Crònica de jurisprudència (d'1 de gener a 30 de juny de 2011)[1]

Antonio Descalzo González
Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat Carlos III de Madrid

A) Tribunal de Justícia de la Unió Europea

Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala Segona), de 24 de març de 2011, C-400/08, Comissió Europea contra Espanya. TJCE\2011\71. Restriccions al dret d'establiment. Normativa sobre establiment de grans superfícies comercials a Catalunya, que prohibeix implantar grans establiments comercials fora de la trama urbana consolidada d'un nombre limitat de municipis, i exigeix consultar la Comissió d'Equipaments Comercials, que està composta per competidors potencials de l'operador econòmic que vulgui implantar un nou gran establiment a Catalunya

Antecedents

Recurs per incompliment interposat, d'acord amb l'article 226 CE, per la Comissió de les Comunitats Europees, per demanar que es declari que el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que li incumbeixen en virtut de l'article 43 CE, en imposar restriccions a l'establiment de superfícies comercials a Catalunya.

Ponent: Sr. A. Rosas.

Extracte de doctrina

"51. El recurso de la Comisión implica, en lo sustancial, tres imputaciones relativas a la incompatibilidad con el artículo 43 CE de las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales, de los requisitos para la obtención de la licencia comercial específica exigida para la implantación de tales establecimientos y de determinados aspectos del procedimiento de concesión de dicha licencia.

"52. La primera imputación, relativa a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales, tiene como objeto la prohibición de implantar tales establecimientos fuera de la trama urbana consolidada de un número determinado de municipios, resultante del artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, así como los dimensionamientos por cada comarca y municipio que se derivan del artículo 7 del anexo del Decreto 379/2006 en relación con el anexo 1 de este. En cuanto a los dimensionamientos por cada comarca y municipio, la Comisión sostiene que la limitación es particularmente severa en el caso de los hipermercados. Según afirma, se desprende del PTAS.EC que el establecimiento de nuevos hipermercados queda prohibido en 37 de las 41 comarcas. En las cuatro comarcas restantes, únicamente se permite la implantación de hipermercados en la medida en que este formato comercial no absorba más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006. Por último, según la Comisión, resulta del PTAS.EC que en esas cuatro últimas comarcas, los dimensionamientos máximos para los hipermercados son de solo 23.667 m^2, repartidos entre seis municipios.

"53. La segunda imputación, relativa a los requisitos para la obtención de la licencia comercial específica, consta de seis partes. La primera se refiere a la exigencia impuesta por el artículo 6, apartado 1, de la Ley 7/1996 de obtener la licencia comercial específica previamente a la apertura de grandes establecimientos comerciales; la segunda, a la valoración, a efectos de obtener esa licencia, de la existencia de equipamiento comercial en la zona correspondiente y de los efectos de un nuevo establecimiento sobre la estructura comercial de dicha zona, con arreglo al artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996; la tercera, a la exigencia para la obtención de la licencia, de un informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que se exceda un determina-

1. La negreta introduïda en el text de la jurisprudència aquí recollida és nostra

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

do valor de cuota de mercado, según se desprende del artículo 8 de la Ley 18/2005 y de los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006; la cuarta, a la obligación impuesta por el artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 7/1996, de consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia; la quinta, a la necesidad de recabar la opinión de la Comisión de Equipamientos Comerciales, algunos de cuyos miembros son competidores potenciales del solicitante de la licencia, con arreglo a los artículos 11 de la Ley 18/2005 y 26 del Decreto 378/2006, y la sexta, a la falta de precisión de los criterios aplicables en virtud del artículo 10 de la Ley 18/2005.

"54. Por último, la tercera imputación, relativa a determinados aspectos del procedimiento de concesión de la licencia comercial, se subdivide en tres partes: la primera se refiere al régimen de silencio negativo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005; la segunda, a la percepción, en virtud del artículo 12 de la misma Ley, de tasas que supuestamente no guardan relación con el coste de dicho procedimiento, y la tercera, a la excesiva duración del procedimiento que, según la Comisión, resulta del artículo 33, apartados 5 y 7, del Decreto 378/2006, que trata de los plazos de emisión y de vigencia del informe sobre el grado de implantación.

"(…)

"58. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, en el marco de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia del incumplimiento que se alega. Es dicha institución quien debe aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que este pueda verificar la existencia del incumplimiento, sin que pueda basarse en ningún tipo de presunción (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1989 [TJCE 1990, 37], Comisión/Países Bajos, 290/87, Rec. p. 3083, apartados 11 y 12, y de 4 de marzo de 2010 [TJCE 2010, 52], Comisión/Francia, C-241/08, Rec. p. I-0000, apartado 22).

"59. La validez de la alegación de la Comisión según la cual la normativa controvertida produce efectos indirectamente discriminatorios para los operadores originarios de los Estados miembros distintos del Reino de España presupone que la Comisión haya demostrado que existe una diferencia de trato entre los grandes establecimientos comerciales y los demás establecimientos comerciales y que esa diferencia constituye una desventaja para los grandes establecimientos comerciales. Además, la Comisión debe demostrar que dicha diferencia de trato beneficia a los operadores españoles debido a que estos prefieren los establecimientos comerciales pequeños y medianos, en tanto que los operadores de otros Estados miembros prefieren los grandes establecimientos comerciales.

"60. Para demostrar tales extremos, la Comisión ha aportado una serie de datos numéricos. Ahora bien, como ha señalado la abogado general en el punto 58 de sus conclusiones, tales datos, si bien concuerdan en cierta medida con la afirmación de que los operadores españoles muestran una preferencia por los establecimientos comerciales medianos y los operadores de otros Estados miembros por los grandes establecimientos comerciales, no son completos. En efecto, la información facilitada al Tribunal de Justicia no permite determinar con certeza ni el número de los establecimientos de que se trata, ni la distribución en función del control español o no español de una parte significativa de los establecimientos comprendidos en la categoría de grandes establecimientos con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Ley 18/2005. El Tribunal de Justicia tampoco ha sido informado de la distribución en función del accionariado de los operadores económicos correspondientes, con respecto a las diferentes categorías de establecimientos.

"61. En la vista, la Comisión expuso que el nexo causal que, según ella, subyace en la correlación estadística reside en el hecho de que los operadores extranjeros prefieren abrir establecimientos comerciales mayores con el fin de realizar las economías de escala necesarias para optimizar sus oportunidades de penetración en un nuevo territorio. Sin embargo, como ha señalado el abogado general en el punto 59 de sus conclusiones, esta explicación se refiere a la entrada en un nuevo mercado distante del mercado de origen del operador, más que a la nacionalidad de este.

"62. Resulta obligado observar que la Comisión no ha aportado pruebas concluyentes que demuestren que los datos numéricos expuestos en apoyo de su tesis corroboran efectivamente la realidad de esta. La Comisión tampoco ha aportado otras pruebas que demuestren que la normativa controvertida produce efectos indirectamente discriminatorios para los operadores originarios de otros Estados miembros con respecto a los operadores españoles.

"63. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, el artículo 43 CE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (véanse, en particular, las sentencias de 14 de octubre de 2004 [TJCE 2004, 295], Comisión/Países Bajos, C-299/02, Rec. p. I-9761, apartado 15, y de 21 de abril de 2005 [TJCE 2005, 108], Comisión/Grecia, C-140/03, Rec. p. I-3177, apartado 27).

