

# Actuaciones públicas con incidencia en la competencia en la Unión Europea<sup>(\*)</sup>

José Carlos Laguna de Paz<sup>(\*\*)</sup>

## 1. La actuación pública como factor de distorsión de la competencia

Uno de los agentes con mayor potencial de distorsión de la competencia es el propio Estado. La regulación económica puede amparar prácticas anticompetitivas o diseñar un régimen inadecuado para los servicios de interés general, en perjuicio de terceros y -en último término- de los consumidores. La iniciativa pública empresarial tiende a actuar bajo un régimen -de hecho- privilegiado. Las ayudas públicas fortalecen la posición en el mercado de determinadas empresas y no de otras. La contratación pública puede utilizarse de manera discriminatoria, favoreciendo a las propias empresas o a los contratistas nacionales. De ahí que -como decimos-, la intervención pública puede también ser un factor que altere la competencia, la libertad de empresa y la igualdad de trato.

En el plano internacional, el comercio entre Estados no es posible si no existen reglas que garanticen la paridad de trato y excluyan el favorecimiento unilateral de los bienes y servicios propios. Esta exigencia resulta vital en procesos de integración económica supranacional, cuyo paradigma es la Unión Europea. Sin reglas claras sobre la actuación pública económica o la extensión de los monopolios estatales, el mercado interior sencillamente no puede tener lugar.

## 2. Deber de los Estados de no falsear la competencia

El deber de los Estados de no distorsionar la competencia está en la entraña misma del proyecto europeo:

a) Los Estados se comprometen a coadyuvar a los fines del artículo 2 del Tratado Constitutivo de la

Comunidad Europea (en adelante TCE) y, a estos efectos, a adoptar una política económica “que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (artículo 4.1 TCE).

b) El artículo 10 TCE obliga a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario, absteniéndose de las que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado.

c) El artículo 31 TCE exige la adecuación de los monopolios comerciales existentes al Derecho Comunitario y prohíbe el establecimiento de otros nuevos en contra de sus principios.

d) El artículo 86 TCE declara la aplicabilidad del Derecho de la Competencia a las empresas públicas, a las empresas con derechos especiales o exclusivos y -salvo excepción- también a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general.

e) Los artículos 87-89 TCE someten a las ayudas públicas a estrictas reglas.

Estos preceptos dejan, pues, pocas dudas acerca de la preminencia del mercado en el modelo económico comunitario europeo y la necesidad que las actuaciones públicas no distorsionen la competencia. Cuestión distinta ha sido su puesta en práctica. Los Estados no se han mostrado partidarios de colaborar en el derrumbe de las murallas públicas económicas, ni han renunciado a tratar de ayudar a sus “campeones nacionales”. Durante mucho tiempo, las instituciones europeas tampoco han tenido la suficiente fuerza como para extender el

(\*) Agradecemos al autor por la autorización prestada para la publicación de este artículo inédito. Asimismo, cabe señalar que el presente trabajo ha sido redactado también como contribución al “Libro conmemorativo de los 50 años de la firma del Tratado de Roma”. En: ALONSO MARTÍNEZ, J. M. y A. HERRERO DE LA FUENTE (coordinadores). En: *Libro conmemorativo de los 50 años de la firma del Tratado de Roma*. Libro a publicarse en el año 2007.

(\*\*) Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid.

mercado interior a los ámbitos económicos más sensibles para los Estados.

En este contexto -hasta los años ochenta del siglo pasado-, la aplicación del Derecho de la Competencia a la actuación pública económica ha sido, pues, poco significativa<sup>(1)</sup>. No obstante, las cosas han cambiado. Los avances tecnológicos que se producen en las dos últimas décadas, unido a cambios sociales, políticos y económicos, explican la nueva tendencia. Las instituciones europeas están ahora empeñadas en la efectiva realización del mercado interior y en lograr la sujeción de la actuación estatal a las normas de la competencia. Con ello, el artículo 86 TCE -que durante años ha tenido un papel secundario- se ha convertido ahora en una pieza central en la política comunitaria de la competencia.

### 3. Regulación estatal: no debe amparar prácticas anticompetitivas

El artículo 10 TCE impone a los Estados el deber de lealtad hacia la Comunidad y sus objetivos, por lo que infringen el Tratado cuando adopten o mantengan medidas que puedan hacer privar de su eficacia a las normas de la competencia<sup>(2)</sup>.

En este sentido, son contrarias al Derecho Comunitario las normas o disposiciones estatales que exijan o favorezcan prácticas empresariales anticompetitivas (artículo 81 TCE)<sup>(3)</sup>, o induzcan al abuso de posición dominante (artículo 82 TCE)<sup>(4)</sup>. El falseamiento de la competencia puede también resultar de la regulación estatal relativa a las empresas públicas o a las empresas con derechos especiales o exclusivos (artículo 86.1 TCE). Lo mismo sucede con los servicios de interés económico general, siempre que la excepción a la aplicación de las normas de la competencia no resulte necesaria y proporcionada (artículo 86.2 TCE).

### 4. Empresas públicas de mercado y empresas con derechos especiales o exclusivos (artículo 86.1 TCE)

La iniciativa pública empresarial se reconoce en todos los países. Lo que varía es la extensión del sector público. En algunos, las empresas públicas siguen teniendo un papel protagonista, mientras que, en otros, su presencia es puramente marginal. Por

otra parte, todos los Estados mantienen derechos especiales o exclusivos respecto de determinados sectores de la economía. Se trata, por tanto, de definir los distintos supuestos, para -a continuación- analizar su sujeción a las normas de la competencia (artículo 86.1 TCE).

#### 4.1. Delimitación

La delimitación de las empresas a que se refiere el artículo 86.1 TCE no resulta sencilla. La razón está en que este precepto maneja dos criterios distintos: la propiedad (empresas públicas) y el régimen de la actividad (derechos especiales o exclusivos). Así, con frecuencia, las empresas con derechos especiales o exclusivos son empresas públicas. Por otra parte, estos derechos -en general- se conceden para la prestación de servicios de interés general, lo que nos lleva al artículo 86.2 TCE. No obstante, hecha esta advertencia inicial, es forzosa su delimitación.

La empresa pública aparece mencionada en el artículo 86.1 TCE, pero no es definida en el Tratado. Ello hacía necesario delimitar la institución, ya que -en otro caso- la aplicación de las normas europeas podría verse dificultada por la variedad de tradiciones jurídicas nacionales y la multiforme intervención pública<sup>(5)</sup>.

