

¿CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO EN TIEMPOS DE CRISIS? ALGUNAS ACOTACIONES A LA LUZ DE LAS NOVEDADES EN EL RÉGIMEN EUROPEO DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO DIRIGIDAS A SU FINANCIACIÓN*

MATILDE CARLÓN RUIZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
Miembro del ICDEIR

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL NUEVO PAQUETE COMUNITARIO SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG). —III. LA PREMISA: LOS SIEG Y SU PROYECCIÓN EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO.—IV. PARÁMETROS COMUNITARIOS PARA LA VALORACIÓN DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS SIEG: 1. *Los criterios de la jurisprudencia Altmark para identificar una compensación por prestaciones de servicio público.* 2. *La fijación de unos criterios de minimis específicos para los SIEG.* 3. *Los nuevos criterios para la exención de la obligación de notificación introducidos por la Decisión de 2011.* 4. *Los criterios para analizar la compatibilidad de la ayuda a la luz del Marco de 2011.*—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto el nuevo Paquete normativo, recientemente aprobado por la Comisión Europea, acerca de las peculiaridades de la consideración, desde la perspectiva de las ayudas de Estado, de los flujos de financiación pública dirigidos a sufragar Servicios de Interés Económico General (SIEG). El análisis de este conjunto de normas, alumbradas por la jurisprudencia *Altmark*, da pie a reflexionar sobre el encaje que deben tener estas peculiares actividades económicas en un contexto crítico como el actual.

Palabras clave: servicios de interés económico general; servicio público; ayudas públicas; jurisprudencia *Altmark*.

ABSTRACT

This paper is devoted to the study of the new normative Package which has been recently approved by the European Commission about the specific consideration of public financial support of Services of General Economic Interest (SGEI) from the point of view of the State aid regime. The study of these norms, which have been produced under the light of the *Altmark* ruling, gives an opportunity for reflection on the due space which should be offered to these particular economic activities in the current context of crisis.

Key words: services of general economic interest; public services; state aids; *Altmark* ruling.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de abril la Comisión Europea aprobó un Reglamento de ayudas *de minimis* específico para los Servicios de Interés Económico

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Defensa de la Competencia» (DER 2009/14273/C02/01), del que es Investigador Principal T.-R. FERNÁNDEZ.

General (SIEG) que ha venido a cerrar un nuevo paquete normativo sobre la consideración de la financiación de estos servicios desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado cuyas piezas principales ya habían sido aprobadas en diciembre de 2011.

En estos términos, la Comisión ofrece una revisión casi total del que se vino en llamar «paquete *Altmark*» —o «Monti-Kroes»— en referencia a la famosa sentencia *Altmark*, de 24 de julio de 2003, calificada por la propia Comisión como «histórica»¹ y que, en efecto, marcó un punto de inflexión en la consideración de los flujos de financiación pública a favor de los SIEG desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado. Con el objetivo confesado de dotar de mayor claridad y seguridad jurídica a esta compleja cuestión, la Comisión ofrece, en definitiva, un nuevo marco normativo que puede y —seguramente— deba enmarcarse en una reflexión más profunda sobre el papel que deben jugar estas peculiares actividades económicas de interés general en un contexto de crisis que se descarta pasajero. No en vano, en la misma fecha de diciembre de 2011 la Comisión Europea aprobó una nueva Comunicación sobre los Servicios de Interés General —*A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*—² que ofrece pautas relevantes al respecto.

II. EL NUEVO PAQUETE COMUNITARIO SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG)

La sentencia *Altmark* marcó, en efecto, un claro punto de inflexión en la consideración de los flujos públicos —sean de ámbito estatal, regional o local³— dirigidos a la financiación de los SIEG al establecer los criterios en función de los cuales aquéllos se limitarían a la consideración de *compensaciones* por tales servicios y, por tanto, alejadas del concepto de ayudas en sentido propio. En este sentido, esta sentencia fijó una jurisprudencia que dio pie a la Comisión Europea a afinar los criterios en

¹ STJCE de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00 *Altmark Trans*), calificada por la propia Comisión Europea como «histórica» en su *Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General*, aprobado por la Comisión el 12 de mayo de 2004 [COM (2003) 270 final].

² *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «A Quality Framework for Services of General Interest in Europe»* [COM (2011) 900 final, de 20.12.2011]. No hay versión española.

³ En rigor, tal y como aclara la Comisión en su *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general...*, referenciada en nota 9, págs. 61-62, también se considerarán a estos efectos, como «recursos estatales» —entendida esta expresión no en sentido propio—, los flujos de financiación que provengan del Fondo Social Europeo o del FEDER, con independencia de que la utilización de estos Fondos, particularmente del primero, implique la aplicación simultánea de otros criterios y mecanismos de control a los que se refieren al control de la financiación de los SIEG.

función de los cuales debía considerar las distintas fórmulas de financiación pública de las actividades económicas de interés general desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado. Fruto de este esfuerzo fueron una Decisión y un Marco comunitario aprobados en noviembre de 2005⁴, y que ahora han sido objeto de reforma, a los que se sumó una modificación de la *Directiva sobre Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas*, Directiva que, no habiendo sido esta vez modificada, mantiene vigencia en su versión codificada como Directiva 2006/111/CE⁵, transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 4/2007, de 3 de abril⁶.

Este es el limitado aparato normativo con el que se enfrenta la Comisión en 2011. En rigor, sus inquietudes al respecto deben datarse en el año 2010, en el que se lleva a cabo una consulta pública dirigida a analizar la efectividad del paquete de 2005, dando lugar a una Comunicación de la Comisión, hecha pública en marzo de 2011, titulada *Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general*, que apunta ya a que la reforma proyectada debe ofrecer instrumentos más claros, simples, proporcionales y efectivos⁷. Es esta, sin duda —la de la consideración de la financiación pública de los SIEG—, una cuestión especialmente compleja y sometida a un margen —probablemente excesivo— de discrecionalidad, lo que hace imprescindible que se ofrezcan criterios dotados de claridad que refuercen la seguridad jurídica.

⁴ Decisión de la Comisión 2005/842/CE de 28 de noviembre de 2005 *relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general* (DO L 312 de 29.11.2005, pág. 67) y *Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*, de 29 de noviembre de 2005 [2005/C 297/04, de 29 de noviembre de 2005].

⁵ Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, *relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas* (DO L 318 de 17.11.2006, págs. 17-25). Esta Directiva viene, en efecto, a codificar las distintas modificaciones sucesivamente introducidas en la Directiva 80/723/CEE, la última de las cuales se produjo por la Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, aprobada en la misma fecha que la Decisión y el Marco que ahora se sustituyen.

⁶ Ley de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

⁷ En su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada *Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general* [COM (2011) 146 final, de 23.03.2011], preparatoria del nuevo paquete, la Comisión advierte que a la vista de las aportaciones de los Estados miembros sobre la aplicación del paquete de 2005 y de los resultados de la consulta pública llevada a cabo en 2010, se asumieron como principios para la reforma ofrecer instrumentos más claros, simples, proporcionales y efectivos. Es clarificador al respecto el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión *La aplicación de las normas sobre ayudas estatales de la UE a los servicios de interés económico general desde 2005 y el resultado de la consulta pública* [SEC(2011) 397, de 23.03.2011].

El entendimiento de la cuestión es, dentro de su complejidad, bien claro. Los SIEG, bajo la órbita del actual art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) —antiguo art. 86.2 del Tratado de la Comisión Europea (TCE)—, atraen para sí reglas específicas en cuanto a la valoración de la compatibilidad con el Tratado de los recursos públicos con los que se financien. La condición que concurre en el actual art. 106.2 TFUE de *lex specialis* respecto de los vigentes arts. 107 y 108 TFUE —antiguos artículos 87 y 88 TCE— implica que los criterios generales que estos preceptos ofrecen sobre la compatibilidad de las ayudas públicas no son de aplicación inmediata cuando se trata de valorar los flujos de financiación públicos dirigidos a sufragar SIEG, sea cual sea la técnica mediante la que se articulen, y ello sin perjuicio de las especialidades a las que se somete, a su vez, el sector del transporte terrestre, para el que el Tratado ofrece desde su redacción original una regla específica, el antiguo art. 73 TCE, hoy 93 TFUE.

En rigor, la consecuencia plena de la aplicación del art. 106.2 TFUE supone la exclusión de la aplicabilidad de las reglas generales del Tratado sobre el control de ayudas de Estado por considerar que, cuando existe *compensación* por la prestación de un SIEG, no existe propiamente ayuda pública. Bajo este planteamiento, el nuevo marco normativo identifica una serie de reglas que obligan a aplicar un razonamiento que, basado en la jurisprudencia *Altmark*, baraja varios parámetros que conducen a conclusiones de efecto escalonado, cuando no potencialmente superpuestas: 1.º) la inexistencia de ayuda de Estado, si se cumplen todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia *Altmark*, o, aun no cumpliéndose, cuando no se supere el umbral que se fija en el Reglamento *de minimis* aprobado la pasada primavera; 2.º) la existencia de ayuda, pero sin requerir notificación previa, en el caso de que se trate de los tipos de servicios fijados en la Decisión reformada o, en todo caso, que las compensaciones no superen el umbral fijado en la misma Decisión, siempre y cuando se cumplan sus condicionantes específicos; o 3.º) en último término, la existencia de ayuda que, aun debiendo ser notificada, se considerará compatible a la luz de los criterios establecidos en el Marco modificado. Todo ello bajo una premisa evidente: que la financiación pública analizada se dirija a compensar por la prestación de un verdadero SIEG, lo que implica valorar que se trata de una «actividad económica» —sólo en tal caso podríamos encontrarnos ante una posible ayuda— en la que concurren razones de *interés público* que pueden justificar excepcionar puntualmente la aplicación de las reglas de la competencia, particularmente en punto al control de las ayudas públicas.