"64. En este contexto, interesa recordar que ***el concepto de 'restricción' en el sentido del artículo 43 CE abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio intracomunitario*** *(véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2004 [TJCE 2004, 273], CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11, y de 28 de abril de 2009 [TJCE 2009, 98], Comisión/Italia, C-518/06, Rec. p. I-3491, apartado 64, así como, por analogía, la sentencia de 10 de febrero de 2009 [TJCE 2009, 21], Comisión/Italia, C-110/05, Rec. p. I-519, apartado 37).*

"65. ***Pertenece a esta categoría, en particular, una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, ya que puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente*** *(véase la sentencia de 1 de junio de 2010 [TJCE 2010, 158], Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570/07 y C-571/07, Rec. p. I-0000, apartado 54).*

"66. ***En el caso de autos, hay que señalar que la normativa controvertida, considerada en su conjunto, instaura un régimen de autorización previa que se aplica a cualquier apertura de un gran establecimiento comercial en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña****.*

"67. Ahora bien, en primer lugar, esta normativa limita las zonas disponibles para la implantación de nuevos establecimientos e impone limitaciones a las superficies de venta que pueden autorizarse para estos.

"68. En segundo lugar, dicha normativa únicamente autoriza los nuevos establecimientos si ello no tiene repercusiones en el pequeño comercio existente con anterioridad.

"69. En tercer lugar, establece diversas reglas relativas al procedimiento de concesión de la licencia que pueden tener una repercusión negativa real en el número de solicitudes de autorización presentadas o en el número de licencias concedidas.

"70. ***Por consiguiente, la normativa controvertida, considerada en su conjunto, tiene como efecto obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de operadores económicos de otros Estados miembros, de sus actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña mediante un establecimiento permanente, afectando de ese modo a su establecimiento en el mercado español****.*

"71. El Reino de España admite, además, que dicha normativa implica determinadas restricciones a la libertad de establecimiento.

"72. Por lo tanto, procede declarar que la normativa controvertida, considerada en su conjunto, constituye una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 CE.

"(…)

"73. ***Según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencias de 10 de marzo de 2009 [TJCE 2009, 50], Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 44; de 19 de mayo de 2009 [TJCE 2009, 147], Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171, apartado 25, y Blanco Pérez y Chao Gómez, antes citada, apartado 61).***

"74. Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2010 [TJCE 2010, 73], Attanasio Group, C-384/08, Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2009 [TJCE 2009, 304], Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2007 [TJCE 2007, 228], Comisión/Italia, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada). En cambio, ***los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

(véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010 [TJCE 2010, 103], CIBA, C-96/08, Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada).

"75. A este respecto, hay que recordar que, ***si bien corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones*** *(véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2009 [TJCE 2009, 21], Comisión/Italia, antes citada, apartado 66).*

"76. Por consiguiente, ha de examinarse si la normativa controvertida, considerada no ya en su conjunto, sino en lo que respecta a cada una de las restricciones específicas alegadas por la Comisión, está justificada por razones imperiosas de interés general, como las invocadas por el Reino de España y mencionadas en el apartado 56 de la presente sentencia.

"(…)

"77. En el marco de su primera imputación, la Comisión hace referencia a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales que resultan de la prohibición, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de implantar tales establecimientos fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios, y del dimensionamiento por cada comarca y municipio conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 y en el anexo 1.2 de este.

"78. El Reino de España alega que las disposiciones mencionadas son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente que persiguen. Según dicho Estado miembro, al limitar la implantación de grandes establecimientos comerciales a los núcleos más poblados, donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa controvertida pretende evitar los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarrestar el deterioro de las zonas urbanas, preservar un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evitar la construcción de nuevas carreteras y garantizar el acceso a esos establecimientos mediante transporte público.

"79. La Comisión considera, por el contrario, que las limitaciones controvertidas no son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos.

"80. A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España.

"81. No obstante, del artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 se desprende que no se preveía aumento alguno de la oferta comercial en formato de hipermercado en las comarcas en que dicha oferta se estimaba excesiva para el año 2009. En segundo lugar, se deduce del anexo 1.2 del anexo del citado Decreto que la oferta se estimó excesiva para ese año en 37 de las 41 comarcas de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En las cuatro comarcas restantes, con arreglo al referido artículo 10, apartado 2, únicamente podía aumentarse la oferta comercial en formato de hipermercado siempre que esta tipología no absorbiese más del 9% del gasto comercializable estimado para el año 2009 en productos de uso cotidiano y del 7% en productos de uso no cotidiano de la comarca. Por último, resulta del citado anexo 1.2 que, en esas cuatro comarcas, la superficie máxima para los hipermercados estaba limitada a 23.667 m^2, repartidos entre seis municipios.

"82. Resulta obligado observar que estas limitaciones específicas impuestas por la normativa controvertida, consideradas en su conjunto, afectan de forma significativa a las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

"83. En tales circunstancias, ***las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación*** *(véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008 [TJCE 2008, 338], Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada).*

"84. Pues bien, ha de señalarse que ***el Reino de España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones contro-***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

vertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos.

"*85.* ***Habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, procede considerar que las restricciones de la libertad de establecimiento impuestas en este aspecto no están justificadas***.

"*86. De ello se desprende que la primera imputación debe estimarse.*

"*(…)*

"*87. Mediante las tres primeras partes de la segunda imputación, la Comisión cuestiona la legalidad, respectivamente, del artículo 6, apartado 1, de la Ley 7/1996, que exige la obtención de una licencia comercial específica previamente a la apertura de grandes establecimientos comerciales; del apartado 2, párrafo primero, del referido artículo 6, que, a efectos de la concesión de esa licencia, obliga a tener en cuenta la existencia de un equipamiento comercial en la zona correspondiente y los efectos de un nuevo establecimiento sobre la estructura comercial de dicha zona, y del artículo 8 de la Ley 18/2005 y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, que obligan a elaborar un informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que se exceda un determinado valor de cuota de mercado.*

"*88. El Reino de España afirma que las disposiciones impugnadas persiguen, de modo general, objetivos de protección del medio ambiente, de ordenación del territorio y de protección de los consumidores, con el propósito, por lo que respecta a este último objetivo, de asegurar una competencia más eficaz en términos de precio, de calidad y de variedad de la oferta.*

"*89. La Comisión, por el contrario, considera que dichas disposiciones persiguen objetivos meramente económicos, por cuanto tienden a proteger al pequeño comercio local.*

"*90. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la primera parte, relativa a la exigencia de obtener una licencia previamente a la apertura de un gran establecimiento comercial, derivada del artículo 6, apartado 1, de la Ley 7/1996, ha de observarse que la Comisión no ha expuesto, ni en su recurso, ni en su réplica, ni en la vista, por qué considera que dicha exigencia, por sí misma, persigue objetivos meramente económicos.*

"*91. El Reino de España, por su parte, ha subrayado que, en lo que respecta a la implantación de grandes establecimientos comerciales, la consecución de los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, tal como se exponen en el apartado 78 de la presente sentencia, depende de un procedimiento de autorización previa. Según dicho Estado miembro, los daños sobrevenidos en caso de no alcanzarse estos objetivos no podrían repararse* ex *post, es decir, una vez llevada a cabo la implantación.*

"*92. En este sentido, como ha observado la abogado general en el punto 91 de sus conclusiones,* ***la instauración de medidas preventivas y, por consiguiente, previas debe, en el presente contexto, considerarse adecuada para garantizar la realización del objetivo de protección del medio ambiente. En efecto, la adopción de medidas a posteriori, si se pone de manifiesto que la implantación de un establecimiento comercial ya construido tiene un impacto negativo sobre la protección del medio ambiente, resulta una alternativa menos eficaz y más costosa que el sistema de autorización previa. Este mismo razonamiento es aplicable en lo que respecta al objetivo de ordenación del territorio***.

