

Proporcionalidad y servicios de interés económico general

Leonor Moral Soriano

Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Sumario: I. Introducción. II. La intervención estatal: conflictos de normas y dualidad de criterios. III. La intervención estatal y sus efectos en el mercado interno. IV. Intervención estatal y sus efectos en la competencia. V. La nueva línea de los asuntos *Corbeau* y *Almelo*: 1. El mandato de ponderación del artículo 86.2 TCE; 2. Condiciones económicamente aceptables. VI. La proporcionalidad: 1. Idoneidad. 2. Necesidad. VII. La proporcionalidad y los poderes discrecionales de los Estados miembros. VIII. *Albany* o cómo desvirtuar la proporcionalidad. IX. La activa auto-moderación del TJCE: 1. El principio de proporcionalidad en los asuntos de Derecho de la competencia; 2. Los valores no de mercado; 3. El activo papel de los tribunales y jueces nacionales. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los servicios universales son, según la definición elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE en adelante) aquellos servicios que benefician a todos los usuarios, que se prestan a lo largo de todo el territorio del Estado miembro, a cambio de tarifas uniformes y en condiciones de calidad y seguridad similares¹. La regulación de estos servicios (suministro eléctrico, telecomunicaciones, transporte ferroviario etc.) está dominada por la idea de que la influencia que el mercado ejerce en estos sectores debe ser atenuada. Para ello, los Estados miembros han desarrollado instrumentos de intervención como el establecimiento de monopolios públicos o la concesión de derechos especiales y exclusivos de importación y exportación a compañías privilegiadas.

Aunque estas formas de intervención estatal en el mercado y de distorsión de la competencia están amparadas por el TCE y por la jurisprudencia del TJCE, desde el punto de vista del Derecho europeo no están exentas de plantear problemas relacionados con su legalidad². En primer lugar, los monopolios públicos y los derechos especiales y exclusivos impiden la libre circulación de mercancías y distorsionan la libre competencia. En segundo lugar, al proteger los servicios universales de la influencia del mercado, los

¹ Asunto C-393/1992, *Municipality of Almelo y otros v. NV Energiebedrijf ijsselmij*, Rec, 1994, pg. I-1477, párrafo 48.

² Para un análisis del reconocimiento de los servicios de interés económico general como un valor de la Unión, véase Díez-PICAZO 2002.

Leonor Moral Soriano

Estados miembros han organizado libremente los servicios públicos y han desarrollado estructuras institucionales diferentes no sólo entre los distintos Estados, sino también entre los distintos sectores de un mismo Estado. Tal disparidad impide la armonización de estos sectores, y consecuentemente la integración económica.

La legalidad de la intervención estatal en el ámbito de los servicios universales es evaluada por el TJCE que debe resolver el conflicto planteado entre la defensa de la competencia, de un lado, y el acceso universal a los servicios de interés económico general, de otro lado. Este conflicto de intereses también se puede traducir en un conflicto institucional, y por lo tanto constitucional, entre la Comisión cuyo empeño es la adaptación de los monopolios europeos a los principios de la libre circulación de mercancías y la libre competencia, y los Estados miembros empeñados en mantener sus poderes discrecionales y tener libertad en la organización de los servicios universales. Para resolver este conflicto de intereses cuya relevancia en el proceso de constitucionalización del Derecho europeo es innegable, el TJCE aplica la excepción del Derecho comunitario de la competencia justificada por la *misión pública* de los monopolios públicos y de las empresas privilegiadas recogida en el artículo 86.2 TCE. Esta disposición establece que la misión pública asignada a las empresas que prestan servicios de interés económico general puede justificar la inaplicación del Derecho comunitario de la competencia.

El análisis de jurisprudencia del TJCE en la aplicación de la excepción del Derecho comunitario de la competencia permite responder a cuestiones cruciales relacionadas con la regulación de los servicios de interés económico general:

* ¿Cuál es el papel del derecho en la regulación de los servicios de interés económico general? ¿Es el mercado o el derecho el instrumento elegido para la regulación de los servicios universales?