En definitiva, el nuevo marco está constituido por los siguientes instrumentos:

1. Como novedad plena frente al paquete anterior, la Comisión ha aprobado una Comunicación *relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general*, de 20 de diciembre de 2011⁸. En su intención confesada de «aclarar los conceptos claves subyacentes a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las compensaciones por servicio público» (ap. 3), esta Comunicación se presenta como documento de referencia para aclarar la aplicación, con carácter general, del actual art. 107 del Tratado y de los criterios establecidos por la jurisprudencia *Altmark*. A tales efectos, es también especialmente clarificador un documento interno de la Comisión —*Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general, de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, contratos públicos y de Mercado interior*—⁹, aprobado a principios del mismo mes de diciembre y al que aquella Comunicación se remite.

2. Una Decisión de la misma fecha, modificada frente a la de 2005, y que entró en vigor el 31 de enero de 2012: Decisión n.º 2012/21/UE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, *relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las Ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*¹⁰, que fija los criterios sectoriales y cuantitativos en función de los cuales algunas ayudas no deben ser notificadas.

3. En la misma fecha, la Comisión empezó a aplicar un *Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*, también de 20 de diciembre de 2011¹¹, que vino a sustituir al de 2005, para fijar los criterios conforme a los cuales la propia Comisión analizará una ayuda notificada por no cumplir los requisitos establecidos en la Decisión o, en su caso, en el nuevo Reglamento de ayudas *de minimis* propuesto a la primavera.

4. El 25 de abril fue, en efecto, finalmente aprobado un Reglamento *relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas «de minimis» concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general*¹², inédito en

⁸ C (2011) 9404 final.

⁹ SEC (2010) 1545 final, de 7.12.2010.

¹⁰ C (2011) 9380 final.

¹¹ C (2011) 9406 final [SEC (2011) 1581. SEC (2011) 1582].

¹² Reglamento (UE) n.º 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012 (DOCE L 114/8, de 26.4.2012).

el paquete anterior, que ha venido a fijar umbrales específicos por debajo de los cuales no se someten a control las ayudas dirigidas a compensar por la prestación de SIEG por considerar que no afectan a los intercambios entre Estados miembros y/o no falsean o amenazan falsear la competencia.

Tal y como ha quedado explicado, la existencia de este nuevo marco comunitario sólo se explica a los efectos de aplicar criterios específicos, en lo que se refiere al régimen de las ayudas de Estado, a los SIEG. De ahí que su propia aplicabilidad dependa de la identificación de verdaderos SIEG. Nos debemos plantear, pues, en primer lugar, los parámetros bajo los que la propia Comisión asume que se está en presencia de uno de estos servicios para, sucesivamente, analizar los criterios en función de los cuáles los flujos de financiación pública que los sustenten puedan ser considerados compensaciones por prestaciones de servicio público o propiamente ayudas y, en este segundo supuesto, deban o no ser notificados y, en su caso, declarados compatibles.

III. LA PREMISA: LOS SIEG Y SU PROYECCIÓN EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO DE AYUDAS DE ESTADO

Como es sabido, el concepto de Servicio de Interés Económico General (SIEG), a pesar de su ya larga tradición en el entramado comunitario, carece de una definición normativa, por más que el vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea haga mención al término en varios de sus artículos: en particular, su art. 14, modificado del anterior 16, el actual 106.2 y el nuevo Protocolo n.º 26 —así como el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales—, que los reconoce —en una significativa evolución hacia su consolidación— como pilar fundamental del modelo social europeo. Con relativa precisión, la Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*, de septiembre de 2000¹⁴, ofrece una definición en su Anexo II al advertir que «es el término utilizado en el (entonces) artículo 86 del Tratado y se refiere a los servicios *de mercado* a los que los Estados miembros *imponen determinadas obligaciones de servicio público* en virtud de *criterios de interés general*».

Son dos, en definitiva, las coordenadas que concurren en los SIEG: actividades prestacionales *de mercado e interés general* con vocación de ser-

¹³ Al respecto, *vid.* A. SEGURA SERRANO, «Los “servicios de interés económico general” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva», *RDCE*, n.º 38, 2011, págs. 59-96.

¹⁴ 2001/C 17/4, *DOCE* de 19.1.2001.

vicio público. Sólo la confluencia de ambas determina la existencia de un SIEG, pues, ni son SIEG los servicios de mercado en los que no concurre un interés general prestacional, ni, inversamente, lo son los servicios de interés general prestacional no de mercado.

Que los SIEG deben ser, en todo caso, actividades de mercado es bien expresivo en el ámbito del control de las ayudas de Estado, ya que el propio concepto de ayuda estatal exige que lo financiado sea una «actividad económica». Así lo destaca, de hecho, la Comunicación de 20 de diciembre de 2011, que llama la atención sobre que, en los términos del art. 107.1 del Tratado, las normas sobre ayudas estatales sólo se aplican cuando el beneficiario sea una «empresa», siendo así que la jurisprudencia europea vincula la condición de empresa con el ejercicio de una «actividad económica», con independencia de consideraciones de estatuto jurídico, de su modo de financiación o de la concurrencia o no de una finalidad lucrativa o de carácter «social»¹⁵. La clave reside, en definitiva, en la existencia de un mercado, de una actividad competitiva, incluso aunque el servicio se preste por la propia Administración, siempre que existan terceros que puedan y quieran prestarlo¹⁶, y ello en el bien entendido de que la lógica del control de las ayudas de Estado persigue, principalmente, garantizar la competencia en el mercado.

Bajo estos parámetros, se ha descartado que el ejercicio de funciones de autoridad o de prerrogativas de poder público sea actividad económica —con independencia de que el Estado actúe directamente o a través de sujetos a los que otorgue derechos especiales o exclusivos¹⁷,

¹⁵ Vid. SSTJCE de 12 de septiembre de 2000, Asuntos C-180/98 a C-184-98, *Pavlov y otros*, apartado 118; de 22 de enero de 2002, Asunto C-218/00, *INAIL*, apartado 37, y de 22 de mayo de 2003, Asunto C-355/00, *Freskot*. Particularmente en lo que se refiere al carácter no determinante de la falta de ánimo lucrativo, vid. SSTJCE de 29 de octubre de 1980, asuntos acumulados 209/78, 215/78 y 218/79, *Van Landewyck*, y de 16 de noviembre de 1995, asunto C-244/94, *FFSA y otros*, apartado 21. Apartados 8 a 10 de la *Comunicación relativa a la aplicación de las normas de ña UE en materia de ayudas*.

¹⁶ Apartados 11 a 13 de la *Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas*.

¹⁷ Así, en el caso de la seguridad de la navegación aérea —vid. SSTJCE de 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, *SAT/Eurocontrol*, apartado 27, y de 26 de marzo de 2009, asunto C-113/07 P, *Selex Sistemi Integrati/Comisión*, apartado 71, y Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 309/2002, de 19 de marzo de 2003, Seguridad aérea-compensación de los costes tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, *DO C 148*, de 25.6.2003—; de la seguridad marítima —Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 438/02 de 16 de octubre de 2002, Subvenciones a las administraciones portuarias para la ejecución de tareas que dependen de las autoridades públicas, *DO C 284*, de 21.11.2002—; la vigilancia de la contaminación —STJCE de 18 de marzo de 1997, asunto C-343/95, *Cali y Figli*, apartado 22—; la organización y ejecución de medidas penitenciarias —Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 140/2006— Lituania: Adjudicación de subvenciones a reformatorios, *DO C 244*, de 11.10.2006- y la financiación y vigilancia de la construcción de infraestructuras ferroviarias —Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 478/2004— Irlanda: Garantía del Estado para los empréstitos de capital de *Coràs Iompair Eirann*, *DO C 207*, de 31.8.2006.

como que lo sean los servicios de seguridad social de afiliación obligatoria y control público basados en el principio de solidaridad y los servicios de asistencia sanitaria a los que aquéllos den cobertura¹⁸ y los sistemas nacionales de educación pública financiados y supervisados por el Estado¹⁹. Inversamente, se han calificado como actividades económicas las de colocación de trabajadores²⁰, los regímenes de seguro facultativos que funcionan según el principio de capitalización, incluso cuando están dirigidos por organismos sin ánimo de lucro²¹, los servicios de transporte de enfermos²², los servicios médicos *intra* o *extra* hospitalarios²⁴ o el suministro de infraestructuras auxiliares a las viviendas sociales²⁵.

Esta última precisión es relevante a la luz de la conexión entre Servicios de Interés Económico General (SIEG) y Servicios Sociales de Interés General (SSIG) dentro del *género* Servicios de Interés General (SIG). Este último concepto, finalmente consagrado en el Derecho primario a través del Protocolo n.º 26 introducido por el Tratado de Lisboa²⁶, quedó caracterizado en la Comunicación de septiembre de 2000 advirtiendo que «abarca los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés general y a los que imponen determinadas

¹⁸ Es clave el dato de que las prestaciones se ofrezcan con independencia de las cotizaciones: SSTJCE de 17 de febrero de 1993, asunto C-159/91, *Poucet y Pistre*; de 22 de enero de 2002, asunto C-218/00, *INAIL*, apartados 43-48, y de 16 marzo de 2004, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband*, apartados 51-55.

¹⁹ SSTJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 263/86, *Humbel*, apartado 18; del 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05, *Comisión/Alemania*, apartados 74 y 75, y Decisiones de la Comisión relativas a las ayudas N118/00, *Subvenciones para los clubes deportivos profesionales*, DO C 333/6, de 28.11.2001, y NN54/2006, *Colegio de logística Prerov*, DO C 291/18, de 30.11.2006, y Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa al caso 39/07/COL sobre la financiación de instituciones municipales de atención diurna en Noruega. Apartados 16 a 30 de la *Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas*.

²⁰ STJCE de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90, *Höffner y Elser*, apartados 21 y 22.

²¹ SSTJCE de 16 de noviembre de 1995, Asunto C-244/94 *FFSA*, apartados 17 a 22 y de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96, *Albany*, apartados 80 a 87. Por principio de capitalización se entiende que las prestaciones de seguro dependen solamente del nivel de las cotizaciones abonadas por los beneficiarios y de los resultados financieros de las inversiones realizadas.