"*93. La Comisión tampoco ha indicado de qué manera la exigencia de obtener una licencia previamente a la apertura de un gran establecimiento comercial va más allá, por sí misma, de lo necesario para alcanzar los citados objetivos.*

"*94. La primera parte de la segunda imputación debe, por consiguiente, desestimarse.*

"*95.* ***En cambio, procede declarar que la obligación, derivada del artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de tomar en consideración, a la hora de conceder tal licencia, la existencia de un equipamiento comercial en la zona correspondiente y los efectos de una nueva implantación sobre la estructura comercial de dicha zona, que es objeto de la segunda parte de la presente imputación, se refiere a la repercusión sobre el comercio ya existente y la estructura del mercado, y no a la protección de los consumidores***.

"*96.* ***Otro tanto puede decirse de la obligación, en el marco del procedimiento de concesión de esa licencia, de elaborar un informe sobre el grado de implantación, que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

siempre que se exceda un determinado valor de cuota de mercado, obligación que resulta del artículo 8 de la Ley 18/2005 y de los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006 y que es objeto de la tercera parte de la presente imputación.

"*97. A este respecto, debe señalarse que estas disposiciones exigen la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir grandes establecimientos comerciales o establecimientos comerciales medianos.*

"98. ***Pues bien, tales consideraciones, por ser de carácter meramente económico, no pueden, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 74 de la presente sentencia, constituir una razón imperiosa de interés general***.

"*99. Por consiguiente,* ***procede estimar las partes segunda y tercera de la segunda imputación***.

"*(…)*

"*100. En el marco de la cuarta parte de la imputación, la Comisión niega la compatibilidad con el artículo 43 CE del artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 7/1996, que exige la consulta del Tribunal de Defensa de la Competencia.*

"*101. De forma general,* ***el Reino de España alega que las disposiciones relativas a la obtención de una licencia comercial específica, entre ellas la que impone la obligación de consultar al Tribunal de Defensa de la Competencia, están motivadas por objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores, son adecuadas para garantizar la realización de estos objetivos y no van más allá de lo necesario para alcanzarlos***.

"1*02. La Comisión no ha indicado los motivos por los que considera que las justificaciones invocadas por el Reino de España no pueden admitirse.*

"*103. Ante la falta de aclaraciones concretas en relación con esta parte y dado que, como ha señalado la abogado general en el punto 96 de sus conclusiones,* ***la obligación de consultar a un órgano encargado de examinar cuestiones de competencia, que emite un informe no vinculante, parece apropiada para garantizar la realización de los objetivos invocados por el Reino de España sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlos, procede desestimar la cuarta parte de la segunda imputación***.

"*(…)*

"*104. La quinta parte de la segunda imputación se refiere a la obligación, derivada del artículo 11 de la Ley 18/2005 y del artículo 26 del Decreto 378/2006, de consultar a la Comisión de Equipamientos Comerciales.*

"*105. A este respecto, la Comisión no parece criticar la existencia de dicha Comisión ni la obligación de consultarla como tal, sino el hecho de que esté compuesta por competidores potenciales del operador económico que desee implantar un nuevo gran establecimiento en Cataluña.*

"*106. Al igual que en lo relativo a las demás partes de la presente imputación, el Reino de España alega que las disposiciones mencionadas están motivadas por objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores, son adecuadas para garantizar la realización de esos objetivos y no van más allá de lo necesario para alcanzarlos.*

"*107. El artículo 11 de la Ley 18/2005 dispone que la Comisión de Equipamientos Comerciales elabore un informe no solo sobre las cuestiones relativas a la concesión de licencias comerciales por la Generalidad, sino también sobre los aspectos del planeamiento relativos a la designación de las zonas en que pueden crearse establecimientos comerciales, incluyendo la presentación de propuestas de modificación del PTAS.EC y de delimitación de la 'trama urbana consolidada de los municipios'.*

"*108. La instauración de una comisión de esta naturaleza, encargada de elaborar un informe antes de que se adopte la decisión de conceder o denegar una licencia, teniendo en cuenta, en particular, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, es adecuada para garantizar la realización de los objetivos perseguidos al respecto por la referida disposición.*

"*109. Por otra parte, como ha señalado la abogado general en el punto 102 de sus conclusiones, la existencia de esa Comisión y sus funciones no van más allá de lo necesario para alcanzar los mencionados objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente.*

"*110.* ***En cambio, el artículo 26, apartado 1, del Decreto 378/2006, con arreglo al cual dicha Comisión está compuesta por siete miembros que representan a departamentos de la Generalidad, seis que representan a las entidades municipales, siete en representación del sector comercial, dos expertos elegidos por el departamento de la Ge-***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

neralidad competente en materia de comercio y un secretario, no parece adecuado para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos.

"111. En efecto, ha de observarse que el único interés sectorial representado en dicha Comisión es el del comercio local ya existente. Ahora bien, ***un organismo con esa composición, en el que no están representados los intereses relativos a la protección del medio ambiente y de los consumidores, mientras que sí lo están los competidores potenciales del solicitante de la licencia, no puede constituir un instrumento idóneo para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores***.

"112. Así pues, la existencia de la Comisión de Equipamientos Comerciales instaurada por el artículo 11 de la Ley 18/2005 y sus funciones, tal como aparecen enunciadas en este artículo, pueden estar justificadas. En cambio, su composición, tal como está prevista en el artículo 26 del Decreto 378/2006, no es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos que persigue la instauración de dicha Comisión.

"113. De ello se desprende que debe estimarse la quinta parte de la segunda imputación en lo que se refiere a la composición de la citada Comisión tal como está prevista en el artículo 26 del Decreto 378/2006.

"(…)

"114. Mediante la sexta parte de la segunda imputación, la Comisión niega la compatibilidad del artículo 10 de la Ley 18/2005 con el Derecho de la Unión.

