

DE NUEVO SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y LAS AYUDAS DE ESTADO.

Comentario de la STJCE de 24 de julio de 2003, Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, asunto C-280/00¹.

José Antonio Rodríguez Miguez

Sumario: 1.- Planteamiento general. 2.- La sentencia Altmark. 2.1.- Antecedentes. 2.2.- Las Conclusiones del Abogado General Léger. 2.3.- Doctrina. 3.- Comentario. 3.1.- La importancia de los SIEG en el marco de la integración europea y su proceso de evolución. 3.2.- Visión general de las relaciones entre Ayudas estatales y servicios públicos. 3.3.- La sentencia Ferring. 3.4.- Las conclusiones del Abogado General Jacobs en el caso GEMO. 4.- Valoración final y perspectivas de futuro.

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

En el número 6 de este Anuario², correspondiente a 2002, tuvimos ya ocasión de detenernos en el análisis del renovado rumbo que parecía tomar la jurisprudencia comunitaria acerca de una cuestión de indudable trascendencia práctica como es la de la financiación de los servicios públicos y su relación, -no siempre pacífica-, con la regulación sobre ayudas estatales contenida en el Tratado de Roma.

En aquella ocasión, el objeto de nuestra atención estaba centrado en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante STJCE), de 22 de noviembre de 2001, en el caso *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*³ en la que se resolvía la cuestión prejudicial planteada por el *Tribunal des affaires de sécurité sociale* de Créteil (Francia), relativa a la interpretación de determinados artículos del Tratado CE⁴.

1 Rec. 2003, p. I-07947.

2 RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: "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)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 6, A Coruña, 2002, pp. 953 a 964. Incluimos también una breve reseña a este caso en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXII, 2001, Santiago de Compostela, 2002, pp. 1569 y 1570.

3 Asunto C-53/00..Rec. p. I-9067.

4 Se trataba, concretamente, de los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE), 90.2 del Tratado CE (actualmente artículo 86.2 CE) y 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE).

El centro del debate se hallaba, como no podía ser de otro modo, en si el pago del gravamen objeto de la controversia, del que estaban exentos los mayoristas distribuidores de productos farmacéuticos que desarrollaban su actividad en el mercado francés, pero no los laboratorios, constituía o no una ayuda estatal de la que se beneficiaban los primeros.

La respuesta que a dicha cuestión dio el Tribunal de Justicia supuso, sin lugar a dudas, una quiebra en la línea jurisprudencial que hasta entonces habían seguido tanto el Tribunal de justicia como el Tribunal de Primera Instancia (en adelante TPI) en casos semejantes, pero que, en realidad, retomaba la posición mantenida por el propio Tribunal de Justicia y la Comisión europea con anterioridad.

La importancia de aquel fallo debe enmarcarse de manera necesaria en el delicado y difícil problema planteado por la financiación pública de las empresas – públicas o privadas –, que asumen la prestación de servicios de interés económico general (en adelante SIEG), máxime cuando ésta resulta casi siempre indispensable para su supervivencia. Si a estos ingredientes sumamos las dificultades que derivan de la liberalización de los sectores en los que estas empresas prestan sus servicios, con la apertura a la competencia de muchas actividades tradicionalmente desempeñadas en régimen de monopolio, no cabe duda que la respuesta del Tribunal, por lógica que resultase, constituyó una verdadera revolución.

En síntesis telegráfica, la tesis mantenida por el Tribunal de Justicia en el caso Ferring viene a rechazar que pueda hablarse de ayudas estatales en la simple compensación por parte de los poderes públicos de los sobrecostes en que incurran las empresas encargadas de la realización de SIEG para la prestación de dichos servicios en las condiciones que le son exigibles.

Junto a dicha sentencia, en aquel comentario, dábamos también cuenta de la posición mantenida por los abogados generales Leger y Jacobs, en asuntos que en aquellos momentos estaban pendientes ante el mismo Tribunal y que ahora, dos años después, ya han sido resueltos.

En aquella ocasión manifestábamos compartir la controvertida tesis del Tribunal de Justicia, aunque mostrábamos nuestras dudas sobre el hecho de que llegara a constituir una verdadera línea jurisprudencial consolidada. Hoy, con todas las salvedades que deben hacerse en estos casos, podemos considerar, no sin cierta satisfacción, que dicha jurisprudencia parece haber hecho fortuna, con las aportaciones, casi siempre enriquecedoras, de los abogados generales.

Resulta evidente que el camino marcado por la sentencia Ferring dejaba abiertas, tal y como vamos a ver en el presente trabajo, importantes incógnitas de carácter práctico, apuntadas en gran medida por los abogados generales⁵, que centraban en ellas sus reservas a la doctrina sentada por el Tribunal, ligadas básicamente a la necesidad de garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses en conflicto, que garantizase que el reconocimiento del derecho a la compensación, al margen del control derivado del régimen de las ayudas estatales, no supusiera en la práctica dar carta blanca a todo tipo de transferencias financieras sin apenas control alguno. Es este, sin duda, el gran mérito

⁵ Sobre este punto, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “La financiación...”, op. cit., pp. 958 a 960.

⁶ La situación anterior a la sentencia Ferring mostraba ya, como tendremos ocasión de ver en este trabajo, un importante giro jurisprudencial respecto a la primera línea mantenida por el Tribunal de Justicia en una única sentencia, la STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de Defense des Bruleurs d’huiles Usagees (ADBHU)*, Asunto C-240/83, Rec. p. 531, apartado 18, contra la que se consolidaría una interpretación claramente expansiva de la noción de ayuda estatal, representada por diversas sentencias anteriores todas ellas a 2001.

de la sentencia Altmark, que supone un paso quizás decisivo, en el camino por garantizar la existencia de servicios de interés general de calidad, dentro del respeto a las reglas de la competencia, que entendemos es el objetivo esencial del artículo 86 CE.

2.- LA SENTENCIA ALTMARK.

La línea marcada por la sentencia Ferring resultaba clara en su formulación abstracta, puesto que entroncaba con la que ya había mantenido el propio Tribunal de Justicia con anterioridad⁶, aunque adolece, al igual que aquélla, de una importante dosis de imprecisión.

La simple afirmación de que la simple compensación de los sobrecostos derivados del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la asunción de misiones calificables como de SIEG no constituían ayuda estatal y, por lo tanto, no debían ser tratada como tal, significaba que la caja de Pandora había vuelto a ser abierta de nuevo y el recelo a que los Estados miembros aprovecharan esta interpretación para financiar a sus empresas prestadoras de SIEG al margen de las reglas de la competencia, era un peligro que hacía especialmente peligrosa esta jurisprudencia, sin las adecuadas dosis de prudencia en su aplicación. A esta tarea se va a aplicar la sentencia Altmark⁷.

2.1.- Antecedentes.

Al igual que en el caso Ferring, el Tribunal de Justicia conoce del asunto en virtud de una cuestión prejudicial que le es planteada al amparo del artículo 234 CE (antiguo artículo 177 del Tratado CE), y su objeto es la interpretación de los artículos 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE) y 77 del Tratado CE (actualmente artículo 73 CE), así como del Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable⁸, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991⁹,

En síntesis, el litigio principal se planteaba en torno a la concesión por el Regierungspräsidium Magdeburg (Gobierno de la región de Magdeburgo; en lo sucesivo, “Regierungspräsidium”) a Altmark Trans GmbH (en lo sucesivo, “Altmark Trans”) de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el Landkreis Stendal. Estas licencias se concedieron inicialmente a Altmark Trans para el período comprendido entre el 25 de septiembre de 1990 y el 19 de septiembre de 1994. Mediante resolución de 27 de octubre de 1994 le fueron adjudicadas nuevas licencias hasta el 31 de octubre de 1996.

