

LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA NOCIÓN DE AYUDA DE ESTADO. A propósito de la STJCE de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00. Decisión prejudicial planteada por el tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), en el litigio Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)¹.

José Antonio Rodríguez Miguez

SUMARIO: I.- PLANTEAMIENTO GENERAL. II.- LA SENTENCIA FERRING: ANTECEDENTES Y DOCTRINA. III.- LA POSICIÓN DE LOS ABOGADOS GENERALES M. PHILIPPE LÉGER Y JACOBS. IV.- COMENTARIO: a.- Derecho de la competencia, servicios públicos y ayudas estatales; b.- Valoración de la Doctrina Ferring. c.- A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL.

No cabe duda de que una de las cuestiones más polémicas y complejas de la regulación de los servicios públicos o, para seguir la terminología que emplea el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Servicios de Interés Económico General (SIEG)², es la relativa a su financiación. En el contexto del Derecho comunitario de la competencia el problema esencial se plantea a propósito de la posible existencia de ayudas de Estado en las aportaciones públicas destinadas a compensación de los costes que el cumplimiento de dichas misiones de interés económico general suponen para las empresas que los desempeñan.

Frente a una línea jurisprudencial prácticamente consolidada, la reciente sentencia de la Sala sexta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00, dictada en respuesta a las cuestiones preju-

1 Agradezco a E. Gippini Fournier, Letrado del TJCE sus valiosas aportaciones para la realización de este trabajo.

2 A propósito de la noción de SIEG la Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa (DOCE C 281, de 26.9.1996, p. 3) señala lo siguiente: “Mencionados en el Tratado en el artículo 90, designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación”. Esta comunicación ha sido reemplazada por una nueva comunicación de la Comisión, bajo el título de *Los servicios de interés general en Europa* (COM (2000) 580 final, de 20.9.2000, publicada en DOCE C 17, de 19.1.2001, p. 4), cuya aprobación se debió al Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000. Resulta de interés también la lectura de la nota de prensa donde se daba cuenta de su aprobación: IP/00/1022, de 20 de septiembre de 2000, bajo el expresivo título de *La Comisión define claramente su política sobre servicios de interés general*. Más recientemente, vid. PONS, J.F.: “Les services d’intérêt économique général dans l’Union Européenne: subsidiarité, contrôle et libéralisation”, París, 8 de octubre de 2001, disponible en la dirección http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_018_fr.pdf (última consulta en junio de 2002).

diciales planteadas por el Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), en el litigio Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), reabre la polémica acerca de la naturaleza de estas aportaciones públicas. Es pronto, sin embargo, para afirmar que estemos en presencia de una nueva línea jurisprudencial frente a la que, por otra parte, ya han surgido posiciones claramente antagónicas, como las que plantean los abogados generales M. PHILIPPE LÉGER³ y JACOBS⁴, en sendos asuntos que todavía se hallan pendientes de resolución por el TJCE⁵.

II. LA SENTENCIA FERRING: ANTECEDENTES Y DOCTRINA⁶.

Mediante resolución de 11 de enero de 2000, el Tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (en adelante TASSC) planteó, al amparo del artículo 234 CE (antiguo artículo 177 del Tratado CE)⁷, tres cuestiones prejudiciales acerca de la interpretación de los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE), 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 2) y 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE).

Estas cuestiones se suscitaron con motivo del recurso interpuesto por la sociedad Ferring SA (en lo sucesivo, Ferring) ante dicho tribunal al objeto de conseguir la devolución de la cantidad que dicha sociedad había abonado a la ACOSS en concepto de gravamen sobre las ventas directas de medicamentos.

Ferring es una sociedad francesa que forma parte de un grupo farmacéutico multinacional, que mediante un sistema de venta directa a las farmacias, distribuye en Francia un medicamento producido en Alemania por otra sociedad de su grupo. Por la realización de esta actividad comercial, Ferring quedó sujeta al gravamen sobre las ventas directas y tuvo que satisfacer por este concepto a ACOSS la cantidad de 40.155 FF.

Al considerar que dicho gravamen era contrario al Derecho comunitario, Ferring interpuso recurso ante el TASSC solicitando la devolución de la cantidad abonada.

Los argumentos esgrimidos por la compañía se basaban, por un lado, en el hecho de que la imposición del citado gravamen únicamente sobre las ventas de los laboratorios farmacéuticos constituía una ayuda de Estado concedida a los mayoristas distribuidores que, al no haber sido oportunamente notificada, incumpliría la obligación establecida en el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 88 apartado 3) y, por otro lado, que la citada medida supondría también un obstáculo a la libre circulación de servicios que contravendría el artículo 59 del Tratado CE (hoy artículo 49 CE):

3 Conclusiones de 19 de marzo de 2002, en el asunto C-280/00. Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH. En especial apartados 73 a 90.

4 Conclusiones de 30 de abril de 2002, en el caso C-126/01. Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. GEMO SA. En especial apartados 117 a 121.