²² STJCE de 25 de octubre de 2001, Asunto C-475/199, *Glöckner*, apartado 20.

²³ STJE de 30 de marzo de 2006, Asunto C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 63.

²⁴ SSTJCE de 31 de enero de 1984, Asuntos acumulados 286/82 y 26/83, *Luisi y Carbone*, apartado 16; de 4 de octubre de 1991, Asunto C-159/90, *Society for the Protection of unborn children (IVG)*, apartado 18; de 12 de julio de 2001, Asunto C-368/98, *Abdon Vanbraekel*, apartado 43, y de 12 de julio de 2001, Asunto C-157/99, *Smits*, apartado 53, y Sentencia del TPI de 11 de julio de 2007, Asunto T-167/04, *Asklepios Kliniken*, apartados 49 a 55.

²⁵ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 395/05 Garantías para préstamo para sistemas de infraestructura social financiados por la agencia de financiación de la vivienda, *DOC 77*, de 5.4.2007.

²⁶ Se encabeza el Protocolo con la expresión «*Las Altas Partes Contratantes Deseos de poner de relieve la importancia de los servicios de interés general...*».

obligaciones de servicio público». En estos términos, establece un género dentro del cual los SIEG —«Servicios de Interés Económico General»— son una especie²⁷, lo cual es determinante en el ámbito del control de las ayudas de Estado: sólo estos últimos son relevantes a los efectos del control de las ayudas estatales, dado que el concepto de «actividad económica» que está en la base de las ayudas encuentra correlación en la premisa del carácter «de mercado» de los servicios que está implícita en los SIEG. Con todo, hay que tener presente que SIEG y SSSIG no son conceptos mutuamente excluyentes, de modo que algunos SSIG pueden ser de mercado y, por tanto, SIEG cuya financiación puede ser analizada desde la perspectiva de las ayudas de Estado en el régimen peculiar que a aquéllos corresponde. Así lo han destacado, de hecho, en correlación con la jurisprudencia²⁸, sendas Comunicaciones de interés al respeto: una Comunicación específica de abril de 2006, titulada *Aplicación del Programa comunitario de Lisboa-Servicios Sociales de Interés General en la Unión Europea*²⁹ y la sucesiva Comunicación de 20 de noviembre de 2007, que, bajo el título *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*³⁰, deja claro que los servicios sociales se dirigen a la satisfacción de necesidades de carácter vital, contribuyendo al logro de valores esenciales de la Comunidad como el nivel de empleo, la protección social, la igualdad y la cohesión social y territorial. Y así lo confirma también la Decisión ahora modificada, que contempla expresamente los Servicios Sociales —hay que entender SIEG sociales— a los efectos de, bajo determinadas condiciones, eximir de la exigencia de notificación previa las ayudas que reciban.

Es clave, pues, para identificar un SIEG, el carácter económico de la

²⁷ Esta relación género-especie es destacada por la Comisión en su Comunicación de marzo de 2011. Al respecto y, en general en torno a los SIEG, nos permitimos remitirnos a nuestras reflexiones en M. CARLÓN RUIZ, «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO, *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Iustel-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, págs. 483-514, así como a J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

²⁸ En definitiva, el hecho de que la actividad en cuestión se califique como social no es en sí mismo excluyente de su posible calificación como «actividad económica» con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por ende, los SSIG de carácter económico son SIEG. *Vid.* STJCE de 12 de septiembre de 2000, Asuntos C-180/98 a C-184-98, *Pavlov y otros*, apartado 118; de 22 de enero de 2002, Asunto C-218/00, *INAIL*, apartado 37, y de 22 de mayo de 2003, Asunto C-355/00, *Freskot*.

²⁹ Esta Comunicación [COM (2006) 177 de 26 de abril de 2006] se elaboró con el objetivo de iniciar una consulta al respecto. A ella siguió el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión anejo a esta Comunicación [SEC (2006) 0516]. Sobre esta Comunicación se pronuncia el Parlamento Europeo en una Resolución, de 14 de marzo de 2007, sobre los servicios sociales de interés general en la Unión Europea [2006/2134 (INI)], lamentando la falta de claridad en la definición y clasificación de tales servicios y el aplazamiento de la definición de su marco jurídico.

³⁰ COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007.

actividad³¹, sin que su precisión caso a caso deje de presentar dificultades en la práctica.

No basta, sin embargo, ese carácter económico para caracterizar un SIEG. Un SIEG se corresponde con una actividad económica prestacional en la que concurra un interés general específico —referido, esto es determinante, a su propia prestación a los usuarios—, de modo que es precisamente este interés general concurrente el que puede justificar excepciones a la aplicación rígida de las reglas de la competencia. La Comunicación *A Quality Framework...*, de diciembre de 2011, abundando en la lógica establecida por la propia Comisión diez años antes, describe los SIEG como «*actividades económicas que generan beneficios para el interés general que no se prestarían por el mercado (o que no serían prestadas bajo las mismas condiciones en términos de calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad o acceso universal) a falta de intervención pública. La obligación de servicio público es impuesta al prestador a través de una encomienda o sobre la base de un criterio de interés general que asegura que el servicio es prestado bajo condiciones que le permitan cumplir su misión*»³². Es, de hecho, esta intervención para la imposición de obligaciones ajenas a la lógica competitiva orientadas a la consecución de misiones de servicio público la que justifica el planteamiento de excepción a las normas generales sobre competencia que está implícito en el actual art. 106.2 TFUE cuando advierte que las empresas encargadas de la gestión de SIEG sólo están sometidas a las normas del Tratado —y, entre ellas, por lo que ahora especialmente interesa, a las recogidas en materia de ayudas estatales— «*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*». Las normas sobre ayudas estatales quedarán, pues, desplazadas o excepcionadas, en la lógica de los SIEG, en la

³¹ De ahí, también, que hayan quedado finalmente incardinados en el ámbito de la Directiva de Servicios —Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior* (DOUE L 376/36, de 27.12.2006)—, no sin tensiones durante el proceso de elaboración de tan polémica directiva —*vid.*, al respecto, el *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Progress since the 2004 White Paper on services of general interest*, que acompaña a la Comunicación de la Comisión de 2007 [COM (2007) 725 final; SEC (2007) 1514; SEC (2007) 151]— que han quedado reflejadas en un complejo juego de reglas-excepciones, ya que, por más que se parte —como advertíamos— de que los SIEG están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, se establecen excepciones sustantivas: las telecomunicaciones, los servicios de transporte y los audiovisuales, entre otros, están explícitamente excluidos por el art. 2, mientras que las reglas sobre la libertad de prestación establecidas en el art. 16 quedan parcialmente excepcionadas, por el art. 17.1, respecto de los servicios postales y de energía sometidos a las Directivas comunitarias sectoriales. Y ello en el bien entendido de que, incluso respecto de los servicios incluidos, las previsiones de la Directiva dirigidas a facilitar la libertad de establecimiento permiten a los Estados miembros tomar en consideración las peculiaridades de los servicios de interés económico general (*vid.*, por ejemplo, art. 15.4).

³² La traducción es nuestra.

medida en que tal excepción sea necesaria para garantizar el cumplimiento de las prestaciones de interés general que con ellos se pretenda cubrir, máxime cuando el actual art. 14 TFUE, en novedad introducida por el Tratado de Lisboa, identifica las condiciones «de financiación» como una de las que pueden quedar moduladas para permitir que los SIEG cumplan su misión³³.

Cómo y en qué condiciones se produzca este desplazamiento o excepción viene determinado por el paquete *Altmark*. Y ello en el bien entendido de que la identificación de lo que sea un SIEG —bajo esa doble coordinada actividad económica/interés general— queda en manos de los Estados —y no sólo a nivel estatal, sino también regional o local—, únicos competentes para su determinación, tal y como ha venido a destacar expresamente el artículo 1 del Protocolo n.º 26³⁴. Este «amplio margen de maniobra» de los Estados miembros para identificar los SIEG —en palabras de la propia Comisión a la luz de la jurisprudencia³⁵—, que abarca también las fórmulas para su organización y financiación³⁶, sólo queda acotado por el magro control de los «errores manifiestos» que le corresponde ejercer a la Comisión Europea³⁷ y por el obligado respeto a los criterios impuestos por la regulación europea al armonizar determi-

³³ De hecho, bajo la misma lógica, el art. 14 TFUE prescribe que «la Unión y los Estados miembros, cada uno en su ámbito respectivo y dentro del ámbito de aplicación de los Tratados, asegurarán que (los SIEGs) operarán sobre la base de los principios y condiciones, *particularmente económicas y de financiación*» —en precisión introducida por el Tratado de Lisboa— «que les permitan cumplir su misión». Y ello en el bien entendido de que este mismo artículo precisa que se aplicará sin perjuicio de los arts. 93, 106 y 107.

³⁴ Este artículo apela literalmente al «papel esencial y la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales en la prestación, encargo y organización de servicios de interés económico general que se adecuen lo más posible a las necesidades de los usuarios». A estos efectos, la Comunicación de la Comisión de noviembre de 2007 [COM (2007) 725 final, p. 10] precisa que la acción de la Unión respecto de los SIEG debe respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

³⁵ Al respecto, *vid.* Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2005, Asunto T-17/02, *Fred Olsen*, apartado 216; de 12 de febrero de 2008, Asunto T-289/03, *BUPA y otros/Comisión*, apartados 166-169, y de 22 de octubre de 2008, Asunto T-309/04, *TV2*, apartados 113 y ss.

³⁶ En palabras de los Servicios de la Comisión en la *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general...*, pág. 30, «los Estados miembros disponen de un amplio margen de maniobra para organizar y financiar sus SIEG. Las autoridades públicas pueden conceder una subvención o una ventaja fiscal, pero pueden también conceder un derecho exclusivo o especial al prestador de servicios, con el fin de garantizar la prestación del SIEG, siempre que ese derecho no supere el nivel necesario para permitir el cumplimiento de la misión de SIEG en condiciones económicamente aceptables, aspecto éste último en el que se pronuncian las SSTJCE de 19 de mayo de 1993, asunto C-320/91 *Corbeau*, apartados 14-16, y de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96 *Albany*, apartado 107».