⁷ La importancia de la doctrina sentada por la sentencia Ferring y su ineludible influencia en los casos todavía pendientes ante el propio Tribunal se hizo particularmente evidente en el caso Altmark, en el que el Tribunal no sólo acordó la reapertura de la fase oral del procedimiento para ofrecer a las partes en el litigio principal, a los Estados miembros, a la Comisión y al Consejo la posibilidad de formular sus observaciones sobre las posibles consecuencias de dicha sentencia, sino también en la presentación de una segunda conclusión, complementarias de las anteriores (19 de marzo de 2002), por parte del Abogado General Léger (14 de enero de 2003), al objeto de que se pudiera hacer eco también de las reflexiones que sobre aquella jurisprudencia se recogían en las conclusiones presentadas el 30 de abril de 2002 por el abogado general Jacobs en el caso GEMO (asunto C-126/01), en que se suscitaba una cuestión equivalente.

⁸ DO L 156, de 28.6.1969, p. 1; EE 08/01, p. 131.

⁹ DO L 169, de 29.6.1991, p. 1.

De la citada resolución se desprendía que el organismo adjudicador había desestimado las solicitudes de licencias de explotación para estos servicios presentadas por otra compañía [Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (en lo sucesivo, "Nahverkehrsgesellschaft"). Para dicho organismo, Altmark Trans cumplía los requisitos para obtener la autorización previstos en la legislación vigente, beneficiándose en su condición de empresa antigua, de la protección de la situación adquirida que dicha legislación amparaba, sobre la base de que hubiera prestado debidamente el servicio regular de transporte de que se trataba, lo que compensaba cualquier posible diferencia con respecto a una mejor oferta procedente de una nueva empresa candidata¹⁰.

La empresa rival presentó una reclamación contra la resolución de 27 de octubre de 1994, alegando que Altmark Trans no respondía a las exigencias legales puesto que no era una empresa económicamente viable, ya que no habría podido subsistir sin las subvenciones públicas que recibía, por lo que la concesión de las licencias era ilegal; asimismo rechazó que fuera cierto que la oferta de Altmark Trans tuviera una menor necesidad de subvenciones. El Regierungspräsidium desestimó esta reclamación mediante resolución de 29 de junio de 1995.

Con posterioridad y en virtud de una reclamación de la propia Altmark Trans, el Regierungspräsidium decidió prorrogar la vigencia de estas licencias hasta el 31 de octubre de 2002, mediante una nueva resolución de 30 de julio de 1996.

Nahverkehrsgesellschaft presentó un recurso contra ambas resoluciones (las resoluciones de 27 de octubre de 1994 y 30 de julio de 1996) ante el Verwaltungsgericht Magdeburg (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en Primera Instancia de Magdeburgo) (Alemania), que lo desestimó.

En apelación, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en Apelación de Sajonia-Anhalt (Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt) estimó el recurso de Nahverkehrsgesellschaft y, por consiguiente, anuló las licencias concedidas a Altmark Trans. Para el Tribunal, en el momento en que se adoptó la resolución de 30 de julio de 1996 la solidez económica de Altmark Trans ya no estaba garantizada puesto que necesitaba las subvenciones del Landkreis Stendal para ejecutar las licencias, considerando además que dichas subvenciones eran incompatibles con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado y, en particular, con el Reglamento nº 1191/69.

Altmark Trans interpuso un recurso de casación contra esta resolución del Oberverwaltungsgericht ante el Bundesverwaltungsgericht, que es quien al albergar dudas sobre la aplicación del derecho comunitario al caso examinado eleva la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

En concreto, y de manera literal, las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal nacional son las siguientes¹¹:

“Los artículos [77 y 92 del Tratado] CE, en relación con el Reglamento (CEE) nº 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91, ¿se oponen a la aplicación de una normativa nacional que permite la concesión de licencias de servicios regulares de transporte público urbano, de cercanías o regional para transportes que dependen necesariamente de subvenciones públicas, sin ajustarse a lo dispuesto en las secciones II, III y IV de dicho Reglamento?»

(...) El órgano jurisdiccional remitente precisa que debe entenderse que esta cuestión se subdivide en las tres partes siguientes:

¹⁰ Como se recoge en la propia sentencia (apartado 21 *in fine*), en opinión del Regierungspräsidium ni siquiera existía tal oferta mejor, ya que Altmark Trans era, con 0,58 DEM de déficit por kilómetro de recorrido, la que requería menor financiación complementaria de los poderes públicos.

¹¹ Apartados 30 y 31 de la sentencia.

«1) Las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte de viajeros de ámbito local, ¿están sujetas en cualquier caso a la prohibición de ayudas que figura en el artículo [92], apartado 1, [del Tratado] CE o bien, debido a su alcance regional, ha de considerarse que a priori tales subvenciones no pueden afectar al comercio entre Estados miembros?

La respuesta a esta cuestión, ¿depende eventualmente de la situación concreta y la importancia del ámbito de actividad de los transportes urbanos, de cercanías o regionales de que se trate en cada caso?

2) El artículo [77 del Tratado] CE, ¿otorga al legislador nacional, con carácter general, la facultad de autorizar subvenciones públicas destinadas a compensar los déficits en el ámbito del transporte público urbano, de cercanías o regional, sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (CEE) nº 1191/69?

3) El Reglamento (CEE) nº 1191/69, ¿otorga al legislador nacional la facultad de autorizar la explotación de un servicio regular de transporte público urbano, de cercanías o regional que depende necesariamente de las subvenciones públicas sin ajustarse a lo dispuesto en las secciones II, III y IV de dicho Reglamento e imponer la aplicación de dichas normas únicamente en el caso de que, de otro modo, no sea posible garantizar la prestación de un servicio de transporte suficiente?

Esta facultad de apreciación del legislador nacional, ¿deriva, en particular, del derecho que le confiere el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento (CEE) nº 1191/69, en su versión modificada por el Reglamento nº 1893/91, de excluir por completo a las empresas de transporte público urbano, de cercanías o regional del ámbito de aplicación de dicho Reglamento?».

2.2. - Las Conclusiones del Abogado General Léger.

En sus primeras conclusiones en el caso Altmark, el abogado general Léger va a mantener, como ya hemos tenido ocasión de señalar¹², que la jurisprudencia Ferring debía ser rechazada porque arruinaría (*bouleverser*) la estructura y la economía de las disposiciones del Tratado CE en materia de ayudas estatales ya que privaría de gran parte de su utilidad a los artículos 86, apartado 2, y 73 CE, sin ofrecer un marco adecuado para controlar las ayudas otorgadas a las empresas encargadas de la gestión de SIEG.

Para el AG Léger, una medida estatal podría eludir la aplicación del artículo 87.1 CE con sólo cumplir dos simples condiciones: (1) que la legislación nacional impusiera obligaciones de servicio público a la empresa beneficiaria y (2) que el importe de la ayuda no sobrepasase los costes generados por las obligaciones de servicio público. Esta circunstancia vendría a suponer que no sería posible verificar si las obligaciones impuestas a las empresas guardan o no relación suficiente con el objeto del SIEG y si estaban directamente vinculadas a contribuir a la consecución de dicho interés, ni asegurar que dichas obligaciones fueran específicas de la empresa y se hubieran definido de manera precisa.