5 Aunque en el presente trabajo nos centraremos principalmente en las aportaciones de la sentencia Ferring, analizaremos también las conclusiones presentadas por los abogados generales en unos casos que todavía se hallan pendientes de resolución definitiva, por lo que no es posible afirmar hoy cuál va a ser la jurisprudencia que se consolide finalmente.

6 Para centrarnos en las aportaciones principales de esta sentencia, únicamente analizaremos las dos primeras cuestiones prejudiciales, omitiendo las referencias a la libre circulación de servicios.

7 A propósito de las cuestiones prejudiciales, vid. la *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, elaborada por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se halla disponible en la página web de la institución en la dirección, <http://europa.eu.int/cj/es/txts/others/txt8.pdf> (última consulta efectuada en junio de 2002).

Por su parte, la ACOSS centró su alegato en la consideración de que el régimen tributario cuestionado por la demandante no constituía una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (hoy artículo 87.1 CE), ya que dicho régimen se hallaba justificado por la naturaleza y la estructura del sistema francés de distribución de los medicamentos. No obstante y con carácter subsidiario, argumentaba que el régimen estaría cubierto por la excepción prevista en el artículo 90, apartado 2, del Tratado (hoy artículo 86.2 CE).

Finalmente y en lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 59 del Tratado CE (hoy artículo 49 CE), ACOSS se limitó a apuntar que esta disposición no era de aplicación en el presente caso, ya que se trata de una situación puramente interna de un Estado miembro que, en cualquier caso, no resultaría contraria a la normativa comunitaria sobre la libre circulación de servicios.

El tribunal francés decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Puede considerarse una ayuda pública en el sentido del artículo 87 (antiguo artículo 92) del Tratado el gravamen creado por el artículo L. 245-6-1 del code de la sécurité sociale?. En caso de respuesta afirmativa, ¿está justificado dicho gravamen por la naturaleza y la estructura del sistema?

2) ¿Son los mayoristas distribuidores empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general, en el sentido del artículo 86, apartado 2, del Tratado (antiguo artículo 90, apartado 2)?. Si el gravamen establecido puede calificarse de ayuda pública, ¿es preciso que deba compensar exclusivamente los costes adicionales causados por las obligaciones impuestas a los mayoristas distribuidores para que resulte aplicable la excepción prevista en el artículo 86, apartado 2?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 49 (antiguo artículo 59) del Tratado en el sentido de que prohíbe una normativa nacional como la que establece la Ley de 19 de diciembre de 1997?»

En su fundamentación jurídica, el Tribunal argumentó del siguiente modo sobre la interpretación del artículo 92 del Tratado CE (hoy artículo 87.1 CE).

“17. (...) la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado no puede deducirse automáticamente de la diferencia de trato de que son objeto las empresas de que se trate. Efectivamente, no existe una ventaja de esta índole si la citada diferencia de trato está justificada por razones relativas a la lógica del sistema (...).

18. (...) procede examinar en primer lugar, (...) si, hecha abstracción de las obligaciones de servicio público previstas por el legislador francés, el hecho de no sujetar a los mayoristas distribuidores al gravamen sobre las ventas directas puede suponer en principio una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado y, en caso afirmativo, deberá examinarse si la calificación de ayuda de este régimen debe quedar excluida en virtud de las obligaciones concretas de servicio público impuestas a los mayoristas distribuidores por el sistema francés de abastecimiento de medicamentos a las oficinas de farmacia.

(...)

20. (...) parece que la no sujeción de los mayoristas distribuidores al gravamen sobre las ventas directas, destinado a financiar la Caisse nationale d'assurance maladie, supone concederles una exención fiscal. De esta forma, las autoridades francesas han renunciado en la práctica, en beneficio de los mayoristas distri-

buidores, a percibir unos ingresos fiscales y, en consecuencia, les han concedido una ventaja económica. Por lo tanto, es forzoso reconocer que la citada ventaja ha sido concedida mediante fondos públicos y ha reforzado la posición de los mayoristas distribuidores frente a sus competidores en relación con el otro circuito de distribución de medicamentos.

21. (...) puesto que los mercados farmacéuticos se caracterizan por la presencia de un gran número de empresas multinacionales que distribuyen sus productos en los Estados miembros, no cabe duda de que una medida como el gravamen sobre las ventas directas puede influir en las corrientes de intercambios entre éstos.

22. Habida cuenta de todo lo anterior, debe reconocerse que, abstracción hecha de las obligaciones de servicio público previstas por el legislador francés, el gravamen sobre las ventas directas puede constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, en la medida en que no se aplica a los mayoristas distribuidores.

23. Debe examinarse, sin embargo, si ha de excluirse la calificación de ayuda de este régimen en razón de las obligaciones concretas de servicio público impuestas a los mayoristas distribuidores por el sistema francés de abastecimiento de medicamentos a las oficinas de farmacia.

