

# Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega

## I. LEGISLACIÓN

Comenzamos nuestro informe mencionando dos actos normativos de la Unión Europea que resultan de interés para los entes locales. El primero es el Reglamento (UE) 435/2011 de la Comisión de 5 de mayo de 2011, por el que se prolonga un año, hasta el 31 de diciembre de 2015, la fase de ejecución de los proyectos incluidos en los programas de cooperación transfronteriza en el marco del Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación. Con ello se intenta dar respuesta al problema generado por el retraso en el inicio de esos programas, contemplados en el Reglamento (CE) 951/2007, de la Comisión de 9 de agosto de 2007, permitiendo que la ejecución de los proyectos alcance un nivel significativo. El segundo acto normativo es la Decisión 1194/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, con la que se concreta la iniciativa planteada en 2006 por varios Estados miembros, entre ellos España, con el objetivo de impulsar el turismo cultural mediante la promoción de los lugares más simbólicos de la historia de Europa o de la integración del Viejo Continente. Esta Decisión fija 2013 como el momento en que cada Estado miembro podrá proponer dos lugares cada dos años a un jurado de expertos independientes para la obtención del sello de Patrimonio Europeo, que se limitará como máximo a uno de esos lugares por cada Estado. Para la concesión de ese sello el jurado tendrá en cuenta de manera especial el simbolismo para la historia común de Europa del sitio o monumento presentado. Los Estados seguirán siendo los responsables de la gestión, protección y promoción de los sitios, mientras que la Comisión Europea se en-

cargará de lanzar campañas de sensibilización y comunicación a través de una *web* que creará para dar a conocer los lugares.

## II. JURISPRUDENCIA

En cuanto a la actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de interés para los entes locales se destacan los siguientes asuntos.

### 1. Derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas

En su sentencia de 20 de enero de 2011, en el asunto *María Socorro Martín Valor*, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial que le dirige el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con la interpretación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo. El asunto que se sustancia ante el juez nacional se refiere a un recurso planteado por una persona contratada por una empresa de limpieza para desempeñar sus funciones en un Ayuntamiento. Tras la rescisión del contrato entre Ayuntamiento y empresa, asumiendo aquél las funciones de ésta, la empresa comunica al trabajador que pasa a formar parte de la plantilla del Ayuntamiento. Sin embargo, el municipio impide a esa persona prestar sus servicios, no recolocándola en ningún otro puesto, y contratando otras personas para la realización de esas tareas.

La sentencia del Juzgado de lo Social considerando que el Ayuntamiento carecía de legitimación pasiva y declarando la improcedencia del despido era recurrida por la empresa ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que planteaba al Tribunal de Luxemburgo la aplicabilidad de la mencionada Directiva a un supuesto como éste. El Tribunal de la Unión comienza por recordar, que conforme al art. 1.c) de la Directiva, el carácter de organismo de Derecho público del cesionario de la actividad no excluye que la transmisión en cuestión entre en el ámbito de la Directiva. Además, la interpretación flexible dada en su jurisprudencia al término *cesión contractual* (art. 1.1.a) de la Directiva), permite considerar incluido en él el caso en que una empresa que se sirve de otra para la limpieza de sus locales decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas.

En cuanto a la exigencia del mantenimiento de la identidad de la entidad económica tras el cambio de titular (art. 1.1.b) de la Directiva) la sentencia recuerda que en aquellos sectores en los que una entidad económica puede funcionar sin elementos significativos de activo material o inmaterial, descansando la actividad fundamentalmente en la mano de obra, dicha enti-

dad mantiene su identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este sentido no es importante que la asunción del personal se realice en el marco de una cesión convencional negociada entre cedente y 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. Para el Tribunal, supeditar la existencia de transmisión a los efectos de la Directiva a que la asunción tenga un origen puramente contractual dejaría la protección de los trabajadores en manos del empresario, que mediante la simple abstención de celebrar tal contrato eludiría la aplicación de la Directiva.

En este caso concreto el Ayuntamiento no se hizo cargo de los trabajadores de la empresa sino que contrató nuevo personal para desempeñar esas actividades. Eso lleva al Tribunal a concluir la no aplicabilidad de la Directiva 2001/23 ya que la mera asunción por el Ayuntamiento de la actividad de limpieza encargada anteriormente a la empresa no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva, siendo requisito necesario que el cesionario se haga cargo de la mayor parte de la plantilla para considerar que se mantiene la identidad de la entidad económica tras la transmisión.

Esta misma cuestión se aborda en la sentencia de 6 de septiembre de 2011, en el asunto *Ivana Scattolon*. En este caso la petición de decisión prejudicial emana del Tribunal de Venecia, ante el que presenta un recurso una persona afectada por el proceso emprendido en Italia de transferencia del personal que se ocupaba de determinados servicios auxiliares de las escuelas públicas (limpieza y mantenimiento de los locales y asistencia administrativa) desde las entidades locales al Estado. Esa persona reclama que, como consecuencia de la aplicación de las disposiciones nacionales por las que se había operado esa transferencia, había visto reducido notablemente su nivel salarial al no habersele reconocido toda la antigüedad en su puesto en el marco de la administración local.

