

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 7 de octubre de 2010¹

1. En el presente asunto, la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE (actualmente, artículo 49 TFUE) al imponer determinadas restricciones al establecimiento de superficies comerciales en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Dicha institución afirma que estas restricciones benefician al pequeño comercio tradicional en Cataluña –y, por consiguiente, al comercio local– frente a los establecimientos de mayores dimensiones que prefieren los operadores de otros Estados miembros.

Marco jurídico

Disposiciones del Tratado

3. El artículo 43 CE dispone:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

2. España niega que tales restricciones impliquen discriminación alguna entre operadores, sostiene que, en cualquier caso, están justificadas por razones imperiosas de interés general y solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48 (actualmente, artículo 54 TFUE), en las condiciones fijadas por la legislación

1 — Lengua original: inglés.

del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

en Cataluña, la Ley 18/2005³ y los Decretos 378/2006⁴ y 379/2006.⁵

4. El artículo 46 CE, apartado 1 (actualmente, artículo 52 TFUE, apartado 1), establece:

La Ley 7/1996

«Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.»

6. Su artículo 2 define los establecimientos comerciales, en lo sustancial, como construcciones o instalaciones de carácter permanente, destinadas al ejercicio regular de actividades comerciales. La definición de los «grandes establecimientos comerciales» queda a cargo de cada comunidad autónoma, si bien incluyendo en todo caso aquellos que tengan una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 m².

Disposiciones nacionales

5. La Comisión menciona en su recurso una serie de disposiciones de la normativa estatal española y de la normativa autonómica catalana: en el ámbito nacional, la Ley 7/1996,² y,

7. Con arreglo al artículo 6, apartado 1, la apertura de grandes establecimientos comerciales requiere una licencia de la administración autonómica correspondiente, sin perjuicio de que ésta pueda también someter a autorización administrativa otros supuestos relacionados con la actividad comercial. Según el artículo 6, apartado 2, la concesión o denegación de dicha licencia se acordará ponderando a) la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y b) los

2 — Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

3 — Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales.

4 — Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005.

5 — Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales (en lo sucesivo, «PTSEC»).

efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla; en todo caso, será preceptivo el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, que tendrá carácter no vinculante.

8. En relación con el criterio a), se considerará que una zona está dotada de un equipamiento comercial adecuado cuando éste garantice a la población existente y, en su caso, a la prevista a medio plazo, una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicio, precios y horarios conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor (artículo 6, apartado 3). En cuanto al criterio b), se tendrán en cuenta tanto los efectos positivos sobre la competencia como los efectos negativos para el pequeño comercio existente con anterioridad (artículo 6, apartado 4).

9. El artículo 6, apartado 5, autoriza a las Comunidades Autónomas a crear comisiones para informar sobre la instalación de grandes establecimientos, de acuerdo con lo que, en su caso, establezcan las correspondientes normas autonómicas.

10. La disposición final única de la Ley 7/1996 especifica el estatus constitucional de los distintos artículos, e incluye al artículo 6, apartados 1 y 2, entre los adoptados en virtud de la competencia exclusiva del Estado, con arreglo al artículo 149, apartado 1, número 13, de la Constitución, mientras que los restantes apartados de dicho artículo quedan comprendidos dentro de la categoría residual

de preceptos que serán «de aplicación en defecto de la legislación específica dictada por las Comunidades Autónomas».

La Ley 18/2005

11. Su artículo 3, apartados 1 y 2, define los «grandes establecimientos comerciales» y los «establecimientos comerciales medianos» en función de la población del municipio en el que se hallan situados. Las definiciones pueden resumirse en un cuadro:

Población del municipio	Grandes establecimientos (superficie de venta igual o superior a X m ²)	Establecimientos medianos (superficie de venta igual o superior a X m ²)
Más de 240.000	2.500	1.000
De 25.001 a 240.000	2.000	800
De 10.001 a 25.000	1.300	600
Menos de 10.000	800	500

12. El artículo 3, apartado 3, especifica que los límites de superficie de venta en los PTSEC⁶ se aplican a los establecimientos medianos del sector alimentario e, independientemente de la consideración que les corresponda en virtud de los apartados 1 y 2, a todos los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 1.000 m² dedicados esencialmente a la venta de aparatos electrodomésticos y electrónica de consumo, de artículos y complementos deportivos, de equipamiento de la persona y de ocio y cultura.

13. Con arreglo al artículo 4, los grandes establecimientos comerciales sólo pueden implantarse en las tramas urbanas consolidadas de los municipios que son capitales de comarca o que tienen una población superior a los 25.000 habitantes o asimilables por motivo de flujos turísticos (artículo 4, apartado 1). Idéntica limitación se aplica, salvo en supuestos excepcionales, a los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 1.000 m², si están dedicados esencialmente a la venta de aparatos electrodomésticos y electrónica de consumo, de artículos y complementos deportivos, de equipamiento de la persona, y de artículos de ocio y cultura (artículo 4, apartado 2). Para determinar qué se entiende por trama urbana consolidada deben tenerse en cuenta las áreas donde reside la población mayoritariamente, la continuidad de edificios residenciales plurifamiliares y las tramas comerciales insertadas con los usos residenciales (artículo 4, apartado 3). Otros tipos de establecimientos, sin embargo, en particular los dedicados esencialmente a la venta de automóviles, embarcaciones y otros vehículos, maquinaria, materiales para la construcción y artículos de saneamiento, muebles, artículos de ferretería y bricolaje, así como los centros de jardinería, los centros

comerciales de fabricantes y las implantaciones comerciales situadas en estaciones ferroviarias que deben acoger el tren de alta velocidad y en algunos puertos y aeropuertos, junto con los establecimientos comerciales localizados en determinados municipios fronterizos, están exentos de esta limitación (artículo 4, apartado 8).

14. En virtud del artículo 6, se requerirá una licencia comercial municipal para abrir, ampliar o trasladar establecimientos comerciales medianos, o para cambiar su actividad. Con arreglo al artículo 7, en lo que respecta a los grandes establecimientos comerciales, las mismas operaciones requerirán una licencia comercial de la Generalidad, que se otorgará o denegará basándose en un informe emitido por las autoridades municipales. Si dicho informe es desfavorable, o no se ha emitido a los tres meses de haberse solicitado, no podrá otorgarse la licencia comercial. Con arreglo a ambos artículos, si la licencia no se otorga dentro de un determinado período (seis meses para las licencias de la Generalidad), se entenderá denegada (principio del «silencio negativo»).

6 — Véanse la nota 5 y el punto 23 *infra*.

15. Tanto para los grandes establecimientos comerciales como para los establecimientos comerciales medianos, el artículo 8 exige además un informe sobre el grado de implantación de la empresa o grupo con relación a su mercado relevante (artículo 8, apartados 1 y 3). Nuevamente, si el informe es desfavorable, se denegará la licencia comercial (artículo 8, apartado 4). Sin embargo, las pequeñas y medianas empresas⁷ están exentas de este requisito (artículo 8, apartado 2).

16. El artículo 10 relaciona los criterios que la Generalidad o la autoridad municipal deben valorar a la hora de decidir sobre una solicitud de licencia comercial: la adecuación del proyecto al PTSEC; el respeto de las normas urbanísticas vigentes; las «condiciones que conforman la seguridad del proyecto y la integración del establecimiento en el entorno urbano»; la «movilidad generada por el proyecto», en particular su incidencia en la red viaria y en el uso del transporte público y privado; el número de plazas de aparcamiento disponibles, de acuerdo con las ratios que se establezcan reglamentariamente en cada caso; la localización del proyecto en la «trama urbana consolidada» del municipio y la adecuación del proyecto al programa municipal de equipamientos comerciales, si lo hay; el «derecho de los consumidores a disponer de una oferta amplia y diversa en términos de

calidad, cantidad, precio y características» de los productos; el grado de implantación de la empresa solicitante en el mercado relevante.

17. El artículo 11 instituye una comisión consultiva (de las mencionadas en el artículo 6, apartado 5, de la Ley 7/1996), la Comisión de Equipamientos Comerciales, con la misión de informar, en particular, sobre las cuestiones relativas al otorgamiento de la licencia de la Generalidad y sobre los aspectos urbanísticos relativos a la designación de las zonas en que pueden implantarse establecimientos comerciales, incluyendo la elaboración de propuestas para la revisión del PTSEC.

18. El artículo 12 prevé el pago de tasas por la tramitación de los expedientes de solicitud de licencia comercial de la Generalidad y de solicitud de informe sobre el grado de implantación.⁸ Asimismo autoriza a los municipios a cobrar tasas por la tramitación de los expedientes de solicitud de licencia comercial

7 — Definidas en la disposición adicional primera, número 2, de la Ley, como aquellas que dan ocupación a menos de doscientas cincuenta personas y cuya cifra de negocios anual no excede los cincuenta millones de euros o cuyo balance general no excede los cuarenta y tres millones de euros.

8 — Las tasas se regulan en el artículo 7 del Texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos, aprobada mediante Decreto Legislativo 3/2008, de 25 de junio. Las tasas se calculan en función de la superficie de venta contemplada en la solicitud, y el tipo de gravamen es de 3,60 euros por m² para la solicitud de licencia y de 0,90 euros por m² para la solicitud de informe sobre el grado de implantación.

municipal y del informe municipal preceptivo para la solicitud de la licencia comercial de la Generalidad.