En concreto, es el artículo 2.1.b de la Directiva sobre Transparencia<sup>(6)</sup> el que proporciona una delimitación (material) de la empresa pública, como organización económica -personificada o no<sup>(7)</sup>-, sujeta a una influencia pública dominante. Lo relevante es, por tanto, que los poderes públicos -directa o indirectamente- sean capaces de conducir efectivamente la actuación de la empresa.

Los derechos exclusivos son los que reservan a una empresa la realización -en todo o en parte del territorio nacional- de una determinada actividad. El artículo 2.1.f de la Directiva de Transparencia los define como aquéllos “concedidos por un Estado miembro a una empresa mediante cualquier instrumento legal, reglamentario o administrativo que reserve a esta empresa el derecho a prestar un servicio o emprender una actividad en una zona geográfica específica”.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que, en su definición, debe adoptarse un enfoque funcional y no jurídico-formal: lo relevante es que la normativa -o su aplicación práctica- signifique una atribución

(1) JONES, A. y B. SUFRIN. *EC Competition Law*. 2da. edición. Oxford: University Press, 2004. p. 532.

(2) STJCE de 16.11.1977. *INNO v. ATAB*. Asunto 13/77. Marginal 31.

(3) STJCE de 3.12.1987, *BNIC v. Yves Aubert*. Asunto 136/86; STJCE de 1 de octubre de 1987. *Vlaamse Reisbureaus v. Sociale Dienst*. Asunto 311/85; STJCE de 11 de abril de 1989. *Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV*. Asunto 66/86; STJCE de 21 de setiembre de 1988. *P. Van Eycke v. ASPA SA*. Asunto 267/86. STJCE de 18 de junio de 1998. *Comisión v. Italia*. Asunto C-35/96.

(4) STJCE de 16.11.1977. *INNO v. ATAB*. Asunto 13/77.

(5) WYATT, D. y A. DASHWOOD. *The substantive law of the EEC*. London: Sweet & Maxwell, 1980. p. 366.

(6) 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 otras empresas), así como sus enmiendas posteriores.

de derechos exclusiva<sup>(9)</sup>. Además, no necesariamente han de recaer sobre una sola empresa, sino que pueden otorgarse a más de una (lo que, en realidad, remite a la idea de los derechos especiales)<sup>(9)</sup>.

Como se desprende del artículo 86.1 TCE, los derechos especiales son distintos de los derechos exclusivos<sup>(10)</sup>. Las dificultades para su delimitación, en gran medida, derivan de la jurisprudencia comunitaria, que -como acabamos de ver- en alguna ocasión ha considerado derechos exclusivos los concedidos a más de una empresa<sup>(11)</sup>. Frente a ello, hay que insistir en que el criterio más seguro es el de considerar que los derechos especiales son aquellos que los poderes públicos -a través de disposiciones normativas o administrativas- otorgan a un número limitado de empresas<sup>(12)</sup>.

Los derechos especiales aparecen definidos en el artículo 2.1.g de la Directiva de Transparencia. Esta delimitación parece requerir que el otorgamiento de estos derechos se haga de una manera no objetiva o -también se ha dicho- sobre la base de poderes discrecionales<sup>(13)</sup>. No obstante, no se acierta a ver la razón de esta exigencia. Por una parte, los poderes públicos no pueden otorgar derechos sobre la base de criterios no "objetivos, proporcionales y no discriminatorios". Por otra parte, lo relevante es la singular posición que adquiere la empresa titular de los derechos especiales, no el procedimiento escogido para su otorgamiento, que -en lo posible- debe ser reglado (subasta).

## 4.2. Su legitimación

### 4.2.1. Iniciativa pública empresarial

El Derecho Comunitario europeo, en principio, no recorta la libertad para la creación de empresas públicas, ya que el tratado no prejuzga el régimen de propiedad en los Estados miembros (artículo 295 TCE). Se trata este de uno de los principios tradicionales del Derecho Comunitario. No obstante, también se ha dicho que el Tratado de la Unión Europea ha venido a alterar las cosas. El argumento

es que el nuevo artículo 4 TCE -que se incluye entre los principios del Tratado- significa el favorecimiento de la iniciativa privada frente a la pública<sup>(14)</sup>.

La experiencia demuestra que una economía de mercado debe descansar sobre la iniciativa privada. El protagonismo de la empresa pública en actuaciones de mercado -en sí mismo- representa una amenaza para la competencia en el sector. La razón está en que la empresa pública, pese a todo -de hecho-, siempre interviene en condiciones privilegiadas respecto de la privada, siquiera sea por su financiación ilimitada y la falta de presión por los resultados<sup>(15)</sup>. La empresa pública proyecta así siempre una sombra de distorsión de la competencia.

Esto es especialmente visible en las actividades de interés general. En algunos casos, su liberalización ha ido seguida de la privatización de las antiguas monopolistas. No obstante, en otros, las empresas estatales no solo siguen dominando en sus países, sino que han desembarcado en los mercados más abiertos de los vecinos.

Como vamos a ver, el principio de paridad de trato garantiza que los operadores públicos no reciban un trato de favor, que distorsione la competencia. En la práctica, sin embargo, los instrumentos disponibles no siempre son eficaces para entrar en la trastienda del Estado, desde la que tiende a favorecerse a las empresas propias. Desaparecida la acción de oro, a ello hay que añadir la asimetría que supone que estas empresas puedan comprar a sus rivales, pero no ser compradas por estos. Finalmente, las empresas públicas, antes que empresas, son instrumentos de intervención económica, al servicio de los intereses del Estado que las mantiene.

Es verdad que el respeto al régimen de propiedad en los Estados es uno de los muchos equilibrios que han permitido el desarrollo del edificio comunitario. No obstante, en nuestros días, la amplia presencia del sector público en algunos países es también un obstáculo para la formación de empresas europeas y el desarrollo del mercado interior.

(7) STJCE de 16 de junio de 1987. *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)*. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública*. Noticias CEE, 1988. Número 42. pp. 163 y siguientes. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Las Empresas Públicas de Promoción Económica Regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*. Madrid: Montecorvo, 1991. pp. 74 y siguientes.

(8) STJCE de 5 de octubre de 1994. *Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle v. Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*. Asunto C-323/93. STJCE de 8 de julio de 1999. *Vlaamse Televisie Maatschappij NV v. Comisión*. Asunto T-266/97 (derechos exclusivos de emisión de anuncios televisivos en Flandes). WHISH, R. *Competition Law*. 5ta. edición. LexisNexis, 2003. p. 220.