El Tribunal comienza por recordar que, dado el momento en que tuvo lugar la subrogación, es aplicable únicamente la Directiva 77/187 en su versión original, debiendo verificarse si dicha subrogación reúne las condiciones enunciadas en dicha disposición para considerar que se incluye en el concepto de *transmisión de empresa*. A ese respecto la sentencia afirma el carácter económico y la existencia de un objetivo propio de las actividades de los trabajadores transferidos desde los entes locales al Estado, constituyen-

do éstos un conjunto organizado. A eso se añade la reflexión ya apuntada en el asunto anterior en el sentido de que se trata de un sector en el que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, de manera que un conjunto estructurado de trabajadores puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva 77/187, sin que la falta de elementos de activo significativos, materiales o inmateriales, afecte a esa calificación. Además, el personal transferido constituía dentro de las entidades locales una entidad que podía organizar y ejecutar sus tareas de forma relativamente libre e independiente, por medio de instrucciones emitidas por los miembros de ese personal titulares de facultades de coordinación y dirección, por lo que se considera que se cumple la exigencia de un cierto grado de autonomía del grupo de trabajadores exigida en la normativa de la Unión relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores.

A eso añade que, conforme al art. 1.1 de la Directiva 77/187, el que el personal transferido y sus actividades estén integrados en una administración pública no excluye la aplicación de la misma. El Tribunal recuerda que la exclusión de la reorganización de estructuras de la administración pública y la transferencia de competencias entre administraciones públicas, recogida por su propia jurisprudencia, y posteriormente la Directiva 98/50, se limita a supuestos en los que la transmisión tenga por objeto actividades propias del ejercicio del poder público. La sentencia cita como ejemplo de este caso el de la creación de una agrupación de municipios y la asunción por ésta de ciertas competencias de aquéllos, que sí constituye una reordenación del poder público y no puede incluirse en el ámbito de la Directiva 77/187. No obstante, recuerda que en otros casos ha considerado aplicable dicha Directiva a la transferencia de personas que ejercen actividades de naturaleza económica en una administración pública. A este respecto el Tribunal afirma que si se acogiera esa interpretación extensiva de la exclusión de la Directiva por formar parte de una reorganización de la administración, la autoridad pública podría sustraer cualquier transferencia de trabajadores invocando que la misma se inserta en una reorganización de personal. La consecuencia sería la privación de la protección que ofrece la Directiva para importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal, lo que a su vez sería difícil de conciliar con la previsión del art. 2 de la Directiva de que cualquier persona física o jurídica que tenga la calidad de empresario puede ser cedente o cesionario y que, teniendo en cuenta el fin de protección social de la Directiva, las excepciones deben interpretarse de manera estricta. A eso se añade que la aplicabilidad de la Directiva 77/187 no afecta a la facultad de los Estados miembros de racionalizar sus administraciones públicas, sino que únicamente impide que los trabajadores transferidos se encuentren, a cau-

sa únicamente de esa transferencia, en peor situación que antes de ella. Es decir que, como el propio Tribunal ha señalado ya en alguna ocasión, la Directiva 77/187 no priva a los Estados miembros de la facultad de permitir que los empresarios modifiquen la relación laboral en un sentido desfavorable para los trabajadores, especialmente en relación a la protección contra el despido y a las condiciones retributivas, pero sí prohíbe que la transmisión de la empresa constituya por sí misma el motivo de dicha modificación.

El Tribunal responde a la argumentación del Gobierno italiano relativa al carácter facultativo de la subrogación del Estado en la relación laboral, afirmando que la posibilidad de opción se limita a trabajadores cuyas cualificaciones y categorías profesionales no tenían correspondencia en las plantillas del cesionario, mientras que el resto está por principio sujeto a la transmisión. Por todo ello afirma que este supuesto constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187 cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro.

En cuanto a la obligación del cesionario de reconocer la antigüedad adquirida al servicio del cedente por los trabajadores afectados por una transmisión en el sentido de la Directiva, la sentencia recuerda la jurisprudencia del propio Tribunal en el sentido de reconocer que dicha antigüedad no constituye un derecho que el trabajador pueda invocar frente al cesionario, pero sirve para determinar ciertos derechos pecuniarios que, en principio, deberá mantener el cesionario de manera idéntica a la existente con el cedente. Además recuerda que el art. 3.1 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que el cesionario, a la hora de calcular los derechos de carácter pecuniario, está obligado a tener en cuenta todos los periodos de empleo cubiertos por el personal transferido, en la medida y conforme a los criterios en que esa obligación derivaba de la relación de ese personal con el cedente. En este caso los derechos y obligaciones del personal transferido se establecían en un convenio colectivo cuya aplicación se sustituyó en el momento de la transmisión por el convenio colectivo vigente en el cesionario. Sobre este particular afirma la sentencia que el margen de actuación que se reconoce al cesionario para organizar la integración salarial del personal transferido debe ser conforme con el objetivo de la Directiva 77/187, impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión. En ese contexto, la sustitución inmediata de las condiciones de los trabajadores transferidos en virtud del convenio colectivo vigente en el cedente por las recogidas en el convenio colectivo vigente en el cesionario no pueden tener como objeto o efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión.