El Decreto 378/2006

19. Su artículo 3 define los hipermercados como establecimientos en régimen de auto-servicio con una superficie de venta igual o superior a 2.500 m²⁹ que ofrecen un amplio conjunto de productos de consumo cotidiano y no cotidiano y que disponen de una gran área de aparcamiento propia.

20. El artículo 14 regula el procedimiento para la solicitud de una licencia comercial de la Generalidad. Relaciona una serie de documentos que han de presentarse, incluyendo [artículo 14, apartado 1, letra b), cuarto documento exigido] un estudio de mercado en el que se analice la viabilidad del proyecto de acuerdo con la oferta comercial existente y la demanda potencial del área de influencia, la cuota de mercado atraída y el impacto sobre la oferta actual.

21. Los artículos 26 y 27 se refieren a la comisión consultiva instituida por el artículo 11 de la Ley 18/2005. El artículo 26, apartado 1

regula su composición: siete vocales (incluidos el presidente y el vicepresidente) que representan a departamentos de la Generalidad; seis que representan a las entidades municipales; siete en representación del sector comercial (dos de las cámaras oficiales de comercio e industria y los cinco restantes de las organizaciones de comerciantes más representativas); otros dos, que son expertos elegidos por el departamento de la Generalidad competente en materia de comercio; y un secretario, designado por el presidente. El artículo 27 exige la consulta de la Comisión sobre todas las materias contempladas en el artículo 11 de la Ley 18/2005 y también sobre la delimitación de las tramas urbanas consolidadas de los municipios.

22. Los artículos 28 a 34 tratan del informe sobre el grado de implantación previsto en el artículo 8 de la Ley 18/2005. El artículo 28, apartado 2, dispone que las grandes empresas de distribución están obligadas a obtener el informe sobre grado de implantación para todos aquellos establecimientos que operen bajo su enseña, ya sean gestionados directamente o de forma vinculada. Con arreglo al artículo 31, apartado 4, se establecerá anualmente una cuota de mercado máxima para cada sector comercial, tanto para el conjunto de Cataluña, como para el área de influencia infraautonómica (la Comisión afirma, sin que el Gobierno español lo desmienta, que tales límites anuales no se han establecido todavía, de modo que la cuota de mercado máxima –del grupo al que pertenezca el establecimiento– es la fijada en la legislación anterior: el 25 % de la superficie comercial en Cataluña o el 35 % en el área de influencia del establecimiento proyectado). Con arreglo al artículo 33, apartado 2, el informe sobre el grado de implantación deberá ser desfavorable en caso de que se supere este umbral máximo. El artículo 33, apartado 5, establece un período máximo de seis meses para la

9 — Existen categorías adicionales para hipermercados medianos (a partir de 5.000 m²) e hipermercados grandes (a partir de 10.000 m²).

emisión del informe (si transcurrido dicho plazo no se hubiere emitido, se entenderá que el informe es favorable) y el artículo 33, apartado 7, dispone que el informe tendrá una vigencia de seis meses.

estimado para el año 2009 en productos de uso cotidiano y del 7 % en productos de uso no cotidiano.

El Decreto 379/2006

23. Su artículo 7 dispone que tanto los grandes establecimientos comerciales como los establecimientos comerciales medianos del sector alimentario y todos los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 1.000 m² dedicados esencialmente a la venta de aparatos electrodomésticos y electrónica de consumo, de artículos y complementos deportivos, y de equipamiento de la persona, así como los dedicados a la venta de artículos de ocio y cultura están sujetos al dimensionamiento establecido (para cada comarca y municipio) en el PTSEC.

24. El artículo 10, apartado 2, dispone que los límites de superficie para los nuevos hipermercados o para las ampliaciones de los ya existentes se aplican en cada comarca. En las comarcas en situación estimada de exceso de oferta para el año 2009, no se prevé, de manera general, ningún crecimiento en formato hipermercado; en las demás comarcas, el crecimiento de los hipermercados no podrá superar el 9 % del gasto comercializable

25. El propio PTSEC figura como anexo 1 del Decreto. En particular, establece las superficies máximas con respecto a las que podrán otorgarse licencias comerciales en el período comprendido entre 2006 y 2009 para: 1) supermercados, 2) hipermercados, 3) establecimientos especializados y 4) grandes almacenes y centros comerciales, por cada unidad territorial.

Procedimiento

26. A raíz de una denuncia presentada por diversas empresas del sector de la gran distribución, la Comisión manifestó dudas sobre la compatibilidad de las normas reguladoras del establecimiento de grandes superficies comerciales en Cataluña con el artículo 43 CE. El 9 de julio de 2004 envió un escrito de requerimiento al Reino de España. En su respuesta de 13 de octubre de 2004, el Gobierno español alegó que las observaciones de la Comisión no estaban justificadas.

27. El 27 de diciembre de 2005 se aprobó la Ley 18/2005 en Cataluña. En opinión de la Comisión, esta Ley no suprimía las incompatibilidades preexistentes con el artículo 43 CE

y, además, introducía nuevas restricciones a la libertad de establecimiento. Por lo tanto, el 4 de julio de 2006, dirigió un escrito de requerimiento complementario al Reino de España. En su respuesta de 6 de octubre de 2006, dicho Estado miembro negaba el carácter restrictivo, discriminatorio y desproporcionado de dicha normativa.

28. No satisfecha con esta respuesta, el 23 de diciembre de 2007, la Comisión dirigió al Reino de España un dictamen motivado en el que solicitaba a dicho Estado miembro que en el plazo de dos meses adaptase su legislación de forma que cesase la infracción alegada. En su respuesta de 3 de enero de 2008, el Reino de España confirmó su intención de modificar la legislación impugnada, pero indicó que las modificaciones se llevarían a cabo en el marco de la ejecución de la «Directiva servicios».¹⁰ Como quiera que, al vencimiento del plazo de dos meses señalado en el dictamen motivado, no se había adoptado medida alguna, la Comisión interpuso el presente recurso.

29. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer restricciones al establecimiento de superficies comerciales, derivadas de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista, y de la normativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre la misma materia (Ley 18/2005, de equipamientos comerciales; Decreto 378/2006, por el que se desarrolla la

Ley 18/2005, y Decreto 379/2006, por el que se aprueba el nuevo Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales. La Comisión solicita asimismo que se condene en costas al Reino de España.

30. El Reino de España solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso y condene en costas a la Comisión.

31. El Reino de Dinamarca, que interviene en apoyo de las pretensiones del Reino de España, considera que el tipo de normativa controvertida no es contrario al artículo 43 CE.

32. En la vista celebrada el 6 de mayo de 2010, la Comisión y el Reino de España presentaron sus informes orales.

Apreciación

Observación preliminar

33. En la vista, la Comisión informó al Tribunal de Justicia de que tanto la normativa autonómica como la normativa nacional controvertidas habían sido modificadas (en diciembre de 2009 y enero de 2010, respectivamente) una vez concluida la fase escrita del presente procedimiento. Sin embargo, la Comisión señaló que no había logrado adoptar una postura definitiva sobre la compatibilidad

10 — Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, p. 36).

de la normativa modificada con el Derecho de la Unión. Para hacerlo, esperaba que el Tribunal de Justicia se pronunciase de forma clara sobre la compatibilidad de la normativa anterior impugnada.

obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado.¹²

34. Tal expectativa, en mi opinión, únicamente podría justificarse si la propia Comisión hubiese presentado un recurso claro ante el Tribunal de Justicia. En este caso, creo que dicha institución no ha sido particularmente clara. Quisiera recordar a la Comisión su deber de exponer el recurso de forma suficientemente clara y precisa para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal de Justicia ejercer su control, indicando los elementos esenciales de hecho y de Derecho de modo coherente, comprensible e inequívoco.¹¹ Cabe añadir asimismo que un enfoque más preciso por parte del Gobierno español habría facilitado la labor del Tribunal de Justicia.

36. No obstante, cuando una restricción resulta de una medida que es discriminatoria por razón de la nacionalidad, el artículo 46 CE, apartado 1, permite justificarla por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Cuando no existe tal discriminación, las restricciones también 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.¹³ Las razones invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de 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.¹⁴

Esquema del análisis

35. Según jurisprudencia reiterada, constituye una restricción en el sentido del artículo 43 CE cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda

37. Por consiguiente, incumbe a la Comisión la prueba de la existencia y, en su caso, del carácter discriminatorio de la restricción que

11 — Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de junio de 2010, Comisión/España (C-211/08, Rec. p. I-5267), apartado 32.

12 — Véase, como ejemplo reciente, la sentencia de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez (C-570/07 y C-571/07, Rec. p. I-4629), apartado 53.

13 — Véase asimismo la sentencia Blanco Pérez y Chao Gómez, citada en la nota 12, apartado 61.

14 — Véase, como ejemplo reciente, la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria (C-161/07, Rec. p. I-10671), apartado 36 y la jurisprudencia citada.

alega, pero seguidamente le corresponde al Estado miembro probar la existencia de una justificación para esa restricción.