"115. A este respecto, ***alega que algunos de los criterios en que deben basarse la Generalidad o las autoridades municipales para pronunciarse sobre las solicitudes de licencia comercial carecen de precisión. Se refiere, más concretamente, a las 'condiciones que conforman la seguridad del proyecto y la integración del establecimiento en el entorno urbano', la 'movilidad generada por el proyecto' y el 'derecho de los consumidores a disponer de una oferta amplia y diversa en términos de calidad, cantidad, precio y características de los productos'***. *Según la Comisión, tales criterios impiden a los solicitantes evaluar con precisión sus posibilidades de obtener una licencia y conceden una excesiva discrecionalidad a las autoridades que las conceden.*

"116 El Reino de España admite que el criterio del 'derecho de los consumidores a disponer de una oferta amplia y diversa en términos de calidad, cantidad, precio y características de los productos' puede no considerarse suficientemente preciso, pero sostiene que no es el caso de los otros dos criterios impugnados. Sea como fuere, dicho Estado miembro alega que el mero hecho de que los criterios carezcan de una definición precisa no los hace inapropiados para la consecución de los objetivos de protección del medio ambiente y de los consumidores. Además, según afirma, el legislador de la Unión hace uso de esta misma técnica, consistente en establecer criterios aplicables sin especificar valores de los que pueda deducirse a priori con exactitud si una solicitud será aprobada o no.

"117. A este respecto, hay que señalar que la Comisión no se opone a la naturaleza de estos criterios, sino únicamente a su falta de precisión. Ahora bien, si se admite que la integración en el entorno urbano, los efectos sobre el uso de la red viaria y del transporte público y la variedad de la oferta de que disponen los consumidores son criterios lícitos a la hora de decidir si ha de autorizarse la apertura de un establecimiento comercial, hay que observar, como lo hace la abogado general en el punto 116 de sus conclusiones, que resulta difícil establecer a priori límites precisos sin introducir un grado de rigidez que podría resultar aún más restrictivo de la libertad de establecimiento.

"118. ***Toda vez que los criterios mencionados en el artículo 10 de la Ley 18/2005 no son imprecisos hasta el punto de resultar inadecuados para la realización de los objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores invocados por el Reino de España, ni desproporcionados con respecto a dichos objetivos, procede desestimar la sexta parte de la segunda imputación***.

"(…)

"119. Mediante la primera parte de la tercera imputación, ***la Comisión critica el régimen de silencio negativo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005***.

"120. El Reino de España alega que este régimen constituye una garantía para cualquier interesado que haya presentado a la autoridad competente una solicitud de licencia comercial preceptiva, en virtud de las citadas disposiciones, para la apertura, la ampliación o el traslado de establecimientos comerciales medianos y grandes. Según dicho Estado miembro, este mecanismo le permite actuar frente a la inactividad de la Administración y acudir a los tribunales al vencimiento del plazo máximo previsto para pronunciarse sobre la

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

solicitud de licencia cuando no ha recaído ninguna resolución.

"121. La Comisión sostiene que dicho mecanismo es desproporcionado y que podría alcanzarse el mismo objetivo mediante un régimen de 'silencio positivo'.

"122. Es cierto que un régimen en virtud del cual una solicitud de licencia se considerase concedida, en lugar de denegada, de no adoptarse una resolución denegatoria dentro del plazo establecido podría resultar menos restrictivo. Además, como ha señalado la abogado general en el punto 120 de sus conclusiones, tal régimen está previsto en el artículo 33, apartado 5, del Decreto 378/2006 en lo relativo a la emisión del informe sobre el grado de implantación.

"123. ***No obstante, como se ha recordado en el apartado 75 de la presente sentencia, si bien es cierto que corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones****.*

"124. A este respecto, no puede denegarse a los Estados miembros la posibilidad de hacer realidad objetivos como la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores mediante la introducción de normas fáciles de aplicar y controlar por las autoridades competentes (véase, por analogía, la sentencia de 16 de diciembre de 2010 [TJCE 2010, 396], Josemans, C-137/09, Rec. p. I-0000, apartado 82).

"125. ***El régimen de silencio negativo, en el marco de un procedimiento de solicitud de licencia comercial que tiene como objetivos la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores, cuya función consiste en garantizar la seguridad jurídica en la hipótesis de que la autoridad competente para pronunciarse sobre la solicitud no adopte una resolución expresa en el plazo previsto, disponiendo que dicha inacción constituye una resolución implícita de desestimación y permitiendo así al solicitante acudir a los tribunales, resulta fácil de aplicar y controlar por las autoridades competentes. El Reino de España ha explicado, además, que, en tanto no se haya adoptado una resolución en el marco de dicho régimen, la Administración sigue estando obligada a adoptar un acto motivado que ponga fin al procedimiento****.*

"126. ***De ello se deduce que debe desestimarse la primera parte de la tercera imputación****.*

"(…)

"127. En el marco de la segunda parte de la tercera imputación, ***la Comisión sostiene que las tasas previstas en el artículo 12 de la Ley 18/2005 por la tramitación de una solicitud de licencia y por el informe sobre el grado de implantación suponen para los operadores económicos interesados cargas que tienen un efecto disuasorio sobre su implantación en territorio catalán****. Según la Comisión, estas tasas, que no guardan relación con el coste del procedimiento de tramitación de la licencia comercial, son desproporcionadas.*

"128. El Reino de España pone de relieve que dichas tasas se fijan en un determinado importe por metro cuadrado de la superficie de venta proyectada. Aclara que este importe se calculó inicialmente dividiendo los costes de tramitación generados en 1994 y 1995 por el número de metros cuadrados solicitados correspondientes a esos años y que desde entonces ha ido actualizándose en función de la inflación. Ello permite a los operadores calcular de antemano y con certeza el importe de las tasas. Dicho Estado miembro añade que el pago de las tasas se realiza de forma fraccionada, para que los solicitantes que desistan del proyecto no tengan que pagar la totalidad de estas, y que su importe equivale, en promedio, a un 0,1% del coste total del proyecto.

"129. A este respecto, ***debe señalarse que este método de determinación del importe de las tasas adeudadas refleja la totalidad de los costes de tramitación de una forma razonable, sin desviarse significativamente de los costes reales en cada caso concreto. Además, su método de cálculo, consistente en un importe fijo por metro cuadrado, tiene la ventaja de que permite prever el coste del procedimiento de tramitación con absoluta transparencia****.*

"130. Por lo tanto, debe desestimarse la segunda parte de la tercera imputación.

"(…)

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

"1) El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones:

"– el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, por cuanto prohíbe la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios;

"– los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, así como el anexo 1 de este, por cuanto dichas disposiciones limitan la implantación de nuevos hipermercados a un reducido número de comarcas y exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano;

"– el artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el artículo 8 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por exigir estas disposiciones la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir nuevos establecimientos comerciales grandes ni medianos, y

"– el artículo 26 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por cuanto regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales garantizando la representación de los intereses del comercio minorista ya existente y no contemplando la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores."

Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala Tercera), de 20 de gener de 2011, C-463/09, CLECE, SA contra María Socorro Martín Valor i altres. TJCE\2011\4. Petició de decisió prejudicial que té per objecte la interpretació de l'article 1, apartat 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consell, de 12 de març de 2001, sobre l'aproximació de les legislacions dels estats membres relatives al manteniment dels drets dels treballadors en cas de traspassos d'empreses, de centres d'activitat, o de parts d'empreses o de centres d'activitat. Possible aplicació a un Ajuntament que havia encarregat la neteja de les seves dependències a una empresa privada, i decideix posar fi al contracte subscrit amb aquesta i realitzar pel seu compte els treballs de neteja d'aquestes dependències, contractant per a això personal nou

Antecedents

Qüestió prejudicial que té per objecte una petició de decisió prejudicial plantejada, d'acord amb l'article 234 CE, pel Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa, mitjançant Interlocutòria de 20 d'octubre de 2009, en el procediment entre CLECE, SA, María Socorro Martín Valor i l'Ajuntament de Cobisa.