24. Es útil recordar que la normativa francesa impone tan sólo a los mayoristas distribuidores la obligación de disponer permanentemente de un surtido de medicamentos que pueda responder a las necesidades de un territorio geográficamente determinado y garantizar el suministro de los medicamentos solicitados en plazos muy breves, en cualquier punto de este territorio, de forma que se garantice en todo momento un abastecimiento de medicamentos al conjunto de la población.

25. Pues bien, el cumplimiento de tales obligaciones supone, para los mayoristas distribuidores, un coste adicional que los laboratorios farmacéuticos no tienen que soportar.

26. Debe recordarse, a este respecto, lo que el Tribunal de Justicia declaró en relación con una indemnización prevista por la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados (...⁸). La citada indemnización, financiada sobre la base del principio de quien contamina paga, llegado el caso mediante un canon percibido sobre los productos transformados en aceites usados o sobre los aceites usados, y que no sobrepasara los costes anuales y reales, podía concederse a las empresas de recogida y/o de eliminación de aceites usados como contrapartida de sus obligaciones de recogida y de eliminación de los productos ofrecidos por los poseedores. El Tribunal de Justicia declaró que una indemnización de este tipo no constituye una ayuda en el sentido de los artículos 92 y siguientes del Tratado, sino un precio que representa la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas de recogida o de eliminación (...⁹).

27. De forma similar, siempre que el gravamen sobre las ventas directas a que están sujetos los laboratorios farmacéuticos corresponda a los costes adicionales realmente soportados por los mayoristas distribuidores para el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, la no sujeción de estos últimos al gra-

8 DOCE L 194, de 25.07.1975, p. 23; EE 15/01, p. 91.

9 STJCE de 7 de febrero de 1985, ADBHU, 240/83, Rec. p. 531, apartado 18.

vamen citado puede considerarse la contrapartida de las prestaciones realizadas y, por lo tanto, una medida que no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado. Por lo demás, cuando se cumple este requisito de equivalencia entre la exención concedida y los costes adicionales, los mayoristas distribuidores no disfrutaban, en realidad, de una ventaja en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, ya que el único efecto de la medida de que se trata es colocar a éstos y a los laboratorios farmacéuticos en unas condiciones de competencia comparables.

28. En el caso de autos, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si se cumple el citado requisito”.

Sobre la interpretación del artículo 90, apartado 2, del Tratado CE (hoy artículo 86.2 CE):

“30. En el supuesto de que la ventaja que los mayoristas distribuidores extraen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos superara los costes adicionales que tales mayoristas soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide si la citada ventaja está cubierta por el artículo 90, apartado 2, del Tratado.

31. Según el artículo 90, apartado 2, del Tratado, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del Tratado, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

32. (...) si se demuestra que los mayoristas distribuidores obtienen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos una ventaja que sobrepasa los costes adicionales que soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional, la citada ventaja, en la parte que sobrepase tales costes, no puede considerarse necesaria, en ningún caso, para permitir a los citados operadores desempeñar su misión concreta.

33. Procede, pues, responder que el artículo 90, apartado 2, del Tratado debe interpretarse en el sentido de que no cubre una ventaja fiscal de la que disfrutaban determinadas empresas encargadas de la gestión de un servicio público, como las consideradas en el litigio principal, en la medida en que tal ventaja sobrepase los costes adicionales del servicio público”.

De acuerdo con la citada argumentación, el Tribunal resolvió responder al órgano jurisdiccional requirente en los siguientes términos:

“1) El artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que una medida como la prevista en el artículo 12 de la Ley n. 97-1164, de 19 de diciembre de 1997, de financiación de la seguridad social para 1998, en la medida en que grava únicamente las ventas directas de medicamentos realizadas por los laboratorios farmacéuticos, tan sólo constituye una ayuda de Estado a los mayoristas distribuidores si la ventaja que éstos obtienen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos sobrepasa los costes adicionales que tales mayoristas soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional.

2) El artículo 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 2) debe interpretarse en el sentido de que no cubre una ventaja fiscal de la que disfrutaran determinadas empresas encargadas de la gestión de un servicio público, como las consideradas en el litigio principal, en la medida en que tal ventaja sobrepase los gastos adicionales del servicio público.

3) El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49/CE, tras su modificación) no puede aplicarse a una situación, como la que es objeto del asunto principal, que no está vinculada a una prestación de servicios⁷.

III.- LA POSICIÓN DE LOS ABOGADOS GENERALES M. PHILIPPE LÉGER Y JACOBS.

Frente a la postura mantenida por la Sala sexta del TJCE en el asunto Ferring, las opiniones de dos abogados generales hechas públicas con posterioridad en asuntos en los que se planteaban cuestiones análogas, manifiestan de forma explícita su disenso con la doctrina que de ella deriva.

En el primero de los asuntos (Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH) se plantea la posible existencia de ayudas estatales en las subvenciones conferidas a las empresas de transporte que explotan un servicio público de transporte local de viajeros.