(9) En la STJCE de 23 de mayo de 2000. *Entrepreneurforeningens Affalds v. Københavns Kommune*, asunto C-209/98, el Tribunal calificó como derechos exclusivos los otorgados a tres empresas para recibir desechos de construcción (*waste building*) en Copenhague. Frente a ello, entiende Whish, que hubiera sido mejor calificarlos como derechos especiales. *Op. cit.*; p. 220. En este sentido también JONES, A. y B. SUFRIN. *Op. cit.*; p. 544.

(10) STJCE de 19 de marzo de 1991. *Francia v. Comisión*. Asunto C-202/88; Asunto C-271/91. *España v. Comisión*. (1992) ECR I-5833.

(11) En la STJCE de 23 de mayo de 2000. *Op. cit.*; p. 544.

(12) Este criterio se encuentra en el marginal 11 de la Directiva de la Comisión 94/46/CE, relativa a la liberalización de las telecomunicaciones. WHISH, R. *Op. cit.*; 5ta. edición. p. 221.

(13) JONES, A. y B. SUFRIN. *Op. cit.*; p. 545.

(14) *Ibid.*; p. 531.

#### 4.2.2. Derechos exclusivos o especiales

A partir de los años 1980, la Comunidad Europea ha impuesto la liberalización de buena parte de las actividades de interés general. La armonización comunitaria recorta así la libertad de los estados miembros para ordenar el sector. En algunos casos, esto se traduce en la prohibición de derechos exclusivos (comunicaciones electrónicas)<sup>(16)</sup> o en la fijación de criterios restrictivos para la admisión de derechos especiales.

No obstante, en la mayor parte de los casos, la armonización comunitaria no se ha producido. Más aún, en la actualidad, se considera que la regulación sectorial europea debe limitarse a armonizar los servicios de clara dimensión transfronteriza<sup>(17)</sup>. Esto significa que los Estados gozan de un apreciable margen de ordenación, lo que -con respeto a los principios comunitarios- les permite reconocer derechos exclusivos o especiales, siempre que sea necesario para garantizar el interés general.

#### 4.2.3. Su sujeción a las normas de defensa de la competencia

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” (artículo 86.1 TCE).

Las empresas públicas y las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, se sujetan, pues, a las normas de defensa de la competencia (artículo 86.1 TCE). Con todo, no hay que olvidar que estas empresas pueden tener encomendada la prestación de servicios de interés general, en cuyo caso resultaría de aplicación el artículo 86.2 TCE.

En materia de competencia, el artículo 86.1 TCE se traduce en el principio de paridad de trato, que exige que las empresas públicas, o las empresas con derechos exclusivos o especiales, desarrollen su actividad en las mismas condiciones que (el resto de) la iniciativa privada. Se excluye así todo régimen de financiación privilegiada a favor de estas empresas.

A estos efectos, se impone la transparencia en las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas, así como respecto de las

empresas a las que reconozcan derechos especiales o exclusivos (Directiva 80/723/CEE y sus modificaciones posteriores). Se trata con ello de garantizar que los poderes públicos no inyectan indebidamente recursos financieros a estas empresas, así como de evitar subvenciones cruzadas dentro de las empresas, lo que distorsionaría las condiciones de la competencia respecto de las privadas.

Como acabamos de avanzar, uno de los problemas más frecuentes de estas empresas es que, con frecuencia, realizan dos tipos de actividades, con un régimen y financiación diferenciados. Se trata de evitar que aprovechen la posición de ventaja que les concede la actividad “protegida” para financiar la actividad sujeta a la libre iniciativa, a través de las llamadas subvenciones cruzadas. La cuestión se plantea aún con más crudeza en el caso de las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés general. De ahí la previsión de la separación contable entre las actividades de mercado y las “reguladas” (artículo 2.1.d Directiva de Transparencia).

### 5. Servicios de interés económico general (artículo 86.2 TCE)

El artículo 86.2 TCE establece un régimen especial para los “servicios de interés económico general”, que se sujetarán a las normas del Tratado -y, en particular, a las de la competencia- en la medida en que ello no impida el cumplimiento de la misión que tengan encomendada.

#### 5.1. Delimitación

La labilidad de este concepto exige su precisa delimitación, máxime cuando ha de ser aplicado a tradiciones jurídicas muy diversas<sup>(18)</sup>.

En primer lugar, se trata de servicios esenciales, cuya prestación -a la vista de nuestro nivel de desarrollo económico y social- no puede faltar a todos los ciudadanos, en adecuadas condiciones de calidad y precio<sup>(19)</sup>. “Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo”<sup>(20)</sup>.

En segundo lugar, el artículo 86 TCE solo se aplica a las actividades económicas, que pueden o

(15) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. pp. 393-395, 410 y siguientes.

(16) LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2004. pp. 25 y siguientes.

(17) *Infra*.

(18) GARCÍA DE COCA, J. A. *Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*. En: VELASCO SAN PEDRO, L. A. *Derecho europeo de la Competencia*. Valladolid: Lex Nova, 2005. pp. 625 y siguientes.

(19) MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑOZ, J. L. *Nuevo sistema conceptual*. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (coordinador). *Privatización y liberalización de servicios*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 3. Madrid: UAM-BOE, 1999. p. 145; FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Ciudad Argentina-INAP, Madrid-Buenos Aires, 2003. pp. 302 y siguientes.

(20) Comunicación 2001, marginal 14.

no prestarse en régimen de mercado. En general, las instituciones comunitarias han aceptado su aplicación no solo a los tradicionales servicios públicos (*utilities*), sino también a otras actividades reguladas<sup>(21)</sup>: servicios postales<sup>(22)</sup>; transportes<sup>(23)</sup>; servicios de ambulancias<sup>(24)</sup>; tratamiento de residuos<sup>(25)</sup>; fondos de pensiones<sup>(26)</sup>; servicios de amarre en los puertos<sup>(27)</sup>, etcétera.

En cambio, se excluyen las actividades no económicas, que entrañen el ejercicio de poderes o prerrogativas públicas: justicia, asuntos exteriores, seguridad interior y exterior<sup>(28)</sup>.