* ¿Cuál es la distribución de poderes de regulación? ¿Hasta qué punto los Estados miembros tienen libertad para regular y organizar la prestación de los servicios de interés económico general? ¿Qué nivel de discrecionalidad de los Estados miembros es compatible con el Derecho europeo?

* Teniendo en cuenta el principio de libre organización de los servicios de interés económico general ¿Hasta qué punto la jurisprudencia del TJCE amenaza el diseño institucional elaborado por los Estados miembros?

II. LA INTERVENCIÓN ESTATAL: CONFLICTOS DE NORMAS Y DUALIDAD DE CRITERIOS

En la regulación de la gestión y prestación de servicios universales tales como el suministro eléctrico, el transporte ferroviario o la comunicación telefónica, existe un fuerte posicionamiento a favor de la introducción de medidas restrictivas y distorsionantes de la competencia como única forma

de garantizar el carácter universal de los servicios mencionados. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el sector eléctrico de algunos Estados miembros, donde se cierra ciertos sectores del mercado de la electricidad mediante la concesión de derechos exclusivos de importación y exportación de electricidad a empresas privilegiadas, a cambio de que éstas asuman obligaciones de servicio público como el suministro universal de electricidad en todo el territorio del Estado.

Aunque amparadas por el Derecho europeo, la concesión de derechos exclusivos y especiales y los monopolios públicos entran en conflicto directo con dos principios del Derecho europeo: la competencia y el libre movimiento de mercancías. Efectivamente, las medidas intervencionistas que estudia este artículo distorsionan la competencia puesto que el monopolio público o la compañía con derechos de monopolio ocupa una posición privilegiada en el sector del mercado donde opere; las medidas también limitan el libre movimiento de mercancías puesto que sólo los productos de la compañía privilegiada podrán ser producidos y vendidos en el Estado miembro que haya concedido derechos exclusivos, y ningún otro proveedor de bienes o servicios podrán ofrecer sus bienes o servicios en el Estado donde opere el proveedor privilegiado o el monopolio público.

La dualidad de efectos –contrarios a la competencia y el libre movimiento de bienes– plantea un conflicto de normas: tanto las normas relativas a la libre circulación de mercancías, como las normas de la competencia pueden ser aplicadas para determinar la legalidad de las medidas intervencionistas en el sector de los servicios universales. ¿Hay que evaluar separadamente los efectos que produce la intervención de los Estados miembros en los servicios universales de manera que una medida puede ser contraria al libre movimiento de bienes pero no distorsionar la competencia? O por el contrario ¿sería más coherente aplicar un único criterio de legalidad de manera que todos los efectos de una medida deberían ser evaluados de acuerdo al Derecho de la competencia o al Derecho de la libre circulación de mercancías? Y si se opta por esta solución ¿sería el Derecho de la competencia o el de la libre circulación de mercancías el que establecería el criterio de legalidad?

La línea jurisprudencial adoptada por el TJCE ha ido evolucionando paulatinamente hasta resolver el anterior conflicto de normas a favor de la aplicación de las normas comunitarias de la competencia como marco en el cual se debe valorar la legalidad tanto los efectos contrarios a la competencia como sus efectos restrictivos del mercado.

Tan interesante como la anterior es otra evolución que se puede apreciar en la jurisprudencia del TJCE, relativa al criterio adoptado en el escrutinio judicial. La legalidad de las medidas introducidas por los Estados miembros puede evaluarse siguiendo fundamentalmente dos criterios alternativos: el de no-discriminación y el de proporcionalidad. Ambos reflejan diferentes