³⁷ En este sentido, son escasos los supuestos que ofrece la jurisprudencia. En particular, el TJCE ha confirmado en varias sentencias que las operaciones portuarias no revisten por sí mismas la condición de SIEG: Sentencia de 10 de diciembre de 1991, Asunto C-179/90, *Merci conventionale Porto di Genova*, apartado 27; de 17 de julio de 1997, Asunto C-242/95, *Gt-Link A/S*, apartado 53 y de 27 de noviembre de 2003, Asuntos C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*, apartados 33-34.

nados sectores, que no necesariamente impiden a los Estados fijar SIEG propios³⁸.

Con todo, la propia definición del ámbito de aplicación del Reglamento *de minimis* para las ayudas por SIEG, al que posteriormente nos referiremos, es bien expresivo de la amplitud con la que la propia Comisión concibe la posible identificación de un SIEG.

IV. PARÁMETROS COMUNITARIOS PARA LA VALORACIÓN DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS SIEG

La sola identificación de un SIEG por un Estado miembro —en cualquiera de sus escalas internas de poder— en los términos de amplísima libertad recién descritos, atrae el control de los flujos de financiación pública que los sustentan hacia el reiteradamente citado Paquete *Altmark* en su versión puesta al día. Flujos de financiación pública que pueden manifestarse —en su potencial consideración como ayudas de Estado— en las más variadas formas, no exclusivamente de carácter subvencional, de crédito fiscal o de beneficio en especie³⁹.

El primer criterio de evaluación de este paquete, tal y como ha quedado descrito, viene establecido por las reglas acumulativas establecidas por la propia jurisprudencia *Altmark* para determinar la exclusión de la existencia misma de una ayuda estatal en la medida en que la financiación pública se limite a *compensar* por la prestación de un SIEG. En el caso de que no se cumpla una sola de estas reglas, se estará en presencia de una ayuda de Estado. Esta ayuda estatal no se entenderá, sin embargo, sometida al ámbito de aplicación del 107 en la medida en que no se pueda considerar que afecte al intercambio entre los Estados miembros o a la competencia por no superar el umbral fijado por el nuevo Reglamento *de minimis*. La ayuda no deberá ser, en ningún caso, objeto de notificación previa si se cumplen los criterios de la Decisión y, aun siendo exigible su notificación, podrá ser declarada compatible en fun-

³⁸ Así, por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, la fijación a nivel comunitario de la existencia y ámbito del servicio universal, establecido en la actualidad por la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de marzo de 2002, *relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (DO L 108, de 24.4.2002) no impide que los Estados miembros amplíen su ámbito de aplicación o definan espacios específicos de SIEG en relación con estas actividades, como, por ejemplo, para la extensión de la banda ancha. De hecho, la Comisión ha aprobado al respecto una Comunicación que fija las Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, DO C 235, de 30.9.2009.

³⁹ A estos efectos, la Comunicación de la Comisión de diciembre de 2011 aclara que pueden considerarse como fondos estatales las concesiones sin licitación de recursos escasos o las fórmulas de financiación que procedan de exacciones parafiscales o cotizaciones pagadas por imposición legal por determinadas empresas y usuarios y gestionadas y distribuidas por el Estado (apartados 31 a 36).

ción de los criterios establecidos por el Marco. Y ello en el bien entendido de que Decisión y Marco se inspiran, a su vez, tal y como ha quedado apuntado, en los criterios *Altmark* en los términos que pasamos a describir.

1. *Los criterios de la jurisprudencia Altmark para identificar una compensación por prestaciones de servicio público*

Como es bien sabido, la sentencia *Altmark* —en un esfuerzo clarificador frente a la jurisprudencia previa— introduce criterios para identificar cuándo las *compensaciones* por el cumplimiento de obligaciones de servicio público no deben ser consideradas como ayudas de Estado, no siendo, entonces, de aplicación lo dispuesto en los artículos 107 y 108 TFUE⁴⁰. En rigor, en esta sentencia el Tribunal de Justicia abandona el «criterio de la ayuda» que había manejado en algún supuesto previo para decantarse finalmente por el «criterio de la compensación», en el entendimiento de que, existiendo propiamente *compensación* —concepto evocado por la referencia al «reembolso» expresamente aludida por el art. 93 del Tratado en relación con las ayudas al transporte terrestre⁴¹—, en términos de mera *contraprestación* por cargas de servicio público, no puede hablarse de ayuda, pues la idea de compensación excluye la existencia de ventaja económica alguna a favor de la entidad beneficiaria, extremo éste implícito en aquel concepto y que justifica su prohibición⁴².

⁴⁰ Son requisitos para la existencia de ayuda, particularmente en los términos del art. 107.1: la existencia de una intervención por parte del Estado —entendida en sentido amplio— o a través de recursos públicos; que tal intervención sea susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros; que confiera una ventaja al que la recibe —requisito este que queda, como veremos, excluido en el caso de que se cumplan los requisitos *Altmark*— y que distorsione o amenace con distorsionar la competencia. Así lo recuerda el epígrafe 75 de la sentencia *Altmark*.

⁴¹ Recordemos que advierte, en su literalidad, que «serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público».

⁴² Sobre la sentencia, *vid.* S. SANTAMATO y N. PESARESI, «Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the *Altmark* ruling», en *CPN*, 1/2004, págs. 17-21, quienes ofrecen una interpretación cualificada desde su condición de miembros de la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea, avanzando una valoración positiva sobre la misma, aun con matices. B. BOISSARD, «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes. Commentaire des affaires *Altmark* trans, Gemeot Enirisorse», *RDP*, 4/2004, págs. 1173-1190, por su parte, destaca cómo la jurisprudencia *Altmark* viene a aclarar las divergencias habidas hasta entonces entre el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia, particularmente en la sentencia de 22 de noviembre de 2001, dictada en el asunto C-53/00, *Ferring*, confirmando los planteamientos que ya adelantara la Comisión Europea en su *Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa* de 20 de septiembre de 2000 (epígrafes 26 y 24). *Vid.* también, en la misma línea, S. ACIERNO y J. BAQUERO CRUZ, «La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos», en *REDE*, n.º 9, 2004, págs. 169-190, quienes advierten, sin embargo, que la sentencia deja abiertas no pocas cuestiones; N. ALBUQUERQUE MATOS, «The Role Of The BUPA Judgement In The Legal Framework Of The Services Of General Economic Interest», *Tilburg Law Review*, 16 (2011), pág. 84, y A. SEGURA SERRANO, *Los «servicios de interés económico general»...*, *ob. cit.*, págs. 68-73.

Con las *compensaciones* de servicio público se trata, en puridad, de *recomponer* una situación de *desequilibrio* en la situación de competencia derivada de la imposición de una sobrecarga a determinado operador a los efectos de garantizar ciertas prestaciones de interés general. De ahí que sea crucial determinar con precisión bajo qué criterios el flujo público se limita a *compensar*, siendo determinante, a estos efectos, a partir de la sentencia *Altmark*, la consideración del criterio de eficiencia.

Para que exista *compensación* y no ayuda, la jurisprudencia *Altmark* establece cuatro requisitos que la propia Comisión califica de «inseparables» y que podemos identificar —intentando ofrecer una cierta sistematización de la formulación jurisprudencial— en cuatro criterios: Especificidad en la atribución/Predefinición de los criterios de cálculo de la compensación/Prohibición de sobrecompensación/Ponderación eficiente de la compensación como alternativa a la selección mediante un procedimiento de contratación. Analicémoslos separadamente, por más que presenten claras conexiones entre sí:

1. *Especificidad en la atribución.* Tal y como venía requiriendo ya la jurisprudencia⁴³, la empresa beneficiaria de la compensación debe estar efectivamente encargada de obligaciones de servicio público que deben estar claramente definidas. El encargo debe producirse a través de un acto de atribución específico —sea legal, regulatorio o contractual— en el que se identifiquen con claridad las obligaciones de servicio público que sean impuestas como una «misión específica» alejada de criterios de puro interés comercial, en correlación con la exigencia del art. 106.2 TFUE, lo que se corresponde con un criterio de subsidiariedad respecto del mercado que es consustancial a la idea de «obligación de servicio público», que sólo se explica como excepción en un entorno de competencia justificada por la especificidad de interés general de los servicios o prestaciones objeto de tales obligaciones⁴⁴.

2. *Predefinición de los criterios de cálculo de la compensación.* Los parámetros en que se base el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. Se trata, en definitiva, de evitar que se enjuguen *a posteriori* y de forma indiscriminada los

⁴³ Vid. SSTJCE de 30 de enero de 1974, Asunto 127/73, *BRT v. Sabam*, y de 11 de abril de 1989, Asunto C-66/86, *Ahmed Saeed*.

⁴⁴ Este elemento de especificidad de las actividades calificables como SIEG es destacada por la jurisprudencia del TJCE, desde la sentencia de 10 de diciembre de 1991, dictada en el asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, apartado 27, y por las sucesivas de 17 de julio de 1997, asunto C-242/95, *GT-Link A/S*, apartado 53, y de 18 de junio de 1998, asunto C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, apartado 45.

costes en los que incurra la empresa encargada del SIEG⁴⁵, con lo que se introduce un requisito nuevo frente a la jurisprudencia precedente⁴⁶.

3. *Prohibición de sobrecompensación.* El cálculo de la compensación por las obligaciones de servicio público impuestas debe garantizar que no se supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de dichas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable⁴⁷. De este modo se pretende evitar que, por la vía de una sobrecompensación, se confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a sus competidoras.