No obstante, el criterio de la naturaleza económica del servicio resulta poco fiable, ya que -en último término- todas las actividades tienen una dimensión económica. De ahí que -a efectos del artículo 86.2 TCE-, no siempre sea fácil determinar si determinadas actividades son servicios de carácter económico<sup>(29)</sup>. Esto explica que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haya aplicado el criterio -no de si dichos servicios podían ser prestados por el mercado-, sino de si eran gestionados en base al principio de solidaridad, que generalmente lleva al subsidio cruzado de unos grupos por otros<sup>(30)</sup>. Con ello -de manera discutible-, el Tribunal ha excluido del ámbito de aplicación del artículo 86.2 TCE determinadas actividades (seguridad social, educación básica)<sup>(31)</sup>.

## 5.2. Su legitimidad

### 5.2.1. Su previsión en el Tratado

Los servicios de interés general son una materia políticamente sensible en el ámbito europeo,

que enfrenta a las concepciones más estatistas y a las más liberales<sup>(32)</sup>.

Después de algunas discusiones<sup>(33)</sup>, en el Tratado de Ámsterdam prevaleció la defensa de los servicios públicos. El nuevo artículo 16 TCE -que se encuadra entre los principios fundamentales- reconoce que los servicios de interés económico general se encuentran entre los valores comunes de la Unión, al tiempo que juegan un papel esencial en la cohesión social y territorial. De ahí que sin perjuicio de la aplicación de los artículos 73, 86 y 87 TCE-, la Comunidad y los Estados deban velar por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido. Asimismo, hay que tener en cuenta la Declaración 13, aneja al acta final del Tratado de Ámsterdam, que exige que el artículo 16 TCE se interprete con pleno respeto a la jurisprudencia comunitaria, así como a los principios de igualdad, calidad y continuidad de dichos servicios<sup>(34)</sup>. Finalmente, el papel de los servicios de interés económico general se proyecta también sobre el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>(35)</sup>.

En resumen, el nuevo marco normativo refuerza la necesidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre la aplicación de las reglas de la competencia y el cumplimiento de las tareas de servicio público<sup>(36)</sup>. La clave está en que -si se hace una interpretación integradora- no se trata de líneas de fuerza que se contrarresten, sino que se complementan. En la mayor parte de los casos, la mejor satisfacción de los consumidores se consigue a través de la libre iniciativa, en su caso, corregida

(21) JONES, A. y SUFRIN, B. *Op. cit.*; pp. 570 y 571.

(22) STJCE de 19 de mayo de 1993. *Corbeau*. Asunto C-320/91.

(23) STJCE de 11 de abril de 1989. *Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV*. Asunto 66/86.

(24) STJCE de 25 octubre 2001. *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*. asunto C-475/99.

(25) STJCE de 25 de junio de 1998. *Chemische Afvalstoffen Dusiguieteseldorp BV y otros v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*. Asunto C-203/96.

(26) STJCE de 21 de setiembre 1999. *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*. Asuntos C-67/96.

(27) STJCE de 18 de junio de 1998. *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova*. Asunto C-266/96.

(28) Comunicación 2001, marginal 28.

(29) JONES, A. y B. SUFRIN. *Op. cit.*; pp. 533 y 534.

(30) STJCE de 17 de junio de 1997. *Sodemare v. Regione Lombardia*. Asunto C-70/95; STJCE de 22 de enero 2002. *Misal di Battistello Venancio Co. v. Istituto Nazionale per L'Asiguietesicurazione Contro Gli Infortuni Sul Lavoro (INAIL)*. Asunto C-218/00; STJCE de 12 de setiembre 2000. *Pavlov v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*. Asuntos C-180-184/98.

(31) En el asunto *AOK Bundesverband*, el TJCE decidió que la función de los fondos de enfermedad (*sickness funds*) era la gestión del sistema de seguridad social, no una función económica (STJCE de 16 de abril de 2004, *AOK Bundesverband y otros v. Ichtjol-Gesellschaft Cordes y otros*, asuntos C-264/01, 306/01, 354/01 y 355/01). Frente a ello, el Abogado General sostuvo que los fondos de enfermedad entraba dentro del ámbito del artículo 81 TCE, sin perjuicio que -debido a su consideración como servicio económico de interés general- resultara de aplicación el artículo 86.2 TCE. Esto hubiera significado un mayor grado de control, ya que los las autoridades hubieran debido determinar si se cumplían o no las condiciones del artículo 86.2 TCE. Se ha dicho que esto puede ser parte de la política de excluir los servicios de sanidad de la aplicación de las normas de la competencia. JONES, A. y B. SUFRIN. *Op. cit.*; p. 537.

(32) WHISH, R. *Op. cit.*; pp. 232 y 233; JONES, A. y B. SUFRIN. *Op. cit.*; p. 588.

(33) En la Conferencia intergubernamental de 1997 se discutió una posible reforma del artículo 86.2 TCE.

(34) Adicionalmente, el Tratado de Ámsterdam añadió un protocolo relativo al servicio de radiotelevisión en la Comunidad Europea.

(35) Artículo 36: "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 el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión". MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *El derecho de acceso a los servicios de interés económico general (El artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*. En: *Libro Homenaje al Profesor Martín-Retortillo. Estudios de Derecho Público Económico*. 2003. pp. 493 y siguientes.

(36) Comisión Europea. *XXVII Informe sobre Política de la Competencia*, marginales 97 y 100.

con las obligaciones de interés general que sean necesarias.

### 5.2.2. El Estado puede garantizar con medios públicos la prestación de determinados servicios de interés general

Como decimos, la mayor parte de los servicios de interés general se prestan espontáneamente, en régimen de libre iniciativa y concurrencia (comida, ropa, alojamiento). No obstante, hay casos en los que el mercado, por sí mismo, no es capaz de ofrecer estos servicios de manera satisfactoria. De ahí que sea necesario garantizar su prestación con medios jurídico-públicos.

En algunos casos, es la propia Unión Europea la que establece los objetivos a proteger, los mecanismos frente a los eventuales fallos del mercado, así como las posibles excepciones al régimen de competencia.

En las últimas dos décadas, se han producido cambios -tecnológicos, económicos y políticos-, que ponían en entredicho la justificación de algunos de los más emblemáticos monopolios públicos. De ahí que las autoridades comunitarias hayan aprobado normas de liberalización y armonización, que -en particular- afectan a las industrias en red (telecomunicaciones, transportes, energía, servicios postales), que se abren ahora a la competencia comunitaria.