En sus segundas conclusiones, presentadas el 14 de abril de 2003, este abogado general va a mantener su posición inicial, contraria a la jurisprudencia Ferring, haciendo, no obstante, un repaso exhaustivo y crítico de las diferencias posturas enfrentadas en torno a esta cuestión¹³.

12 A este respecto, vid. la nota 5 de este trabajo.

13 Cfr. Apartados 5 y ss. de las mismas. Para un comentario de ambas conclusiones, puede verse entre nosotros, NAVARRO VARONA, E./SANCHEZ BRABEZO, A.: "La financiación estatal de los servicios públicos y su compatibilidad con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado", en *DIARIO LA LEY*, nº 5789, Martes, 27 de mayo de 2003, p. 3.

2.3.- Doctrina.

De las cuestiones planteadas por el Tribunal remitente, es la primera de ellas la que adquiere relevancia a los efectos del presente comentario¹⁴.

Así y tal y como la propia Sala resume la cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte urbano, de cercanías o regional están comprendidas en cualquier caso en el artículo 92, apartado 1, del Tratado CE (hoy artículo 87.1 CE), o si, debido al carácter local o regional de los servicios de transporte prestados y, en su caso, a la importancia del ámbito de actividad de que se trate, tales subvenciones no afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

Para responder a esta primera cuestión el Tribunal¹⁵ examina los diferentes elementos del concepto de ayuda de Estado que figuran en el artículo 87.1 CE, ya que, como recuerda el propio Tribunal, de acuerdo con reiterada jurisprudencia¹⁶, la calificación de una ayuda exige que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

Para el Tribunal, dicho precepto establece los siguientes requisitos: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia¹⁷.

Como veremos, a pesar de que la cuestión que plantea directamente el órgano jurisdiccional remitente se limita únicamente al segundo de estos requisitos, la afectación del mercado intracomunitario, el Tribunal va a argumentar también acerca de si la intervención controvertida (las subvenciones concedidas a Altmark Trans), constituyen o no una ventaja concedida a la empresa beneficiaria¹⁸.

Respecto a la primera de estas cuestiones la respuesta del Tribunal es clara: “*el segundo requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros, no depen-*

14 El Tribunal se plantea con carácter preliminar si el Reglamento nº 119/1969 es aplicable o no a los servicios de transporte controvertidos en el litigio principal. Para el Tribunal únicamente en el caso de respuesta negativa se debería examinar la aplicación de las disposiciones generales del Tratado CE relativas a las ayudas de Estado a las subvenciones cuestionadas. Por ello altera el orden de las respuestas y analiza primero la tercera de las cuestiones planteadas (apartados 32 a 66), para luego seguir con la primera (apartados 67 a 95) y la segunda (apartados 96 a 109).

15 Apartados 74 y ss.

16 El Tribunal se remite expresamente a las sentencias de 21 de marzo de 1990, Bélgica c. Comisión, conocida como “Tubemeuse”, asunto C-142/87, Rec. p. I-959, apartado 25; de 14 de septiembre de 1994, España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 20, y de 16 de mayo de 2002, Francia c. Comisión, asunto C-482/99, Rec. p. I-4397, apartado 68.

17 Curiosamente el Tribunal omite el requisito de que la medida en cuestión debe favorecer “a determinadas empresas o producciones”, que también aparece recogido de manera expresa en dicho precepto.

18 Es a la jurisprudencia a quien cabe atribuir el mérito de identificar este prerequisite de la noción comunitaria de ayuda estatal. En este sentido, vid. KOVAR, R.: “Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d’Etat”, en *Revue Trimestriale du Droit Commercial*, 45 (1), janvier-mars, 1992, pp. 112 y ss y RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “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. 98. Como recuerda este último autor (notas 5 y 6), en algunas sentencias de los años setenta se incluyó en el concepto de ayuda el carácter gratuito de la ventaja, requisito del que actualmente parece haberse prescindido, de acuerdo con un sector de la doctrina, que considera que el criterio más plausible exigir únicamente que exista un beneficio que no se habría alcanzado normalmente, independientemente de la contribución total o parcial de la empresa receptora a la financiación de la medida.

de del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.”¹⁹.

Más interés reviste para nosotros, sin embargo, la respuesta que da el Tribunal acerca de la presunta existencia de una ventaja²⁰. Para ello, el Tribunal se va a apoyar en su jurisprudencia en los casos ADBHU, de 1985²¹ y en la sentencia Ferring. Jurisprudencia de la que se desprende, como resume el Tribunal²², que:

“...si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 92, apartado 1, del Tratado”.

Es a partir de este punto, donde la sentencia Altmark llega más allá que los fallos precedentes, al añadir:

“88 No obstante, para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, debe cumplirse una serie de requisitos.

89 En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar, por tanto, si las obligaciones de servicio público impuestas a Altmark Trans se derivan claramente de la legislación nacional y/o de las licencias controvertidas.

90 En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

91 Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

92 En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a

19 Apartados 76 a 82, concretamente para esta afirmación, apartado 82.

20 El Tribunal introduce expresamente esta cuestión afirmando en el apartado 83 que *“Sin embargo, para que pueda aplicarse el artículo 92, apartado 1, del Tratado a una intervención estatal, también debe poder considerarse, como se ha expuesto en el apartado 75 de la presente sentencia, que tal intervención constituye una ventaja concedida a la empresa beneficiaria.”*

21 STJCE de 7 de febrero de 1985, ADBHU, 240/83, Rec. p. 531, apartados 3, última frase, y 18).

22 Apartado 87.

la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

93 En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

94 Se desprende de lo anterior que si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al artículo 92, apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición.

95 Por consiguiente, debe responderse a la primera parte de la cuestión prejudicial que el requisito para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados miembros no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate.

No obstante, las subvenciones públicas que tengan por objeto permitir la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional no están sujetas a esta disposición si pueden considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público. La aplicación de este criterio requiere que el órgano jurisdiccional remitente compruebe el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- en primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente;

- en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente;

- en tercer lugar, que la compensación no supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones;

- en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones” .

3.- COMENTARIO.

Expuesta de manera sumaria la doctrina que formula la sentencia Altmark, al menos a los limitados efectos del presente trabajo, es preciso analizarla en detalle a partir de su contexto general en el marco de las difíciles relaciones que han presidido la aplicación de la normativa comunitaria sobre ayudas estatales respecto de las empresas encargadas de SIEG.

3.1.- La importancia de los SIEG en el marco de la integración europea y su proceso de evolución.

La noción de SIEG es estrictamente comunitaria y aparece por primera vez recogida en el artículo 90 del Tratado CE, hoy artículo 86 CE, en sede de competencia.

El primero de sus apartados establece como regla general que *“Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.”*

Esta afirmación general es matizada en los apartados siguientes. Así, el apartado segundo, -que introduce el término SIEG-, afirma que *“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 presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, 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.”* Mientras que el tercero procede a atribuir poderes específicos a la Comisión para velar por su cumplimiento, al establecer que ésta *“...velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”*²³.

A mediados de los noventa se planteó, sin embargo, la necesidad de clarificar algunas cuestiones planteadas por la aplicación de este precepto. Así, en 1996 la Comisión adoptó una primera comunicación²⁴ bajo el expresivo título de “Los servicios de interés general en Europa”. Este documento estaba destinado a exponer la posición de la misma en el marco del debate que por aquellas fechas se produce acerca del papel de los servicios de interés general en el proceso de construcción europea²⁵. Una de las novedades que ofrecerá esta comunicación será la de aportar al debate algunas valiosas definiciones de conceptos que hasta aquel momento carecían de ella²⁶.