modelos de integración³. Si se acepta que la libre circulación de mercancías se satisface con la obligación impuesta a los Estados miembros de tratar de la misma manera los productos o servicios domésticos y los importados, entonces el criterio de no-discriminación es el fundamento de la integración europea. Si por el contrario, se entiende que la libre circulación de mercancías va más allá de la garantía de igual trato y requiere el libre acceso al mercado, entonces, cualquier obstáculo al libre mercado es ilegal, incluso si es no-discriminatorio, salvo que esté justificado objetivamente (Tridimas 1999, 127). De acuerdo con esta noción, el principio de proporcionalidad es la clave de la integración. Puesto que los principios de la no-discriminación y la proporcionalidad ofrecen modelos alternativos de integración, la menor influencia de uno supone la mayor influencia del otro a la hora de evaluar la legalidad de las medidas estatales. Esta dinámica también es observable en la jurisprudencia del TJCE en el sector de los servicios de interés económico general ya que se ha ido abandonando paulatinamente el criterio de la no-discriminación para abrazar el de la proporcionalidad.

III. LA INTERVENCIÓN ESTATAL Y SUS EFECTOS EN EL MERCADO INTERNO

El análisis de la jurisprudencia del TJCE en el ámbito de la legalidad de los monopolios públicos y las empresas privilegiadas debe comenzar por el asunto *Manghera*⁴. Aquí, el TJCE sostuvo que los derechos especiales y exclusivos de importación y exportación que conceden los Estados miembros generan discriminación entre los productores y proveedores comunitarios. Esta discriminación está prohibida en el artículo 31.1 TCE. De manera similar, en el asunto *ERT*⁵ el TJCE fue preguntado si el artículo 28 excluye la posibilidad de establecer un monopolio de radio y televisión. En primer lugar, el TJCE estableció que el Tratado no impide que los gobiernos de los Estados miembros confieran derechos exclusivos de emisión de radio y televisión, siempre y cuando los efectos contrarios a la competencia estuvieran justificados en el interés general, es decir por la misión pública atribuida a la compañía privilegiada (artículo 86.2 TCE). ¿Pero qué ocurre con los

³ También evidencian dos modelos distintos de razonamiento jurídico. El criterio de no-discriminación ofrece una estructura de todo-o-nada. Es decir, o una medida trata de igual manera los productos exportados y los domésticos, y por lo tanto no es discriminatoria, o establece un tratamiento diferente y por lo tanto es discriminatoria. Por el contrario, el criterio de proporcionalidad ofrece una estructura de razonamiento de ponderación. Es decir, para que una medida sea proporcional deben acomodarse los distintos intereses que entran en conflicto, de manera que la mayor consecución de un interés supondrá la menor realización de otro. Proporcionalidad es, así descrita, una demanda de equilibrio entre todos los intereses, más que la exclusión de uno en beneficio de otro.

⁴ Asunto 59/1975, *Pubblico Ministero v. Flavia Manghera y otros*, Rec, 1976, pg. 91.

⁵ Asunto C-260/1989, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Sylligon Prossopikou v Dimotiki etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y otros*, Rec, 1991, pg. I-2925.

efectos restrictivos sobre la libre circulación de mercancías? ¿Tienen estos efectos el poder de invalidar la medida? El TJCE dijo que:

La concesión a una única compañía... de un derecho exclusivo de importación, alquiler o distribución de material y productos necesarios para la emisión radiofónica y televisada no constituye como tal una medida que tiene el efecto equivalente a una restricción cuantitativa según el sentido del artículo 28 TCE (párrafo 15).

Sería diferente si la concesión de estos derechos resultara, directa o indirectamente en una discriminación entre los productos domésticos y los importados en detrimento de los segundos (párrafo 16).

La doctrina del asunto *Manghera* y del asunto *ERT* es similar: El TJCE atribuye especial énfasis a los efectos discriminatorios de las medidas intervencionistas en el mercado, de manera que evalúa la intervención estatal de acuerdo con el criterio de igualdad de trato (artículo 31.1 TCE) y no de acuerdo con el criterio de libre acceso al mercado (artículo 28 TCE). La diferencia no es baladí. Una medida contraria al artículo 31 TCE no es automáticamente ilegal, puesto que sus efectos restrictivos, aunque discriminatorios pueden ser justificados apelando a algunas de las razones mencionadas en el artículo 30 TCE⁶. En este caso, el control realizado por el TJCE es muy estricto, en primer lugar porque el catálogo de razones que pueden justificar la discriminación es cerrado, y en segundo lugar porque el TJCE las interpreta lo más estrictamente posible para evitar que se desnaturalice la finalidad de tal precepto y se convierta en una cláusula general de derogación del Derecho comunitario. Por otro lado, si la medida es contraria al artículo 28 TCE sus efectos restrictivos pueden ser justificados apelando a los «mandatory requirements» cuya lista está abierta.