Para el Abogado General LÉGER, la jurisprudencia derivada de la sentencia Ferring debe ser rechazada porque arruinaría (*bouleverser*) la estructura y la economía de las disposiciones del Tratado CE en materia de ayudas estatales¹⁰ en la medida en que su errónea interpretación privaría de gran parte de su utilidad a los artículos 90, apartado 2, y 77 del Tratado CE (hoy artículos 90 y 73 CE) y no ofrecería un marco adecuado para controlar las ayudas otorgadas a las empresas encargadas de la gestión de SIEG.

La citada sentencia incurriría en el error básico de confundir la calificación de una medida como ayuda estatal con la justificación concreta de su otorgamiento. Debe partirse, por el contrario, del hecho de que la noción de ayuda estatal es, como ya apuntó la jurisprudencia¹¹, una noción objetiva, cuya eventual finalidad concreta debe ser examinada en una fase ulterior, destinada a valorar la posible aplicación de una de las posibles excepciones a la regla general de incompatibilidad de las ayudas estatales¹². Por otra parte, la interpretación realizada por esta sentencia privaría al artículo 90.2 del Tratado CE (hoy artículo 86.2 CE), que es la norma esencial que trata de conciliar el conflicto de intereses que late tras la concesión de derechos especiales o exclusivos, de gran parte de su utilidad¹³, ya que de acuerdo con la jurisprudencia Ferring, si el importe de las compensaciones es inferior a las cargas impuestas sería inaplicable porque la aportación escaparía a la prohibición del artículo 87.1 CE; mientras que, en el caso de que su importe fuera superior, la parte de la ayuda que excediese de dichas cargas quedaría igualmente fuera de la derogación que formula el apartado 2 del artículo 86 CE¹⁴.

10 Conclusiones cit., apartado 73 y ss.

11 STPI de 10 de mayo de 2000, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125.

12 Conclusiones cit., apartado 77.

13 Conclusiones cit., apartados 79 y ss.

14 Conclusiones cit., apartado 82.

De acuerdo con esta jurisprudencia, una medida estatal podría eludir la aplicación del artículo 92.1 del Tratado CE (hoy artículo 87.1 CE) con sólo cumplir dos condiciones: (1) que la legislación nacional imponga obligaciones de servicio público a la empresa beneficiaria y (2) que el montante de la ayuda no sobrepase los costes generados por las obligaciones de servicio público¹⁵. Con ello, el régimen establecido por esta sentencia se caracterizaría por una excesiva flexibilidad (*souplesse*) en relación con el control previsto por el artículo 90.2 del Tratado CE (hoy artículo 86 CE) que no permitiría verificar, conforme a la jurisprudencia¹⁶ si las obligaciones impuestas a las empresas guardan relación suficiente con el objeto del servicio de interés económico general y si están directamente vinculadas a contribuir a la consecución de dicho interés, ni asegurar que dichas obligaciones son específicas de la empresa y se hayan definidas de manera precisa.

Por su parte, el Abogado General JACOBS, en otro asunto en el que se ventilaba una cuestión equivalente¹⁷, formula su disenso a partir de una interesante distinción¹⁸ entre lo que denomina “*approche aide d’Etat*” y “*approche compensatoire*”, a partir de la cual propone abordar la cuestión controvertida distinguiendo dos categorías de casos, atendiendo a la naturaleza del vínculo entre la financiación otorgada y las cargas de interés general impuestas y la claridad con la que éstas se encuentren definidas.

Si las compensaciones están estrictamente calculadas y se ajustan al importe de los costes de unas obligaciones claramente definidas, dicha financiación no debería ser valorada con arreglo a las reglas sobre ayudas estatal; por el contrario, cuando no resulte claro que dichas compensaciones se ajusten a los costes soportados o las obligaciones a que se destinen no estén definidas con claridad, la medida debería enjuiciarse al amparo de las reglas sobre ayudas estatales.

Como también destaca JACOBS²⁰, la opción entre uno u otro enfoque no es una simple cuestión teórica sino que encierra importantes consecuencias prácticas por lo que, tras exponer las ventajas e inconvenientes de uno u otro enfoque²¹, reconoce que ninguna de las interpretaciones planteadas ofrece la solución ideal, por lo que se hace necesario ofrecer una solución única que pueda ser aplicada para cada uno de los casos posibles²².

Así, el elemento clave para analizar la financiación estatal de los SIEG al amparo de artículo 87.1 CE, y el artículo 86.2 CE podría encontrarse partiendo de la distinción entre dos categorías diferentes en función (1) de la relación existente entre la financiación otorgada y las cargas vinculadas a las obligaciones de servicio público impuestas y, (2) de la claridad con la que dichas cargas sean definidas.

15 Conclusiones cit., apartado 88.

16 STJCE de 23 de octubre de 1997. Francia c. Comisión. Asunto C-157/1994, Rec. p. I-5699, apartado 68.

17 En este recurso se analiza la naturaleza de una tasa sobre la recogida de cadáveres de animales y ciertas exenciones a su pago.