En el caso que nos ocupa, la Ley por la que se fijaban las condiciones de la transferencia del personal de las entidades locales al Estado señalaba que el convenio vigente en el cesionario fuese aplicado a los trabajadores transferidos desde la fecha de la transferencia, sin que éstos obtuvieran las condiciones salariales correspondientes a la antigüedad adquirida por ellos al servicio del cedente. Esa circunstancia ha tenido importancia determinante en las condiciones retributivas aplicables al personal transferido. Además, las funciones ejercidas por ese personal antes de la transmisión eran análogas, si no idénticas, a las ejercidas por el personal al servicio del Estado, por lo que la antigüedad adquirida al servicio del cedente por un miembro del personal transferido habría podido calificarse como equivalente a la adquirida por un miembro del personal del Ministerio de igual categoría. En esas circunstancias sería contrario al objetivo de la Directiva 77/187 dejar de tener en cuenta la antigüedad en el grado necesario para mantener de manera aproximada el nivel de retribución percibida por esos trabajadores al servicio del cedente.

## **2. Imposición de restricciones al establecimiento de superficies comerciales**

La sentencia del Tribunal de 24 de marzo de 2011 resuelve el recurso planteado por la Comisión contra España por violación de sus obligaciones conforme al art. 43 del Tratado CE (actual art. 49 TFUE) como consecuencia de las restricciones que a este respecto se introducen en Cataluña por diversas Leyes tanto nacionales como autonómicas. La sentencia declara inadmisibles el recurso de la Comisión en cuanto a la impugnación de la normativa nacional, en concreto de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y se centra en el análisis de posibles restricciones impuestas por la normativa autonómica (Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, Decreto 378/2006, de 10 de octubre, de desarrollo de la Ley anterior, y Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales). En ese sentido afirma que la Comisión no aporta pruebas concluyentes acerca del incumplimiento que alega, en concreto la diferencia de trato que esa normativa establece entre los grandes establecimientos y los demás y el trato beneficioso que de ello resulta para los operadores españoles. No obstante, para el Tribunal esa normativa, tomada en su conjunto, obstaculiza y hace menos atractivo para operadores de otros Estados miembros el ejercicio de sus actividades en Cataluña, y recuerda su jurisprudencia en el sentido de considerar opuesta al art. 43 Tratado CE cualquier medida que, incluso aplicándose sin discriminación por razón de la nacionalidad, representa un obstáculo para la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. Por

lo que concluye que la normativa en cuestión constituye una restricción a la libertad de establecimiento del art. 43 del Tratado CE.

A continuación examina la posible existencia en este caso de razones imperiosas de interés general que pueden justificar las restricciones siempre que sean adecuadas para la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para ello. El Tribunal recuerda que, conforme a su jurisprudencia, pueden considerarse incluidas en esa categoría de razones imperiosas la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores, no entrando en la misma en ningún caso los objetivos meramente económicos. A eso añade que corresponde al Estado probar el carácter apropiado y necesario de las razones imperiosas que justifican la restricción de la libertad de establecimiento; pero advierte que esa carga probatoria no puede extenderse a la demostración de que ese objetivo no podría alcanzarse en las mismas condiciones por ninguna otra medida.

La primera justificación aducida por España es que las limitaciones al establecimiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales responden a objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente. Circunscribir ese tipo de establecimientos a los núcleos más poblados busca evitar desplazamientos en automóvil, garantizando el acceso mediante transporte público, lo que contrarresta el deterioro de las zonas urbanas y evita la construcción de nuevas carreteras. El Tribunal estima adecuados esos objetivos, pero añade que, dado que se afecta significativamente la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en Cataluña, deberían haber ido acompañados de un análisis de la oportunidad y la proporcionalidad de tales medidas, así como por datos precisos que permitan corroborar su argumentación. La falta de esas explicaciones le lleva a concluir que esas restricciones de la libertad de establecimiento no están justificadas.

La exigencia de una licencia comercial específica y los requisitos impuestos para su obtención es justificada por España por razones de protección medioambiental, de ordenación del territorio y de protección de los consumidores, al asegurar una competencia más eficaz de precio, calidad y variedad de la oferta. La sentencia acepta la consideración hecha por el Gobierno español de que la instauración de medidas preventivas es adecuada para garantizar los objetivos de protección medioambiental y ordenación del territorio, y señala que la Comisión no expone los motivos por los que considera que ello persigue objetivos meramente económicos y va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos señalados, por lo que desestima esta imputación. Sin embargo, añade que la obligación de tomar en consideración la existencia de un equipamiento comercial en la zona correspondiente y los efectos de una nueva implantación en la estructura comercial de dicha zona se refieren a la repercu-

sión sobre el comercio ya existente y a la estructura de mercado y no a la protección de los consumidores. Igualmente afirma la sentencia que la obligación de elaborar un informe sobre el grado de implantación, vinculante en caso de ser desfavorable, es decir si se excede un determinado valor de cuota de mercado, incurre en el mismo supuesto. En opinión del Tribunal estas consideraciones son de carácter meramente económico y no pueden constituir una razón imperiosa de interés general.

En tercer lugar el Tribunal afirma que la obligación de consulta al Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 6.2.2 de la Ley 7/1996) parece apropiada para garantizar los objetivos de ordenación del territorio, de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores esgrimidos por España, sin ir más lejos de lo necesario para alcanzarlos, sin que la Comisión aclare las razones por las que considera que esas justificaciones son inadmisibles. En ese mismo sentido se pronuncia la sentencia respecto de la obligación de consultar a la Comisión de equipamientos comerciales, incluida en la normativa autonómica, cuya justificación descansa en los mismos motivos que la exigencia anterior. No obstante, el Tribunal advierte que en este segundo caso la adecuación se refiere a la instauración de una comisión de esa naturaleza, pero no a su composición, ya que el único interés sectorial representado es el del comercio local ya existente, competidor potencial del solicitante de la licencia, estando ausentes los intereses relativos a la protección medioambiental y de los consumidores.