El TJCE parece decantarse por el control estricto de la legalidad de los monopolios públicos y de la concesión de derechos exclusivos y especiales en el ámbito de los servicios universales; al menos por lo que se refiere a sus efectos restrictivos sobre el mercado. Pero ¿cómo se evalúan los efectos sobre la competencia? ¿Pueden las mismas razones que justifican los efectos restrictivos sobre el mercado justificar la distorsión de la competencia?

Estos eran los interrogantes que el TJCE resolvió en los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad*⁷. El posicionamiento del TJCE era esencial no sólo para resolver el conflicto de normas (las relativas a la libre circulación de bienes y a la competencia) que ocasionaban las medidas de intervención

⁶ Estas razones son las de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. Además de ser una lista cerrada, estas razones han sido interpretadas de manera muy restringida por el TJCE.

⁷ Asunto C-157/1994, *Comisión v Reino de Holanda, Rec*, 1997, pg. I-5699; Asunto C-159/1994, *Comisión v República Francesa, Rec*, 1997, pg. I-5815; Asunto C-158/1994, *Comisión v República Italiana, Rec*, 1997, pg. I-5789. Un magnífico análisis de la doctrina establecida en estos casos se puede encontrar en LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO (1999).

en el ámbito de los servicios universales. El TJCE debía ofrecer una respuesta que cohesionara el Derecho europeo, debía ofrecer un criterio interpretativo que reforzara la consistencia jurídica que el conflicto de normas merecía.

Los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad* surgieron cuando tres Estados miembros –los Países Bajos, Francia e Italia– concedieron derechos exclusivos de importación y exportación de gas y electricidad a varias empresas privilegiadas. La Comisión dirigió acciones por incumplimiento de las obligaciones del Tratado, y en concreto por incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 28 y 31 TCE –prohibición de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, y prohibición de discriminación entre nacionales de los Estados miembros respecto a las condiciones de abastecimiento y de mercado. Los Estados acusados argumentaron que estos efectos restrictivos y discriminatorios sobre el mercado interno estaban justificados por razones de política pública y de seguridad pública, ambos mencionados en el artículo 30 TCE.

Parecía pues que la resolución al asunto llevado por la Comisión pasaba por determinar el papel de las normas sobre la libre circulación de mercancías al evaluar la intervención estatal en los sectores de los servicios universales. ¿Es correcto aplicar el Derecho de la libre circulación de mercancías en estos sectores? Para Ehrike varias razones apoyan la aplicación de las normas del mercado interno: En primer lugar, las normas relativas a la libre circulación de mercancías están claramente dirigidas a los Estados miembros, de manera que su intervención es fácil de controlar; y en segundo lugar, las razones para aplicar la excepción a las obligaciones impuestas por el derecho del libre mercado están tasadas en el artículo 30 TCE, lo que incrementa la seguridad jurídica (Ehrike 1990, 102). Sin embargo, también existen argumentos a favor de excluir las normas de la libre circulación de mercancías cuando se evalúa la legalidad de medidas intervencionistas estatales en los servicios de interés económico general porque, como sostiene Edward, el artículo 86.2 es «*lex specialis*» para regular los monopolios públicos y las empresas privilegiadas (Edward y Hoskins 1995).