38. La principal alegación de la Comisión es que las medidas identificadas originan restricciones que son indirectamente discriminatorias y no están justificadas por ninguna de las razones enunciadas en el artículo 46 CE, apartado 1. España admite que las medidas restringen en cierto modo la libertad de establecimiento, pero alega que no implican discriminación alguna, ni siquiera indirecta, por razón de la nacionalidad; antes bien, están justificadas por diversas exigencias relativas al interés general –protección de los consumidores, protección del medio ambiente y ordenación del territorio y urbanismo– y son adecuadas y proporcionadas para responder a esas exigencias. La Comisión no acepta tales justificaciones, ni aun en la hipótesis de que las medidas no fuesen discriminatorias.

39. Por otra parte, Dinamarca alega que las medidas controvertidas, si no son discriminatorias, no deben considerarse constitutivas de una restricción prohibida de la libertad de establecimiento, a menos que afecten directamente al acceso de los operadores extranjeros al mercado. España se adhiere a esta argumentación.

40. Examinaré, por lo tanto, si las medidas impugnadas son (indirectamente) discriminatorias. En caso de que sean discriminatorias, examinaré si, con arreglo al artículo 46 CE, apartado 1, puede invocarse alguna justificación; y, en caso de que no lo sean, si pueden considerarse excluidas del ámbito de aplicación del artículo 43 CE por no tener suficiente repercusión en el acceso al mercado. Si las medidas no son discriminatorias pero están, no obstante, incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE, examinaré si concurre alguna de las justificaciones admitidas por la jurisprudencia.

41. Ahora bien, para ello es necesario identificar previamente las restricciones por las que la Comisión solicita que se declare el incumplimiento por parte de España de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

Alcance de la declaración que se solicita

42. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que España ha incumplido sus obligaciones «al imponer restricciones al establecimiento de superficies comerciales, resultantes de» cuatro medidas legislativas cuyos textos, tal como han sido presentados ante el Tribunal de Justicia, constan de más de 200 páginas. Es obvio que el Tribunal de Justicia necesita algo más preciso para poder

decidir si, y en qué medida, procede efectuar tal declaración. Una declaración en los términos que propone la Comisión difícilmente respondería a las exigencias de seguridad jurídica, y contribuiría escasamente a proporcionar la claridad que la propia Comisión espera obtener del Tribunal de Justicia.

43. No es fácil extraer mayores precisiones del recurso interpuesto por la Comisión. Sin embargo, sí que aporta una lista de restricciones específicas en su réplica. La lectura de dicha lista, junto con sus referencias al escrito de interposición del recurso, permite identificar las siguientes restricciones que, a juicio de la Comisión, se derivan de la normativa catalana:

- 1) La prohibición de implantar grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios (artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005).
- 2) Los límites de superficie de venta por cada comarca y municipio (artículo 7 del Decreto 379/2006, junto con el PTSEC que figura como anexo 1 del Decreto); concretamente, la Comisión alega que:
 - a) la limitación es particularmente severa en el caso de los hipermercados, no permitiéndose la implantación de nuevos hipermercados en 37 de las 41 comarcas catalanas (PTSEC, anexo 1, punto 2, del Decreto 379/2006);
 - b) en las cuatro comarcas restantes, únicamente se permite la implantación de hipermercados en la medida en que no absorban más del 9 % del consumo de productos de uso cotidiano o el 7 % del consumo de productos de uso no cotidiano (artículo 10, apartado 2, del Decreto 379/2006);
 - c) en esas cuatro comarcas, el límite de superficie es de 23.667 m² en seis municipios (PTSEC, anexo 1, punto 2, del Decreto 379/2006).
- 3) La exigencia de un informe sobre el grado de implantación que es vinculante en caso de ser desfavorable y que debe ser desfavorable siempre que la cuota de mercado exceda de un determinado valor (artículo 8 de la Ley 18/2005 y artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006).

- 4) La falta de precisión de los criterios aplicados (artículo 10 de la Ley 18/2005).¹⁵
- 5) Determinados aspectos procesales, a saber:
- a) el régimen de silencio negativo (artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005);
 - b) la necesidad de recabar la opinión de una comisión consultiva en la que participan competidores de los solicitantes (artículo 11 de la Ley 18/2005 y artículo 26 del Decreto 378/2006);
 - c) la imposición de tasas que no se corresponden con el coste de tramitación (artículo 12 de la Ley 18/2005);
 - d) la excesiva duración del procedimiento (artículo 33 del Decreto 378/2006, en relación con los plazos para la emisión y de vigencia del informe sobre el grado de implantación).
- de los aspectos de la normativa catalana que denuncia la Comisión, y que las restricciones que se alegan fueron impugnadas tanto por afectar a los grandes establecimientos comerciales y no a los establecimientos comerciales medianos –limitación que parece necesaria para defender la alegación de discriminación de la Comisión, basada en la premisa de que los operadores españoles prefieren implantar establecimientos comerciales pequeños y medianos mientras que los operadores de otros Estados miembros utilizan preferentemente grandes establecimientos comerciales– como por no estar justificadas.
45. Por lo que respecta a la normativa nacional (Ley 7/1996), parece cuestión pacífica que la Comisión impugna aquellas disposiciones del artículo 6 de dicha Ley que: a) indican los criterios aplicables a la hora de decidir sobre la concesión de una licencia, en la medida en que tales criterios protegen al comercio existente (artículo 6, apartados 1 a 4); b) exigen la consulta del Tribunal de Defensa de la Competencia acerca de las solicitudes (artículo 6, apartado 2); y c) contemplan la creación de comisiones para informar sobre la implantación de grandes establecimientos comerciales (artículo 6, apartado 5).

44. En la vista, al ser preguntado por el Tribunal de Justicia, el agente de la Comisión confirmó que ésta era una lista exhaustiva

15 — La Comisión se opone específicamente a las «condiciones que conforman la seguridad de 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».

46. Debe señalarse, no obstante, que el Gobierno español niega la aplicabilidad del artículo 6, apartados 3 a 5, en Cataluña.

¿Existe discriminación indirecta por razón de la nacionalidad?

Diferencia de trato entre los grandes establecimientos comerciales y los demás establecimientos

47. La Comisión no pretende alegar, y a todas luces no podría hacerlo, que las disposiciones impugnadas constituyan una discriminación directa por establecer una diferencia de trato entre los operadores españoles y los de los demás Estados miembros. Su argumentación consiste más bien en sostener que tales disposiciones, pese a su aparente neutralidad, colocan en realidad a los operadores de otros Estados miembros en una posición de notable desventaja frente a los operadores españoles.

48. Este argumento se basa en una doble premisa: en primer lugar, que existe una diferencia de trato entre los grandes establecimientos comerciales y los demás establecimientos comerciales (medianos y pequeños); y, en segundo lugar, que dicha diferencia de trato beneficia a los operadores españoles (en particular, a los catalanes), que prefieren los establecimientos de menor tamaño, y perjudica a los operadores de otros Estados miembros, que prefieren los grandes establecimientos.

49. La primera premisa parece ser válida únicamente para una pequeña parte de las medidas que la Comisión critica; la segunda no parece contar con el debido respaldo probatorio.

50. En primer lugar, por lo que respecta a la falta de precisión de los criterios y al régimen de silencio negativo, mencionados en los números 4 y 5, letra a), del punto 43, se deduce claramente del propio tenor de las disposiciones a que se hace referencia (por una parte, el artículo 10, y, por otra parte, los artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005) que se aplican tanto a las licencias de la Generalidad como a las licencias municipales, y por consiguiente, tanto a los grandes establecimientos comerciales como a los establecimientos comerciales medianos.

51. En segundo lugar, en cuanto a la alegación enunciada en el número 5, letra c), del apartado 43, de que las tasas no se corresponden con el coste de tramitación, el artículo 12 de la Ley 18/2005 *exige* la imposición de tasas para la tramitación de la licencia por la Generalidad (para los grandes establecimientos comerciales) y *autoriza* la imposición de tasas por los ayuntamientos (para los establecimientos comerciales medianos). Las alegaciones de la Comisión se refieren únicamente a las tasas impuestas por la Generalidad, pero dicha institución no ha facilitado indicación alguna acerca de la imposición de tasas por los ayuntamientos, por lo que no es posible establecer una comparación.

52. En tercer lugar, el requisito de elaboración de un informe sobre el grado de implantación y los plazos de tramitación que

supuestamente lleva aparejados, enunciados en los números 3 y 5, letra d), del punto 43, respectivamente, se aplica tanto a los grandes establecimientos comerciales como a los establecimientos comerciales medianos. Sin embargo, las pequeñas y medianas *empresas* están exentas de este requisito. Por consiguiente, el requisito y los plazos que eventualmente lleve aparejados se aplicarán a las grandes empresas que deseen implantar grandes establecimientos comerciales o establecimientos comerciales medianos, pero no a las demás empresas, cualquiera que sea el tamaño del establecimiento que deseen implantar (y debe recordarse que la definición de «grandes» y «medianos» depende de la población del municipio de que se trate).