23 Este último apartado ha venido siendo la base jurídica para los procesos de liberalización de los sectores económicos tradicionalmente más intervenidos impulsada por la propia Comisión o para la adopción de normas de tanta trascendencia como la Directiva 80/723/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 públicas y sus sucesivas reformas: Directiva 85/413/CEE (DO L 229, de 28.08.1985, p. 20). Directiva 93/84/CEE (DO L 254, de 12.10.1993, p. 16). Directiva 2000/52/CE (DO L 193, de 29.7.2000, p. 75).

24 DO C 281, de 26.9.1996, p. 3. BUENDIA SIERRA, J. L.: “Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence”, en *EC Competition Policy Newsletter*, nº 3, vol. 2, autumn/end, 1996, pp. 14 a 22; en este artículo su autor comenta la Comunicación Los Servicios de Interés Económico General y la polémica surgida en torno a los límites y aplicación de este concepto.

25 BUENDIA SIERRA, J. L.: “Services d'intérêt general...”, op. cit., p. 14 y 15.

26 Cfr. Apartado 18 de la Comunicación de 1996.

Tal es el caso, precisamente del término “servicios de interés general”, definidos como aquellos que “*designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público*” o la de “*Servicios de interés económico general*”, que por remisión al artículo 90.2 del Tratado CE (86.2 CE) se identifican como “*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*”²⁷

Coincidiendo con este debate y, en cierta medida, como consecuencia del mismo, la Conferencia Intergubernamental (CIG 97)²⁸ preparatoria del que sería el Tratado de Ámsterdam de 1997, incorporó al Tratado CE un nuevo precepto²⁹, el artículo 7 D (hoy artículo 16 CE³⁰), destinado³¹ a subrayar el papel esencial de estos SIEG en el proceso de integración europea, afirmando³² el lugar que ocupan entre los valores comunes de la UE y para la promoción de la cohesión social y territorial.

Con posterioridad a la incorporación de este precepto han sido numerosos los documentos que han tratado de avanzar en la definición y delimitación de estos servicios, destacando entre ellos, las conclusiones de diversas cumbres europeas³³, la nueva comunicación sobre los servicios de interés general en Europa de 2001³⁴ y el más reciente

27 Además de estos dos conceptos la comunicación de 1996 define también las nociones de “servicio público” o la de “servicio universal”.

28 Vid. VAN MIERT, K.: “La Conference Intergouvernementale et la Politique communautaire de concurrence”, en *EC Comp. Pol. News.*, nº 2, vol. 3, summer, 1997, pp. 1 a 5.

29 Durante la elaboración de este Tratado las autoridades alemanas pretendieron que se incorporara un protocolo destinado a liberar a las garantías del Estado otorgadas por determinados bancos públicos regionales de Alemania (Landesbanken) del régimen normal de control de las ayudas públicas por las reglas de competencia comunitarias. El texto final incorporó una declaración anexa (37. Declaración sobre las entidades públicas de crédito en Alemania) destinada a mantener la posibilidad de que ciertos bancos públicos regionales alemanes prestasen servicios de interés económico general, siempre y cuando la legislación alemana que regule sus actividades no afectase a las condiciones de competencia más allá de lo necesario y razonable para cumplir con estas tareas de interés general. Acerca de esta cuestión, vid., 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, pp. 84 y 85, nota 12 y, más recientemente, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 232, julio/agosto, 2004, pp. en prensa.

30 “Sin 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.”

31 ROSS, M.: “Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?”, en *European Law Review*, nº 25, febrero, 2000, pp. 22 a 38.

32 Estas expresivas afirmaciones relativas a los objetivos a los que respondió la adopción del artículo 7 D aparecen recogidas en la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO C 17, de 19.1.2001, p. 4), a la que luego haremos referencia.

33 Conclusiones de la Presidencia tras el Consejo Europeo de Niza celebrado los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000 [Press Release: Brussels (8/12/2000) Nr: 400/1/00, punto 47], que aprueba la declaración adoptada por el Consejo de Ministros de la UE acerca de los SIEG (Anexo II Declaración sobre los servicios de interés económico general, p. 23. Esta declaración surge del debate público del Consejo (Mercado Interior, Consumidores y Turismo), celebrado el 28 de septiembre de 2000 y de las contribuciones escritas de los Estados miembros). Vid también las conclusiones de los consejos europeos de Laeken, de octubre de 2001 [Los servicios de interés general, de 17.10.2001. COM (2001) 598 final], de Barcelona, celebrado los días 15 y 16 de marzo de 2002 (SN 100/1/02 REV 1. Apartado 42).

34 Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO C 17, de 19.1.2001, p. 4).

te Libro verde sobre los servicios de interés general, presentado por la Comisión en Bruselas, el 21 de mayo de 2003³⁵, así como algún documento específico, como la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión³⁶, destinada a aportar el punto de vista de esta institución en el difícil conflicto que enfrenta a los canales de titularidad pública con los canales privados que iban apareciendo gracias a la liberalización del sector³⁷.

Junto a estos documentos no podemos olvidar los diversos proyectos presentados por la Comisión como consecuencia de la jurisprudencia Ferring a los que luego haremos una breve referencia³⁸, así como la mención que a los SIEG se contiene en el proyecto de Constitución Europea³⁹, prueba esta última, una vez más, de la importancia que se les reconoce como elemento definidor del modelo de sociedad que late tras el proceso de integración europea.

3.2.- Visión general de las relaciones entre Ayudas estatales y servicios públicos.

El problema específico de los costes vinculados a los SIEG y su valoración desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales es, sin duda, uno de los problemas centrales que se suscitan a la hora de examinar el sometimiento de las empresas encargadas de la gestión de dichos servicios a las normas del Tratado CE y, en especial, a las normas sobre competencia.

La cuestión no ha sido pacífica y el debate se ha plasmado en una jurisprudencia cambiante y, como consecuencia de ella, en una también oscilante práctica de la Comisión que se ha esforzado por trasladar a sus decisiones la jurisprudencia dominante en cada momento.

La situación anterior a la sentencia Ferring mostraba un importante giro jurisprudencial respecto a la primera línea mantenida por el Tribunal de Justicia en la única sentencia que había abordado la cuestión. En efecto, frente a la posición mantenida por

35 COM(2003) 270 final. Vid. también IP/03/714, también de 21.5.2003. en especial, puntos 15 a 21. Este documento aclara, entre otros extremos, que la expresión "servicios de interés general" sólo se utiliza en el citado documento cuando el texto alude también a los servicios no económicos o cuando no es necesario precisar la naturaleza económica o no económica de los servicios a los que se hace referencia.

36 DO C 320, de 15.11.2001, p. 5. Este documento de trabajo y debate presentado por la Comisión aporta, entre otras cuestiones de interés, algunas precisiones terminológicas.

37 El contenido de esta concreta comunicación ha quedado en parte anticuado tras la sentencia Ferring, no faltando autores como 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 *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, nº 216, noviembre/diciembre, 2001, pp. 90 a 94, p. 94] que sostienen con toda lógica su inevitable modificación, concretamente la de su apartado 19, que sin embargo, no se ha producido todavía.