Qué normas jurídicas deben aplicarse –las del mercado interno o las de la competencia– es una elección directamente dependiente del modelo constitucional de distribución de los poderes de regulación. Por ejemplo, Ehrike sostiene que se deben aplicar las normas del libre movimiento de mercancías porque de esta manera la intervención estatal en el mercado puede ser abordado de manera más severa. Este autor defiende un modelo constitucional en el que el mercado sustituye los poderes reguladores de los Estados miembros, de manera que sus decisiones políticas, sociales y económicas puedan ser evaluadas de acuerdo con la política comunitaria y en concreto con el libre mercado.

Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE sugiere un receso en el papel otorgado a las normas del libre mercado cuando los monopolios públicos y las empresas privilegiadas son objeto de control jurídico: el libre mercado es

abandonado como criterio de evaluación de la regulación de los Estados miembros. ¿Por qué? Una vez que el mercado interno ha sido establecido, ahora se presta mayor atención a su correcto funcionamiento, y en este sentido, las normas de la competencia son normas relativas al funcionamiento del mercado, relativas al acceso al mercado (Edward y Hoskins 1995, 176). El resultado es un modelo constitucional descentralizado, donde no sólo el mercado sino también las decisiones de los Estados miembros deben ser consideradas.

En los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad* el TJCE comienza su razonamiento aplicando la doctrina del asunto *Manghera*:

Pues bien, esta libre circulación se ve obstaculizada por la propia existencia de derechos exclusivos de importación en un Estado miembro, puesto que se priva a los operadores económicos de los demás Estados miembros de la posibilidad de ofrecer sus productos a los clientes que capten en dicho Estado miembro (parágrafo 23).

Para el TJCE los derechos exclusivos de importación son contrarios al artículo 31.1 TCE porque producen restricciones discriminatorias en el mercado intra-comunitario. La cuestión es si estos efectos pueden ser justificados por razones de seguridad pública, tal y como argumentaban los Estados miembros. En este sentido, el razonamiento del TJCE no podía ser más sorprendente:

Puesto que los derechos exclusivos de importación de [la empresa eléctrica] SEP son contrarios al artículo 31 del Tratado ya no es necesario examinar si dichos derechos están de acuerdo con el artículo 28, ni, por consiguiente, si, en su caso, pueden estar justificados al amparo del artículo 30 del Tratado (parágrafo 24).

De esta manera el TJCE «resuelve» la pregunta que muchos se esforzaban por resolver: los derechos exclusivos y especiales que claramente distorsionan la competencia deben ser evaluados de acuerdo con las normas del libre movimiento de mercancías, y si sus efectos pueden ser justificados apelando a algunas de las razones previstas en el artículo 30 TCE. Los efectos discriminatorios de una medida parecen tener más peso que los efectos restrictivos que pueda producir; además, se excluye su posible justificación mediante la aplicación del artículo 30 TCE. El criterio de la no-discriminación desplaza el criterio de la proporcionalidad a la hora de evaluar la legalidad de las medidas introducidas por los Estados miembros.

Si el razonamiento del TJCE finalizara aquí, su doctrina significaría el fin de toda intervención estatal en el sector de los servicios universales. Afortunadamente, el TJCE continúa argumentando:

Sin embargo, aún debe analizarse si los derechos exclusivos controvertidos pueden estar justificados... en virtud del artículo 86.2 del Tratado (parágrafo 25).

Esto es, de acuerdo con el Derecho europeo, las restricciones discriminatorias causadas por los monopolios públicos y las empresas privilegiadas no pueden ser justificadas según las normas de la libre circulación de mercancías; *sin embargo*, la concesión de derechos especiales y exclusivos pueden

justificase según las reglas de la competencia. De esta manera, el TJCE rescata los poderes reguladores de los Estados miembros –y en concreto los relacionados con los servicios universales– del estricto control ejercido por el artículo 30 TCE, y sitúa el control judicial en el ámbito de las normas comunitarias de la competencia, y en concreto de la cláusula de derogación del artículo 86.2 TCE⁸. Esta disposición:

Puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, de derechos exclusivos contrarios, en particular, al artículo 31 del Tratado, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad (párrafo 32).