Ponent: Sr. J. Malenovsky.

Extracte de doctrina

"21. En este contexto, el tribunal remitente se pregunta si se debe considerar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23, en relación con la letra b) del mismo apartado, una situación en la que un Ayuntamiento decide asumir con su propio personal la prestación de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que anteriormente tenía contratada con una empresa de limpieza, con la que rescinde la contrata existente, para lo que contrata nuevo personal que realice esa actividad, y sin que al mismo le sea de aplicación el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, que regula la obligación de subrogación en tales supuestos.

"22. En particular, el Tribunal remitente pregunta si, en el asunto principal, procede extraer las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23, aunque el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Toledo no sea de aplicación al Ayuntamiento de Cobisa, y ello con las peculiaridades propias de ser un empleador público, que introduce matizaciones en sus relaciones laborales conforme al artículo 103, apartado 3, de la Constitución española.

"23. En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha decidió suspender el

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"'Si debe de considerarse incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva [2001/23], contenido en el artículo 1, 1, a) y b), un supuesto de reversión o asunción, por parte de un Ayuntamiento, de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que antes venía siendo prestada por una empresa contratista, para lo que contrata nuevo personal.'

"(…)

"24. Mediante su cuestión el órgano jurisdiccional nacional pregunta fundamentalmente si debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 en el sentido de que esta se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal.

"25. En primer lugar, procede señalar que, en virtud de su artículo 1, apartado 1, letra c), la Directiva 2001/23 es aplicable a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro.

"26. Así, ***el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un Ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23*** *(véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000 [TJCE 2000, 212], Mayeur, C-175/99, Rec. p. I-7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010 [TJCE 2010, 241], UGT-FSP, C-151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23).*

"27. Por consiguiente, el hecho de que, como sucede en el procedimiento principal, uno de los sujetos interesados sea un Ayuntamiento no se opone, por sí solo, a la aplicación de la Directiva 2001/23.

"28. A tenor de su artículo 1, apartado 1, letra a), la Directiva 2001/23 se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

"29. A este respecto, según reiterada jurisprudencia el alcance de la citada disposición no puede determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal. Habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de esta Directiva y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre el concepto de cesión contractual, el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (en este sentido, véase la sentencia de 13 de septiembre de 2007 [TJCE 2007, 233], Jouini y otros, C-458/05, Rec. p. I-7301, apartado 24 y jurisprudencia citada).

"30. Por ello el Tribunal de Justicia ha considerado que la Directiva 77/187, codificada por la Directiva 2001/23, era aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa (véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996 [TJCE 1996, 41], Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253, apartado 28, y de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 308], Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 23).

"31. El Tribunal de Justicia ha considerado asimismo que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 una situación en la que una empresa que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales o de una parte de estos, decide poner fin al contrato que la vincula a esta y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas (véase la sentencia Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], antes citada, apartado 25).

"32. De ello se desprende que ***no puede excluirse de entrada que la Directiva 2001/23 se aplique en circunstancias como las del asunto principal, en las que un Ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a esta****.*

"33. Sin embargo, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, ***para que esta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular****.*

"34. Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1986 [TJCE 1986, 65], Spijkers, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992 [TJCE 1992, 99], Redmond Stichting, C-29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997, 45], Süzen, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 14, y de 20 de noviembre de 2003 [TJCE 2003, 386], Abler y otros, C-340/01, Rec. p. I-14023, apartado 33).

"35. El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (véanse las sentencias antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 18; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 31, y UGT-FSP, apartado 28).

"36. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Süzen [TJCE 1997, 45], antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 309], Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002 [TJCE 2002, 29], Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP [TJCE 2010, 241], antes citada, apartado 29).

"37. A este respecto, como se desprende del apartado 31 de la presente sentencia, poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas.

"38. En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23.

"39. ***Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 27; Hidalgo y otros [TJCE 1998, 309], apartado 26, y Jouini y otros [TJCE 2007, 233], apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate****.*

"40. ***A este respecto, del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales.

"*41.* ***Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone*** *(véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen [TJCE 1997, 45], apartado 15; Hernández Vidal y otros [TJCE 1998, 308], apartado 30, e Hidalgo y otros [TJCE 1998, 309], apartado 30).* ***En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla***.

"*42. De ello se desprende que,* ***sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23***.

"*43. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que esta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.*

"*(...)*

"*En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:*

"*El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con esta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.*"

Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala Tercera), de 26 de maig de 2011, C-306/08, Comissió Europea contra Espanya. JUR\2011\175027. La Comissió Europea pretén que es declari que el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que li incumbeixen en virtut de la Directiva sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres i de la Directiva sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, respectivament, en adjudicar "programes d'actuació integrada" d'acord, successivament, amb la Llei 6/1994, de 15 de novembre, reguladora de l'activitat urbanística de la Comunitat Valenciana, i amb la Llei 16/2005, de 30 de desembre, urbanística valenciana

Antecedents

Recurs d'incompliment on la Comissió Europea pretén que es declari que el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que li incumbeixen en virtut de la Directiva sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres i de la Directiva sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, respectivament, en l'adjudicar "programes d'actuació integrada" d'acord, successivament, amb la Llei 6/1994, de 15 de novembre, reguladora de l'activitat urbanística de la Comunitat Valenciana, i amb la Llei 16/2005, de 30 de desembre, urbanística valenciana.

Ponent: Sr. D. Sváby.

Extracte de doctrina

"*58. Toda vez que el Reino de España mantuvo su postura en su respuesta, fechada el 11 de enero de 2007,*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

al dictamen motivado complementario, la Comisión interpuso el presente recurso, mediante el que solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España:

"– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, 6, apartado 6, 11, 12 y 24 a 29 de la Directiva 93/37, al adjudicar los PAI con arreglo a la LRAU;

"– ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 6, 24, 30, 31, apartado 4, letra a), y 53 de la Directiva 2004/18, al adjudicar los PAI con arreglo a la LUV.

"(…)

"84. Con carácter preliminar, es preciso señalar que el presente recurso versa únicamente sobre la adjudicación de contratos de urbanización conforme a las leyes adoptadas sucesivamente por la Comunidad Autónoma de Valencia sobre la base de sus competencias autonómicas en materia de urbanismo, ocupación del suelo y ordenación del territorio.

"85. Más concretamente, la Comisión reprocha al Reino de España la adjudicación de los PAI, es decir, las actuaciones integradas, que tienen por objeto la urbanización conjunta de varias parcelas conforme a una programación única que transforma dichas parcelas en solares, con arreglo, por un lado a la LRAU y, por otro, a la LUV, infringiendo las directivas 93/37 y 2004/18, respectivamente.

"86. Los reproches formulados por la Comisión solo se refieren al procedimiento de aprobación de los PAI en gestión indirecta, que, conforme a las normativas en cuestión, implica la delegación –por la entidad adjudicadora competente a un particular– de la condición de urbanizador, seleccionado conforme a un procedimiento público de competencia, con independencia de que sea o no propietario de los terrenos afectados.