18 Conclusiones, cit. en especial apartado 93.

19 Para el Abogado General JACOBS, la jurisprudencia se habría decantado inicialmente por la interpretación compensatoria (la sentencia ADBHU), para con posterioridad inclinarse de manera más decidida y constante por la interpretación “ayuda de Estado”. Con la sentencia Ferring el Tribunal de Justicia retomaría nuevamente la tesis compensatoria. El abogado general añade a las sentencias que de manera habitual se citan como integrantes de esta línea jurisprudencia la Sentencia Banco Exterior de España (STJCE de 15 de marzo de 1994, Banco de Crédito Industrial SA, posteriormente Banco Exterior de España SA c. Ayuntamiento de Valencia, asunto C-387/92, Rec. 1994, p. I-877, apartado 21). Cfr. Conclusiones cit., apartado 99). apartados 93 y ss.

20 Conclusiones, cit., apartado 99. El Abogado General JACOBS recuerda expresamente la opinión coincidente de su colega TIZZANO en el asunto Ferring (Conclusiones apartado 31).

21 Conclusiones cit., apartados 115 y 116.

22 Conclusiones cit., apartados 117 a 121.

De acuerdo con esta distinción la primera categoría comprendería los casos en que las medidas de financiación estén claramente destinadas y sean la justa contrapartida de obligaciones de interés general perfectamente definidas, o en otras palabras, cuando la relación entre, por una parte, la financiación estatal acordada y, de otra parte, las obligaciones de interés general sea directa y manifiesta²³.

COMENTARIO:

Aunque, como ya advertimos al comienzo de este trabajo, es todavía pronto para saber con certeza cuál va a ser la jurisprudencia que se imponga en esta delicada cuestión, cabe efectuar algunas consideraciones sobre la situación planteada en la actualidad.

a.- Derecho de la competencia, servicios públicos y ayudas estatales.

El establecimiento de un régimen de competencia no falseada²⁴ que es uno de los instrumentos básicos sobre los que asienta la construcción europea, supone que tanto los poderes públicos como los operadores económicos privados sujeten su actuación a las reglas de la leal competencia.

El alcance general de esta afirmación de principio se modula, sin embargo, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos, por cuanto si bien el apartado 1 del artículo 86 CE (antiguo artículo 90.1 del Tratado CE) impone a los Estados miembros la obligación general de no adoptar ni mantener ninguna medida contraria a las normas del Tratado, en especial las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, su apartado 2 formula la cautela de que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal sólo quedarán sometidas a las normas del Tratado CE, particularmente a las normas sobre competencia, en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada y siempre que el desarrollo de los intercambios quede afectado en forma contraria al interés de la Comunidad²⁵.

La delimitación concreta del alcance de este estatus singular que el legislador comunitario ha reconocido a estas entidades, ha constituido una tarea primordial de la Comisión que ha empleado las facultades que le confiere el propio Tratado²⁶ para aco-

23 Conclusiones cit., apartado 119. El ejemplo más claro de una relación directa y manifiesta entre la financiación pública y las obligaciones claramente definidas se hallaría en los contratos de servicio público celebrados tras procesos de adjudicación públicos.

24 El artículo 3 CE establece en su apartado 1 que "(p)ara alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior";

25 Téngase en cuenta que el artículo 16 (antiguo artículo 7 D) incorporado por el Tratado de Amsterdam reafirma la singular labor encomendada a estas entidades al señalar que "(s)in perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido".

26 El artículo 86.3 CE señala que "La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas".

meter un intenso proceso de liberalización de los sectores económicos que por razones diversas han permanecido tradicionalmente al margen de la competencia²⁷.

El difícil equilibrio que supone garantizar la prestación de los servicios esenciales en condiciones idóneas y, al mismo tiempo, garantizar el respeto de las reglas de la libre competencia plantea a menudo notables dificultades prácticas²⁸.

Por lo que se refiere al campo de las ayudas estatales, uno de los problemas esenciales surge a la hora de determinar la naturaleza de las indemnizaciones públicas que eventualmente puedan recibir estas entidades para compensar los gastos adicionales derivados de sus obligaciones de servicio público²⁹. Esta cuestión de indudable alcance práctico³⁰, suscita dos interrogantes básicos: si dichas aportaciones pueden o no constituir ayudas de Estado y, en caso afirmativo, cuál sería el alcance de la exención establecida en el artículo 86.2 CE (antiguo artículo 90.2 del Tratado CE).

b.- Valoración de la Doctrina Ferring.

El mérito esencial de la sentencia Ferring radicaría básicamente en acometer de manera directa ambos problemas y tratar de ofrecer una solución unitaria a los problemas que suscita su interpretación conjunta.