El TJCE prefiere aplicar la cláusula de derogación contenida en el artículo 86.2 TCE a la hora de evaluar los efectos de la intervención estatal en el mercado, siempre que tales medidas tengan como finalidad garantizar la provisión de un servicio de interés económico general. Pero ¿hasta qué punto es coherente esta interpretación? Es decir, ¿puede una cláusula de excepción pensada para el Derecho de la competencia suspender la aplicación de las normas de la libre circulación de mercancías? A pesar de la aparente equivocación de esta combinación de disposiciones, lo cierto es que ésta es la solución más coherente al conflicto de normas planteado si se presta atención, como lo hace el TJCE, a la causa de los efectos restrictivos y discriminatorios, más que al tipo de efectos que produce. Puesto que los efectos restrictivos sobre el mercado están causados por la concesión de derechos exclusivos y especiales y derechos de monopolio en general, el TJCE aplica la «*lex specialis*» para los monopolios públicos y las empresas privilegiadas que prestan servicios de interés económico general, es decir, aplica la cláusula de excepción del artículo 86.2 TCE.

Cuando el TJCE abandona la aplicación de los artículos 28 y 30 en el control de legalidad de los monopolios públicos y de los derechos exclusivos y especiales, está abandonando el principio de no-discriminación como criterio que determina la legalidad de las medidas intervencionistas estatales, al igual que abandona una cierta forma de promover la integración: Aquella basada en el igual tratamiento de productos y servicios. El criterio alternativo de control de la legalidad de las medidas que introducen los Estados

⁸ Esta línea de razonamiento también ha sido adoptada en el asunto *FFAD v Municipio de Copenhague* en el ámbito de los derechos exclusivos de exportación. El asunto surge cuando el municipio de Copenhague concede derechos exclusivos de exportación a favor de tres compañías para el proceso de reciclado de escombros. Para el TJCE, las restricciones en las exportaciones consistían en una violación del art. 29 TCE que no podía justificarse por la protección a la vida humana del art. 30 TCE como pedían las empresas privilegiadas. Sin embargo, aunque los efectos de la medida no puedan ser justificados, la causa de tales restricciones sí: la misión pública que el municipio de Copenhague atribuyó a las empresas privilegiadas justifica, de acuerdo con el TJCE, la introducción de medidas restrictivas y, por lo tanto, sus efectos sobre el mercado interno.

miembros, y de integración europea, es el principio de proporcionalidad. Este criterio es lo suficientemente flexible como para permitir distintos grados de escrutinio judicial, ya sea un control estricto y orientado a la promoción de la llamada integración negativa, o bien un control más deferente con las decisiones de los Estados miembros en materia económica, social o de políticas públicas. El análisis del contenido de la jurisprudencia del TJCE con relación a la aplicación del artículo 86.2 TCE será el objeto de los siguientes apartados.

IV. INTERVENCIÓN ESTATAL Y SUS EFECTOS EN LA COMPETENCIA

El TJCE se ha inclinado por evaluar la legalidad de la intervención estatal en el ámbito de los servicios universales de acuerdo con el Derecho de la competencia. En particular, la legalidad de aquellas medidas distorsionantes de la competencia que hayan sido introducidas con el fin de garantizar la gestión de servicios de interés económico general deberá ser evaluada de acuerdo con lo establecido en el artículo 86.2 TCE. Esta disposición encierra una cláusula de excepción a las normas de la competencia: tales normas no se aplicarán si impiden, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión pública que el Estado ha encomendado a las empresas privilegiadas. Además, añade el artículo 86.2 TCE, el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

El artículo 86.2 TCE encierra el principio de la proporcionalidad, un mandato para tomar en cuenta tanto valores de mercado –la competencia como requisito para el funcionamiento correcto del mercado– y no de mercado –la misión pública que le ha sido asignada a los monopolios públicos y a las empresas privilegiadas.