53. Por lo tanto, ninguna de las medidas anteriormente citadas es relevante a efectos de la alegación de la Comisión de que las restricciones son discriminatorias.

54. En cambio, las imputaciones específicas mencionadas en el número 2, letras a), b) y c), del punto 43 afectan exclusivamente a los hipermercados (que son un tipo de grandes establecimientos comerciales) y a ninguna otra categoría.¹⁶ Las restantes restricciones que supuestamente se derivan de la normativa catalana –la prohibición de implantar grandes establecimientos comerciales fuera de la

trama urbana consolidada de un número limitado de municipios y la necesidad de recabar la opinión de una comisión consultiva en la que participan competidores de los solicitantes, enunciadas en los números 1 y 5, letra b), respectivamente, del punto 43– se aplican a todo tipo de grandes establecimientos comerciales y únicamente a éstos, del mismo modo que las restricciones que supuestamente se derivan del artículo 6 de la Ley 7/1996 (la normativa nacional).

55. Por consiguiente, sólo estos aspectos son relevantes a efectos de la alegación de la Comisión.

Diferencia de preferencia entre los operadores españoles y los de otros Estados miembros

56. A menos que sea cierto que los operadores españoles (en particular, los catalanes) prefieren implantar establecimientos comerciales de menor tamaño, mientras que los operadores de otros Estados miembros prefieren los establecimientos grandes, las medidas controvertidas no pueden discriminar a estos últimos, cualquiera que sea la diferencia entre las restricciones impuestas a la implantación de grandes establecimientos

16 — Las limitaciones se aplican también en general a los establecimientos comerciales medianos del sector alimentario y a todos los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 1.000 m² dedicados esencialmente a la venta de aparatos electrodomésticos y electrónica de consumo, de artículos y complementos deportivos, de equipamiento de la persona y los dedicados a la venta de artículos de ocio y cultura. Por lo tanto, únicamente las imputaciones específicas mencionadas en las letras a), b) y c) pueden ser relevantes a efectos de la alegación de discriminación.

comerciales y las impuestas a la implantación de otros establecimientos.

(multiplicándola por entre 4,5 y 10)¹⁸ la de establecimientos más grandes.

57. La única prueba presentada ante el Tribunal de Justicia de la que podría concluirse si dicha proposición efectivamente es cierta, consiste en dos series de cifras (una de la Comisión, otra del Gobierno español) que desglosan el control de las superficies comerciales en Cataluña entre operadores españoles y no españoles, con respecto a los establecimientos comerciales de: a) más de 2.500 m², y b) menos de 2.500 m². Ambas series de cifras se refieren a distintos años y aparentemente se recabaron de distintas fuentes. Por lo tanto, no puede sorprender que reflejen dos imágenes muy diferentes, aunque ambas muestran que los operadores extranjeros controlaban la mayoría (entre el 53 % y el 68 %) de la superficie de venta de los establecimientos de mayor tamaño y los operadores españoles la mayoría (entre el 72 % y el 92 %) de la superficie de venta de los establecimientos más pequeños.¹⁷ Asimismo, ambas muestran que la superficie total de establecimientos de menos de 2.500 m² supera con creces

58. Tales cifras concuerdan indudablemente con la afirmación de la Comisión de que los operadores de otros Estados miembros prefieren los establecimientos comerciales más grandes, y los españoles los de menor tamaño. Sin embargo, a mi juicio, no proporcionan prueba alguna de la veracidad de esta afirmación. Como mucho, reflejan una amplia correlación estadística —que, por otra parte, pierde en buena medida su relevancia en el contexto del recurso de la Comisión, si se tiene en cuenta que, de los municipios relacionados en el PTSEC, sólo uno (aparte de Barcelona) tiene una población de más de 240.000 habitantes y más de la mitad tienen una población de menos de 10.000, de modo que la categoría de «grandes establecimientos comerciales» a la que se aplican las disposiciones impugnadas por la Comisión incluye un número indeterminado de establecimientos con una superficie de venta de entre 800 m² y 2.500 m²,¹⁹ segmento con respecto al cual no se ha proporcionado al Tribunal de Justicia indicación alguna ni del número de establecimientos existentes ni del

17 — Las cifras presentadas por la Comisión (cuya exactitud cuestiona el Gobierno español) muestran que, en 2002, los operadores extranjeros controlaban aproximadamente el 54 % de la superficie de venta de los establecimientos de mayor tamaño y el 14 % de los más pequeños, y que, en 2007, mientras la cifra correspondiente a los establecimientos de mayor tamaño se mantuvo más o menos estable, la correspondiente a los establecimientos más pequeños se redujo hasta el 8 %. Las cifras del Gobierno español, relativas a 2008, muestran que los operadores extranjeros controlan aproximadamente el 68 % de la superficie de venta de los establecimientos de mayor tamaño y el 28 % de los más pequeños.

18 — La amplia diferencia existente entre ambos coeficientes se debe en buena medida a que las cifras del Gobierno español relativas a los establecimientos de menos de 2.500 m² son significativamente inferiores a las aportadas por la Comisión.

19 — Véase el cuadro en el punto 11 *supra*. La relevancia del umbral de 2.500 m² se ve asimismo disminuida por las diversas excepciones expuestas en los puntos 12, 13 y 23.

desglose entre control español y no español.²⁰ Por lo tanto, cualquier conclusión provisional que pudiera extraerse de las cifras facilitadas debería ser respaldada con sólidas pruebas de otra índole para dotar de fundamento al recurso de la Comisión, y probablemente sería aplicable principalmente a los hipermercados, no a todos los grandes establecimientos comerciales a los que afectan las disposiciones impugnadas.

60. Es cierto que el Gobierno español no ha rebatido con contundencia esta premisa, si bien alega, aportando algunas pruebas, que diversos operadores que no son españoles se han decantado siempre, o están empezando a decantarse, por los establecimientos más pequeños. En cualquier caso, corresponde a la Comisión demostrar sus alegaciones y considero que, en esta cuestión tan fundamental, está muy lejos de haberlo hecho.

61. Por consiguiente, en la medida en que la imputación de la Comisión se base en la alegación de que las medidas controvertidas son discriminatorias por razón de la nacionalidad, debe ser desestimada.

59. Tales pruebas adicionales no se han presentado. Lo más aproximado a una explicación del supuesto nexo causal subyacente en la correlación estadística que ha facilitado la Comisión fue su sugerencia —en la vista, en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia— de que los operadores extranjeros preferirían naturalmente implantar establecimientos de mayores dimensiones con el fin de realizar las economías de escala necesarias para optimizar sus posibilidades de introducirse con éxito en un nuevo territorio. Pero este razonamiento —aunque resulte verosímil— se refiere a la entrada en un nuevo mercado distante del lugar de origen del operador, más que a la nacionalidad de éste,²¹ y, por lo tanto, sólo sustenta parcialmente la premisa básica de la Comisión.

62. No obstante, aun las medidas no discriminatorias pueden estar prohibidas por el artículo 43 CE, por lo que seguidamente examinaré si las medidas controvertidas están incluidas en el ámbito de aplicación de dicho artículo.

¿Están incluidas las disposiciones impugnadas en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE?

20 — Como tampoco se ha proporcionado al Tribunal de Justicia, con respecto a ninguna categoría de establecimientos, un desglose en función de la participación en el capital de los operadores comerciales en cuestión.

21 — Podría muy bien aplicarse con mayor fundamento, por ejemplo, a un operador de Huelva, en el suroeste de España (y a más de 1.000 km de Barcelona) que a uno de Perpignan, en el sur de Francia (a menos de 200 km de Barcelona), si ambos pretendiesen introducirse en el mercado catalán.

63. El artículo 43 CE prohíbe cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo

el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado.²² El Tribunal de Justicia nunca ha matizado esta prohibición enunciando un criterio *de minimis*, un umbral de efectos por debajo del cual una medida quede excluida de su ámbito de aplicación.

64. Sin embargo, el Gobierno danés (cuyas normas, según él mismo afirma, pueden tener puntos en común con las disposiciones españolas controvertidas) alega que una normativa nacional (como la legislación urbanística) que regula las condiciones del mercado para la totalidad de las empresas y se aplica indistintamente a todos los operadores, con independencia de su nacionalidad, únicamente está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 43 CE si afecta directamente al acceso al mercado de los operadores extranjeros. Según dicho Gobierno, no debería considerarse automáticamente que la exigencia de una autorización previa para la implantación de grandes establecimientos comerciales produzca tal efecto. El Gobierno danés expone cuatro alegaciones a las que el Gobierno español se adhiere.

65. En primer lugar, la jurisprudencia subraya que las restricciones del acceso al mercado deben ser significativas para estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 43 CE. En el asunto CaixaBank France,²³ el Tribunal aludió a un obstáculo

«importante» para «competir de forma más eficaz» o adoptar «uno de los métodos más eficaces» para competir. En el asunto Comisión/Italia,²⁴ habló de «injerencia sustancial» o de «importantes cargas adicionales», y de una necesidad de «replantearse» su política y su estrategia comerciales, «ampliando considerablemente» el espectro de su oferta de servicios, acarreando «adaptaciones y costes de tal magnitud» que afectasen al acceso al mercado. Bien es cierto que otras sentencias no se pronuncian en términos tan estrictos,²⁵ pero puede que ello obedezca a sus circunstancias particulares. Por otra parte, en su jurisprudencia anterior el Tribunal de Justicia consideró que las medidas de regulación general del mercado no estaban comprendidas dentro del ámbito del artículo 43 CE (entonces artículo 52 del Tratado CEE).²⁶

66. En segundo lugar, las medidas nacionales que tienen un efecto demasiado aleatorio e indirecto sobre una libertad fundamental no están comprendidas en el ámbito de las prohibiciones establecidas por el Tratado.²⁷

22 — Sentencia Blanco Pérez y Chao Gómez, citada en la nota 12, apartado 53.