La siguiente cuestión objeto de análisis es la de la compatibilidad de los criterios impuestos a la Generalidad o a las autoridades municipales para pronunciarse sobre las solicitudes de licencia, que para la Comisión carecen de precisión e impiden al solicitante evaluar de manera concreta sus posibilidades de obtención de la licencia, concediendo así una excesiva discrecionalidad a las autoridades encargadas de la concesión. Sobre este particular el Tribunal considera difícil establecer *a priori* límites precisos en esos criterios sin introducir un grado de rigidez que podría resultar aún más restrictivo de la libertad de establecimiento. Por todo ello considera que los criterios mencionados no son tan imprecisos como para que resulten inadecuados para la realización de los objetivos perseguidos.

Por último el Tribunal se pronuncia respecto de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de determinados aspectos del procedimiento de concesión de la licencia comercial. El primero es el régimen de silencio negativo, respecto del cual afirma que si bien un régimen de silencio positivo podría resultar menos restrictivo, la prueba que se exige a un Estado respecto del carácter apropiado y necesario de la restricción a una libertad de circulación para la garantía del objetivo perseguido no puede llegar hasta la exigencia de



que se demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones. A ello se añade que no puede negarse a los Estados la posibilidad de garantizar objetivos como la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio o la protección de los consumidores mediante la introducción de normas fáciles de aplicar y controlar por las autoridades competentes, como el establecimiento de un régimen de silencio negativo, que garantiza la seguridad jurídica en la hipótesis de que la autoridad competente no adopte una resolución expresa en el plazo previsto.

El segundo aspecto del procedimiento de concesión de licencia analizado es el efecto disuasorio que las tasas de tramitación y el informe sobre el grado de implantación tienen sobre los operadores económicos interesados en relación con su implantación en territorio catalán. En lo que respecta a las tasas de tramitación, consideradas por la Comisión como desproporcionadas, el Tribunal afirma que el procedimiento seguido para la determinación de su importe, consistente en dividir los costes de tramitación en 1994 y 1995 por el número de metros cuadrados solicitados, actualizándose posteriormente cada año en función de la inflación, refleja la totalidad de los costes de tramitación de forma razonable, sin desviarse significativamente de los costes reales en cada caso, además de permitir la previsión del coste del procedimiento de tramitación con absoluta transparencia. En cuanto al efecto disuasorio del informe sobre el grado de implantación, el Tribunal recuerda su conclusión anterior relativa al carácter no justificado de la exigencia de elaboración de dicho informe, por lo que no procede pronunciarse sobre el carácter razonable o no de los plazos de emisión y vigencia del mismo.

### **3. Naturaleza de los Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas conforme al Derecho de la Unión**

El Tribunal, en su sentencia de 26 de mayo de 2011, resuelve el recurso presentado por la Comisión por la posible vulneración por España del Derecho de la Unión en materia de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, como consecuencia de la adjudicación de Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas (PAI), con arreglo, sucesivamente, a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana y a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana. La Comisión considera que el procedimiento de aprobación de los PAI, cuyo objeto es la urbanización conjunta de varias parcelas conforme a una programación única que las transforma en solares, implica delegación de la entidad adjudicadora competente a un particular de la condición de urbanizador, seleccionado

mediante un procedimiento público de competencia, con independencia de que sea o no propietario de los terrenos afectados. Por lo que esos contratos de urbanización deben calificarse como contratos públicos de obras, sometidos a lo recogido en las Directivas correspondientes de la Unión.

El Tribunal comienza advirtiendo que para que se le asigne esa calificación el objeto del contrato debe responder a la definición que de este tipo contractual se recoge en las Directivas, sin que las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato puedan justificar su clasificación como tal contrato de obras. En ese sentido si un contrato tiene elementos de contrato público de obras y de otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal para determinar qué normativa de la Unión Europea en relación con la contratación pública se ha de aplicar. En este caso el Tribunal señala que la Comisión no ha demostrado que las obras de urbanización constituyan el objeto principal del contrato entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI. Además, la ejecución del PAI por el urbanizador incluye actividades que no pueden calificarse como obras (elaboración de un plan de desarrollo, propuesta y gestión de proyecto de reparcelación, obtención gratuita a favor de la Administración de suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público del suelo de la entidad territorial...). Por otra parte, algunas de las actividades de los PAI parecen corresponder en cuanto a su naturaleza a las contempladas en las Directivas 92/50 (categoría 12 del anexo I, parte A) y 2004/18 (anexo II, parte A) relativas a los servicios mencionados en ambas (arts. 1.a) y 1.2.d) respectivamente). Por todo ello se desestima el recurso de la Comisión al considerar que no se ha demostrado que el objeto principal del contrato entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18.

