, el artículo 3 TUE y los artículos 8 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE, 12 TFUE, 145 TFUE y 151 TFUE, y en particular con los principios de libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y protección de la confianza legítima. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente recuerda la interpretación que el Tribunal de Justicia dio a tales principios generales en la sentencia de 2 de septiembre de 2021, *Sisal y otros* (C-721/19 y C-722/19, EU:C:2021:672).

- 23 En este contexto, aun admitiendo que la adopción del régimen de prórroga técnica de las concesiones en cuestión esté justificada por la necesidad de alinear los vencimientos de las concesiones en vigor a fin de dar cumplimiento a las disposiciones del Derecho de la Unión según las cuales las concesiones públicas han de ser adjudicadas de nuevo, después de su vencimiento, mediante procedimientos de licitación abiertos a la competencia, dicho régimen parece contrario a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, puesto que establece restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que, tal como han sido configuradas y reiteradas en concreto, suscitan dudas en cuanto a la efectiva necesidad, adecuación, proporcionalidad y utilidad del medio con respecto a la finalidad perseguida.

DOCUMENTO DE TRABAJO