A estos fines, es clave el principio de separación de cuentas introducido por la Directiva de Transparencia, cuya versión codificada como Directiva 2006/111/CE, que mantiene vigencia, incorpora las previsiones introducidas en la redacción original por la Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, aprobada en la misma fecha que la Decisión y el Marco que ahora se sustituyen, con el fin de establecer la obligación de llevar cuentas separadas para todos los SIEG que reciban financiación pública, con independencia de su consideración o no como ayuda estatal y no sólo en el primer caso, como en la redacción original.

4. *Ponderación eficiente de la compensación como alternativa a la selección mediante un procedimiento de contratación.* Para la selección de la empresa encargada de la prestación del SIEG, la jurisprudencia *Altmark* contempla, en primer lugar, un procedimiento de contratación pública, en el entendimiento de que este procedimiento permite seleccionar al

⁴⁵ Precisa, a este respecto, la sentencia *Altmark* que constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado a los efectos de lo dispuesto en el entonces artículo 87.1 TCE, 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.

⁴⁶ Así lo destaca J. L. BUENDÍA SIERRA, «Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest», en *EC State Aid Law: Liber Amicorum in Honour of Francisco Santolalla*, Kluwer, 2008, pág. 199, quien llama la atención sobre el hecho de que los criterios primero y tercero, frente a este segundo y, sobre todo, al cuarto, estaban ya presentes en la jurisprudencia *Ferring* y en el propio art. 106.2 TFUE.

⁴⁷ Entendiendo por tal beneficio razonable el coeficiente de rendimiento de capital que requeriría una empresa media que estuviera considerando si prestar o no el SIEG a lo largo de toda la duración del periodo de atribución, teniendo en cuenta el nivel de riesgo, siendo así que el coeficiente de rendimiento de capital se identifica como la tasa interna de rentabilidad (IIR) que la empresa logra sobre su capital invertido en toda la duración del proyecto, es decir, el IIR sobre los flujos de efectivo del contrato. En todo caso, los Estados podrán introducir criterios incentivos relativos, en particular, a la calidad del servicio prestado y a los incrementos de la eficiencia productiva (ap. 61 de la Comunicación de diciembre de 2011).

prestador a menor coste posible para la colectividad⁴⁸. La Comisión da, de hecho, prioridad a este procedimiento: la Comunicación de diciembre de 2011 afirma que llevar a cabo un procedimiento de contratación pública abierto, transparente y no discriminatorio acorde con las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE es «la forma más sencilla de que las autoridades públicas cumplan el cuarto criterio *Altmark*» (ap. 63), incluso aunque no exista obligación legal (ap. 64), para precisar, seguidamente, que, a tales efectos, son aceptables tanto un procedimiento abierto como, potencialmente, un procedimiento restringido si se ofrecen motivos válidos para impedir concurrir; mientras que los procedimientos de diálogo competitivo y negociado con publicidad sólo serían aceptables excepcionalmente y el procedimiento negociado sin publicidad nunca lo sería (ap. 66). El precio más bajo, en todo caso, y la oferta económicamente más ventajosa, aplicada incorporando criterios que permitan igualar el valor de mercado, son criterios de adjudicación coherentes con la jurisprudencia *Altmark* (ap. 67).

La conexión de la evaluación de la financiación de los SIEG desde la perspectiva de las ayudas de Estado con el régimen de contratación pública se evidencia en el dato revelador de que la aprobación del nuevo paquete *Altmark* se produce en paralelo con la presentación de una Propuesta de nueva Directiva de contratación pública⁴⁹, cuyo objetivo confesado —según hace expresa la nueva Comunicación sobre los SIG aprobada en la misma fecha— es promover una mejor calidad en la provisión de los SIEG⁵⁰.

Con todo, en el caso de que se descarte un procedimiento contractual —y como novedad relevante de la sentencia *Altmark* frente a sus precedentes—, la compensación deberá calcularse *ex post* sobre la base de un análisis de los costes que, obviando la referencia al concreto prestador, introduzca criterios de eficiencia, calculando dichos costes según los que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente

⁴⁸ S. SANTAMATO y N. PESARESI, *Compensation for services of general economic interest...*, *ob. cit.*, pág. 19, ponen de manifiesto que el criterio del «menor coste para la comunidad» no siempre queda garantizado por un procedimiento competitivo, lo cual se vincula con el criterio del «beneficio razonable».

⁴⁹ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement* [COM (2011) 896 final, de 20.12.2011].

⁵⁰ A estos efectos, según explica la Comunicación *A Quality Framework...*, pág. 7, las reformas propuestas se concentran en cuatro pautas: el sometimiento de los servicios sociales y de salud a un régimen más suave que, a su vez, incentive el uso del criterio de oferta económicamente más ventajosa en vez de la del precio más bajo; especial consideración a las relaciones contractuales entre autoridades públicas; introducción de reglas específicas, en términos de procedimiento y criterio de adjudicación, en relación con los contratos relativos a la prestación de SIEG e introducción de un régimen propio para las concesiones.

equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable⁵¹. En ello ha insistido, no sin matices, la jurisprudencia posterior, entre la que destaca la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada en el asunto *BUPA*⁵².

Sea como fuere, es precisamente la introducción de este criterio de eficiencia en la consideración de la *compensación* por la prestación de un SIEG lo que, a pesar de haberse descartado finalmente por el Tribunal de Justicia el «criterio de la ayuda», ha permitido a la Comisión mantener un margen para el juego del actual art. 106.2 TFUE como regla de excepción, en la medida en que habrá supuestos en los que, no cumpliéndose aquel criterio, podrá existir ayuda, si bien susceptible de ser declarada compatible en función de la consideración de *lex specialis* que aquel artículo establece para los SIEG. En ese particular espacio encaja, no en vano, la aprobación por la Comisión de la Decisión y el Marco recientemente modificados, no casualmente fundamentados en los tres primeros criterios *Altmark*: una y otro operarán como documentos orientadores de la labor de la Comisión en la especial consideración de los mecanismos dirigidos a sustentar los SIEG cuando estos no responden a criterios de eficiencia. Permitirán valorar, en definitiva, en su consideración de ayudas de Estado, si bien bajo el particular prisma del art. 106.2 TFUE, los flujos de financiación públicos *efectivamente* requeridos por los prestadores de SIEG no seleccionados por procedimientos competitivos.

⁵¹ A estos efectos, tal y como afirma la *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general...*, pág. 34, los Estados miembros tienen la posibilidad de aplicar un coste de referencia preestablecido, siempre que puedan justificarlo, teniendo en cuenta, en particular, que su origen sea fiable, se base en datos sólidos y corresponda a los valores de mercado. Por no darse estas condiciones se descartó que se cumpliera el cuarto requisito *Altmark* en la Decisión de la Comisión relativa a la ayuda estatal C 3/2008 (ex NN 102/2005), República Checa, *Compensación por servicio público concedida a compañías de autobús de Moravia meridional*, DO L 97, de 16/04/09, apartados 82 y 83.

⁵² Continúan la jurisprudencia *Altmark* las SSTJCE de 20 de noviembre de 2003, dictada en el Asunto C-126/01, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/Gemo S.A.*; de 27 de noviembre de 2003, dictada en los Asuntos acumulados C-34/01 a 38/01, *Enirisorse Spa*, y, de forma más reciente, las de 30 de marzo de 2006, Asunto C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; de 17 de julio de 2008, Asunto C-206/06, *Essent Netwer Noord y otros*, y de 10 de junio de 2010, Asunto C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* y las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008, Asunto T-289/03, *BUPA*, y de 11 de junio de 2009, Asunto T-189/03 *ASM Brescia*. Particularmente la Sentencia *BUPA* generó una cierta polémica, dado que matizó los criterios tercero y cuarto de la jurisprudencia *Altmark* en función del concreto sistema de financiación pública analizado: en rigor, los consideró inaplicables al supuesto, referido a un sistema de igualación de riesgos entre prestadores de seguros médicos. Esta especificidad del supuesto de hecho es la que determina para J. L. BUENDÍA SIERRA, *Finding the Right Balance: State Aid...*, *ob. cit.*, pág. 200, la inexistencia de contradicción fundamental entre esta sentencia y la sentencia *Altmark*. N. ALBUQUERQUE MATOS, *The Role Of The BUPA Judgement...*, *ob. cit.*, pág. 84, por su parte, destaca la flexibilidad que la sentencia asume en la aplicación de los criterios *Altmark* y en la definición misma de los SIEG.

Frente a ello, cumplidos los cuatro criterios *Altmark* —en definitiva, cuando el prestador del SIEG sea compensado según criterios preestablecidos en términos que no excedan el coste mínimo posible por las concretas obligaciones de servicio público que le hayan sido formalmente impuestas—, no existirá ayuda y, por ende, no es siquiera planteable la exigencia de previa notificación a la Comisión. Este planteamiento deja, en definitiva, un margen amplísimo a las autoridades nacionales para, pretendidamente, acogerse a la jurisprudencia *Altmark* y evitar dar cuenta de sus fórmulas de financiación de lo que ellas mismas califiquen como SIEG, lo que no impedirá el análisis de la Comisión cuando se le someta a valoración una concreta financiación pública en aplicación de los procedimientos previstos en el Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del —hoy— art. 106 TFUE⁵³. En tales casos, la Comisión deberá analizar la concurrencia de todos los criterios y, en particular, del cuarto, tal y como le ha recordado la jurisprudencia ante una práctica consistente en valorar expeditivamente este requisito para, previa calificación de la compensación como ayuda, aplicar el paquete *Altmark*⁵⁴.

Nada oculta, sin embargo, la dificultad manifiesta de cumplir los cuatro requisitos, lo que reduce el efecto *desregulador* de esta jurisprudencia reduciendo el impacto auspiciado por sus críticos⁵⁵. No faltan, sin embargo, casos en los que la Comisión ha llegado a confirmar que se cumplían todos los requisitos *Altmark*. Así, en el del régimen irlandés de promoción de inversiones en nuevos sistemas de producción de electricidad para garantizar el abastecimiento⁵⁶; en el modelo francés de financiación de las infraestructuras de telecomunicaciones de banda ancha⁵⁷ o en el sistema de pago de comisiones por parte de un organismo financiero

⁵³ DO L 83, de 27.3.1999, pág. 1.