38 Se trata de los proyectos de Comunicación Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público; el de Decisión relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86 del Tratado a las ayudas estatales en forma de compensación por servicios públicos concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general; y finalmente, del Proyecto de Directiva por la que se modifica la Directiva 80/723/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 públicas. A estos tres documentos nos referiremos más adelante.

39 En efecto, el texto definitivo del proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en la versión entregada al Presidente del Consejo Europeo en Roma, el 18 de julio de 2003 señalaba al respecto en su Artículo II-36 ("Acceso a los servicios de interés económico general") que:

"La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con la Constitución, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión."

el Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de febrero de 1985, *Association de Defense des Bruleurs d'huiles Usagees* (ADBHU)⁴⁰, las sentencias posteriores, -hasta el caso Ferring-, impulsarían una interpretación claramente expansiva de la noción de ayuda estatal,

En el caso ADBHU se planteaba al Tribunal de Justicia como cuestión prejudicial la conformidad con la Directiva 75/439/CEE, del Consejo de 16 de junio de 1975, relativa a la eliminación de aceites usados⁴¹ del Decreto del Gobierno francés nº79-981, de 21 de noviembre de 1979, por el que se establecía la regulación sobre recuperación de aceites usados⁴² y sus correspondientes órdenes de desarrollo en la medida en que imponían una prohibición de emplear dichos aceites como combustible.

En el proceso el Tribunal consideró que la indemnización que conforme a la citada directiva podía concederse a las empresas de recogida y/o eliminación de aceites usados como contrapartida de las obligaciones de recogida y de eliminación impuestas por los Estados miembros, siempre que no superara los costes anuales no cubiertos y comprobados realmente de las empresas, teniendo en cuenta un beneficio razonable, no constituía una ayuda en el sentido de los artículos 92 y siguientes del Tratado CE, sino un precio que representaba la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas de recogida o de eliminación⁴³.

Sin embargo, la posición mantenida con posterioridad por el propio Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia va a divergir radicalmente de este primer planteamiento, orientándose hacia una interpretación más expansiva de la noción de ayuda estatal, arrastrando consigo la posición que tradicionalmente venía defendiendo la Comisión⁴⁴.

En efecto, el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 27 de febrero de 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Assurances* (FFSA) y otros c. Comisión⁴⁵ va a dar inicio a una genuina línea jurisprudencial, divergente con la posición anterior. En este primer caso, el TPI tiene que enjuiciar la nulidad de la Decisión de la Comisión de

⁴⁰ Asunto C-240/83, Rec. p. 531, apartado 18. Esta sentencia es citada expresamente por el Tribunal de Justicia en el caso Ferring.

⁴¹ DO L 194, de 25.7.1975, p. 31.

⁴² JORF de 23 de noviembre de 1979, p. 2900.

⁴³ Apartados 3, última frase y 18 de esta sentencia. Conforme a esta sentencia, la Comisión, por ejemplo, consideró en el asunto relativo a la financiación de la radiotelevisión portuguesa que la "mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público no constituye una ayuda estatal", en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 Tratado CE (artículo 86.2 CE). En este sentido, RODRÍGUEZ CURIEL ("Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia", en *EL*, nº 318, 1997, pp. 97 a 110, p. 98, nota 10) y *XVI Informe sobre la Política de la Competencia 1996*, apartado 167. Como veremos el TPI no respaldaría a la Comisión al virar en su interpretación acerca de esta cuestión.

⁴⁴ Como recuerda RODRÍGUEZ CURIEL, J. W. ("Inexistencia de ayuda de estado,,, op. cit., p. 91), el cambio en la consideración del artículo 86.2 Ce por parte de la Comisión se basó en los siguientes pronunciamientos de los tribunales comunitarios, que son los que cita expresamente tanto en su Comunicación sobre Los servicios de interés general en Europa (DO C 17, de 19.1.2001, p. 4, nota 8), como en la relativa a la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios de radiodifusión (DO C 320, de 15.11.2001, p. 5, nota 11). Se trata concretamente de la STPI de sentencia 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; el Auto de Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1998, asunto C174/97 P; la STPI de 10 de mayo de 2000, SIC, Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125 y STJCE de 22 de junio de 2000, República Francesa c. Comisión, asunto C-332/98. Rec. 2000, p. I-04833, como destaca el citado autor

⁴⁵ Asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 170.

8 de febrero de 1995⁴⁶, relativa a la posible existencia de ayudas estatales en relación con las actividades competitivas del Servicio de Correos francés (La Poste).

El conflicto tiene su origen en el proyecto de ley de reforma del servicio postal francés al que se oponen tres asociaciones que representaban a empresas de seguros, presentando ante la Comisión una denuncia contra el referido proyecto de ley, basándose en que ocasionaría distorsiones en la competencia en el sector de los seguros, contrarias a los artículos 85, 86 y 92 del Tratado CE (hoy 81, 82 y 87 CE).

En particular y a lo que al presente caso interesa, los denunciantes mantenían que mediante dicho proyecto, el Estado francés tenía la intención de otorgar a La Poste una serie de ayudas estatales en forma de desgravaciones fiscales, contraviniendo las normas comunitarias sobre ayudas estatales.

Pese a los esfuerzos de las partes y la mediación de la Comisión, el proyecto finalmente aprobado⁴⁷ seguía sin satisfacer a los denunciantes que reiteraron su queja ante la Comisión, que finalmente, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal de justicia (Sentencia ASDHU) afirmó que las medidas contenidas en dicha ley no constituían ayudas estatales, puesto que aunque efectivamente representaban una ventaja financiera para el Servicio de Correos, podían acogerse a la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado CE siempre que su importe no fuera superior a lo necesario para el cumplimiento de las misiones de interés público que le fueran encomendadas.

El fallo de TPI por su parte, aunque confirmó la decisión de la Comisión⁴⁸, consideró, sin embargo, que las medidas controvertidas sí constituían ayudas estatales que podían, no obstante, beneficiarse de la excepción del apartado 2 del artículo 90 del Tratado CE (hoy 86.2 CE)⁴⁹.

Como resulta evidente, el giro jurisprudencial es claro respecto a la jurisprudencia anterior: nos encontramos ante verdaderas ayudas estatales cuya compatibilidad deriva de que la compensación no supere los costes en que se haya incurrido a causa de las misiones específicas encomendadas a la empresa. La consecuencia es también evidente; si estamos ante una ayuda, ésta debe cumplir las formalidades exigidas a éstas con todas sus consecuencias: notificación previa y cláusula de suspensión hasta que la Comisión decida sobre la compatibilidad.

La segunda de las sentencias que sigue este razonamiento es la STPI de 10 de mayo de 2000, SIC, Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión⁵⁰.

El objeto del recurso interpuesto por la compañía privada de radiotelevisión portuguesa SIC era obtener la nulidad de la Decisión de la Comisión de 7 de noviembre de 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE) en materia de financiación de cadenas públicas de televisión, así como la de la de la decisión que supuestamente se recogía en un escrito de la Comisión

46 Decisión comunicada a los demandantes mediante escrito de 21 de febrero de 1996. Ayudas de Estado nº NN 135/92, DO C, 262, de 7.10.1995, p. 11. Resulta especialmente ilustrativa la breve descripción de este caso recogida en el *XXV Informe sobre la política de la Competencia 1995*, apartado 198, tercer párrafo.

47 Ley nº 90-568, de 2 de julio de 1990, relativa a la organización del Servicio público de Correos y Telecomunicaciones (JORF de 8 de julio de 1990).