La fallida Constitución Europea intensificaba la actuación comunitaria en relación con estos servicios, previendo la definición de sus principios y condiciones a través de leyes europeas<sup>(37)</sup>. No obstante, en la actualidad, existe un amplio consenso acerca de la conveniencia de que la regulación sectorial europea no se amplíe a todos los servicios, sino que se limite a armonizar los de clara dimensión transfronteriza<sup>(38)</sup>. Además, la ordenación comunitaria -por lo general- se limita a definir principios, objetivos y reglas básicas, que los Estados después pueden desarrollar y aplicar, atendiendo a su situación particular.

En ausencia de armonización comunitaria, corresponde a los Estados decidir cuándo los mecanismos de mercado son insuficientes para la prestación de estos servicios a todos los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio<sup>(39)</sup>. “Si un servicio es o no de interés general y el modo en que debe prestarse son aspectos que se deciden sobre todo a nivel local”<sup>(40)</sup>.

A efectos de la aplicación del artículo 86.2 TCE, el Estado ha de definir con precisión la concreta misión de servicio público<sup>(41)</sup>. Se trata de una exigencia necesaria para garantizar la seguridad jurídica, la transparencia de la actuación administrativa y el control de proporcionalidad que ha de efectuar la comisión.

No existe una forma predeterminada de prestar los servicios de interés económico general<sup>(42)</sup>. La mayor parte de ellos se desenvuelven en régimen de libre iniciativa y mercado. En caso de que se entienda necesario garantizar su prestación, son distintos los medios disponibles: derechos exclusivos, derechos especiales, obligaciones de servicio de interés general. A su vez, la gestión del servicio o las obligaciones singulares pueden recaer tanto sobre empresas públicas, como privadas (artículo 295 TCE).

En ausencia de armonización, el Estado tiene también libertad para escoger el modo de financiación del servicio: aportaciones presupuestarias; tarifas; constitución de un fondo de servicio público, alimentado por los operadores activos en el mercado, que financie los costes adicionales netos de prestación del servicio de interés general<sup>(43)</sup>. La condición es que el sistema elegido no falsee la competencia.

En general, la prestación de servicios de interés general, en todo o en parte, es encomendada a empresas concretas, a las que -como hemos visto- pueden imponerse obligaciones de servicio de interés general. A efectos de la aplicación del artículo 86.2 TCE, la empresa ha de haber sido expresamente encargada de la prestación de dicho servicio, a través de un acto del poder público, ya se trate de un acto imperativo (norma, resolución administrativa) o convencional (contrato)<sup>(44)</sup>.

“En las áreas que no están cubiertas específicamente por una normativa comunitaria, los Estados miembros gozan de un amplio margen para definir sus políticas, que solamente pueden estar sujetas al control de los errores manifiestos. Si un servicio es o no de interés general y el modo en que debe prestarse son aspectos que se deciden sobre todo a nivel local. El papel de la comisión es velar por que los medios empleados sean compatibles y coherentes con el Derecho Comunitario”<sup>(45)</sup>. La definición concreta de cada servicio de interés

(37) Artículo III-6 del proyecto de Tratado Constitucional, que daba nueva redacción al actual artículo 16 TCE.

(38) No obstante, hay discrepancias respecto de algunos servicios: agua, gestión de residuos, transportes públicos locales. Libro Blanco sobre servicios de interés general [COM(2004)374 final], puntos 3.1, 4.6 y conclusiones.

(39) Comunicación 2001, marginal 14.

(40) Comunicación 2001, marginal 22.

(41) Comunicación 2001, marginal 22.

(42) Comunicación 2001, marginales 14 y siguientes.

(43) Libro Blanco 2004, número 4.2.

(44) STJCE de 23 de octubre 1997. *Comisión v. Francia (EDF)*. Asunto C-159/94. Comunicación 2001. marginal 22.

(45) Comunicación 2001, marginal 22.

económico general corresponde, pues, a los Estados, de acuerdo con sus circunstancias, objetivos y las características técnicas de cada sector<sup>(46)</sup>. La función de las autoridades comunitarias no es, pues, la definición de estos servicios, sino simplemente controlar que se ajusten a los límites que marca el artículo 86.2 TCE. La comisión llevará a cabo un control de la proporcionalidad de los medios utilizados para cumplir la misión de interés general, de manera que no se creen distorsiones innecesarias a las libertades comunitarias, la competencia y el comercio entre Estados miembros<sup>(47)</sup>. Como es normal, la actuación de la comisión -a su vez- está sujeta a control judicial.

### 5.3. Régimen jurídico

“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” (artículo 86.2 TCE).

#### 5.3.1. Regla: su sujeción a las normas de defensa de la competencia

Como regla, las empresas que disfruten de derechos especiales o exclusivos -públicas o privadas-, deben sujetarse, pues, a las normas sobre competencia (artículo 86.2 TCE).

En todo caso, si la empresa -además de la prestación de servicios de interés económico general- realiza actividades comerciales, debe desarrollarlas en condiciones de mercado y buscando el rendimiento que cabría esperar en cualquier operador económico (*market conform behaviour for commercial activities*).

Con todo, la aplicabilidad de las normas europeas de la competencia requiere que la actuación tenga relevancia comunitaria, lo que no suele suceder en los servicios locales de interés general. En concreto, la actuación ha de ser susceptible de afectar al comercio entre Estados miembros<sup>(48)</sup> y, además, la distorsión de la competencia ha de ser sensible, ya que las reglas

comunitarias no se aplican a los asuntos de menor importancia<sup>(49)</sup>.

#### 5.3.2. Excepción: inaplicación de las normas de la competencia cuando sea necesario para garantizar el cumplimiento de las tareas que la empresa tenga encomendadas

Como excepción, no se aplicarán las normas de defensa de la competencia, cuando se entienda que ello es necesario para garantizar el cumplimiento de las tareas que la empresa tenga encomendadas (artículo 86.2 TCE).

Este precepto trata de armonizar dos líneas de fuerza, en apariencia, contradictorias. Por una parte, el interés de los Estados, que pueden pretender la protección de sus empresas -o de su modo de gestión del servicio- frente a las normas de la competencia. Por otra, el interés de la Comunidad, que aspira a que sea precisamente el mercado interior el que garantice la prestación de los servicios de interés general. Esto explica que la interpretación jurisprudencial haya estado sujeta a las oscilaciones que marca la “sensibilidad” del momento.