23 — Sentencia de 5 de octubre de 2004 (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartados 12 a 14.

24 — Sentencia de 28 de abril de 2009 (C-518/06, Rec. p. I-3491), apartados 66 a 70.

25 — Sentencias de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia (C-439/99, Rec. p. I-305); de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia (C-531/06, Rec. p. I-4103); y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721).

26 — Sentencia de 12 de febrero de 1987, Comisión/Bélgica (221/85, Rec. p. 719).

27 — Sentencias de 20 de julio de 1996, Semeraro Casa Uno y otros (C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94; Rec. p. I-2975), apartado 32, y de 27 de enero de 2000, Graf (C-190/98, Rec. p. I-493), apartado 25.

67. En tercer lugar, desde un punto de vista lógico y teleológico, es preciso que exista un umbral por debajo del cual una medida nacional no se considere una restricción de la libertad de establecimiento.²⁸ De lo contrario, incluso a las regulaciones de mínima importancia les resultaría aplicable el artículo 43 CE.

68. En cuarto lugar, este enfoque del artículo 43 CE se correspondería con el enfoque del Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de mercancías, en particular en lo que respecta a «ciertas modalidades de venta».²⁹ Un enfoque similar se ha adoptado en relación con el uso de productos.³⁰ Si la regulación general de las condiciones del mercado por parte de los Estados miembros únicamente está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 28 CE (actualmente, artículo 34 TFUE) cuando tiene un efecto directo sobre el acceso al mercado, no debería adoptarse un enfoque más amplio en lo que respecta al artículo 43 CE.

69. Aunque puedo comprender la solidez de algunos de estos argumentos, no estoy convencida de que puedan conducir, en el caso de autos, a excluir que las medidas controvertidas se consideren a la luz del artículo 43 CE.

70. Como señala la Comisión, todo sistema de autorización previa para la apertura de establecimientos comerciales tiene, por definición, un efecto *directo* en la libertad de establecimiento de los operadores, y esto es aplicable a cualquier obstáculo que forme parte del procedimiento de autorización. De ello se desprende que, si hubiese de aplicarse al artículo 43 CE una regla *de minimis* para excluir medidas como las que son objeto del presente procedimiento, no podría estar formulada en los términos que propone el Gobierno danés.

71. En cuanto a si los requisitos y limitaciones en el caso de autos son reales y sustanciales, y si su efecto sobre los operadores puede considerarse aleatorio o insignificante, es cierto que tales requisitos y limitaciones no pueden ponerse todos ellos en pie de igualdad.

28 — Conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto en que recayó la sentencia CaixaBank France, citada en la nota 23, punto 58.

29 — Sentencias de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartados 16 y 17; de 29 de junio de 1995, Comisión/Grecia (C-391/92, Rec. p. I-1621), apartado 13, y de 2 de junio de 1994, Punto Casa y PPV (C-69/93 y C-258/93, Rec. p. I-2355), apartado 12.

30 — Sentencias de 10 de febrero de 2009, Comisión/Italia (C-110/05, Rec. p. I-519), apartados 56 y 57; de 10 de abril de 2008, Comisión/Portugal (C-265/06, Rec. p. I-2245); y de 4 de junio de 2009, Mickelsson y Roos (C-142/05, Rec. p. I-4273).

72. Los enunciados en los números 1 a 3 del punto 43 –que restringen las localidades en que resulta posible implantar nuevos establecimientos e imponen límites a la superficie de venta que puede autorizarse, así como una cuota de mercado máxima para los solicitantes– son claramente reales, sustanciales y en modo alguno aleatorios.

73. Los enumerados en los números 4 y 5 son acaso más difíciles de calificar, pero en mi opinión todos ellos pueden tener una considerable repercusión negativa en el número de solicitudes presentadas y/o concedidas, ya que:

— La utilización de criterios que no se definen con la claridad suficiente para que pueda determinarse objetivamente si concurren³¹ puede desincentivar las solicitudes, dar lugar a resultados imprevisibles y dificultar la impugnación de una eventual denegación, circunstancias que constituyen todas ellas auténticos obstáculos a la implantación de nuevos establecimientos.

— Un régimen de silencio negativo³² necesariamente da lugar a la denegación de más solicitudes que un régimen de silencio positivo (con arreglo al cual la falta de respuesta a una solicitud dentro de un plazo determinado equivaldría a una aprobación tácita).

31 — Véase el punto 16 *supra*. La Comisión se opone específicamente 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», criterios todos ellos que aparentemente carecen de precisión y pueden dar lugar a una gran aleatoriedad en su aplicación. Sin embargo, España niega la falta de precisión en lo que respecta a los dos primeros requisitos, cuestión de la que me ocuparé más adelante.

32 — Véase el punto 14 *supra*.

— La participación de una comisión consultiva entre cuyos miembros se incluyen operadores ya establecidos en la zona y que es consultada no sólo acerca de las solicitudes de licencia sino también acerca de la designación de las localidades en que pueden implantarse establecimientos³³ es en sí misma susceptible de reducir la implantación de nuevos establecimientos.

— La imposición de tasas que no se corresponden con el coste de tramitación de la solicitud y la excesiva duración de dicha tramitación³⁴ son otros tantos factores materialmente susceptibles de disuadir a los operadores de intentar crear nuevos establecimientos.

74. En la normativa estatal, el requisito de una licencia y el establecimiento de una comisión consultiva duplican los de la normativa catalana, como también lo hacen en buena medida los criterios aplicables.³⁵ Tales criterios, además de carecer de precisión objetiva, van dirigidos a permitir nuevos establecimientos únicamente allí donde no se satisface la demanda existente y no habrá repercusiones sobre el pequeño comercio existente, lo que en ambos casos es susceptible de

33 — Véase el punto 17 *supra*.

34 — Suponiendo que dichas alegaciones hayan quedado probadas; más adelante examinaré la cuestión de si las tasas impuestas y la duración del procedimiento son apropiadas y proporcionadas.

35 — Véanse los puntos 7 a 9 y 45.

restringir significativamente la apertura de nuevos establecimientos comerciales grandes o medianos.

y 45 *supra*) pueden estar justificadas, como alega España, en el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las restricciones de la libertad de establecimiento que no son discriminatorias.

75. Así pues, aunque comparto la opinión de que el artículo 43 CE no debería aplicarse a los efectos regulatorios insignificantes, y de que sería deseable que el Tribunal de Justicia adoptase un enfoque explícitamente coherente, siguiendo la orientación jurisprudencial de su sentencia Keck y Mithouard, antes citada, con respecto a todas las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, no creo que estas consideraciones puedan afectar a la relevancia del artículo 43 CE en el presente caso.

76. Por lo que respecta a la alegación de que, en determinadas sentencias, el Tribunal de Justicia subrayó la gravedad de una injerencia concreta en la libertad de establecimiento, esta circunstancia no significa que haya erigido la existencia de una injerencia grave en requisito de aplicabilidad del artículo 43 CE, particularmente cuando no ha subrayado este aspecto sistemáticamente, ni puede deducirse tal conclusión del tenor de las sentencias citadas. Por otra parte, de las alegaciones de la Comisión se desprende, a mi entender, que la supuesta injerencia en la libertad de establecimiento puede, *prima facie*, ser grave.

77. Por consiguiente, considero necesario examinar si las medidas controvertidas (tal como se han expuesto en los puntos 43

¿Pueden estar justificadas las disposiciones impugnadas?

78. Según reiterada jurisprudencia, una medida restrictiva de alguna de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente puede aceptarse si está justificada por razones imperiosas de interés general, si su aplicación es apta para garantizar la realización del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.³⁶ Examinaré, en primer lugar, si los objetivos que España pretende alcanzar son, desde ese punto de vista, legítimos; y, en segundo lugar, si las medidas controvertidas son adecuadas y proporcionadas.

¿Son los objetivos que persiguen las medidas en cuestión «razones imperiosas de interés general»?

79. El Gobierno español afirma que las medidas persiguen los objetivos de: a) protección del medio ambiente y coherente ordenación del territorio y urbanismo, y b) protección

³⁶ — Véase, por ejemplo, la sentencia Blanco Pérez y Chao Gómez, citada en la nota 12, apartado 61.

de los consumidores, que son ambos objetivos reconocidos como de interés general. La Comisión, por su parte, citando el artículo 6 de la Ley 7/1996, insiste en que su verdadero objetivo consiste en proteger al pequeño comercio, un objetivo de carácter económico que no puede justificar una restricción de la libertad de establecimiento.

refieren a las repercusiones sobre el comercio local existente.