⁵⁴ De hecho, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de febrero de 2009, dictada en el Asunto T-388/03, *Deutsche Post y DHL International/Comisión*, se anuló la Decisión de la Comisión de no formular objeciones en relación con unas ayudas concedidas por el Estado belga a la sociedad pública estatal de correos belga porque había obviado el análisis de este cuarto elemento, criterio recientemente confirmado por el Tribunal de Justicia en sentencia de 22 de septiembre de 2011 (Asunto C 148/09).

⁵⁵ Empezando por el Abogado General en el Asunto A. G. *Léger*, en sus conclusiones generales presentadas el 19 de marzo de 2002, en las que discute el criterio de la «compensación» por entender que se centra en los objetivos de la medida, y no en sus efectos, como sería lo correcto.

⁵⁶ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 475/2003, Irlanda, *Obligaciones de servicio público referentes a las nuevas capacidades de producción de electricidad para la seguridad de abastecimiento*, DO C 34/8, de 7.2.2004.

⁵⁷ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 381/2004, Francia, *Banda ancha en Pyrénées-Atlantiques*, DO C 162/05, de 2.7.2005; Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 331/2008, Francia, *Banda muy ancha en el departamento de Hauts-de-Seine*, y Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 382/2004, Francia, *Banda ancha Limousin (Dorsal)*, DO 230/06, de 20.9.2005.

controlado por el Estado a la Poste italiana para la distribución de carillas de ahorro postales⁵⁸.

2. *La fijación de unos criterios de minimis específicos para los SIEG*

Como es sabido, en la lógica de los arts. 107 y 108 TFUE sólo quedan sometidas a control las ayudas estatales que afecten al comercio entre los Estados miembros y/o falseen o amenacen con falsear la competencia. Este condicionante no queda descartado, por sí mismo, por el carácter local o regional del servicio prestado o por el nivel de la actividad en cuestión. Tal y como se puso de manifiesto en la propia sentencia *Altmark*, que analizó la financiación de un sistema de transporte local, el importe relativamente escaso de la ayuda o el tamaño relativamente modesto de la entidad que la recibe, no excluyen en sí la posibilidad de que los intercambios entre los Estados miembros se vean afectados: en definitiva, incluso una ayuda de escasa cuantía puede aumentar la oferta de servicio por parte de un determinado prestador al hacer más difícil que otras empresas europeas presten los mismos servicios en el mercado local⁵⁹.

Este planteamiento de principio no ha excluido que la Comisión, materializando la facultad que a tal efecto le reconoce el Reglamento (CE) n.º 994/98 del Consejo⁶⁰, haya establecido, sobre la base de su propia experiencia, umbrales por debajo de los cuales considera que las ayudas no afectan a los intercambios o a la competencia. Así lo hizo, con carácter general, en el Reglamento (CE) n.º 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis*⁶¹, y para sectores concretos —agricultura y pesca— a través de Reglamentos específicos. A ellos se suma ahora, con vocación transversal, y efectos retroactivos⁶², el Reglamento (UE)

⁵⁸ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda C 49/06 *Poste Italiane-Banco Posta*, Remuneración pagada para la distribución de productos de ahorro del Servicio de Correos, DO C 31 de 13.2.2007.

⁵⁹ Así lo había puesto de manifiesto ya la STPI de 30 de abril de 1998, Asunto T-214/95 *Vlaams Gewest/Comisión*, apartados 48 a 50, y en ello abundó la STJCE de 3 de marzo de 2005, Asunto C-172/03 *Heiser*, apartados 32-33 y la de 21 de julio de 2005, C-71/04 *Xunta de Galicia*, apartados 40 y 41.

⁶⁰ Se trata del Reglamento (CE) n.º 994/98, del Consejo, de 7 de mayo de 1998, *sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales* (DO L 142 de 14.5.1998, pág. 1), que faculta a la Comisión para fijar en un Reglamento un umbral por debajo del cual se considera que las ayudas no reúnen todos los criterios establecidos en el art. 107.1 TFUE y quedan, por tanto, exentas del procedimiento de notificación previsto en el art. 108.3 del Tratado.

⁶¹ DO L 379 de 28.12.2006, pág. 5.

⁶² Según su art. 4, siempre que se cumplan los criterios establecidos en los arts. 1 y 2. El Reglamento entró en vigor el 29 de abril de 2012, según su art. 5, y mantendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018.

n.º 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012 *relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas «de minimis» concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general*⁶³, que ha venido a fijar umbrales específicos por debajo de los cuales no se someten a control las ayudas dirigidas a sustentar la prestación de SIEG por considerar que no afectan a los intercambios entre Estados miembros y/o no falsean o amenazan falsear la competencia.

Frente a la referencia general del Reglamento 1998/2006, cifrada en un umbral de 200.000 euros durante un período de tres años, el Reglamento específico para los SIEG identifica un umbral de 500.000 euros por trienio, siendo así que, en todo caso, queda al libre criterio de los Estados miembros la opción de acogerse a uno u otro Reglamento *de minimis*. En el marco del Reglamento específico para los SIEG, la valoración del umbral de los 500.000 euros incorpora, con todo, requisitos propios (art. 2): se refiere a los tres ejercicios fiscales anteriores al momento de concederse cada nueva subvención y debe computar, en su caso, los recursos procedentes de la Unión, marcándose, además, criterios concretos para su cálculo a los efectos de su aplicación uniforme en toda la Unión, incluyendo exigencias de transparencia, entendida como exclusión de evaluaciones de riesgo⁶⁴. Se exige, además, que la encomienda de la prestación del SIEG se haya producido por escrito, en evocación del primer requisito *Altmark*.

Es importante advertir, en todo caso, que este Reglamento específico *de minimis* excluye de su ámbito de aplicación determinados sectores en términos que, por sí mismos, tal y como adelantamos en su momento, son bien expresivos de la amplitud con la que la propia Comisión concibe el propio concepto de SIEG (art. 1): se excluyen, en efecto, aparte del transporte de mercancías por carretera, los sectores de la producción primaria (*sic*) de productos agrícolas, pesca y acuicultura, y el sector del carbón, por el hecho de que «*raramente se impongan SIEG a las empresas de estos sectores*», según establece expresamente el cdo. 7 del Reglamento. Sí se aplicará, sin embargo, bajo determinadas condiciones, a la transformación y a la comercialización de productos agrícolas.

Con todo, este Reglamento *de minimis* no debe aplicarse a las compensaciones recibidas por la prestación de un SIEG para el que se estén concediendo otros tipos de compensación, con independencia de que estas otras compensaciones puedan o no constituir ayudas estatales se-

⁶³ DOCE L 114/8, de 26.4.2012.

⁶⁴ Estos criterios de cálculo se refieren, particularmente, a la necesidad de calcular un equivalente de subvención en los supuestos que no consistan en tal, con criterios específicos para los regímenes de garantía. *Vid.*, en particular, art. 2.4.

gún la jurisprudencia *Altmark* o de su posible compatibilidad, en el caso de que no se cumplan en plenitud los criterios jurisprudenciales (art. 2.8). El cálculo de la subvención en aplicación de los criterios del Reglamento no se puede, por otra parte, fragmentar, de modo que, si la cuantía de aquélla excede el máximo de 500.000 euros, tampoco podrá ser aplicado este Reglamento específico (art. 2.5), si bien sí podrá ser aplicado en cuantías inferiores, en acumulación con ayudas sometidas a otros Reglamentos *de minimis*, siempre y cuando no se supere globalmente el umbral máximo (art. 2.7), siempre a salvo lo que se disponga para cada caso en un reglamento de exención por categorías o en una decisión adoptada por la Comisión (art. 2.6). A los efectos de controlar la aplicación de estos criterios de acumulación los Estados miembros deberán llevar un registro de toda la información relativa a la aplicación del Reglamento abarcando períodos de diez ejercicios fiscales desde la concesión de cada ayuda.

3. *Los nuevos criterios para la exención de la obligación de notificación introducidos por la Decisión de 2011*

Las fórmulas de financiación pública de SIEG que no cumplan alguno de los criterios sentados por la jurisprudencia *Altmark*, siempre que se cumplan los criterios generales del art. 107.1 TFUE, constituirán ayudas estatales sujetas plenamente al Tratado. Aun con todo, pueden quedar exentas de la obligación de notificación previa exigida en el art. 108.3 TCE, por considerarlas compatibles *ex lege*, siempre y cuando cumplan todos los requisitos contemplados en la nueva Decisión de la Comisión de diciembre de 2011, sustituta de la de noviembre de 2005, dictada en ejercicio de las facultades que el artículo 106.3 TCE atribuye a la Comisión para precisar el significado y alcance de la excepción respecto de las normas de competencia contemplada para los SIEG en el apartado 2 del mismo artículo⁶⁵.

Siendo este el engarce de la Decisión, no es aplicable a los transportes terrestres, sometidos al art. 93 TFUE, y no al 106.2, y, en su desarrollo, al Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Conse-

⁶⁵ Tal y como queda desglosado en el cdo. 3 de la Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, el contenido del —entonces— artículo 86.2 TCE obliga a analizar cuatro criterios: 1. La existencia de un acto de atribución por el que el Estado confiera a una empresa la responsabilidad de la ejecución de una determinada tarea. 2. La atribución debe corresponderse con un servicio de interés económico general. 3. El recurso a la excepción debe ser necesario para ejecutar las tareas atribuidas y proporcional a las mismas (lo que se califica como «requisito de necesidad»). 4. El desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

jo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera⁶⁶. La Decisión sí es aplicable, sin embargo, a los transportes aéreo y marítimo, siempre y cuando se cumplan, de forma suplementaria, las condiciones impuestas por el Reglamento (CE) n.º 1008/2008⁶⁷ y el Reglamento (CEE) n.º 3577/1992⁶⁸, respectivamente.