En una primera etapa, las autoridades europeas fueron estrictas a la hora de valorar si el comportamiento anticompetitivo resultaba necesario para que la empresa pudiera llevar a cabo sus cometidos<sup>(50)</sup>. La jurisprudencia comunitaria fue muy exigente a la hora de admitir la aplicación de esta excepción.

No obstante, a partir de la sentencia *Corbeau*<sup>(51)</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mostrado más permisivo<sup>(52)</sup>. Así, ha considerado aplicable la excepción cuando ello sea necesario para garantizar la prestación del servicio en condiciones económicamente aceptables, evitando que terceros operadores “descremen” el sector. Desde entonces, la excepción se ha aceptado en no pocos casos. No obstante, en alguna sentencia posterior, parece recuperar un enfoque más exigente de cara a la aplicación de la excepción<sup>(53)</sup>.

Una vez más, la clave está en hacer una interpretación integradora del artículo 86.2 TCE. En la mayor parte de los casos, es la aplicación de las normas de la competencia lo que garantiza la mejor satisfacción del interés general. En la medida en que esto no sea así, las autoridades nacionales podrán imponer obligaciones singulares y -si no queda más remedio- publicar la actividad.

(46) Comunicación 2001, marginal 24.

(47) Comunicación 2001, marginal 23.

(48) Comunicación 2001, marginales 31 a 33.

(49) Comunicación 2001, marginal 32.

(50) WHISH, R. *Op. cit.*; p. 234.

(51) STJCE 19 de mayo de 1993. *Corbeau*. Asunto C-320/91.

(52) JONES, A y B. SUFRIN. *Op. cit.*; pp. 569, 571 y 572.

(53) *Ibid.*; p. 576.

No hay que olvidar que el artículo 86.2 TCE constituye una excepción, que -en cuanto tal- debe ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>(54)</sup>. En consecuencia, la no aplicación de las normas generales de la competencia exige que ello impida -no que simplemente haga más difícil- el cumplimiento de la misión que la empresa tenga encomendada<sup>(55)</sup>. La excepción solamente resulta admisible si la empresa no tiene otros medios -técnica y económicamente factibles- para el cumplimiento de su misión. Desde luego, no se justifica cuando la actuación estatal establezca más restricciones de las necesarias<sup>(56)</sup>. Tampoco cuando se extienda a concretos servicios separables del servicio de interés general que tenga encomendada la empresa<sup>(57)</sup>.

La prestación de obligaciones de servicio de interés general debe ser económicamente compensada por el Estado. La financiación pública no debe exceder del coste neto de prestación del servicio. En otro caso, estaríamos en presencia de ayudas públicas, que -en principio- resultarían incompatibles con las normas de defensa de la competencia.

En este sentido, la sentencia *Altmark*<sup>(58)</sup>, recuerda que no hay “ventaja” económica -y, por tanto, tampoco ayuda- cuando el Estado sencillamente compense el coste neto de prestación de una obligación de servicio de interés general. En cambio, el exceso de financiación debe considerarse una ayuda estatal, que -en principio- resulta prohibida y, en consecuencia, debe devolverse<sup>(59)</sup>. Con todo, no siempre resulta sencillo determinar si la financiación pública excede o no del coste neto de su prestación<sup>(60)</sup>. La práctica comunitaria ha ido alumbrando algunas pautas a este respecto:

a) El exceso de financiación de un servicio público puede ir dirigido a la constitución de un fondo de reserva, que proteja a la empresa (canal público de televisión) de las oscilaciones de los ingresos mercantiles (publicitarios) y, con ello, asegure el cumplimiento de su misión de servicio público<sup>(61)</sup>. No obstante -en caso de ser necesaria-, la reserva ha de constituirse con un fin específico. No cabe la constitución de un fondo de capital propio, que no se vincula a la prestación del servicio público, sino que puede destinarse a cualquier fin.

b) No hay exceso de financiación si los poderes públicos actúan como un inversor privado en una economía de mercado y el resultado refleja un rendimiento razonable de las actividades de la empresa<sup>(62)</sup>.

En todo caso, la inaplicación de las normas no debe afectar al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad (principio de proporcionalidad) (artículo 86.2 TCE).

## 6. Contratación pública

La contratación pública representa una oportunidad de negocio para los prestadores de bienes y servicios. No hay que olvidar que esta actuación compromete un volumen importante de actividad económica en el seno de cada Estado, que resulta muy significativo en el agregado europeo. De ahí que la eventual utilización de la contratación como vehículo para favorecer a determinadas empresas, en detrimento de ofertas más cualificadas, represente también una distorsión de la competencia.

Desde hace años, la Comunidad Europea ha armonizado los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, que han de someterse a los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad. Están en juego la no discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 TCE), las libertades comunitarias y la protección de la competencia.

Entre la variada problemática que suscita la actuación pública contractual, cabe destacar la adjudicación de contratos a entidades públicas, a través de la cual los Estados han intentado a veces burlar las exigencias comunitarias. A este respecto, la jurisprudencia ha aclarado que, en principio, la normativa contractual pública se aplica también a los contratos a título oneroso celebrados con entidades distintas y autónomas del poder adjudicador, aunque estas -a su vez- puedan ser entidades adjudicadoras<sup>(63)</sup>.

En cambio, no se aplicará la normativa contractual pública cuando una entidad pública realice las tareas de interés general que le corresponden utilizando sus propios medios (administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo), sin recurrir a entidades externas. En concreto -de acuerdo con una reiterada

(54) STJCE de 23 de octubre de 1997. *Comisión v. Países Bajos*. Asuntos C-157/94.

(55) STJCE de 19 de junio de 1997. *Air Inter v. Commisguientiesion*. Asunto T-260/94.

(56) STJCE de 8 de noviembre de 1983. *NV IAZ International Belgium y otros v. Comisión*. Asuntos 96/82 et al.

(57) STJCE 19 de mayo de 1993. *Corbeau*. Asunto C-320/91.

(58) STJCE de 24 de julio de 2003 *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidentium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GMBH*. Asunto C-280/00.

(59) Decisión de la Comisión de 19 de mayo de 2004, sobre las medidas de Dinamarca a favor de *TV2/Danmark*. DO L 85, de 23 de marzo 2006, p. 20. Marginal 163.

(60) Libro Blanco sobre servicios de interés general [COM(2004)374 final], punto 4.2.

(61) Decisión de la Comisión de 19 de mayo de 2004, sobre las medidas de Dinamarca a favor de *TV2/Danmark* (DO L 85, de 23 de marzo de 2006, p. 14. Marginales 112-115).