"87. A este respecto, la Comisión sostiene que los contratos de urbanización de que se trata deben calificarse de "contratos públicos de obras" y deben cumplir por ello las exigencias establecidas en la Directiva 93/37 y, posteriormente, en la Directiva 2004/18. Así se desprende, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LRAU, de la base jurídica del recurso, que se limita a la infracción de la Directiva 93/37, y, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LUV, del dictamen motivado complementario, como señala la Comisión en su escrito de demanda y confirmó en la vista.

"88. En cuanto al concepto de 'contratos públicos de obras', en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, procede señalar que se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos, por una parte, y una o varias entidades adjudicadoras, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva 93/37 y en el anexo I de la Directiva 2004/18 o de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 y en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

"89. Por otra parte, de los considerandos decimosexto de la Directiva 92/50 y décimo de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, respectivamente, se desprende que un contrato solo puede considerarse 'contrato público de obras' si su objeto responde a la definición dada en el apartado anterior y que las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de este como contrato público de obras.

"90. Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse (véase, en este sentido, la sentencia Auroux y otros [TJCE 2007, 16], antes citada, apartado 37).

"91. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que solo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato (sentencia de 21 de febrero de 2008 [TJCE 2008, 30], Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 49).

"92. En el caso de autos, ***debe señalarse que la Comisión se limita a alegar que los contratos de urbanización controvertidos deben calificarse de 'contratos públicos de obras' debido a que el ob-***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

jeto principal del PAI es, en el sentido de los artículos 1, letra c), de la Directiva 93/37 y 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, una 'obra' de urbanización de dos o más parcelas que supone la realización de un acceso rodado por vía pavimentada, el suministro de agua potable y energía eléctrica, la evacuación de aguas residuales, el encintado de aceras y el alumbrado público. A este respecto, señala que los servicios prestados por el urbanizador –tales como la redacción de los documentos técnicos, la elaboración y la gestión del proyecto de reparcelación o, con arreglo a la LUV, la selección del empresario constructor encargado de la ejecución de las obras– tienen carácter instrumental y accesorio.

"93. Asimismo, es preciso señalar que ***el Reino de España refuta la apreciación*** *de la Comisión de que el PAI debe calificarse de 'obra', en el sentido de las directivas 93/37 y 2004/18, y afirma que la ejecución de tal obra no constituye su objetivo exclusivo ni siquiera fundamental. A estos efectos, dicho Estado miembro alega que* ***el urbanizador es también el responsable financiero de la ejecución de las obras y está encargado igualmente de efectuar las gestiones necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración, así como el reparto justo de los costes correspondientes y de los beneficios inmobiliarios correlativos entre los propietarios de los solares que los financian***. *Además, el Reino de España sostiene que los contratos controvertidos deben calificarse de 'concesiones de servicios' en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.*

"94. Pues bien, ***según reiterada jurisprudencia, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia de dicho incumplimiento. Debe aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que este pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en presunciones (sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-490/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 49, y jurisprudencia citada)***.

"95. ***Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos***.

"96. ***No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de 'obras' en el sentido de las directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador, como se puntualiza en el artículo 119, apartado 1, de la LUV, debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización***.

"97. Por otra parte, cabe señalar que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV, según se han mencionado en el apartado anterior, parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente.

"98. De todo ello resulta que ***la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

previa para la declaración del incumplimiento alegado.

"99. De las consideraciones anteriores se desprende que procede desestimar el recurso de la Comisión.

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

"1.º Desestimar el recurso.

"2.º Condenar en costas a la Comisión Europea."

B) Jurisprudència constitucional

Sentència de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 20/2011, de 14 de març de 2011. Drets de participació política de regidors no adscrits

Antecedents

Recurs d'empara promogut pels senyors José Luis Peña Domingo i Juan José Moreno Alonso contra la Sentència de 29 de maig de 2006 del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 22 de Madrid recaiguda en el procediment de protecció de drets fonamentals núm. 1-2006, i contra la Sentència de 27 de setembre de 2006 de la Secció Vuitena de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid per la qual es desestima el recurs d'apel·lació núm. 402-2006 interposat contra l'anterior.

Ponent: Sr. Manuel Aragón Reyes.

Extracte de doctrina

"1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la decisión del secretario de la comisión informativa de asuntos económicos del Ayuntamiento de Majadahonda de convocar a los recurrentes a la sesión ordinaria de dicha comisión que se celebró el 24 de enero de 2006 en calidad de concejales no adscritos, con derecho a intervenir haciendo uso de la palabra, pero sin voto, siguiendo las instrucciones previamente impartidas en este sentido por el secretario general del Ayuntamiento de la corporación en su circular núm. 1/2005 de 7 de octubre de 2005, ha vulnerado los derechos de participación política de los recurrentes reconocidos en el art. 23 CE.

"2. Previamente a entrar en el análisis de fondo, debe precisarse que, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, si bien el amparo se dirige formalmente contra las sentencias referidas en el encabezamiento, en realidad estamos ante un amparo del art. 43 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), pues su verdadero objeto es la actuación del Ayuntamiento de Majadahonda impugnada en la vía contencioso-administrativa en relación con la convocatoria de los recurrentes a la sesión de la comisión informativa de asuntos económicos del Ayuntamiento de Majadahonda celebrada el 24 de enero de 2006, a la que se imputa la vulneración de los derechos de participación política de los recurrentes garantizados en el art. 23 CE, vulneración que asimismo se imputa a ambas sentencias en cuanto confirman la actuación municipal impugnada, lo que ha de entenderse aquí a los efectos de agotar la vía judicial previa al amparo (art. 43.1 LOTC).

"Por otra parte, la también alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE que se imputa a las sentencias no empece la anterior conclusión, pues la invocación del art. 24.1 CE carece de sustantividad propia, porque con la referencia al mismo los recurrentes se limitan en realidad a denunciar que las sentencias recurridas, al validar la actuación municipal a la que se vincula directamente la vulneración de los derechos de participación política que garantiza el art. 23 CE, no les han otorgado la tutela judicial efectiva pretendida, lo que, en definitiva, reconduce la cuestión al análisis de la lesión de los derechos fundamentales sustantivos del art. 23 CE.

"3. Delimitado así el objeto de nuestro examen, ha de recordarse que, como se ha indicado en los antecedentes, los recurrentes sostienen que la decisión municipal –validada por las sentencias impugnadas– de convocarles a la sesión de la comisión informativa de asuntos económicos del Ayuntamiento de Majadahonda celebrada el 24 de enero de 2006 como concejales no adscritos con voz pero sin voto (al igual que había venido sucediendo para las convocatorias de otras comisiones informativas) ha lesionado su derecho de participación política, al fundarse en una interpretación de lo establecido en el art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), en la redacción dada por la Ley 57/2003, contraria al art. 23 CE, pues restringe algunas de las facultades que como concejales les correspondían. ***Aducen los recurrentes que, tras haber sido expulsados del grupo político al que inicialmente pertenecían, no procede su consideración como concejales no adscritos, sino que conservan su derecho a quedar integrados en un grupo político –que habrá***

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

de ser el grupo mixto– con todos los derechos inherentes, incluido el de participar en las comisiones informativas municipales no solo con voz, sino también con voto.