Conviene advertir, con todo, en la lógica del paquete, que el sentido de la Decisión pasa por evitar las cargas administrativas excesivas para las ayudas que planteen un riesgo relativamente pequeño de falseamiento de la competencia. De ahí que la exención de notificación venga supeditada a un doble orden de consideraciones, cuantitativas y sectoriales.

Siguiendo un criterio estrictamente cuantitativo, se ha reducido de 30 a 15 millones de euros, computados en términos de media anual en el período de atribución, el umbral por debajo del cual la ayuda se considerará exenta de notificación, lo cual es significativo de un afán de ampliar el ámbito de control de las ayudas públicas a los SIEG⁶⁹. La Decisión fija, en todo caso, umbrales específicos para los servicios de transporte marítimo o aéreo tomando como referencia la media anual de pasajeros durante los dos ejercicios económicos anteriores a la atribución: 300.000 pasajeros en el caso de conexiones aéreas y marítimas con islas y 200.000 reduciendo significativamente el millón que constituía el umbral previo en el caso de aeropuertos.

Con independencia de los umbrales cuantitativos, y en una suerte de relativo contrapeso, determinados servicios sociales, identificados de forma ampliada por la nueva Decisión, no requerirán notificación previa de los flujos de financiación pública que los sustenten —sea cual sea su cuantía⁷⁰— si se encomiendan por un período inferior a diez

⁶⁶ El Reglamento citado deroga los Reglamentos CEE n.º 1191/1969 y 1107/70 del Consejo. Su aplicación al transporte por pasajeros por vía navegable queda, por su parte, a la discreción de los Estados miembros.

⁶⁷ Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO L 293, de 31.10.2008, pág. 3).

⁶⁸ Reglamento (CEE) n.º 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DO L 364, de 12.12.1992, pág. 7).

⁶⁹ En los términos literales del artículo 2.1.a) de la Decisión, ya no se establece, además, como criterio añadido un volumen global de negocio de la empresa, fijado en 100 millones en la Decisión de 2005. En todo caso, cuando el importe de la compensación varíe durante el período de atribución, el importe anual se calculará como la media de los importes anuales de compensación prevista durante el período de atribución. La propia Decisión vincula este cambio de criterio con el desarrollo del comercio interno de la Unión en la prestación de SIEG, que se demuestra en la multiplicación de proveedores multinacionales, particularmente en una serie de sectores de gran importancia para el desarrollo del mercado interior (cdo. 10).

⁷⁰ Según presume la Comisión en el cdo. 11 de la Decisión, «en las actuales condiciones económicas y en el estado actual de desarrollo del mercado interior», los servicios sociales pueden requerir un importe de ayuda superior al umbral fijado, con carácter general, en la propia Decisión.

años. Este será el caso, en definitiva, no sólo por referencia a los hospitales y a las viviendas sociales, como había quedado establecido en 2005⁷¹, sino también, en general, en los casos de servicios que respondan a necesidades sociales esenciales referidas a la asistencia sanitaria, la asistencia a largo plazo, la asistencia infantil, acceso al mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables. Y ello siempre y cuando, en uno u otro caso, se cumplan una serie de condiciones que, en definitiva, se corresponden con los tres primeros requisitos de la jurisprudencia *Altmark*⁷², lo que supone descartar la designación del beneficiario a través de un procedimiento de contratación pública según los procedimientos más arriba especificados y la asunción de la estimación del prestador eficiente para calcular el coste neto.

Estas condiciones han sido fijadas en los arts. 4 y 5, bajo los conceptos de «atribución» y «compensación»:

— La responsabilidad por el funcionamiento del SIEG debe haberse *atribuido* a la empresa que reciba la *compensación* a través de uno o varios «actos oficiales» que incluyan especificaciones sobre la naturaleza y duración de las obligaciones de servicio público impuestas⁷³; la empresa y territorio afectados; la naturaleza de cualesquiera derechos especiales o exclusivos atribuidos a las empresas; los parámetros de cálculo, control y revisión de la compensación⁷⁴; y las modalidades para evitar y reembolsar el exceso de compensación.

— En relación con este último aspecto, a fin de evitar falseamientos injustificados de la competencia, el artículo 86.2 TCE exige que la compensación no supere lo necesario para cubrir los costes derivados de la ejecución de las

⁷¹ La propia Comisión Europea, en su Comunicación de abril de 2006 sobre los Servicios Sociales de interés general en Europa [COM (2006) 177 final, pág. 8], concluía que los umbrales y criterios fijados por la Decisión de 2005 se traducían en que las compensaciones recibidas por una gran mayoría de servicios sociales se consideraban automáticamente compatibles con las normas de competencias, por lo que quedaban exentas de compensación. Por su parte, la Comunicación de noviembre de 2007 [COM (82007) 725 final, págs. 8 y 12] advertía que en la práctica se eximía de notificación a la gran mayoría de servicios prestados a nivel local.

⁷² Así lo aclara el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión «La aplicación de las normas...», págs. 6-7, en relación con la Decisión de 2005.

⁷³ Tal y como aclara la *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general...*, pág. 42, un permiso o autorización no corresponde al concepto de atribución.

⁷⁴ No se exige por anticipado un cálculo detallado, sino la fijación precisa de los parámetros sobre los que el organismo de financiación fijará la compensación, incluyendo, en su caso, mecanismos de corrección *a posteriori* que permitan ajustar los costes previstos a las cargas reales. De este modo, según afirma la propia Comisión en la *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general...*, pág. 49, se garantiza una transparencia que beneficia también a los contribuyentes.

obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos y un beneficio razonable, atendiendo, en todo caso, a los costes reales soportados por la empresa en cuestión —sin estimación alguna de un prestador eficiente— y, cuando sea aplicable, al dato de que se le hayan otorgado derechos especiales y/o exclusivos al beneficiario. Estos costes e ingresos deberán computarse en aplicación de las reglas de los apartados 3 y 4 del artículo 5 de la Decisión, respectivamente, siendo así que el coste neto derivado de la prestación del SIEG puede calcularse, bien como la diferencia entre los costes e ingresos derivados de la prestación del SIEG, bien como la diferencia entre el coste neto para la empresa de operar con la obligación de servicio público o sin dicha obligación, incluido un beneficio razonable⁷⁵ (art. 5, aps. 5 a 7).

Para la materialización de este cálculo, cuando la empresa beneficiaria desarrolle otras actividades distintas a las cubiertas por las obligaciones de servicio público, deberá llevar contabilidades separadas que permitan identificar los costes y beneficios directamente vinculados a las prestaciones de servicio público⁷⁶. Esta última exigencia ha sido definitivamente volcada en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, ya mencionada, y que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 4/2007, de 3 de abril.

La compensación que exceda de lo necesario para cubrir los costes derivados de la prestación del SIEG y la que se aplique a actividades en un mercado distinto, constituyen, en definitiva, ayudas estatales incompatibles que deben ser reembolsadas al Estado. A tal fin los Estados deberán aportar pruebas a solicitud de la Comisión y controlar periódicamente —al menos cada tres años y, en todo caso, al final de la atribución— que las compensaciones aportadas no sean excesivas, aun cuando, a efec-

⁷⁵ A los efectos de lo cual la Decisión incorpora criterios específicos, prioritariamente por referencia al tipo *swap* pertinente más 100 puntos básicos. Entiende la Comisión que el tipo de referencia debe ser considerado como un tipo de remuneración adecuado para una remuneración sin riesgo, mientras que la prima de 100 puntos básicos sirve para compensar el riesgo de liquidez por comprometer capital para la gestión del servicio durante el período de atribución (cdo. 19). Los Estados miembros pueden, con todo, introducir, para la fijación del beneficio razonable, criterios incentivadores respecto de la calidad del servicio o de la eficiencia productiva.

⁷⁶ En rigor, tal y como aclara la *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general...*, pág. 53, la exigencia de contabilidades separadas sólo es propiamente vinculante cuando el prestador del SIEG simultanee otras actividades comerciales o económicas.

tos de facilitar una cierta flexibilidad, la exigencia general de reembolso de la sobrecompensación se exceptiona al precisar que el exceso inferior a un 10% del importe anual puede descontarse de la compensación de la anualidad siguiente (art. 6).

En todo caso, cada Estado deberá remitir informes bienales —antes trienales— a la Comisión Europea, que se reserva la potestad de control (arts. 8 y 9).

4. *Los criterios para analizar la compatibilidad de la ayuda a la luz del Marco de 2011*

Finalmente, cuando una ayuda no quede exenta de notificación por incumplir todos o algunos de los requisitos perfilados en la Decisión de la Comisión —en definitiva, por no ir dirigida a sufragar servicios sociales o, en caso de hacerlo, si la correspondiente encomienda es por plazo superior a diez años o, fuera de ese ámbito, la financiación excede los 15 millones de euros por período inferior a diez años— entrará en juego el nuevo *Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*, que identifica los criterios conforme a los cuales la propia Comisión analizará la compatibilidad de una ayuda notificada, siempre que no se apliquen al sector del transporte terrestre —sí, como novedad, a los transportes marítimo y aéreo— ni a los servicios públicos de radiodifusión, sometidos a una Comunicación específica de 2009⁷⁷. El Marco tampoco será aplicable en relación con las ayudas a los prestadores de SIEG en crisis a los que sean aplicables las *Directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis*⁷⁸.

Bajo los criterios establecidos por el Marco modificado, la compatibilidad de la ayuda se vincula a que sea necesaria para el funcionamiento del SIEG y a que no afecte al desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la Unión, a los efectos de lo cual se establecen precisiones igualmente inspiradas en los tres primeros requisitos de la jurisprudencia *Altmark* y, por ello, muy similares a las establecidas por la Decisión. Téngase en cuenta que el Marco establece los

⁷⁷ *Vid.* apartado 8 del Marco comunitario, que recuerda que para los servicios de radiodifusión será aplicable la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión* (DO C 257, de 27.10.2009, pág. 1). Al respecto, *vid.* C. CHINCHILLA MARÍN, «La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad estatal: la Ley 17/2006, de 5 de junio», *RAP*, n.º 174, 2007, págs. 315-331. Sí se aplican, sin embargo, a las compensaciones de servicio público en el ámbito del transporte aéreo y marítimo, sin perjuicio de las disposiciones específicas más estrictas contenidas en la legislación sectorial de la Unión. Para el transporte terrestre, las reglas específicas hay que buscarlas también en el Reglamento (CE) 1370/2007, ya citado.