#### **4. Licitación para la provisión de servicios de transporte público por autobús**

La sentencia de 10 de noviembre de 2011, en el asunto *Norma-A SIA, Dekom SIA*, responde al prejudicial planteado por un tribunal letón que incluye diversas cuestiones. La primera se refiere a la calificación del contrato de provisión de ese servicio, conforme al Derecho de la Unión, como *contrato de servicios* o como *concesión de servicios*. A este respecto la sentencia recuerda que la diferencia fundamental entre ambos tipos contractuales es la contrapartida por la prestación del servicio. El contrato requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio, mientras que en el caso de la concesión la contrapartida consiste en el derecho a explotar el servicio, de forma exclusiva o acompañado de un pago. Además, la califica-

ción como concesión de servicios exige la transferencia por la entidad adjudicataria al concesionario del riesgo de la explotación del servicio, o al menos de una parte significativa del mismo, incluso en casos en los que la configuración jurídico-pública del servicio limita notablemente el riesgo económico vinculado a su explotación. El Tribunal entiende por riesgo de explotación del servicio el que resulta de la exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en enfrentar la competencia de otros operadores, un desajuste entre oferta y demanda de los servicios, la insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Sin embargo, riesgos como los que resultan de una mala gestión o errores de apreciación del operador económico no son válidos a los efectos de distinguir entre contrato de servicio y concesión de servicio ya que son inherentes a cualquier contrato.

En este caso la entidad adjudicataria debe compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de la explotación, por lo que no es posible afirmar que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de explotación. Por esa razón la operación debería de calificarse como contrato de servicios en el sentido del art. 1.2.d) de la Directiva 2004/17 y no como concesión de servicios, conforme al art. 1.3.b). A este respecto tanto el Gobierno letón como la entidad demandada en el litigio principal argumentan la existencia de distintos factores de riesgo (disminución de recursos públicos destinados a cubrir eventuales pérdidas, falta de cobertura de determinados tipos de gastos y pérdidas debidos fundamentalmente a la modificación de itinerarios y trayectos o la incertidumbre por la demanda de los usuarios), que hacen que en realidad el adjudicatario soporte una parte esencial del riesgo, especialmente dada la duración del contrato (8 años), por lo que el contrato debería considerarse como concesión de servicios. A este respecto el Tribunal afirma que su función se limita a proporcionar al juez nacional una interpretación del Derecho de la Unión útil para la resolución del litigio principal. Siendo el juez nacional el único encargado de interpretar el Derecho nacional y en este caso evaluar el riesgo que asume el contratante en función de ese Derecho y de las disposiciones contractuales controvertidas. No obstante, el Tribunal añade que el examen de esas disposiciones normativas y contractuales, tal como se han expuesto en la resolución de remisión, conduce a primera vista a considerar que se trata de un contrato de servicios.

A continuación responde conjuntamente a otras dos cuestiones planteadas por el tribunal nacional, la primera referida a si en el supuesto de que el contrato controvertido fuese calificado como contrato público de servicios en el sentido de la Directiva 2004/17, el art. 2. quinquies.1.b) de la Directiva

92/13 es aplicable a este contrato, aunque se haya celebrado antes de que expirase el plazo de transposición de la Directiva 2007/66, que insertó el citado artículo en la Directiva 92/13. La segunda se refiere a si, en el caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, la Directiva 92/13 es directamente aplicable. El Tribunal responde que, conforme al mencionado artículo de la Directiva 92/13, los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la misma dimanase de la decisión de dicho órgano, en particular si el contrato se celebró a pesar de que, conforme al art. 2.3 de la Directiva, se hubiese sometido a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a la decisión de adjudicación del contrato, o si éste se celebró sin observar el plazo suspensivo previsto en el art. 2.bis.2 de dicha Directiva. El Tribunal afirma que el art. 2.quinquies.1.b) de la Directiva 92/13 no es aplicable a los contratos celebrados antes del 20 de diciembre de 2009, fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66, puesto que esa transposición no tuvo lugar antes de expirar dicho plazo. En ese sentido añade que la decisión de adjudicación del contrato es de 2 de septiembre de 2009 y el contrato se celebró el 9 de octubre. Además, el que el art. 2.septies.1.b) de la Directiva 92/13 señale que los Estados miembros pueden disponer que la interposición de un recurso de conformidad con el art. 2.quinquies.1.b) deba realizarse antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato no permite afirmar que los contratos concluidos en el periodo de seis meses anterior a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66 puedan estar incluidos en el ámbito de aplicación del art. 2.quinquies.1.b). El Tribunal concluye que, a falta de indicación al respecto en la Directiva 2007/66, su aplicación retroactiva sería contraria al principio de seguridad jurídica. Por todo ello concluye que el art. 2.quinquies.1.b) de la Directiva 92/13 no es aplicable a los contratos públicos celebrados antes de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2007/66.

### III. DOCUMENTACIÓN

En este apartado incluiremos algunos dictámenes del Comité de las Regiones sobre cuestiones que resultan de interés para los entes locales. En ese sentido comenzaremos por los adoptados en la sesión plenaria de los días 27 y 28 de enero, entre los que se incluye el *Dictamen sobre el espacio ferroviario europeo*, que coincide con el enfoque de la Comisión en cuanto a la apertura de los mercados ferroviarios e insiste en los objetivos de cohesión europea y en la necesidad de evitar la creación de una Europa de varias velocidades.