48 A pesar de no seguir el criterio de la Comisión, el Tribunal rechazó el recurso interpuesto al no haber aceptado ninguno de los motivos de impugnación presentados; siendo igualmente rechazada con posterioridad la vía casacional por el Auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1998.

49 Cfr. Apartados 170 y ss. de esta sentencia. Vid. asimismo, *XXVII Informe sobre la Política de la Competencia 1997*, apartado 215.

50 Asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125, especialmente apartados 75 a 84.

de 20 de diciembre de 1996, referente a la denuncia que la misma compañía había dirigido contra la RTP-Radiotelevisão Portuguesa, SA.

En este asunto se cuestionaba nuevamente ante los tribunales la naturaleza de determinadas aportaciones estatales a favor de una empresa pública encargada de la gestión de un SIEG, concretamente, de las dotaciones financieras abonadas por el Estado portugués a RTP en concepto de indemnizaciones compensatorias.

La Comisión consideró finalmente que no constituían ayudas estatales con arreglo al artículo 92.1 del Tratado CE (87.1 CE), puesto que se destinaban a compensar el coste efectivo de ejecución de las obligaciones de servicio público que esta empresa asumía⁵¹. Por el contrario, para el Tribunal, “(e)l hecho de que, en virtud de la Decisión, 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”⁵²; sin perjuicio, como añade más adelante, que “de que esta circunstancia se tenga en cuenta a la hora de examinar la compatibilidad de la ayuda de que se trata con el mercado común, de conformidad con el artículo 90, apartado 2, del Tratado”.

Como es posible advertir con facilidad, nuevamente, la línea argumental es coincidente con el fallo anterior. La compensación de costes derivados del desempeño de misiones de interés general por parte de los poderes públicos constituye una ventaja financiera capaz de ser reputada ayuda estatal, si bien podrían acogerse, no obstante, además de a las excepciones de los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado CE (hoy 87.2 y 3 CE) a la excepción del artículo 90.2 de dicho Tratado (86.2 CE).

La tercera y última de las sentencias que seguiría este criterio, consolidando en principio la línea jurisprudencial iniciada en 1997, es la STJCE de 22 de junio de 2000, República Francesa c. Comisión⁵³.

En este asunto el Tribunal de Justicia tenía que responder a la demanda de anulación parcial formulada por las autoridades francesas de la Decisión de la Comisión, de 10 de junio de 1998, relativa a la ayuda estatal en favor de la Coopérative d’exportation du livre français (CELF)⁵⁴, que declaraba compatible con el mercado común la ayuda, con arreglo al artículo 92, apartado 3, letra d), del Tratado CE [actualmente artículo 87 CE, apartado 3, letra d), tras su modificación], la conocida como “excepción cultural”⁵⁵.

Las ayudas que la Comisión considera compatibles tenían por objeto que la empresa beneficiaria pudiera atender los pequeños pedidos efectuados por librerías

51 A propósito de este asunto resulta especialmente interesante el comentario que realiza la propia Comisión en su *XXVI Informe sobre la Política de la Competencia 1996*, p. 265, en la que reconoce explícitamente el interés de la decisión adoptada al señalar que gracias al sistema de contabilidad analítica elaborado por las autoridades portuguesas había sido posible comprobar que las medidas controvertidas no habían superado el coste de los gastos a que estaban destinadas. Esta observación fue muy tenida en cuenta por la propia Comisión hasta el punto de introducirla como exigencia en la última reforma de la Directiva 80/723/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 públicas (DO L 195 de 29.7.1980, p. 35), llevada a cabo por la Directiva 2000/52/CE (DO L 193, de 29.7.2000, p. 75).

52 Apartado 82.

53 Asunto C-332/98. Rec. 2000, p. I-04833, apartado 30 a 33.

54 DO L 44, de 18.2.1999, p. 37.

55 Acerca de esta excepción y su campo de aplicación, puede verse nuestro trabajo, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “La restauración del monasterio de Santa María de Retuerta en clave comunitaria”, en *XXI Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 2003, pp. 357 a 263.

extranjeros permitiendo así a los lectores de otros países no francófonos obtener obras en francés a un precio razonable⁵⁶.

El Gobierno francés defendía en su recurso⁵⁷ la inaplicabilidad necesaria y automática de la obligación de suspensión en el caso de las ayudas a empresas encargadas de la gestión de SIEG con el fin de evitar cualquier ruptura de la continuidad en la gestión de dichos servicios.

Para el Tribunal, sin embargo, el objetivo del artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (hoy artículo 88.3 CE) es evitar la ejecución de ayudas contrarias al Tratado, siendo reiterados sus pronunciamientos de que la última frase de dicho precepto constituye la salvaguardia del mecanismo de control establecido por este artículo, el cual, a su vez, es esencial para garantizar el funcionamiento del mercado común.

De tales afirmaciones derivaría el hecho de que aunque el Estado miembro considere que la medida de ayuda es compatible con el mercado común, esta circunstancia no puede autorizarle a hacer caso omiso de las claras disposiciones del artículo 93 del Tratado CE, puesto que el objeto de dicha disposición “... *no es una mera obligación de notificación, sino una obligación de notificación previa que, en cuanto tal, comporta e implica el efecto suspensivo consagrado por la última frase de dicho apartado. Contrariamente a lo afirmado por el Gobierno francés, dicha disposición no permite, por tanto, proceder a una disociación entre las obligaciones que en ella se establecen, a saber, las de notificación de toda ayuda nueva y las de suspensión provisional de la ejecución de dicha ayuda. Por consiguiente, procede desestimar el motivo principal*”.

Resulta evidente que en esta ocasión el Tribunal omite la mención directa a la doctrina que identifica las compensaciones con la noción de ayuda estatal, aunque de facto, es la que aplica, con lo que en cierto sentido, da por consolidada esta jurisprudencia que por ello procede a aplicar sin más.

3.3.- La sentencia Ferring.

Frente a esta línea jurisprudencial expansiva, que podíamos considerar suficientemente consolidada, hasta el punto de hacer girar la posición tradicionalmente defendida por la Comisión, la sentencia Ferring⁵⁸, apoyándose expresamente en la sentencia ADBHU de 1985, que ya había caído en el olvido, viene a reabrir la polémica dejando la situación en una cierta indefinición, de la que la misma Comisión se hace eco⁵⁹ y que sólo la sentencia Altmark vino a cerrar.

56 Cfr. XXVIII Informe sobre la Política de la Competencia 1998, p. 272.

57 Cfr. Apartado 30 de la sentencia.

58 De la importancia de esta sentencia da prueba el número de comentarios que ha suscitado. A título meramente ilustrativo podemos citar, además del ya referido en la nota 1 y el de RODRÍGUEZ CURIEL, J. W. “Inexistencia de ayuda de estado...”, op. cit, otros interesantes comentarios como los de NICOLAIDES, P.: “Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgment”, en *European Competition Law Review*, vol, 23, nº 6, 2002, pp. 313 a 319; LIDNER, N.: “The impact of the decision of the European Court of Justice in the Ferring on European State Aid Law”, en *European Public Law*, vol. 9, nº 3, september, 2003, pp. 359 a369, así como los diversos trabajos citados por el abogado general Léger en la nota 7 de sus conclusiones en el caso Altmark, de 14 de enero de 2003, a las que ya nos hemos referido.