80. El Tribunal de Justicia ha admitido efectivamente que los tipos de objetivos citados por el Gobierno español pueden justificar una restricción de las libertades fundamentales;³⁷ no así los objetivos de carácter puramente económico.³⁸ Por consiguiente, el artículo 43 CE prohíbe automáticamente cualquier restricción que persiga exclusivamente tales objetivos económicos.

82. Mientras que la restricción relativa a la cuota de mercado tiene su origen únicamente en la normativa catalana, los demás criterios controvertidos se encuentran formulados de forma más explícita en el artículo 6, apartado 4, de la Ley 7/1996,³⁹ en el que se establece expresamente que deberá tenerse en cuenta cualquier impacto negativo en el pequeño comercio existente con anterioridad. España alega, sin embargo, que, por motivos constitucionales y legislativos, el artículo 6, apartados 3 a 5, no es aplicable en Cataluña, y que el recurso de incumplimiento se circunscribe a la normativa aplicable en dicha Comunidad Autónoma. Esta alegación ha suscitado un debate bastante intrincado entre las partes acerca de la inclusión de las disposiciones en cuestión en el ámbito del procedimiento.

81. De las restricciones que denuncia la Comisión, únicamente puede considerarse, a mi juicio, que tengan un objetivo puramente económico la cuota de mercado máxima y los criterios aplicables a la concesión de licencias, en la medida en que tales criterios se

83. No creo posible resolver este debate particular que afecta a cuestiones de Derecho constitucional español, en las que el Tribunal de Justicia carece de competencia para pronunciarse. No obstante, la necesidad de tener en cuenta las repercusiones sobre el comercio existente se establece, en términos más generales pero igualmente inequívocos, en el artículo 6, apartado 2, de la Ley 7/1996 (cuya aplicabilidad en Cataluña no se discute) y en

37 — Véanse, como ejemplos recientes: a propósito de la protección del medio ambiente, la sentencia de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group* (C-384/08, Rec. p. I-2055), apartado 50; en relación con la ordenación del territorio y el urbanismo, la sentencia de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius* (C-567/07, Rec. p. I-9021), apartado 29; y, en relación con la protección de los consumidores, la sentencia de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia* (C-260/04, Rec. p. I-7083), apartado 27.

38 — Véase, como ejemplo reciente, la sentencia de 15 de abril de 2010, *CIBA* (C-96/08, Rec. p. I-2911), apartado 48.

39 — Véase el punto 8 *supra*.

el artículo 14, apartado 1, letra b), del Decreto catalán 378/2006.⁴⁰

84. En lo sustancial, España alega que el límite de cuota de mercado y los requisitos relativos a las repercusiones sobre el pequeño comercio existente con anterioridad tienen como finalidad proteger a los consumidores garantizando una competencia más eficaz en términos de precio, calidad y variedad.

85. Sin embargo, los requisitos relativos a la cuota de mercado y a las repercusiones sobre el comercio existente afectan –a diferencia de algunos de los otros requisitos que se refieren explícitamente a la variedad de la oferta– más bien a la estructura del mercado que a la protección de los consumidores. Y, como ha señalado la Comisión, la política de competencia es una materia regulada a escala de la Unión Europea, y el Tribunal de Justicia ha declarado expresamente que objetivos como «el reforzamiento de la estructura competitiva del mercado de que se trate, así como la modernización y el reforzamiento de la eficacia de los medios de producción [...] no pueden constituir una justificación válida de restricciones a la libertad fundamental de que se trate».⁴¹

86. En consecuencia, opino que el artículo 6, apartado 2, de la Ley 7/1996, el artículo 8 de la Ley 18/2005 y el artículo 14, apartado 1,

letra b), del Decreto 378/2006 infringen el artículo 43 CE en la medida en que dichas disposiciones exigen la aplicación de un límite de cuota de mercado y un límite de efectos sobre el comercio existente, más allá de los cuales no podrán crearse nuevos establecimientos comerciales grandes o medianos. Dado que tienen un objetivo puramente económico, no pueden justificarse con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

87. Todas las demás medidas, sin embargo, me parecen aptas para perseguir –cuando menos, parcialmente– alguno de los objetivos legítimos invocados por el Gobierno español, y, por lo tanto, debe examinarse si son apropiadas y proporcionadas.

¿Son las medidas apropiadas para garantizar la consecución del objetivo perseguido, sin ir más allá de lo necesario para ello?

88. Las restantes medidas impugnadas pueden dividirse de la siguiente manera: las restricciones relativas a la ubicación y el tamaño de los nuevos establecimientos; la consulta de a) el Tribunal de Defensa de la Competencia y b) la Comisión consultiva; los criterios aplicados, en la medida en que

40 — Véanse los puntos 7 y 20 *supra*, respectivamente.

41 — Sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731), apartado 52.

carecen de precisión; el régimen de silencio negativo; la imposición de tasas que no se corresponden con los costes y la duración del procedimiento.

89. Si bien es cierto que un Estado miembro que pretenda justificar una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado debe demostrar su carácter apropiado y su proporcionalidad, ello no puede significar, en cuanto al carácter apropiado, que el Estado miembro deba demostrar que, de todas las medidas posibles, esa restricción es la más apropiada para garantizar la consecución del objetivo perseguido, sino simplemente que no es inapropiada para tal fin. Por lo que respecta a la proporcionalidad, sin embargo, es preciso demostrar que no existía ninguna otra medida igualmente efectiva pero menos restrictiva de la libertad en cuestión.

— Restricciones en cuanto a la ubicación y el tamaño de los nuevos establecimientos

90. España alega que, al limitar la ubicación de los grandes establecimientos comerciales a los centros de población (urbanos), donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa catalana 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 los establecimientos mediante

transporte público. Los estudios realizados demuestran —afirma— que las emisiones de CO² se reducen drásticamente cuando los establecimientos comerciales se implantan en los centros urbanos y no en zonas más alejadas de la trama urbana. Por otra parte, si tales consideraciones han de tenerse en cuenta, necesariamente debe ser a través de un procedimiento de autorización previa, y no mediante verificaciones y controles posteriores.

91. Este razonamiento general —y, en particular, el énfasis puesto en la necesidad de medidas *preventivas*, y, por consiguiente, previas, en el marco de la protección del medio ambiente— me resulta convincente y no ha sido en absoluto rebatido por la Comisión en sus escritos. En la vista, ésta se limitó a afirmar que las medidas no eran apropiadas para lograr los objetivos de protección del medio ambiente descritos. Por lo tanto, admito plenamente que las restricciones relativas a la ubicación y al tamaño de los establecimientos son medios apropiados para alcanzar los objetivos concretos de protección del medio ambiente invocados por España.

92. Sin embargo, es evidente que las limitaciones concretas impuestas por las medidas impugnadas son rigurosas y tienen una

repercusión significativa en las oportunidades de implantar nuevos establecimientos comerciales grandes, en particular hipermercados, en Cataluña. No es suficiente que España demuestre que limitaciones de esta naturaleza son apropiadas para garantizar la consecución de objetivos de protección del medio ambiente. Debe asimismo demostrar que las restricciones efectivamente impuestas no van más allá de lo necesario; por ejemplo, esbozando medidas alternativas (menos restrictivas) y explicando por qué no alcanzarían satisfactoriamente el objetivo. No encuentro prueba ni argumento alguno en ese sentido (que no sean meras afirmaciones) en los escritos del Gobierno español y dicho Gobierno tampoco ha presentado tales pruebas o argumentos en la vista.

93. Resulta por lo tanto imposible, a mi juicio, que el Tribunal de Justicia llegue a una conclusión acerca del carácter proporcionado o no de las restricciones en cuanto a tamaño y ubicación contenidas en las disposiciones citadas por la Comisión. Como quiera que la existencia de la restricción ha quedado probada y que, con arreglo a la jurisprudencia,⁴² corresponde al Estado miembro que invoca una excepción demostrar que una restricción de una libertad reconocida en el Tratado no sólo es apropiada, sino también proporcionada para alcanzar un objetivo legítimo, debo concluir que la pretensión de la Comisión en orden a obtener la declaración que solicita es, en este aspecto concreto, fundada.

— Consulta del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la comisión consultiva

94. Por lo que se refiere al Tribunal de Defensa de la Competencia, la Comisión se opone al requisito de su consulta, establecido en el artículo 6, apartado 2, párrafo segundo, de la Ley 7/1996.

95. Dicha institución no ha expuesto argumento alguno para justificar su alegación de que este requisito restringe la libertad de establecimiento, más allá de la afirmación general de que todo procedimiento de autorización previa constituye necesariamente una restricción. Tampoco España ha expuesto ningún argumento concreto para justificar esa posible restricción.

96. En tales circunstancias, y puesto que entiendo que un informe no vinculante no es una medida particularmente restrictiva, sino que, por emanar de un órgano que trata cuestiones de competencia y por establecer un sistema de control previo y no *a posteriori*, es *prima facie* probable que resulte apropiado y proporcionado a las exigencias de la protección de los consumidores, soy de la opinión de que este aspecto del recurso de la Comisión debe ser desestimado.