⁷⁸ DO L 318, de 17.11.2006, pág. 17. Así lo advierte el apartado 9 del Marco.

criterios para valorar la compatibilidad de las ayudas que han de ser notificadas por cuanto, no cumpliendo los condicionantes establecidos por la Decisión, se estiman más amenazantes para la competencia.

Frente a su antecesor, este nuevo Marco se muestra especialmente estricto en la identificación misma del SIEG —exigiendo que se instrumenten fórmulas de consulta pública o similares que acrediten la toma en consideración de usuarios y proveedores en cuanto a la definición del SIEG y de las obligaciones concretamente impuestas⁷⁹—. A ello suma exigencias específicas respecto del acto de atribución, vinculando su duración al período de amortización de los activos fijos no transferibles y exigiendo el respeto a la Directiva 2006/111/CE y a las normas aplicables de la Unión Europea en materia de contratación pública como requisito para el reconocimiento de compatibilidad. Ofrece, además, una metodología más precisa para determinar el importe de la compensación, prioritariamente en función del cálculo del coste evitado neto⁸⁰ (según la diferencia entre el coste incurrido por operar con y sin la obligación de servicio público⁸¹), obligando a los Estados a introducir incentivos de eficiencia en los métodos de compensación basados en criterios objetivos y mensurables expuestos en el acto de atribución y sujetos a una evaluación posterior transparente e independiente⁸², así como a garantizar el principio de igualdad de trato entre los prestadores de un mismo SIEG al determinar la compensación que a cada uno corresponda. Con el fin de garantizar que no se produce una sobrecompensación, deberán introdu-

⁷⁹ Según se expone en el apartado 13, «en particular, los Estados miembros no pueden vincular obligaciones específicas de servicio público a servicios que ya prestan, o pueden prestar satisfactoriamente y en condiciones tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado». Se apela así al criterio de subsidiariedad respecto del mercado.

⁸⁰ Sólo cuando esté debidamente justificado que la utilización de este método no sea factible o adecuada, podrá aceptarse la aplicación de otros métodos como el de asignación de costes, consistente en la diferencia entre los costes y los ingresos de un proveedor designado tal y como se estiman en el acto de atribución (aps. 27 a 32 del Marco).

⁸¹ A estos efectos, el Marco remite, «para orientaciones más detalladas sobre cómo aplicar el método del coste evitado neto», a la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [DO L 108, de 24.4.2002, pág. 51] y a la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio [DO L 15, de 21.1.1998, pág. 14]. Ello en el bien entendido de que estas normas sectoriales no obstan la aplicación de estos instrumentos generales.

⁸² En función de los incentivos de eficiencia verdaderamente impuestos por el Estado, el cálculo de la compensación podrá hacerse en función de los costes e ingresos previstos o incurridos. Cuando se apliquen costes e ingresos previstos, estos deben especificarse, según exige el apartado 23, en el acto de atribución, debiendo basarse en parámetros plausibles y observables relativos al entorno económico en el que se presta el SIEG, siendo así que los Estados miembros deben hacer públicos los criterios en los que basan dichas previsiones.

circse mecanismos de control periódico de las ayudas concedidas, al final del período de atribución y, en todo caso, a intervalos de un máximo de tres años.

Todo ello en el entendimiento de que la Comisión, a la que se deberán presentar, igualmente, informes bienales⁸³, retiene —en aplicación del art. 7.4 del Reglamento (CE) n.º 1 659/1999— un importante margen de maniobra para imponer condiciones y obligaciones en el caso de que adopte una decisión positiva a los fines de asegurar su cumplimiento, particularmente en lo que implica garantizar que la ayuda concedida a las empresas no da lugar a sobrecompensación⁸⁴. La Comisión podrá, en particular, requerir a los Estados miembros para que adopten medidas que reduzcan los efectos anticompetitivos de determinadas compensaciones potencialmente más dañosas para la competencia en el mercado interior, particularmente cuando pueda demostrar que podría prestarse el mismo SIEG sin tanta afectación de la competencia y con menos coste para el Estado.

En todo caso, conviene tener presente que cuando se incumpla la obligación de notificar, la ayuda deviene por ese solo hecho ilegal, lo que podría ser planteado por cualquier legitimado —particularmente las empresas competidoras— ante los órganos jurisdiccionales internos, a los que corresponde la obligación de declarar tal situación de ilegalidad, requiriendo el reintegro de la ayuda, sin analizar su posible compatibilidad con mercado interior, pues solo a la Comisión Europea corresponde tal función, que podrá, de hecho, ejercer de oficio o instada por un competidor⁸⁵.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La aprobación por la Comisión Europea del paquete recién descrito pone en evidencia el interés redoblado que a nivel europeo se man-

⁸³ Estos informes bienales tendrán contenido general, *ex ap.* 62, mientras que deberán presentarse informes anuales sobre las ayudas concedidas tras una decisión de la Comisión basada en el Marco por exigencias del Reglamento (CE) n.º 659/1999.

⁸⁴ De hecho, en el planteamiento del Marco, el cumplimiento de los requisitos descritos en las Secciones 2.1 a 2.8, y que han quedado someramente descritos, «suele bastar» para garantizar que la ayuda no falsee la competencia de forma contraria al interés de la Unión, si bien la Comisión no descarta que, «en algunas circunstancias excepcionales», queden sin resolver falseamientos graves y la ayuda afecte a los intercambios de forma contraria al interés de la Unión, como cuando la ayuda tenga efectos adversos significativos en otros Estados miembros y para el funcionamiento del mercado interior. En tales casos la Comisión deberá examinar si dichos falseamientos pueden paliarse exigiendo compromisos o condiciones del Estado miembro (sección 2.9).

⁸⁵ Respecto de estos mecanismos nos remitimos a A. ESTOA PÉREZ, *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, 2006.

tiene en relación con esas peculiares actividades económicas que son los SIEG.

En este sentido, en contra de lo que pudiera parecer en una aproximación superficial a la cuestión, la actual situación de crisis económica y financiera no arrumba esta particular categoría de actividades económicas cualificadas por el interés público subyacente en su prestación a la colectividad. Es más, a juicio de la propia Comisión Europea, la actual coyuntura se traduce en que los ciudadanos se han hecho más dependientes de unos servicios públicos de calidad, lo que obliga a su fortalecimiento, a lo que suma la consideración de que estos pueden contribuir a la recuperación económica de toda la UE, todo ello en el contexto de una potenciación de la dimensión social del mercado único que marca, por sí misma, una evolución en la construcción europea⁸⁶.

Es precisamente en este planteamiento de afianzamiento de los SIEG en tiempos de crisis en el que cobra especial sentido la depuración de las pautas fijadas a nivel europeo para el control de los flujos de financiación pública dirigidos a su sostenimiento. Y ello en el bien entendido de que, a la primaria finalidad de garantía de la competencia en el mercado consustancial a estas técnicas de supervisión, se une ahora un criterio de potenciación de la eficiencia en el gasto público.

Bajo estos planteamientos, no se puede negar que el esfuerzo clarificador de la Comisión —que no evita, dicho sea de paso, la complejidad de unos mecanismos que adolecen, en todo caso, de una fuerte discrecionalidad— se ve francamente mediatizado por el dato de que quede en manos de los Estados miembros —sea a nivel estatal, regional o local— la libertad de determinar qué concretas actividades deban ser consideradas como SIEG, así como los criterios para su organización y financiación, a expensas de lo que disponga la normativa europea de carácter sectorial y a salvo del limitado control de los errores manifiestos, sin que la Comisión haya asumido todavía la fórmula que para la aprobación de una regulación marco horizontal le brinda el art. 14 TFUE⁸⁷. Cabe, por ello, hacer una llamada a la prudencia a la hora de apelar al carácter de

⁸⁶ En este sentido se pronuncia la Comunicación de 23 de marzo de 2011, que llega a afirmar que «unos servicios públicos eficientes y de gran calidad apoyan y sostienen el crecimiento y el empleo en toda la UE. Los servicios sociales, en particular, contribuyen también a mitigar el impacto social de la crisis». En términos similares se pronuncia la Comunicación *A Quality Framework...* y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones, «Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. “Juntos por un nuevo crecimiento”» [COM (2011) 206 final, de 13.4.2011], cuando afirma que los SIEG «constituyen uno de los componentes esenciales del modelo social europeo, a saber, una economía no sólo altamente competitiva, sino también socialmente inclusiva».

⁸⁷ A esta fórmula se refiere, para rechazarla «por el momento» la Comunicación *A Quality Framework...*, pág. 5, citando, a su vez, una resolución del Parlamento en sentido similar.

SIEG de una determinada actividad económica, particularmente en entornos liberalizados, para ajustar el concepto a aquellas precisas prestaciones que el mercado no es espontáneamente capaz de prestar, en condiciones adecuadas de precio, extensión y calidad, sin el soporte —particularmente económico— del poder público⁸⁸. El respeto a las reglas del mercado y la eficiencia en el gasto público así lo exigen⁸⁹.

⁸⁸ En rigor, podría entenderse que la necesidad de financiación pública retroalimenta el concepto de SIEG en el contexto del principio de subsidiariedad: sólo se puede justificar la existencia de un SIEG si, precisamente, la financiación es necesaria y en la medida en que lo sea.

⁸⁹ Para una reflexión de carácter general sobre la técnica subvencional en tiempos de crisis, hay que acudir a G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», en *REDA*, n.º 154, 2012, págs. 19-48.