59 Es representativo de esta situación el documento elaborado por la propia Comisión bajo el título “Informe al Consejo Europeo de Sevilla: Estado de los trabajos relativos a las directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general”, Bruselas, sin fecha, [este documento estuvo colgado en la página web de la DG Competencia en las fechas previas a dicho consejo europeo] en el que la Comisión hace un repaso a la situación creada por la sentencia y a la jurisprudencia sobre el tema; así como llegando hasta las conclusiones del abogado general Jacobs en el caso GEMO, ya comentadas, de 30 de abril de 2002; así como el artículo de ALEXIS, A.: “Politique des aides d’État: La Commission contribue à plus de sécurité juridique pour le financement des Services d’intérêt économique général”, en *EC Comp. Pol. News*, nº 1, 2002, pp. 81 a 84, p. 83. Dicho autor pone de manifiesto que la Comisión debía evaluar todavía las consecuencias de dicho fallo

Un hito importante en este cambio de dirección puede encontrarse en la opinión del abogado general interviniente en el caso, quien defendió, a partir de la citada sentencia ADBHU, que tales compensaciones no podían calificarse de ayudas al no conferir una verdadera ventaja, sino que, por el contrario, estarían destinadas a evitar una desventaja frente a sus competidoras⁶⁰.

3.4.- Las conclusiones del Abogado General Jacobs en el caso GEMO.

La postura mantenida por la Sala sexta del TJCE en el asunto Ferring se ve pronto rebatida por las opiniones de dos abogados generales, publicadas poco después, con motivo de expedientes análogos pendientes ante el Tribunal de Justicia en aquellas fechas. Se trataba de las conclusiones del abogado general Léger, en el propio caso Altmark de 19 de marzo de 2002 y de 14 de enero de 2003 y, de manera muy especial de las presentadas por el abogado general Jacobs en el caso GEMO, de 30 de abril de 2002⁶¹, a las que vamos a referirnos con mayor detalle.

En el asunto GEMO se analizaba la cuestión prejudicial formulada por la Cour administrative d'appel de Lyon (Francia), a propósito del litigio pendiente ante el mismo entre el Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie y GEMO SA, cuyo objeto es la anulación de la sentencia del Tribunal administratif de Dijon (Francia), por la que se ordenó que se devolviera a esta última la tasa sobre la compra de carne, que había abonado del 1 de enero de 1997 al 31 de agosto de 1998.

El AG justificó su disenso con la jurisprudencia Ferring partiendo de una elaborada distinción entre lo que denominó la “solución ayuda de Estado” (“*approche aide d'Etat*”) y la “solución compensatoria” (“*approche compensatoire*”).

A partir de estas categorías conceptuales formula su razonamiento considerando posible abordar ya la cuestión clave de la dualidad “ayuda/compensación”, distinguiendo dos supuestos básicos, en función de la naturaleza del vínculo entre la financiación otorgada y las cargas de interés general impuestas a las empresas, así como la mayor o menor claridad con la que éstas se encuentren definidas, en cada caso concreto.

En el caso de que las compensaciones estén estrictamente calculadas y se ajusten escrupulosamente al importe de los costes de unas obligaciones que también estén perfectamente definidas, la financiación no debe ser valorada con arreglo a las reglas sobre ayudas estatales. En el caso contrario: bien porque no resulte claro que dichas compensaciones se ajusten a los costes efectivamente soportados, bien porque las obligaciones que estén destinados a compensar no estén definidas con precisión, la financiación cuestionada debe enjuiciarse al amparo de las reglas sobre ayudas estatales y, por lo tanto, entre otras cosas, ser, en principio, notificada previamente⁶².

Esta construcción teórica implica, básicamente, que la primera categoría (*enfoque compensatorio*) se aplicase a los casos en los que las medidas de financiación estuvieran previamente destinadas con precisión y fueran la justa contrapartida de las obligaciones de interés general, que para ello deberían estar estrictamente determinadas. La

60 Cfr. Apartados 60 a 63 de las conclusiones del Abogado General A. Tizzano, presentadas el 8 de mayo de 2001, en el asunto C-53/00 (Rec. p. I-9067).

61 Conclusiones del caso C-126/01. Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. GEMO SA. En especial apartados 117 a 121.

Por paradójico que pueda parecer, el Tribunal va a pasar de puntillas sobre estas brillantísimas conclusiones en el fallo en el caso GEMO, (STJCE de 20 de noviembre de 2003, asunto (asunto C-126/01) en el que el Tribunal se apoya ya en la doctrina Altmark, que es, sin duda, como veremos, deudora impagable de aquéllas.

falta de estas características obliga a aplicar el *enfoque ayuda estatal*, aplicando dicha regulación, con un carácter en cierta medida preventivo, para evitar calificar como simple compensación, verdaderas ayudas estatales⁶³.

4.- VALORACIÓN FINAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Como acertadamente señala ALEXIS⁶⁴, la sentencia Altmark sigue el “enfoque compensatorio”, propuesto por el abogado general Jacobs, en sus conclusiones en el asunto GEMO, al que nos hemos referido anteriormente; no obstante, como añade el citado autor, su mérito mayor radicaría en el hecho de establecer con cierta precisión, estrictas condiciones dentro de las cuales los Estados miembros pueden legítimamente proceder a efectuar transferencias financieras a favor de las empresas encargadas de la gestión de los SIEG destinadas a compensar los sobrecostes en los que incurran.

Por ello, su valor no radica únicamente en el hecho de confirmar el sentido de la sentencia Ferring, que no hace sino seguir de manera si duda meritoria el camino iniciado en 1985 por la sentencia ADBHU, sino que su mayor mérito radica en completar las evidentes lagunas de las que adolecían ambas y que justificaban las críticas vertidas sobre las mismas y la propia línea jurisprudencial discrepante surgida contra la primera de ellas.

Efectivamente, la simple afirmación de que la compensación de las cargas no es una ayuda estatal dejaba en una situación de total inanidad a la Comisión, como guardiana de los tratados, para evitar los abusos individuales de los estados miembros a favor de sus propias empresas nacionales.

Sólo ahora con las precisiones y cautelas establecidas por la sentencia Altmark se podrá acometer definitivamente la inevitable tarea de reformar alguno de los grandes servicios públicos, definiendo con precisión las misiones de interés general encomendadas y los costes que les son imputables⁶⁵, lo que influirá decisivamente en la resolución definitiva de algunos casos pendientes como los relativos a la financiación de diversas televisiones públicas, como el de la española, garantizando el respeto a las reglas de la competencia, sin menoscabo de la imprescindible seguridad jurídica en la que deben resolverse estos conflictos.

62 Como también destaca Jacobs, 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 enfoque, 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 posibles. 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.

63 Como destaca ALEXIS; A.: “L’arrêt Altmark Trans du 24 juillet 2003: La Cour de justice précise les conditions de financement des Services d’intérêt économique général”, en *EC. Comp. Pol. News*, nº 3, 2003, pp. 1 a 7; concretamente, p. 3, la argumentación del Abogado general Jacobs ha sido seguida por el también abogado general la Sra. Stix-Hanckl, en sus conclusiones presentadas el 7 de noviembre de 2002, en los asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, Enirisorse SpA c. Ministero delle Finanze (Petición de decisión prejudicial).

64 ALEXIS, A.: “L’arrêt Altmark...”, op. cit., p. 3.

65 En esta tarea va a ser esencial el cumplimiento de la exigencia de contabilidad analítica establecida por la Directiva 80/723/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 públicas, tras la reforma llevada a cabo por la Directiva 2000/52/CE (DO L 193, de 29.7.2000, p. 75).