42 — Véanse el punto 36 *supra* y la nota 14.

97. Por lo que respecta a la comisión consultiva, la Comisión se opone al artículo 6, apartado 5, de la Ley 7/1996, que autoriza a las Comunidades Autónomas a crear comisiones para informar sobre la instalación de grandes establecimientos comerciales; al artículo 11 de la Ley 18/2005, que crea una comisión en Cataluña para informar sobre, entre otras cuestiones, las relativas al otorgamiento de la licencia para grandes establecimientos comerciales y al artículo 26 del Decreto 378/2006, que regula la composición de esta comisión. La objeción concreta de la Comisión consiste en que esta comisión incluye a representantes de los operadores existentes, factor que probablemente la predispondrá en contra de los nuevos operadores que deseen implantar nuevos establecimientos.

98. España niega la aplicabilidad del artículo 6, apartado 5, de la Ley 7/1996 a Cataluña.⁴³ Sin embargo, me parece evidente que, cuando una Comunidad Autónoma ha creado efectivamente una comisión, la existencia de la disposición que la habilita a hacerlo es necesariamente relevante. La interpretación contraria implicaría que la disposición habilitante carecía por completo, desde el inicio, de objeto y efectos.⁴⁴

43 — Véase el punto 82 *supra*.

44 — Debo observar que, en cualquier caso, la Comisión considera esta cuestión irrelevante puesto que, en su opinión, la normativa catalana se inspira en la normativa estatal.

99. ¿Constituyen la comisión consultiva y el requisito de que ésta informe sobre las solicitudes de licencia medios apropiados para alcanzar los objetivos medioambientales, urbanísticos y de protección de los consumidores invocados por España?

100. La comisión consultiva informa no sólo sobre cuestiones relativas a la concesión de licencias por parte de la Generalidad, sino también, en materia urbanística, sobre la designación de las zonas en que pueden implantarse establecimientos comerciales, incluyendo la presentación de propuestas para la modificación del PTSEC, y sobre la delimitación de la «trama urbana consolidada de los municipios».

101. Así pues, determinadas materias sobre las que es consultada, pertenecen claramente al ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio, algunos de cuyos objetivos pueden ser de carácter medioambiental. Por otra parte, de la normativa no se desprende con claridad que las consultas se refieran en modo alguno a cuestiones de protección de los consumidores. Las consideraciones relativas al medio ambiente, al urbanismo y a la ordenación del territorio pueden ser también relevantes a la hora de valorar el otorgamiento de una licencia específica. La existencia de una comisión consultiva compuesta por representantes de los organismos e intereses locales y autonómicos para informar sobre estas materias previamente a la adopción

de una resolución no parece, por lo tanto, inapropiada.

102. La existencia y las funciones de esta comisión tampoco parecen en absoluto desproporcionadas. Como ha puesto de relieve el Gobierno español, su papel es meramente consultivo, y difícilmente puede concebirse una forma menos restrictiva de llevar a cabo un análisis de las diversas cuestiones mencionadas.

103. Ahora bien, ¿es la comisión, tal como está configurada, apropiada para tal fin?

104. La principal alegación de la Comisión consiste en que esta comisión incluye a operadores locales ya existentes, cuyos intereses probablemente impliquen mantener el *statu quo* y limitar la oferta de nuevas oportunidades para los nuevos operadores. Este argumento resulta verosímil, y ha sido admitido anteriormente por el Tribunal de Justicia en circunstancias análogas.⁴⁵

105. España insiste en que sólo una minoría (poco menos de la tercera parte) de los miembros de la comisión representan al comercio local, pero no creo que éste sea el aspecto

relevante. Aun cuando la mayoría representen a las autoridades locales y autonómicas y deba presumirse que asumen sus responsabilidades con imparcialidad, el único interés sectorial representado (y en una proporción significativa) es el comercio local ya existente.

106. Un órgano con esta composición, sin representación de los intereses medioambientales ni de los consumidores, no me parece un instrumento adecuado para perseguir objetivos medioambientales, urbanísticos o de protección de los consumidores. Es probable que sus opiniones estén sistemáticamente condicionadas en favor de los intereses del comercio existente, aunque sólo sea por la nula intervención de los demás intereses cuyos objetivos, según se afirma, persigue la comisión.

107. Por lo tanto, considero que la existencia de la comisión consultiva establecida (con arreglo al artículo 6, apartado 5, de la Ley 7/1996) por el artículo 11 de la Ley 18/2005 y sus funciones, tal como aparecen enunciadas en este último artículo y en el artículo 27 del Decreto 378/2006, pueden estar justificadas en la medida en que pretenden responder a razones imperiosas de interés general, pero que su composición, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de esta última disposición, no es apropiada para alcanzar los objetivos señalados y, por lo tanto, constituye una infracción del artículo 43 CE.

45 — Véase la sentencia de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, citada en la nota 25, apartados 40 y 41; véanse asimismo, para un análisis más exhaustivo, las conclusiones del Abogado General Alber en ese mismo asunto, puntos 163 y ss.

— Falta de precisión de los criterios

amplia y diversa en términos de calidad, cantidad, precio y características» puede considerarse impreciso, sostiene que los otros dos criterios impugnados están suficientemente definidos.

108. La Comisión alega que los criterios establecidos en el artículo 10 de la Ley 18/2005 son imprecisos, haciendo expresa (y exhaustiva) referencia 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».

111. Por lo que respecta al primero de ellos, no puedo compartir esta postura. España se ha limitado a afirmar que la integración del establecimiento en el entorno urbano redundará en la localización del proyecto dentro de la «trama urbana consolidada» (criterio al que la Comisión no parece formular objeciones). Sin embargo, no me parece que ello aporte mayor precisión o definición al criterio.

109. Observo que, a este respecto, la Comisión no se opone a la naturaleza de estos criterios, sino a su falta de precisión, que, según afirma, impide que los solicitantes puedan evaluar con precisión sus posibilidades de obtener una licencia y confiere una excesiva discrecionalidad a las autoridades competentes para otorgarla.

112. En cuanto al segundo, España señala que la «movilidad generada por el proyecto» debe apreciarse expresamente de conformidad con las disposiciones de la Ley catalana 9/2003.⁴⁶ Tras consultar dicha Ley, estimo que, pese a exponer con bastante detalle los principios y objetivos que deben guiar los proyectos que afecten a la movilidad personal y al transporte de mercancías, y los factores que deben tomarse en consideración en toda apreciación, no proporciona indicación alguna en cuanto

110. España, si bien admite que el «derecho de los consumidores a disponer de una oferta

⁴⁶ — Ley 9/2003, de 13 de junio, de la movilidad; en particular, su artículo 18.

a qué criterios o límites concretos determinarán si una licencia comercial debe otorgarse o no. Por lo tanto, parece subsistir aún la falta de precisión que la Comisión alega.

113. Sin embargo, España argumenta asimismo 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. Sostiene que la normativa de la Unión hace uso de esta misma técnica, consistente en establecer criterios aplicables sin especificar límites de los que pueda deducirse *a priori* con exactitud si una solicitud será aprobada o no.

114. Aunque España no ha mencionado ningún ejemplo de tal normativa de la Unión, su afirmación es correcta. Una búsqueda rápida permite encontrar numerosos ejemplos, de los que acaso sea buena muestra la Directiva 98/8/CE.⁴⁷

47 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la comercialización de biocidas (DO L 123, p. 1); véase en particular el anexo VI. Otros ejemplos podrían incluir: la Decisión 97/794/CE de la Comisión, de 12 de noviembre de 1997, por la que se establecen las disposiciones de aplicación de la Directiva 91/496/CEE del Consejo en lo referente a los controles veterinarios de los animales vivos que vayan a importarse de terceros países (DO L 323, p. 31); las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (DO 2000, C 291, p. 1); y el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo (DO L 309, p. 1).

115. Por lo que se refiere a la proporcionalidad, la Comisión cita la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Analir y otros:⁴⁸ «[...] para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. De ahí que la naturaleza y el alcance de las obligaciones de servicio público que vayan a imponerse mediante un régimen de autorización administrativa previa deban precisarse de antemano a las empresas de que se trate».

116. Precisar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de servicio público en la prestación de servicios de cabotaje insular parece un requisito razonable. Sin embargo, a mi entender, en el presente caso (como en la normativa de la Unión antes citada), los tipos de criterios en cuestión no se prestan a tal precisión. Si 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 un establecimiento comercial debe ser autorizado —la Comisión no se opone a su naturaleza, sino únicamente a su falta de precisión—, no

48 — Sentencia de 20 de febrero de 2001 (C-205/99, Rec. p. I-1271), apartado 38.

parece posible establecer *a priori* límites precisos sin introducir un grado de rigidez que probablemente resultase aún más restrictivo de la libertad de establecimiento.

117. Opino, por lo tanto, que los criterios identificados por la Comisión en el artículo 10 de la Ley 18/2005 no son tan imprecisos como para hacerlos inapropiados para alcanzar los objetivos medioambientales, urbanísticos y de protección de los consumidores que España invoca, ni son desproporcionados en orden a alcanzar tales fines.