La postura que tradicionalmente había defendido la Comisión y que excluía la presencia de ayuda estatal en las compensaciones públicas destinadas a atender las obli-

27 Esta cuestión es considerada por el Profesor Illescas como la tercera rama del Derecho de la competencia a la que denomina como "Derecho de creación de competencia" (ILLESCAS, R.: Prólogo a ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.: *Libre competencia y competencia desleal*, Biblioteca de Derecho de los Negocios, La Ley, Madrid, 2001, p. XVII). En cuanto a los límites y a la aplicación de este concepto en sectores concretos, véase BOTANA AGRA, M.: "La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CE", en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, La Ley, 1994, pp. 349 a 362, FRÜLING, P.: "Le contrôle des aides d'Etat dans le secteur du transport aérien", en *Cahiers de Droit Européen*, nº 3-4, 1997, pp. 275 a 365 y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: "Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 69, enero-marzo, 1998, pp. 81 a 124.

28 Es preciso subrayar que la delimitación del alcance de los servicios de interés económico general (SIEG) y del papel de la Comisión para garantizar su defensa en el marco del respeto a las reglas de la competencia ha sido uno de los elementos esenciales del debate previo a la aprobación del Tratado de Amsterdam y que ha permanecido en gran medida en los que suscitó la aprobación del Tratado de Niza, pendiente aun de su definitiva ratificación. Acerca de esta cuestión y en general de la delimitación de los SIEG vid. por todos BUENDÍA SIERRA, J.L.: "Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence", en *EC Competition Police Newsletter*, nº 3, vol. 2, autum, 1996, pp. 14 a 22 y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia", en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, B-124, junio, 1997, pp. 17 a 21. A propósito de la Conferencia Intergubernamental de Amsterdam (CIG 97) que incorpora el artículo 7.D (hoy artículo 16 CE) y los protocolos relativos a las televisiones públicas, las entidades de crédito de derecho público en Alemania y las regiones ultraperiféricas, véase MIERT, K.V.: "La conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence", en *EC Comp. Pol. News*, nº 2, vol. 3, summer, 1997, pp. 1 a 5, y ROSS, M.: "Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?", en *European Law Review*, nº 25, february, 2000, pp. 22 a 38.

29 No podemos olvidar que el artículo 87.1 CE (antiguo artículo 92.1 del Tratado CE) no define las ayudas estatales sino que se limita a ofrecer lo que RÖBERTI ("Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales", en *L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, nº 6, 20, juin, 1993, Paris, pp. 397 a 411, especialmente p. 399) ha calificado como "hipótesis compleja" cuya aplicación práctica confirma el acentuado casuismo que caracteriza, en general, la legislación *antitrust*.

30 En este sentido se pronuncia con toda claridad el Abogado General TIZZANO en sus Conclusiones (apartado 31) y reitera entre nosotros detallando su alcance RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: "Inexistencia de ayuda de estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público (Sentencia "Ferring" de 22.11.2001)", en *GJCE*, nº 216, noviembre/diciembre, 2001, pp. 90 a 94.

gaciones de servicio público, había encontrado el apoyo explícito del Tribunal de Justicia³¹. Sin embargo, con posterioridad, la jurisprudencia se había inclinado por la tesis contraria³², consagrando la doctrina, que de forma inequívoca formula la sentencia SIC³³ al afirmar que “(e)l hecho de que, (...), la concesión de dichas dotaciones tenga por único objeto compensar los costes adicionales de las obligaciones de servicio público asumidas por RTP no puede excluirlas de la calificación de ayudas con arreglo al artículo 92 del Tratado”.

Este cambio jurisprudencial determinó que la Comisión abandonase finalmente de manera definitiva su posición inicial y reconociese al amparo de aquella jurisprudencia en alguno de sus documentos más recientes³⁴ que “cualquier recurso público transferido a una determinada empresa —incluso cuando cubre costes netos derivados de las obligaciones de servicio público— debe considerarse como una ayuda estatal (en la medida en que se reúnan todas las condiciones para la aplicación del apartado 1 del artículo 87)”.

En este contexto jurídico es en el que se enmarca el reciente y, sin duda polémico³⁵, fallo del Tribunal de Justicia.

Es preciso señalar en este punto que, a pesar de las críticas recibidas, la sentencia Ferring es perfectamente coherente con la jurisprudencia en materia de ayudas estatales que establece como prerequisite imprescindible de su existencia la atribución de una ventaja³⁶; no obstante es posible apreciar que sus redactores no han calculado ade-

31 STJCE de 7 de febrero de 1985. Procureur de la republique c. Association de defense des bruleurs d’huiles usagees (ADBHU). Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de creteil. Asunto 240/83. Rec. 1985 p. 531, apartado 18. Esta sentencia es citada expresamente por el Tribunal de Justicia en el caso Ferring en apoyo de su doctrina (apartado 26).

32 STPI de 27 de febrero de 1997, Fédération Française des Sociétés d’Assurances (FFSA) y otros c. Comisión, asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 170; STPI de 10 de mayo de 2000, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125, apartados 82 a 84 y STJCE de 22 de junio de 2000. República Francesa c. Comisión. Asunto C-332/98. Rec. 2000, p. I-04833, apartado 30 a 33.