des. En ese sentido el Dictamen recoge el lamento del Comité en relación con que, en cuanto a la financiación de la infraestructura (art. 8, art. 30, anexo VII), los Estados miembros no tengan la obligación de consultar a los entes territoriales en el marco del desarrollo de la estrategia nacional de las infraestructuras ferroviarias. En esa misma sesión plenaria se adoptaba el *Dictamen sobre nuevas perspectivas para la revisión del Reglamento AECT (Agrupación Europea de Cooperación Territorial)* que considera que esta figura puede ser la respuesta jurídico-comunitaria a la institucionalización de la cooperación territorial dentro de la Unión. En ese sentido suscribe que se implante un programa específico, dotado de financiación comunitaria, imputable al FEDER, que contribuya a fomentar la constitución de AECT de nueva planta, o la reconversión de proyectos de cooperación que se gestionen mediante las viejas fórmulas convencionales. Asimismo, considera necesario recordar a las autoridades de gestión de los programas y detallar claramente en el futuro Reglamento AECT revisado (CE) núm. 1082/2006, que no cabe discriminar a las AECT a la hora de competir en las iniciativas, convocatorias y programas de la Unión Europea, sobre todo teniendo en cuenta que la propia existencia de la AECT atestigua la realidad de una agrupación europea permanente que cumple los requisitos habituales de transnacionalidad. Finalmente, acoge con satisfacción la decisión de la Mesa del Comité de 26 de enero de 2011 de constituir una Plataforma de AECT's, en cuyo seno se podría realizar una evaluación permanente de la implementación del Reglamento (CE) núm. 1082/2006 y de la evolución práctica de aquéllas.

Del mismo modo puede citarse el *Dictamen sobre sistemas de alimentos locales* que revisten la mayor importancia en zonas desfavorecidas y constituyen un acicate para el impulso del potencial local y un factor de mejora de la imagen de unos territorios mal conocidos y a menudo dejados de lado, además de producir beneficios medioambientales gracias a unos sistemas de producción más sostenibles. El Comité de las Regiones plantea diversas propuestas de acción a la Comisión entre las que se incluyen la introducción de un sistema de comercialización directa para los productos locales registrados, del que se encargarían los Estados miembros en el nivel de los entes locales y regionales, o la posible modificación del art. 26 de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios de tal modo que el criterio *producido localmente* pueda ser un criterio estándar de selección en las licitaciones para el suministro de alimentos, por ejemplo, a escuelas, residencias y edificios públicos.

Un último documento a destacar en esta primera reunión plenaria del Comité de las Regiones es el *Dictamen sobre Europa primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo* en el que, tras ex-

presar su satisfacción por la voluntad de la Comisión de abordar la política turística de una forma coordinada e integrada, relacionándola con otras políticas –transporte, agricultura, protección medioambiental, tecnologías de la información y la comunicación, política social, cultura, etc.–, subraya el importante papel de los entes locales y regionales en la gestión sostenible de los destinos turísticos. Sus iniciativas, así como las de las redes regionales europeas, se encuentran a la vanguardia en el desarrollo de modelos de turismo sostenible y resulta vital sacar el máximo provecho de su experiencia y conocimiento, mediante el fomento de la cooperación local y regional en toda la Unión Europea.

La siguiente sesión plenaria del Comité de las Regiones tenía lugar los días 31 de marzo y 1 de abril y de entre los dictámenes adoptados en ella destacamos los dos siguientes. En el *Dictamen prospectivo sobre el futuro del Fondo Social Europeo a partir de 2013* el Comité recomienda que este Fondo mantenga su naturaleza de Fondo Estructural y que se refuerce la dimensión territorial a la hora de elaborar y aplicar los programas operativos intersectoriales, incluidos los relacionados con los programas de cooperación. El Dictamen recuerda que el 5º Informe sobre la Cohesión se refiere al potencial innovador de las iniciativas locales, y daría su firme apoyo a que el Fondo Social Europeo formase parte integral del Modelo de Desarrollo Local sugerido en dicho Informe. En el *Dictamen sobre el Acta del Mercado Único* se plasma el apoyo entusiasta del Comité de las Regiones a un amplio debate público acerca de la propuesta de «Acta del Mercado Único» basada en una economía social de mercado altamente competitiva y fundamentada en la exigencia de una adhesión real de los europeos a este proyecto. Por lo que atañe más directamente a los entes locales el Dictamen propone que se establezca la práctica de los pactos territoriales, cuyo enfoque flexible de ámbito regional permitirá a los entes locales y regionales concentrar sus actividades y fondos en la aplicación de la Estrategia Europa 2020 y de sus iniciativas emblemáticas. Hay que destacar, en particular, aquellos objetivos que permitan fomentar en cada región las innovaciones sociales y que aseguren la mayor repercusión social posible.

De los dictámenes adoptados por el Comité en la sesión plenaria de los días 11 y 12 de mayo destacamos el *Dictamen sobre la PAC en el horizonte de 2020: responder a los retos futuros en el ámbito territorial, de los recursos naturales y alimentario* en el que se recuerda la trascendencia de esa política de la Unión para el desarrollo de las zonas rurales de Europa, que representan el 90 % del territorio de la Unión Europea y reúnen el 60 % de los ciudadanos europeos. El Comité expresa su satisfacción por comprobar que la Comisión, en sus trabajos relativos a la reforma de la PAC, hace suyos muchos de los planteamientos incluidos en su Dictamen sobre los sistemas de alimentos locales, antes

señalado. El Comité aboga por una mayor coordinación de los objetivos de la PAC con los de la política de cohesión, reiterando, en este contexto, su apoyo a la propuesta de crear un marco estratégico común para los Fondos Estructurales y los demás fondos de desarrollo territorial, como el FEADER y el FEP. A eso añade la responsabilidad subsidiaria específica que le compete en la configuración de la futura política agrícola y de cohesión. Los entes regionales y locales deben participar en mayor medida en las decisiones relativas a la configuración de los pilares de la futura PAC. La creación de un marco de gobernanza multinivel es imprescindible para mantener el enfoque comunitario de la PAC y, al mismo tiempo, reforzar la responsabilidad local y mejorar la aceptación de las políticas por parte de la sociedad.