— El régimen de silencio negativo

118. El régimen de silencio negativo me parece neutro desde el punto de vista de su idoneidad. Si la autoridad competente para otorgar una licencia no adopta una resolución expresa dentro del plazo señalado, una resolución tácita proporciona seguridad jurídica. El que la resolución tácita sea positiva o negativa no me parece que la haga ni más ni menos apropiada para conseguir ninguno de los objetivos que invoca España.

119. Por lo que se refiere a la proporcionalidad, la Comisión alega que un régimen de silencio positivo (en el que la solicitud se tenga por estimada de no adoptarse una resolución denegatoria dentro de un plazo determinado) sería igualmente efectivo pero menos restrictivo de la libertad de establecimiento. También afirma que una resolución negativa tácita no permite a los solicitantes conocer los motivos en que se basa la denegación ni, en consecuencia, impugnarlos.

120. En cuanto al primer punto, me parece que la Comisión está necesariamente en lo cierto, y el Gobierno español no ha formulado ninguna alegación para rebatirla. Debo observar, en efecto, que el artículo 33, apartado 5, del Decreto 378/2006 (que la Comisión reprueba por otros motivos)⁴⁹ establece un régimen de silencio positivo en lo que respecta a la emisión del informe sobre el grado de implantación, demostrando así que este enfoque es perfectamente viable.

121. En cuanto al segundo punto, sin embargo, España ha afirmado, sin ser desmentida, que el régimen de silencio negativo no exime a las autoridades de aportar una motivación,

49 — Véanse los puntos 128 y ss *infra*.

sino que establece una fecha determinada a partir de la cual puede interponerse un recurso. Observo, además, que en la propia normativa interna de la Unión Europea, los artículos 90 y 91 del Estatuto de los Funcionarios aplican el mismo principio de silencio negativo a las peticiones y reclamaciones formuladas por funcionarios, sin privar a dichos funcionarios del derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.

122. Por lo tanto, admito el fundamento de la alegación de la Comisión a este respecto, pero únicamente en la medida en que un régimen de silencio positivo sería igualmente efectivo pero menos restrictivo que un régimen de silencio negativo.

— Tasas

123. La imposición de tasas por la tramitación de solicitudes de licencia parece un medio muy apropiado para garantizar que las solicitudes hayan sido estudiadas con detenimiento y que el necesario control de su conformidad con los objetivos medioambientales, urbanísticos y de protección de los

consumidores no imponga una carga excesiva al contribuyente.

124. No obstante, la Comisión afirma que las tasas impuestas no se corresponden con el coste de la tramitación y son, por lo tanto, desproporcionadas. Cita jurisprudencia en el sentido de que, para no vulnerar una libertad fundamental del Tratado, los costes que implique un procedimiento de autorización previa no deben disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto;⁵⁰ de que los requisitos de inscripción en un registro no deben dar lugar a gastos administrativos desproporcionados;⁵¹ y de que una retribución por un servicio cuyo importe esté totalmente desvinculado del coste de ese servicio o que no se haya calculado en función de dicho coste, sino en función de la totalidad de los costes de funcionamiento y de inversión del departamento encargado de prestar el servicio, constituiría un impuesto.⁵²

125. España, por otro lado, sostiene que las tasas en cuestión se fijan en un determinado

50 — Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 41.

51 — *Ibidem*, apartado 42.

52 — Sentencia de 20 de abril de 1993, Ponente Carni y Cispadana Costruzioni (C-71/91 y C-178/91, Rec. p. I-1915), apartado 42.

importe por metro cuadrado de la superficie de venta proyectada.⁵³ Este importe se calculó inicialmente dividiendo los costes de tramitación generados en 1994 y 1995 por el número de metros cuadrados correspondientes a esos años, y 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. El Gobierno español 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 éstas, y que su importe equivale normalmente, en promedio, a un 0,1 % del coste total del proyecto.

127. Por lo tanto, considero que España ha demostrado suficientemente que las tasas que la Comisión impugna están justificadas.

— Duración del procedimiento

126. Las alegaciones de España a este respecto me resultan, en líneas generales, convincentes. La Comisión no ha rebatido la explicación que ha dado España de su método de cálculo, y creo que dicho método, si bien no ofrece un resultado que refleje los costes reales con total exactitud en cada caso, reflejará no obstante los costes globales con razonable exactitud, y probablemente se desviará poco de los costes reales en cada caso concreto. Admito que una tasa por metro cuadrado es un criterio objetivo, que tiene la ventaja de que permite prever el coste del procedimiento de tramitación con absoluta transparencia. Asimismo, creo poco probable que una tasa cuyo importe equivale, en promedio, al 0,1 % aproximadamente del coste del proyecto disuada a los operadores, aun cuando ese 0,1 % pueda constituir una suma considerable en términos absolutos.

128. La Comisión alega que los dos plazos de seis meses establecidos en los artículos 33, apartado 5, y 33, apartado 7, del Decreto 378/2006 permiten a las autoridades disponer de hasta un año para otorgar una licencia en el caso de los grandes establecimientos comerciales, plazo que resulta excesivo cualquiera que sea el objetivo que se persiga y que probablemente desanime a los solicitantes, aunque dicho plazo sólo sea el máximo posible. España afirma que en realidad las solicitudes se tramitan en un plazo medio de 1,9 meses si se excluyen los trámites adicionales y las interrupciones para la subsanación de falta de documentos, pero que si el plazo total concedido fuese excesivamente corto, la regla del silencio negativo operaría con mayor frecuencia y se desestimarían más solicitudes.

53 — Véase la nota 8.

129. Los plazos de seis meses controvertidos se refieren en realidad a la emisión y la validez del informe sobre el grado de implantación, más que al procedimiento de tramitación de la licencia como tal.

130. El primer plazo implica un régimen de silencio positivo: si no se emite un informe sobre el grado de implantación en sentido desfavorable en el plazo de seis meses, el informe se considera favorable. Encuentro contradictorio, por parte de la Comisión, alegar que un régimen de silencio positivo constituye una restricción desproporcionada de la libertad de establecimiento mientras que ha argumentado con mayor vehemencia todavía que un régimen de silencio negativo constituye precisamente tal restricción cuando se aplica a la licencia comercial municipal o al informe municipal. No es en absoluto inapropiado señalar un plazo máximo para la emisión de un informe (que necesariamente requiere un cierto período de tiempo, pero que no puede extenderse indefinidamente), ni tampoco existe prueba alguna de que un plazo de seis meses no pueda fácilmente integrarse en el programa de un proyecto de gran envergadura.

131. El segundo plazo establece un límite para la validez del informe sobre el grado de implantación. Si dicho límite es capaz de disuadir a los potenciales solicitantes, creo más probable que lo haga por ser demasiado corto que por ser demasiado largo.

132. En consecuencia, opino que el plazo de seis meses establecido en el artículo 33, apartado 5, del Decreto 378/2006 es apropiado y proporcionado en orden a la tramitación de solicitudes, y que el plazo de seis meses establecido en el artículo 33, apartado 7, del mismo Decreto no puede restringir la libertad de establecimiento por su duración. No obstante, al haber llegado ya a la conclusión de que el requisito del informe sobre el grado de implantación, al que estos dos plazos se refieren, es una restricción que no puede justificarse, porque persigue un objetivo económico, tales consideraciones no afectan al resultado final de este procedimiento.

Costas

133. Con arreglo al artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal podrá decidir que cada parte abone sus propias costas. A la luz de las conclusiones a que he llegado anteriormente, considero que procede aplicar esta disposición en el caso de autos. Con arreglo al artículo 69, apartado 4, de ese mismo Reglamento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas.

Conclusión

134. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Declare que 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:
 - Artículo 4, apartado 1, de la Ley catalana 18/2005, en la medida en que prohíbe implantar grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios.
 - Artículos 7 y 10, apartado 2, del Decreto catalán 379/2006, junto con el anexo 1 de dicho Decreto, en la medida en que tales disposiciones limitan la autorización de nuevos hipermercados y exigen que tales hipermercados no absorban más del 9 % del consumo de productos de uso cotidiano o el 7 % del consumo de productos de uso no cotidiano.
 - Artículo 6, apartado 2, de la Ley estatal 7/1996, artículo 8 de la Ley catalana 18/2005 y artículo 14, apartado 1, letra b), del Decreto catalán 378/2006, en la medida en que dichas disposiciones exigen la aplicación de un límite de cuota de mercado y un límite de efectos sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no podrán crearse nuevos establecimientos comerciales grandes o medianos.

- Artículos 6 y 7 de la Ley 18/2005, en la medida en que disponen que una solicitud de licencia se entenderá tácitamente desestimada si no ha sido expresamente estimada dentro de un plazo determinado, y, por consiguiente, restringen más la libertad de establecimiento que un régimen con arreglo al cual una solicitud sea tácitamente estimada si no ha sido expresamente desestimada dentro del referido plazo.

- El artículo 26 del Decreto 378/2006, en la medida en que regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales de tal forma que confiere un peso significativo a los intereses del comercio anteriormente existente, excluyendo a los grupos de interés medioambiental y de protección de los consumidores.

- Desestime el recurso en todo lo demás.

- Condene a la Comisión Europea, al Reino de España y al Reino de Dinamarca a cargar con sus propias costas.