"*Para dar adecuada respuesta a la cuestión planteada ha de partirse de la doctrina sentada en nuestra STC 169/2009, de 9 de julio, con ocasión del recurso de amparo interpuesto por varios diputados provinciales que habían sido expulsados de la formación política con la que habían concurrido a las elecciones locales y que no fueron admitidos en el grupo político en el que solicitaron su incorporación, siendo considerados por la Diputación Provincial como miembros no adscritos, con derecho a participar en las comisiones informativas con voz pero sin voto.* ***Como recuerda en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, en la citada STC 169/2009 declaramos que la supresión del grupo mixto de la Diputación Provincial y la consideración de dichos diputados como no adscritos, con la consiguiente pérdida del régimen de dedicación exclusiva, de los beneficios económicos y de la infraestructura que estaba a disposición del grupo mixto, no vulneró los derechos de participación política de los recurrentes reconocidos en el art. 23 CE; vulneración que sí declaramos producida, en cambio, en cuanto que la decisión de la Diputación Provincial impugnada privó a los diputados provinciales no adscritos de la facultad de votar en las comisiones informativas. La aplicación de esta doctrina al presente caso conduce, como seguidamente se razonará, a apreciar que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la participación política en condiciones de igualdad (art. 23 CE), por privarles del derecho a voto en las comisiones informativas municipales a las que fueron convocados.***

"*4. En la STC 169/2009, con cita de nuestra reiterada doctrina al respecto, se recuerda* ***la directa conexión que existe entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), y asimismo se recuerda que el derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que '[u]na vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren' (por todas, SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; y 169/2009, de 9 de julio, FJ 2)***.

"*Por esta razón,* ***para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23 CE es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, 'pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa' (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3 y 169/2009, de 9 de julio, FJ 2)***.

"*Aplicando esta doctrina al problema concreto que aquí se plantea, debemos afirmar, como ya lo hiciéramos en la STC 169/2009, FFJJ 3 y 4, que* ***la decisión de la corporación municipal –confirmada en vía judicial– de considerar a los recurrentes como concejales no adscritos, con rechazo de su pretensión de constituirse en grupo mixto, no vulneró su derecho de participación política, pues no afecta al núcleo de la función representativa***.

"*Debe advertirse en primer lugar que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, no le corresponde a este Tribunal examinar la queja de los recurrentes por la que se aduce que el art. 73.3 LBRL (en la redacción dada por la Ley 57/2003) se ha aplicado a un supuesto distinto del previsto en dicha norma (según alegan los recurrentes, lo dispuesto en este precepto legal resulta de aplicación al fenómeno del transfuguismo, supuesto este que, a su juicio, no concurriría en su caso, por lo que no cabría calificarles como concejales no adscritos), al ser esta una cuestión ajena al derecho fundamental que los recurrentes consideran vulnerado (STC 169/2009, FJ 8).*

"*Sentada esta premisa, ha de recordarse que entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal se encuentran la de participar en la actividad de control del Gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación y la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones. Ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en algún otro grupo político (STC 169/2009, FJ 3). En efecto, la consideración de los recurrentes como concejales no adscritos no les ha impedido ejercer las funciones de control del Gobierno municipal (han podido presentar las mociones y escritos que tuviesen por conveniente), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (han podido participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación).

"*Por otra parte, como hemos advertido en la STC 169/2009, FJ 4, la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada al grupo político como la imposibilidad de tener portavoz y consecuentemente, de formar parte, en su caso, de la junta de portavoces, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el art. 23 CE.*

"***En consecuencia, ni la consideración como concejales no adscritos, con la consiguiente imposibilidad de formar parte de ningún grupo político municipal, ni las consecuencias que de ello se derivan, vulneran el derecho de los recurrentes a ejercer su ius in officium, por lo que, en este punto, ha de rechazarse la pretendida lesión de los derechos garantizados por el art. 23 CE.***

"***5. Distinta es la conclusión a la que llegamos respecto de la participación de los recurrentes en las comisiones informativas municipales.***

"*Como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, en el caso que nos ocupa, siguiendo las instrucciones impartidas mediante una circular del secretario general de la corporación municipal, se admite la participación de los concejales no adscritos en todas las comisiones informativas, a las que se les convoca, y al propio tiempo se vacía de contenido el ejercicio del derecho que previamente se les atribuye, al privarles del derecho a voto, circunstancia que ha de conducir, como en el asunto resuelto por la STC 169/2009, al otorgamiento del amparo.*

"***Pese a que la función de estas comisiones informativas no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que 'solo un formalismo que prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas', 'que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee' (FJ 2). A la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno en orden al ejercicio de la función de control así como para la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse, en sintonía con lo declarado en STC 169/2009, FJ 4, que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política* ex *art. 23 CE alegada por los recurrentes*.

"*6.* ***Ahora bien, como también se advirtió en la STC 169/2009, FJ 4, de lo anterior no se deriva que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo.*** *Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación. Tal y como señalamos en la STC 32/1985, de 6 de marzo, 'la composición no proporcional de las comisiones informativas resulta constitucionalmente inaceptable porque estas son órganos solo en sentido impropio y en realidad meras divisiones internas del Pleno', de tal manera que, en 'cuanto partes del Pleno deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de este' (FJ 2). Esta exigencia desplie-*

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

ga sus efectos tanto para garantizar los derechos de participación política de las minorías, que es lo que se cuestionaba en la citada Sentencia, como en el sentido opuesto, es decir, para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación. Por esta razón, ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad.

"7. Para concluir debemos precisar, como igualmente hicimos en la STC 169/2009, FJ 5, que ***la decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas no se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 73.3 LBRL*** *que, por lo que aquí interesa, se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que 'no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia', en lugar de constituirse en grupo político, 'tendrán la consideración de miembros no adscritos'. Quiere ello decir que el precepto no habilita a la corporación municipal para privar a los concejales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos, tal y como ocurre con derecho a votar en el Pleno y en las divisiones de este que en su caso se constituyan.*

"A esta misma conclusión llegamos en cuanto a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, que también se invoca en las sentencias impugnadas en amparo, en cuyo apartado 2 se determina que el concejal que abandone 'el grupo que corresponda a la candidatura en la que resultó elegido ... no podrá integrarse en ningún otro grupo político, actuando en la corporación como concejal no adscrito a grupo político', a lo que añade el apartado 4 que 'el concejal no adscrito tendrá los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la corporación, pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político'. La decisión de privar a los recurrentes de su derecho a votar en las comisiones informativas tampoco se deriva necesariamente de la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 32 de la Ley madrileña 2/2003.