De los dictámenes adoptados en el Pleno de 30 de junio y 1 de julio de 2011 mencionamos los siguientes. El referido al *Programa LIFE de la UE-acciones futuras*, en el que se afirma que, dada la utilidad demostrada por este Programa, debería prolongarse durante el siguiente período de financiación, prestando especial atención al componente «Biodiversidad». Sin embargo, solicita que se simplifiquen los trámites administrativos, se incrementen los porcentajes máximos de cofinanciación, se dé la posibilidad de que el coste de preparación de los proyectos pueda ser financiado con cargo a LIFE y se permita, de nuevo, a los entes regionales y locales, incluir todos sus costes de personal como recursos propios. Además, propone que el componente «Medio ambiente» del nuevo Programa LIFE siga constituyendo un incentivo determinante para los entes regionales y locales que deseen ir más allá de los requisitos legislativos y aplicar tecnologías y soluciones medioambientales innovadoras, con proyectos que tengan grandes posibilidades de reproducción para innovación ecológica orientada al sector público. Por otra parte el Comité de las Regiones apoya, con objeto de aumentar la eficacia del Programa, la propuesta de la Comisión de contar con «proyectos LIFE integrados», que constituyen un modo eficaz de impulsar al máximo la labor catalizadora de dicho Programa, estableciendo una relación estructurada con otros fondos de la Unión Europea y subraya que el nuevo programa LIFE sigue prestando apoyo a los proyectos de comunicación e información, con una mayor dedicación a la educación y al fomento de proyectos en los que participen entes locales y regionales y que tengan un impacto significativo a escala de la Unión Europea.

Un segundo Dictamen adoptado en esta sesión plenaria es el relativo a *La reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general* en el que se reitera que la revisión de este paquete legislativo sobre ayudas estatales debe realizarse en el respeto más estricto del principio de subsidiaridad y debe garantizar la libertad de elección y de administración de las entidades territoriales en lo que respec-

ta a los modos de organización, financiación y ejercicio de sus prerrogativas en materia de servicio público. En este sentido, destaca que el amplio margen de maniobra del que deben poder disponer las entidades territoriales, de conformidad con el Tratado de Lisboa, exige para su puesta en práctica una base jurídica de Derecho derivado que, a partir de un conjunto de definiciones, garantice la aplicación más flexible posible de las normas de competencia respecto de los servicios de interés económico general (SIEG). El Dictamen se opone a la introducción de una evaluación de la eficiencia económica de las compensaciones de servicio de interés económico general por parte de la Comisión y considera que conviene también tener en cuenta otros criterios objetivos que neutralizan *a priori* todo riesgo de afectar a los intercambios entre Estados miembros; por ejemplo: la competencia territorial limitada de determinados operadores que se rigen por regímenes de autorización, la competencia de objeto limitado de determinados operadores, públicos o privados, creados específicamente para prestar un servicio público específico sobre un territorio dado y que no realizan ninguna actividad comercial en el mercado, o bien el carácter no lucrativo de determinadas empresas sociales. Por tanto, propone a la Comisión que el umbral del Reglamento *de minimis* se incremente de manera específica para las compensaciones de servicio público hasta 800.000 euros anuales, con el fin de excluir del control de las ayudas estatales a los servicios públicos de proximidad basados especialmente en el tejido asociativo local y en las microempresas sociales de barrio.

El último de los Dictámenes adoptados en este Pleno que incluimos en nuestro informe es el titulado *El papel de los entes regionales y locales en el fomento de una gestión sostenible del agua* en el que se insta a los entes regionales y locales a determinar en la gestión consciente del riesgo, el instrumento de intervención más eficaz en caso de fenómenos extremos. Las inversiones futuras destinadas a limitar sus efectos deberían orientarse prioritariamente a la realización de infraestructuras verdes. Además se resalta el papel central de los entes regionales y locales en la recogida de datos sobre el medio ambiente y se propone transformar el Observatorio Europeo de la Sequía en Observatorio Hídrico Europeo. Finalmente, el Comité de las Regiones propone, respecto de los fines perseguidos con la aplicación de la Directiva 2000/60/CE, que la gestión sostenible de los recursos hídricos tenga como objetivos concretos y verificables en el horizonte de 2020: 1) un incremento del 20 % del ahorro de agua en todos los sectores de uso; 2) un aumento del 20 % de los cursos fluviales en los que se lleve a cabo una regeneración para mejorar su seguridad hidrológica; 3) un aumento del 20 % del volumen de agua reutilizado o reciclado actualmente en las actividades agrícolas e industriales. A este respecto, desea una participación directa del Pacto de los Alcaldes.