(62) Decisión de la Comisión de 19 de mayo de 2004, sobre las medidas de Dinamarca a favor de *TV2/Danmark* (DO L 85, de 23 de marzo de 2006, pp. 14 y siguientes, marginales 116 y siguientes).

(63) STJCE de 18 de noviembre de 1999. *Teckal*. Asunto C 107/98; STJCE de 11 de enero de 2005. *Stadt Halle y RPL Lochau*. Asunto C 26/03. Marginales 48, 49 y 52; STJCE de 13 de enero de 2005. *Comisión v. España*. Asunto C 84/03. Marginal 39.

jurisprudencia-, no se aplica dicha normativa cuando la entidad pública adjudica directamente el contrato a favor de una sociedad cuyo capital social le pertenezca íntegramente, siempre que se den dos condiciones: primera, que el ente público ejerza sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y, segunda, que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con el ente al que pertenece<sup>(64)</sup>.

Ahora bien, la no aplicación de la normativa pública en estos casos constituye una excepción a las reglas generales, que ha de ser interpretada en términos restrictivos<sup>(65)</sup>. En esta línea, la jurisprudencia comunitaria ha entendido aplicable dicha normativa a la adjudicación de contratos a favor de sociedades de economía mixta, en las que el poder adjudicador participe junto con otras entidades privadas<sup>(66)</sup>. Se razona a este respecto que la participación privada -aunque sea minoritaria- excluye que el poder adjudicador pueda ejercer sobre la sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

## 7. Ayudas públicas

Uno de los capítulos más relevantes de la política comunitaria es el régimen de ayudas estatales<sup>(67)</sup>. Desde el comienzo, se tuvo claro que, sin un estricto control de las ayudas públicas, no podrían conseguirse los objetivos del tratado, ya que los Estados se desgastarían en el vano intento de mejorar la situación económica de sus empresas frente a sus rivales de otros Estados miembros.

El riesgo que representa esta intervención pública no ha decrecido, sino que -incluso- se ha actualizado a partir de los años ochenta, especialmente en relación con los grandes servicios públicos, que ahora se abren a la competencia europea. La liberalización de estos sectores ha puesto en dificultades económicas a algunas de las antiguas empresas monopolistas. En muchos casos, se trata de empresas públicas, a las que los Estados no renuncian a ayudar. Su trascendencia política ("modelo de sociedad"), económica y social (número de empleos) hace que, con frecuencia, las

autoridades estatales sostengan un pulso con la Comisión Europea, tratando de evitar el rigor de la normativa comunitaria.

A los efectos del Derecho Comunitario, las ayudas son ventajas económicas otorgadas por los Estados -o con cargo a fondos públicos-, que benefician a determinadas empresas o producciones (carácter selectivo), se afectan a una actividad propia del destinatario, y falsean o amenazan con falsear la competencia, incidiendo en los intercambios entre los Estados miembros.

Las autoridades europeas han hecho una interpretación finalista del concepto de ayudas públicas, acorde con el artículo 3.g. TCE, que trata de garantizar que no se distorsione la competencia<sup>(68)</sup>. En general, el Tratado no distingue las intervenciones del Estado según sus causas o sus objetivos, sino según sus efectos<sup>(69)</sup>. Como han destacado las instituciones comunitarias, solo el efecto de la intervención pública -no el objeto- es determinante a la hora de valorar su carácter de ayuda estatal<sup>(70)</sup>. La noción de ayuda se basa en la idea económica de ventaja, por lo que el criterio formal resulta indiferente<sup>(71)</sup>. Se trata, pues, de un concepto material, que no tiene en cuenta la forma jurídica que reviste la medida, sino que atiende exclusivamente a sus efectos<sup>(72)</sup>.

No obstante, hay supuestos límite, difíciles de calificar, que generalmente se solventan con ayuda del criterio del "inversor en una economía de mercado". Entre ellos -a título de ejemplo-, pueden citarse las declaraciones de una autoridad estatal (imputables al gobierno), por las que se compromete a sostener a una empresa que se encuentra sumida en una grave crisis financiera<sup>(73)</sup>. Dichas declaraciones inciden en los mercados financieros, con una mejora sensible de la situación crediticia de la empresa. Pues bien, en una decisión innovadora -aunque no exenta de un tono dubitativo-, la comisión razonó que las declaraciones del Ministro de Economía y Hacienda (francés) "podrían calificarse como ayuda, en la medida en que tales declaraciones ejercieron manifiestamente un efecto en los mercados y otorgaron una ventaja a la empresa"<sup>(74)</sup>.

(64) STJCE de 18 de noviembre de 1999. *Op. cit.*; marginales 48, 49 y 52; STJCE de 13 de enero de 2005. *Comisión v. España*, asunto C 84/03. Marginal 39; STJCE de 13 de octubre de 2005. *Parking Brixen GMBH*. Asunto C-453/03. Marginal 62; STJCE de 6 de abril de 2006. Asunto C-410/04. ANAV.

(654) STJCE de 13 de octubre de 2005. *Parking Brixen GMBH*. Asunto C-453/03. Marginal 63; STJCE de 11 de enero de 2005. *Stadt Halle y RPL Lochau*. Asunto C 26/03. Marginal 46.

(66) STJCE de 11 de enero de 2005. *Stadt Halle y RPL Lochau*. Asunto C 26/03. Marginales 49-51.

(67) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. *Ayudas públicas*. En: VELASCO SAN PEDRO, L. (coordinador). *Derecho europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*. Valladolid: Lex Nova, 2005. pp. 487 y siguientes.

(68) STJCE de 12 de diciembre de 1996. Asunto T-358/94. *Compagnie nationale Air France v. Comisión*. Rec. 1996. p. II-2109.

(69) STJCE de 17 de junio de 1999, asunto C-75/97, *Bélgica v. Comisión*, Rec. 1999. p. I-3671, marginal 25.

(70) Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión. DO C 320 de 15 de noviembre de 2001. Número 17. p. 7.

(71) STJCE de 14 de noviembre de 1984. asunto C-323/82. *Intermills v. Comisión*. Rec. 1984. p. I-3809. Marginal 31.

(72) STJCE de 27 de enero 1998. asunto T-67/94. *Ladbroke v. Comisión*. Rec. 1998. p. II-1. Marginal 52.

(73) GRESPAN, D. y otros. *France Télécom bénéficie de deux aides d'Etat illégales*. *Competition Policy Newsletter*. Otoño 2004. Número 3. pp. 16 y siguientes.