"Otra sería la conclusión si se entendiera que esa privación a los recurrentes del derecho al voto en las comisiones informativas municipales deriva necesariamente de la aplicación de lo previsto en el art. 33.3 de la citada Ley madrileña 2/2003, en cuanto establece que las comisiones informativas 'estarán integradas exclusivamente por concejales designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno' (precepto legal sobre cuya constitucionalidad, en la medida que se interprete que niega a los concejales no adscritos el derecho a participar en las comisiones informativas, habrá de pronunciarse este Tribunal al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1992-2010 y 7128-2010). De entenderse así, habría procedido, de conformidad con lo previsto en el art. 55.2 LOTC (en relación con la Disposición transitoria cuarta de la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo), elevar cuestión al Pleno sobre dicho precepto legal, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el presente recurso de amparo. Sin embargo, al margen de que el art. 33.3 de la citada Ley madrileña 2/2003 no se invoca en las sentencias recurridas en amparo como fundamento para la resolución del asunto, se advierte que ni la convocatoria de los recurrentes a la comisión informativa en cuestión ni las sentencias recaídas en vía contencioso-administrativa que la confirman como ajustada a Derecho fundamentan en ese precepto legal la decisión de permitir a los recurrentes intervenir en la comisión con voz aunque privándoles del derecho a voto, por lo que en modo alguno cabe entender que la lesión del art. 23.2 CE producida por esa decisión municipal traiga causa de la aplicación del referido precepto legal (lo que tampoco se alega por las partes ni por el Ministerio Fiscal). En consecuencia, no procede actuar conforme a lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC, debiendo asimismo recordarse que el proceso de amparo no es el procedimiento adecuado para efectuar juicios abstractos de constitucionalidad de normas (SSTC 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 2; y 169/2009, FJ 8, entre otras muchas).

"8. Las anteriores conclusiones conducen necesariamente, como ha quedado expuesto, al otorgamiento del amparo solicitado en el extremo señalado, si bien es necesario precisar el alcance de nuestro fallo,

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

toda vez que en la fecha en que pronunciamos esta Sentencia ha finalizado ya el mandato para el que los recurrentes fueron elegidos y en el que se adoptó la decisión municipal de privarles de derecho al voto en la comisión informativa a que se refiere el presente recurso de amparo. Por este motivo, no cabe adoptar en el fallo de esta Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por el Ayuntamiento de Majadahonda (por todas, STC 169/2009, FJ 9), de suerte que la pretensión de los recurrentes ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23 CE y la nulidad del acto de la corporación municipal que impidió su ejercicio y de las sentencias recaídas en vía contencioso-administrativa que lo confirman."

Interlocutòria de la Sala Segona del Tribunal Constitucional 11/2011, de 14 de febrer de 2011. Coadjuvant en conflicte en defensa de l'autonomia

Antecedents

Conflicte en defensa de l'autonomia local contra la Llei 3/2010, de 10 de març, del Parlament de La Rioja, per la qual s'aprova l'alteració dels termes municipals de Torremontalbo i d'Uruñuela.

Ponent: desconegut.

Extracte de doctrina

"1. La representación procesal del Ayuntamiento de Uruñuela solicita que se le tenga por personada como parte coadyuvante de la Comunidad Autónoma de La Rioja en el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por el Ayuntamiento de Torremontalbo contra la Ley 3/2010, de 10 de marzo, del Parlamento de La Rioja, por la que se aprueba la alteración de los términos municipales de Torremontalbo y de Uruñuela.

"Al respecto tanto el Consejo de Gobierno como el Parlamento de La Rioja han manifestado su parecer favorable a la admisión de la personación solicitada a la que se ha opuesto el Ayuntamiento de Torremontalbo, promotor del presente conflicto en defensa de la autonomía local.

"2. La petición de personación se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 81 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Sin embargo es constante nuestra doctrina según la cual 'es necesario recordar que el art. 81.1 LOTC atiende únicamente a la cuestión relativa a la postulación –los que comparecen han de hacerlo representados y asistidos jurídicamente–, sin disponer sustantivamente nada sobre la articulación de fórmulas litisconsorciales o sobre la intervención de coadyuvantes en los procesos constitucionales, razón por la cual el art. 81.1 LOTC debe considerarse como una norma de remisión a los propios preceptos de la LOTC en orden a la determinación de la viabilidad o no de la comparecencia, con el carácter de coadyuvantes, de terceras personas en tales procesos' (al respecto, con cita de otros, ATC 377/2008, de 25 de noviembre, FJ 2).

"En este sentido la legitimación para plantear conflictos en defensa de la autonomía local, en tanto que vía específica para su defensa ante el Tribunal Constitucional, se somete por el legislador orgánico a un sistema de numerus clausus, quedando fuera de dicho sistema cualesquiera otras personas físicas y jurídicas y, en concreto, los entes locales que no sean los municipios y las provincias en los términos fijados por el propio art. 75.ter.1. LOTC por lo que, en principio, no es posible admitir, la personación o comparecencia de otras personas jurídicas o físicas en términos distintos de los expresamente mencionados en aquellos preceptos. No obstante lo anterior no cabe obviar que no resulta desconocido en nuestra doctrina la admisión excepcional de la personación de coadyuvantes en los procesos constitucionales. Así, en el caso de recursos de inconstitucionalidad, este Tribunal ha admitido la personación como coadyuvantes de determinados sujetos en razón a que los mismos tenían legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad y a que el objeto de los litigios implicados podía afectar a su ámbito de autonomía (así AATC 172/1995, de 6 de junio, FJ 5, y 142/1998, de 16 de junio, FJ 3). Del mismo modo, siquiera en muy limitado número de casos, este Tribunal ha aceptado la comparecencia en calidad de coadyuvantes en conflictos de competencia de corporaciones cuyos intereses podían verse directamente afectados por la Sentencia a dictar (así, AATC 459/1985, de 4 de julio; 55/1988, de 14 de enero, y 192/1999, de 20 de julio). En tal sentido ha de tenerse presente tanto que el Ayuntamiento de Uruñuela ostentaba legitimación para promover este tipo de proceso contra la Ley 3/2010, de 10 de marzo, del Parlamento de La Rioja, en tanto que la misma plantea un asunto que incuestionablemente le atañe al ser uno de los destinatarios de la norma, como que el art.

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local

75.quinque.5 LOTC establece como contenido necesario de la Sentencia la declaración de la existencia o no de vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada y como otros contenidos posibles la determinación de la titularidad o atribución de la competencia controvertida y, en su caso, la resolución de lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local.

"3. Por tanto, con arreglo a lo expuesto, ha de admitirse aquí la personación en tanto que la indudable legitimación del Ayuntamiento de Uruñuela para promover ante este Tribunal un conflicto en defensa de la autonomía local contra la Ley 3/2010 abona, con arreglo a nuestra doctrina en la materia, su personación como coadyuvante en este proceso. No cabe olvidar tampoco que la legitimación de los coadyuvantes tiene que fundarse en un interés y este hay que considerarlo como una situación jurídica que puede resultar afectada por la resolución que en el proceso se dicte. En el presente caso, en el que lo afectado es la alteración de los límites de los términos municipales de Torremontalbo y Uruñuela, es claro, existen intereses directos y concretos de este último que pudieran verse afectados por la resolución del conflicto y que legitiman su intervención como coadyuvante en el proceso constitucional. Bien entendido que este reconocimiento no le convierte en parte principal del proceso, sino que solo le permite intervenir como parte secundaria y subordinada de las demandadas, en punto a coadyuvar en la defensa de la conformidad de la norma impugnada con el principio constitucional de autonomía local y, sin que, en ningún caso, dicha intervención adhesiva pueda suponer la modificación del objeto procesal debiendo quedar así circunscrita su intervención." ■

Quaderns de Dret Local (QDL)
ISSN: 1695-8438, núm. 26, juny de 2011, p. 149-168
Fundació Democràcia i Govern Local