Por último señalamos algunos Dictámenes adoptados por el Comité de las Regiones en el Pleno de los días 10 a 12 de octubre de 2011. El primero de ellos lleva por título *Hacia una Agenda europea de vivienda social*, en el que se insta a los Estados miembros a que garanticen que todos los ciudadanos puedan tener acceso a una vivienda, procurando que los aumentos de alquileres se basen en una objetivación de los precios, un método que garantice un aumento moderado de los precios de la vivienda y una adaptación de la política fiscal a fin de poner coto a la especulación. También valora positivamente que la Comisión, tal como solicitó el Comité con anterioridad, haya propuesto el pasado 19 de septiembre de 2011 un nuevo planteamiento para ampliar el ámbito de aplicación de las prestaciones de los servicios de interés económico general locales y sociales –entre los que figura la vivienda social– que están exentos de notificación; recuerda a este respecto que corresponde a los Estados miembros y a los entes territoriales definir los servicios de interés general en el ámbito de la política de vivienda social, y la manera de prestarlos. En ese sentido se pide que se renueven las normas para poder optar a los Fondos Estructurales de la Unión Europea para la renovación energética de la vivienda en el marco de la cohesión social, de forma que cada región goce de mayor flexibilidad en cuanto al importe de los fondos asignados a esta medida. En lo relativo a los Fondos Estructurales, considera que debe utilizarse de manera eficaz el principio de asociación y es preciso animar a los Estados miembros a que colaboren con los entes locales y regionales para fijar prioridades y decidir cómo utilizar los recursos procedentes de estos Fondos. En este sentido, destaca que la mejora de la calidad de las viviendas permite prevenir los daños que producen en las personas el hacinamiento o los lugares excesivamente húmedos, fríos y mal ventilados; y añade que la carencia de vivienda causa estrés y malestar, con efectos negativos en la calidad de vida, la salud y el bienestar de las personas, las familias y la sociedad.

Asimismo cabe mencionar el Dictamen sobre *El papel de los entes locales y regionales en la consecución de los objetivos de la Estrategia Europa 2020* en el que el Comité llama la atención hacia el compromiso firme con su propuesta, apoyada por el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo Europeo, de establecer un «Pacto territorial de los entes regionales y locales sobre la Estrategia Europa 2020» con el objetivo de garantizar la adhesión a la estrategia en todos los ámbitos, a través de una asociación efectiva entre los poderes públicos del nivel de la Unión Europea y de los niveles nacionales, regionales y locales. Los pactos territoriales deberían concentrarse en unas pocas prioridades adaptadas a las necesidades concretas y que tengan un valor especial para la región de que se trate. El Comité reconoce la necesidad de medidas regionales decididas para convertir los resultados de

la investigación en una innovación adaptada al ámbito local y que pueda aplicarse en toda Europa. Por ello, subraya la importancia de crear capacidad de innovación a escala regional basándose en la especialización inteligente y en las complementariedades de las regiones vecinas y pide a las regiones pioneras que formen consorcios europeos en los que integrar las distintas capacidades para crear innovaciones sociales revolucionarias que puedan aplicarse a toda Europa. A través de los distintos agentes, cada región puede convertirse en pionera y centrarse en sus propias necesidades y fuerzas. Finalmente, anima a las regiones a avanzar hacia la innovación abierta desde una visión, centrada en las personas, de la asociación entre los sectores público y privado y las universidades y demás centros de conocimiento que desempeñan un papel esencial, es decir, modernizar el concepto de la «triple hélice».

El último de los Dictámenes incluidos en nuestro informe es el relativo a la *Movilidad europea e internacional de los funcionarios y agentes de los entes territoriales de la Unión Europea*. El Comité de las Regiones indica que, habida cuenta del contacto estrecho y diario que mantienen los funcionarios y agentes de los entes territoriales con todos los colectivos sociales y representantes políticos locales, su movilidad en el marco de su formación permanente mediante comisiones de servicio en otra entidad territorial podría reforzar su papel en la transmisión del mensaje europeo. También observa que la movilidad en los niveles europeo e internacional de los agentes locales y regionales puede ayudar a los Estados miembros de la Unión a establecer administraciones modernas y eficaces que incluyan las estructuras, los recursos humanos y las competencias de dirección para aplicar el acervo de la Unión. Asimismo, señala que la movilidad ayudará a reducir las barreras lingüísticas en Europa. Por otra parte, llama la atención sobre la reciente sentencia del Tribunal de Justicia, que establece que las personas empleadas por una autoridad pública de un Estado miembro y transferidas a otra autoridad pública no pueden sufrir «una pérdida salarial sustancial» a causa únicamente de esa transferencia.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BORONSKA HRYNIEWIECKA, K.: «Multi-level governance and the role of the regions in the European Union: conceptual challenges and practical applications», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 45 (2011), pp. 177-207.
- BRITO PÉREZ, A.: *Las regiones políticas en la Unión Europea. Especial mención a las Comunidades Autónomas Españolas*, Aldevara, 2011.

- GRETA MASSA, G.: «Spagna. Approvato il nuovo modello di finanziamento delle comunità autonome di regime comune e delle città con statuto di autonomia», *Civitas Europa*, 23 (2009), pp. 91-94.
- HARGUINDÉGUY, J.B. / RODRÍGUEZ, P.: «Gobernanza multi-nivel y política regional europea. La implementación de INTERREG III-A España-Francia», *Revista de Estudios Regionales*, 88 (2010), pp. 199-222.
- JANER TORRENS, D.: «La participación de los entes regionales y locales españoles en las agrupaciones europeas de cooperación territorial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 14, 35 (2010), pp. 117-142.
- PASSARELLI, G.: «La Corte di Giustizia dell'Unione Europea conferma le conclusioni dell'Avvocato generale in merito alla *tassa sul lusso* instituita dalla Regione Sardegna», *Civitas Europa*, 23 (2009), pp. 111-113.