33 STPI de 10 de mayo de 2000, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125, apartado 82.

34 Cfr. Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, DOCE C 320, de 15.11.2001, p. 5, apartado 19. En el mismo sentido, el Informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Leiken. Los servicios de interés general, de 17.10.2001. COM (2001) 598 final, apartado 2.1. Para un comentario de este documento, en el que se da cuenta de la sentencia Ferring sin adelantar cuál pueda ser la posición de la Comisión ante su nueva doctrina, vid. ALEXIS, A.: “La Commission contribue à plus de securité juridique pour le financement des Services d’interêt économique général”, en *EC Comp. Pol. News.*, nº 1, february, 2002, pp. 81 a 84.

35 Recuérdese en este punto la viva polémica que suscita todavía hoy la financiación de RTVE y la de las demás cadenas públicas de radiodifusión. La Comisión ha solicitado también información a las autoridades nacionales en relación con la financiación de las compañías de radiotelevisión pública en España, en Italia y en Francia (IP/99/79, de 3 de febrero de 1999); TVE y canales autonómicos (IP/99/82, de 3 de febrero); RAI (IP/99/80, de 3 de febrero de 1999) y, en algunos casos, ha iniciado el procedimiento de investigación formal, como en los casos de la RAI (IP/99/532, de 20 de julio de 1999 y respuesta del Comisario Monti en nombre de la Comisión a la pregunta escrita E-1701/99 de Raffaele Costa (PPE-DE) a la Comisión (DOCE C 203, de 18.7.2000, p. 28) y France 2 y France 3 (IP/99/531, de 20.7.1999).

36 Como oportunamente apuntan KOVAR (“Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d’Etat”, en *Revue Trimenstrale du Droit Commercial*, 45 (1), janvier-mars, 1992, pp. 9 a 157, p. 112) y RODRÍGUEZ CURIEL (“Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia”, en *Economía Industrial*, nº 318, 1997, pp. 97 a 110, p. 88 y notas 5 y 6), es mérito de la jurisprudencia haber delimitado la esencia de la ayuda al identificarla con la noción de ventaja de la que se beneficiaban determinadas empresas o producciones. Este último autor recuerda que en algunas sentencias de los años setenta se incluyó en el concepto de ayuda el carácter gratuito de la ventaja, requisito del que, a su juicio, parece haberse prescindido en la actualidad, de acuerdo con un sector de la doctrina que considera que el criterio más plausible es el de que existirá ayuda si se obtiene un beneficio que no

cuadamente sus consecuencias prácticas. Frente a estas consideraciones, las posturas defendidas por los abogados generales están dotadas, sin duda, de mayores dosis de pragmatismo lo que, sin embargo, no priva a esta sentencia de plena validez.

Es por ello perfectamente coherente que si nos encontramos ante la compensación estricta de los costes específicos que el cumplimiento de las misiones de servicio público les imponen a las empresas, dicha financiación no pueda ser reputada como ayuda estatal, por lo que huelga valorar si concurren o no las condiciones del apartado 1 del artículo 87 CE (antiguo artículo 92.1 del Tratado CE). Así se pronuncia con impecable claridad el Tribunal al afirmar, de acuerdo con su propia doctrina que la noción de “ayuda”, en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE (artículo 87 CE), se centra en la existencia de ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales o que constituyan una carga adicional para el Estado o para los organismos designados o instituidos al efecto³⁷ sin que su existencia pueda deducirse automáticamente de la diferencia de trato de que son objeto las empresas de que se trate, si dicha diferencia resulta justificada por razones relativas a la lógica del sistema³⁸. De ahí la lógica del razonamiento en dos fases planteado por el Abogado general TIZZANO y seguido por la Sala³⁹. Si no hubiese obligaciones de servicio público, la transferencia de recursos públicos conferiría a la empresa beneficiada una ventaja que, de reunir las demás condiciones del apartado 1 del artículo 87 CE (antiguo artículo 92 del Tratado CE) se reputarían, sin duda alguna, como ayudas estatales, en principio incompatibles.

Para la Sala, la medida en cuestión, articulada como una exención fiscal, confiere efectivamente a sus destinatarios (los mayoristas) una ventaja económica que se financia con recursos públicos⁴⁰, que refuerzan su posición frente a sus competidores en los intercambios intracomunitarios, en un sector (distribución de productos farmacéuticos) caracterizado por la presencia de un gran número de empresas multinacionales que distribuyen sus productos en los Estados miembros.

Sin embargo, la obligación que pesa sobre estos mayoristas⁴¹, evaluada en términos económicos supone para ellos un coste adicional que los laboratorios farmacéuticos no tienen que soportar, por lo que la indemnización destinada a compensar un sobre-

se habría alcanzado normalmente, independientemente de la contribución total o parcial de la empresa receptora a la financiación de la medida. Un examen de esta cuestión con abundantes referencias doctrinales puede encontrarse en las Conclusiones del Abogado General JACOBS, de 23 de marzo de 1994, en los asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92 (Reino de España c. Comisión, Rec. 1994, p. I-4103).