Por otro lado y como recuerda el propio ALEXIS⁶⁶, esta sentencia respalda la que había sido la posición tradicional de la Comisión, favorable a considerar que la simple compensación de los costes escapaba al concepto de ayuda estatal, permitiéndole además evitar posibles excesos o abusos derivados de la falta de controles adecuados.

En esta línea se enmarcan los nuevos documentos que está preparando la Comisión⁶⁷, cuyo análisis rebasa los objetivos del presente comentario, pero que, es indudable, se hacen eco de los nuevos viejos aires que rodean a esta ya clásica polémica, citando todos ellos de manera expresa la sentencia *Altmark*, e incluso reproduciendo alguno de ellos los requisitos enunciados en la misma⁶⁸.

Entrando en el análisis concreto de los requisitos establecidos por dicha sentencia para poder eludir la aplicación de la regulación comunitaria sobre ayudas estatales es preciso partir de la premisa básica de que será la aplicación práctica de dichos requisitos y la interpretación del alcance de los mismos la que determinará, en último término, su efectiva virtualidad para resolver los conflictos de intereses que a buen seguro continuarán produciéndose en una materia tan delicada. Sobre los mismos ya han aparecido algunas interesantes aportaciones de la doctrina⁶⁹.

El primero de ellos, exige que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se definan claramente. Este primer requisito hace recaer directamente sobre los Estados miembros interesados la obligación de precisar qué misiones comportan obligaciones de interés general les exige atribuirles de “manera efectiva” a la empresa que pretenda hacerse acreedora de potenciales compensaciones.

Resulta evidente⁷⁰, que si a la hora de efectuar dicha determinación los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación, evitando que puedan beneficiarse de las subvenciones empresas que no desempeñen verdaderas misiones de interés general⁷¹. dicho margen no debe impedir el adecuado control por parte de la Comisión de posibles “errores manifiestos”, no debiendo olvidar la necesaria intervención de la propia Comisión a la hora de poder armonizar y equilibrar desde la perspectiva de la Unión Europea, los eventuales excesos que pudieran darse a la hora de dicha delimitación.

Asimismo, la precisión exigida en la delimitación de las obligaciones de servicio público abarca no sólo a las que recaen sobre las empresas, sino también a las que lo hacen sobre los propios Estados miembros, especialmente en lo que respecta a la determinación de las eventuales compensaciones financieras y a las condiciones necesarias

66 ALEXIS, A.: “L’arrêt *Altmark*...”, op. cit., p. 4.

67 Proyectos de Comunicación Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público; el de Decisión relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86 del Tratado a las ayudas estatales en forma de compensación por servicios públicos concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general; y finalmente, del Proyecto de Directiva por la que se modifica la Directiva 80/723/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 públicas. A estos tres documentos nos referiremos más adelante.

68 Tal es el caso del punto 4 del proyecto de Decisión de la Comisión Decisión relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86 del Tratado a las ayudas estatales en forma de compensación por servicios públicos concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

69 ALEXIS, A.: “L’arrêt *Altmark*...”, op. cit., pp. 4 a 7.

70 ALEXIS, A.: “L’arrêt *Altmark*...”, op. cit., p. 4.

71 Como indica el propio ALEXIS (op. cit., p. 4), en la práctica no suelen producirse discrepancias entre la Comisión y los Estados miembros acerca de esta cuestión.

para determinar su procedencia y cuantía, labor a la que la Comisión deberá prestar también una atención prioritaria⁷².

En segundo lugar, es preciso el establecimiento previo de los parámetros para el cálculo de las eventuales compensaciones de las obligaciones impuestas, así como su establecimiento objetivo y transparente, lo que exigirá, entendemos, alguna validación previa por parte de la Comisión, y cuanto menos una cierta homogeneidad tanto respecto del sector afectado como de los diferentes Estados miembros. En ausencia de tal determinación, como afirma ALEXIS, se debería concluir que las subvenciones destinadas a cubrir eventuales déficits de explotación deberían ser reputadas como ayudas estatales⁷³.

El tercer requisito es que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. Para esta tarea va a ser esencial el adecuado desenvolvimiento de un sistema de contabilidad homogéneo a nivel europeo y la imprescindible comparación con el sector en que opere para poder fijar el alcance de la razonabilidad en los beneficios, cuya legítima existencia también reconocía la propia sentencia ADBHU⁷⁴.

Finalmente, la cuarta condición plantea la posibilidad, -nada infrecuente en la práctica-, de que cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar dichas obligaciones no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, “*el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones*”.

Respecto a esta condición resulta nuevamente muy interesante la observación de ALEXIS⁷⁵ de que el menor coste exigido no puede identificarse con el menor precio, en coherencia con las reglas comunitarias que rigen la contratación pública.

El escaso tiempo transcurrido desde que esta sentencia ha sido dictada no ha impedido que la línea jurisprudencial marcada haya tenido una pronta continuidad, que se refleja ya en sentencias como la STJCE de 27 de noviembre de 2003, que resuelve la

72 Siguiendo nuevamente a ALEXIS (p. 4) debemos recordar que esta exigencia no es sin embargo nueva, y aparece claramente recogida en el propio caso Altmark y la legislación comunitaria examinada en el mismo [Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156, de 28.6.1969, p. 1; EE 08/01, p. 131), en su versión modificada por el Reglamento (CEE) nº 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991 (DO L 169, de 29.6.1991, p. 1)].

73 ALEXIS, A.: “L’arrêt Altmark...”, op. cit., p. 5.

74 Apartados 3, última frase y 18 de esta sentencia [STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de Defense des Bruleurs d’huiles Usagees (ADBHU)*, Asunto C-240/83, Rec. p. 531]. ALEXIS alude también en este punto la omisión explícita a la subvenciones cruzadas, entre sectores abiertos y cerrados a la competencia, que considera, sin embargo implícitamente reconocida por el Tribunal al vincular las compensaciones al coste de las obligaciones de servicio público. Prohibición que, por otro lado, no alcanza, lógicamente al “beneficio razonable”, cuya legítima existencia, incluso a través de las compensaciones, puede ser destinado por la empresa beneficiaria de acuerdo con sus propios intereses, incluso a actividades competitivas, siempre que no suponga descuidar las exigencia de mejora y desarrollo de las de protegidas por la delimitación de misiones de interés general.

75 ALEXIS, A.: “L’arrêt Altmark...”, op. cit., p. 5.

cuestión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia), con motivo de los litigios pendientes ante dicho órgano jurisdiccional entre Enirisorce SpA y Ministero delle Finanze⁷⁶, extremo este que contrasta algo con la hostilidad y perplejidad con la que fue recibida en general la sentencia Ferring, y las dudas suscitadas acerca de su efectiva consolidación como verdadera jurisprudencia y su reflejo inmediato en los proyectos sobre los que la Comisión está trabando ya para poder aplicarla.

Se trata, pues, en definitiva, de una sentencia de una importancia capital en el propio proceso de integración europea, que va a poner a prueba nuevamente la existencia o no de un verdadero espíritu liberalizador, en los mercados que han venido ofreciendo mayor resistencia, -entiéndase que la resistencia no es de los “mercados” sino de los reguladores nacionales, es decir, los Estados miembros dentro de sus fronteras, y una oportunidad más para que el mercado interior sea efectivamente una realidad plena.

⁷⁶ Cfr. Apartados 31 a 40 de esta sentencia.