Unas declaraciones gubernamentales claras, precisas y firmes que revelan un compromiso fiable del Estado comportan, pues, ventajas patrimoniales singularizadas, al generar una confianza en los mercados, que evita la degradación de la calificación de la empresa. En la situación financiera en que se encontraba la empresa, un inversor privado habría sido más prudente en sus declaraciones. En cuanto a la capacidad de las declaraciones para afectar fondos estatales, se argumentó que “desde el punto de vista jurídico tales declaraciones públicas eran equivalentes a una garantía del Estado y, por otra, que comprometían la reputación del Estado, con costes económicos en caso de incumplimiento. En conjunto, podía considerarse que estos elementos podían efectivamente poner en peligro recursos del Estado, ya sea por comprometer la responsabilidad del Estado ante los inversores, ya sea aumentando el coste de las futuras transacciones del Estado”<sup>(75)</sup>.

En definitiva, se trata de tomar en consideración la esencial diferencia que existe entre las aportaciones públicas y las privadas a las empresas, al objeto de proteger la libre competencia de las distorsiones que siempre entrañan las primeras<sup>(76)</sup>.

En el régimen de las ayudas públicas se aprecia con nitidez la opción europea por el mercado. No otra es la interpretación que cabe dar al principio general de prohibición de las ayudas estatales (artículo 87.1 TCE). No obstante, a continuación, dicha regla se modula con una serie de objetivos de interés general, en atención a los cuales los Estados podrán otorgar ayudas (artículo 87.2 y 3 TCE). Ello viene a expresar a las claras que la racionalidad económica no es el único objetivo que persigue la Unión Europea.

El régimen jurídico de las ayudas estatales se desarrolla después a través de un cada vez más tupido cuerpo de reglamentos -del Consejo y de la Comisión-, encuadramientos, directrices y comunicaciones no normativas<sup>(77)</sup>.

El control comunitario de las ayudas estatales pivota sobre el artículo 88 TCE, que impone a los Estados el deber de comunicación previa de todo proyecto dirigido a establecer o modificar ayudas estatales<sup>(78)</sup>. Este sistema de control centralizado hace que las autoridades europeas estén desbordadas por la ingente cantidad de ayudas que se conceden en la Unión. De ahí que, desde hace años, se encuentren implicadas en un esfuerzo de simplificación (ayudas de *minimis* y reglamentos de exención por categorías) y racionalización de los elementos de control, de manera que su ejercicio pueda ser más eficaz.

Por otra parte, las autoridades europeas se han fijado como objetivo la progresiva reducción del volumen de ayudas públicas, a fin de fomentar una competencia efectiva<sup>(79)</sup>. La prioridad de la actual comisaria europea de competencia es justamente la reducción de las ayudas estatales (*less and better-targeted State aid*).

No es ajeno a ello la idea de que -aunque los particulares perjudicados son cada vez más activos en la tutela de sus intereses (*private enforcement*)-, su protección efectiva dista de ser plena. La práctica administrativa y judicial no arroja aún casos de reconocimiento al competidor perjudicado del derecho a obtener una compensación por los daños y perjuicios derivados del otorgamiento de una ayuda ilegal<sup>(80)</sup>. A ello se añade que la recuperación de las ayudas ilegales sigue aún planteando numerosos problemas<sup>(81)</sup>.  $\text{EJ}$

(74) Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2004, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Francia a favor de *France Telecom*. (2006/621/CE) (DO L 257. de 20 de setiembre de 2006. pp. 11 y siguientes). Marginal 188. Véase la nota 121, en la que se recoge la importancia de las declaraciones de las autoridades públicas a los efectos de la aplicación del Derecho Comunitario. En materia de ayudas, el TJCE precisó que las promesas de las autoridades públicas son relevantes en cuanto al cumplimiento del criterio de la incentivación (STJCE de 14 de mayo de 2002, asunto T-126/99. *Graphischer Maschinenbau GMBH/Comisión*. Rec. 2002. p. II-2427).

(75) En el caso concreto, sin embargo, la Comisión reconoció no disponer de elementos suficientes para probar de manera irrefutable la existencia de una ayuda sobre la base de las declaraciones gubernamentales. No obstante, tomó en cuenta la influencia de dichas declaraciones en el mercado a efectos de valorar medidas más concretas que meses después fueron notificadas por el Estado a la Comisión (anticipo de accionista: anticipación de la participación del Estado en la recapitalización de la empresa). En concreto, la influencia de las declaraciones gubernamentales en el mercado sirvió para negar que la actuación estatal respondiera al “principio del inversor privado en una economía de mercado”. Finalmente, el convenio de anticipo no llegó a firmarse, ya que la operación de recapitalización fue un éxito. No obstante, “la apariencia ante el mercado de que tal anticipo existía pudo conceder una ventaja a FT, ya que el mercado consideró que la situación financiera de la Empresa era más sólida” (marginal 194). El anuncio de la puesta a disposición del anticipo de accionista creó un compromiso potencial de recursos estatales (marginal 196). En conclusión, la ventaja concedida por el Estado francés al FT por el proyecto de concesión de un anticipo de accionista -contemplado a la luz de las declaraciones previas de las autoridades estatales- constituye una ayuda estatal. Con todo, la Comisión no pudo cuantificar el importe de la ayuda, por lo que -pese a declararla ilegal- no podía exigir su devolución sin infringir los derechos de defensa del Estado (marginales 257 y siguientes).

(76) MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑOZ, J. L. *Op. cit.*; p. 45.

(77) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. *Op. cit.*; pp. 519 y siguientes.

(78) FERNÁNDEZ TORRES, J. R. *El establecimiento de subvenciones*. En: FERNÁNDEZ FARRERES, G. (director). *Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. pp. 281 y siguientes.

(79) Consejo Europeo de Estocolmo de 2001, conclusiones 20 y 21. Esta exigencia se ha reiterado en los Consejos Europeos posteriores: Barcelona (2002), Bruselas (2003). FERNÁNDEZ TORRES, J. R. *El establecimiento de subvenciones*. En: FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coordinador). pp. 274 y siguientes.

(80) JESTAEDT, T. y otros (coordinadores). *Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*. Part 1. Marzo 2006. pp. 33 y 34.

(81) REBOLLO PUIG, M. *El reintegro de subvenciones*. En: FERNÁNDEZ FARRERES, G. (director). *Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. pp. 407 y siguientes.