37 STJCE de 7 de mayo de 1998, Viscido y otros, asuntos acumulados C-52/97 a C-54/97, Rec. p. I-2629, apartado 13).

38 STPI de 9 de diciembre de 1997, Tiercé Ladbroke c. Comisión, C-353/95 P, Rec. p. I-7007, en particular los apartados 33 y 35).

39 En efecto, el Tribunal, siguiendo el razonamiento del Abogado General TIZZANO, aborda la cuestión controvertida (hay o no ayuda estatal) en dos fases. En una primera examina de manera abstracta y sin tener en cuenta las eventuales obligaciones de servicio público previstas por el legislador francés, si la no sujeción de los mayoristas distribuidores al gravamen sobre las ventas directas puede suponer una ayuda de Estado. En una segunda fase y para el caso de que la respuesta fuera afirmativa (la medida es una ayuda estatal), responder si dicha medida debe quedar excluida al amparo del artículo 90.2 del Tratado CE (artículo 86.2 CE) en virtud de las obligaciones concretas de servicio público impuestas a los mayoristas distribuidores por el sistema francés de abastecimiento de medicamentos a las oficinas de farmacia.

40 Las autoridades fiscales francesas renuncian a un ingreso fiscal que de otro modo deberían percibir.

41 Estos operadores y, sólo ellos, están sujetos a una obligación específica: disponer permanentemente de un surtido de medicamentos que pueda responder a las necesidades de un territorio geográficamente determinado y garantizar el suministro de los medicamentos solicitados en plazos muy breves, en cualquier punto de este territorio, de forma que se garantice en todo momento un abastecimiento de medicamentos al conjunto de la población.

coste, no constituiría una ayuda estatal, sino un precio que representa la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas, de acuerdo con su propia jurisprudencia⁴².

c.- A modo de conclusión.

Las dificultades que sin duda genera esta doctrina para garantizar el control efectivo de la correspondencia entre compensación y costes de servicio público y la adecuada delimitación de estas últimas es una tarea que deben llevar a cabo de manera responsable tanto las autoridades nacionales como las instituciones comunitarias. Es por lo tanto, tarea de la Comisión y, en su caso del Consejo, diseñar mecanismos de control (previos y *a posteriori*), así como ejercitar de manera efectiva aquellos de que ya se dispone.

En este sentido, podemos destacar los instrumentos de control de la Directiva 723/80/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas⁴³ especialmente a partir de su última reforma, llevada a cabo por la Directiva 2000/52/CE, del Consejo, de 26 de julio⁴⁴. Esta Directiva impone también a las empresas públicas⁴⁵ encargadas de la gestión de servicios públicos la obligación de llevar una contabilidad separada de las demás actividades que pueda realizar⁴⁶ y le exige que asignen o distribuyan correctamente todos los ingresos sobre la base de principios de contabilidad de costes aplicados de forma coherente y objetivamente justificables. En la misma línea la Comisión puede ejercitar las facultades de control que respecto de las ayudas ilegales le atribuyen el artículo 88 CE (antiguo artículo 93 del Tratado CE) y su reglamento de desarrollo⁴⁷.

Es muy probable que el Tribunal de Justicia decida finalmente abandonar la Doctrina Ferring en favor de soluciones más *pragmáticas*. Sin embargo no se podrá negar a esta sentencia el mérito de haber reabierto, con todos sus perfiles, una polémica latente de trascendencia fundamental.

42 Cfr. STJCE de 7 de febrero de 1985. Procureur de la republique c. Association de defense des bruleurs d'huiles usagees (ADBHU). Peticion de decision prejudicial planteada por el Tribunal de grande instance de creteil. Asunto 240/83. Rec. 1985 p. 531, apartado 18.

43 DOCE L 195, de 29.7.1980, p. 45.

44 DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75. A propósito de esta reforma, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: "A nova reforma da Directiva sobre transparencia impón a contabilidade separada ás empresas encargadas de servicios de interese económico xeral", en *Boletín de la Fundación Galicia-Europa*, nº 106, xullo-agosto, 2000, pp. 20 y 21. El incumplimiento de las obligaciones establecidas por esta directiva ha llevado a la comisión a abrir procedimientos de infracción contra seis Estados miembros, entre ellos, España. Cfr. IP/02/944, de 27.6.2002

45 Acerca de la noción de empresa pública, vid. el artículo 2 de esta directiva,

46 El objetivo principal que persigue esta obligación es evitar la confusión entre la financiación de las actividades abiertas a la competencia y las sujetas a alguna obligación de servicio público. En relación con esta cuestión, comúnmente denominada con el término anglosajón de "*cross subsidization*", véase HAN-CHER, L./BUENDÍA SIERRA, J.L.: "Cross-Subsidization and EC Law", en *Common Market Law Review*, nº 4, august, 1998, pp. 901 a 945.

47 Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DOCE L 83, de 27.03.1999, p. 1).