El estudio de la jurisprudencia del TJCE relacionada con la interpretación y aplicación del artículo 86.2 TCE debe empezar por tres asuntos que el TJCE debatió en el año 1991 y que comparten el mismo resultado: el dominio de los valores de mercado sobre los valores no de mercado. Estos son los asuntos *Höfner*⁹, *ERT* y *Merci*¹⁰. Al TJCE se le dirigieron cuestiones prejudiciales relacionadas con la explotación abusiva de la posición dominante por parte de empresas privilegiadas. Aunque el disfrute de una posición dominante en el mercado no es ilegal, sí lo es su explotación abusiva (artículo 82 TCE). ¿Hasta qué punto una empresa privilegiada, que ciertamente ocupa una posición dominante, explota abusivamente esta posición? ¿Hasta qué punto la excepción del Derecho de la competencia puede aplicarse aquí?

⁹ Asunto C-41/1990, *Klaus Höfner y Fritz Elser v Macrotron GmbH*, Rec, 1991, pg. I-1979.

¹⁰ Asunto C-170/1990, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, Rec, 1991, pg. I-5889.

Leonor Moral Soriano

La interpretación que el TJCE ofreció de «explotación abusiva de la posición dominante» no podía ser más estricta: un Estado miembro viola el Derecho comunitario de la competencia cuando la empresa privilegiada, *por el simple ejercicio de su derecho exclusivo no puede sino abusar de su posición* (*Höfner* parágrafo 29). En el asunto *ERT*, el TJCE hizo referencia al hecho de que los derechos exclusivos que los Estados miembros conceden crean una situación en la que la empresa privilegiada *es conducida* al abuso de su posición dominante (*ERT* parágrafo 37) o incluso *inducida* a la explotación abusiva de su posición dominante (*Merci* parágrafo 19). El resultado de esta doctrina es sorprendente, porque, por un lado, de acuerdo con el Derecho comunitario, las empresas pueden ocupar posiciones dominantes en el mercado sin que por ello infrinjan las normas comunitarias de la competencia. Sin embargo, el tribunal ha interpretado el abuso de posición dominante por empresas privilegiadas de manera tal que la simple concesión de derechos exclusivos o especiales conduce o induce al abuso y por lo tanto a la ilegalidad de la medida (la ilegalidad de la concesión de derechos exclusivos y especiales).

Tampoco fue el TJCE menos estricto cuando interpretó el artículo 86.2 TCE. En todos los casos el TJCE sostuvo que las empresas privilegiadas a las que un Estado miembro ha asignado la gestión de un servicio universal están exentas del cumplimiento de las normas de la competencia, si la aplicación de las mismas es *incompatible* con la gestión de dichos servicios (*Höfner* parágrafo 24) o bien *obstruye* dicha gestión (*ERT* para 38, *Merci* parágrafo 26). El TJCE no desarrolló el significado de estos términos, probablemente porque la atención se centró en elaborar una interpretación que permitiera el control judicial «a priori» de toda forma de intervención estatal contraria a la competencia, más que una interpretación sobre cómo evaluar la legalidad de dichas medidas. A pesar de su imprecisión, con los criterios de «incompatibilidad» u «obstrucción» de la misión pública asignada a las empresas privilegiadas, el TJCE estableció el nivel de excepción del Derecho de la competencia que es compatible con el Derecho comunitario. Un nivel que claramente otorga prioridad a los valores de mercado sobre los valores no de mercado, y que más que acomodar los valores en conflicto, excluye los últimos a favor de los primeros.

V. LA NUEVA LÍNEA DE LOS ASUNTOS *CORBEAU* Y *ALMELO*

Con los asuntos *Corbeau*¹¹ y *Almelo*¹² el TJCE da un giro de 180 ° en la aplica-

¹¹ Asunto C-320/1991, *Procedimiento penal contra Paul Corbeau*, *Rec.*, 1993, pg. I-2533. Este asunto se planteó cuando el Sr. Corbeau estableció un servicio de mensajería que consistía en la recogida en el domicilio y distribución de correo antes de las doce horas del día siguiente en la zona de Liege. La compañía *Régie de Postes*, el monopolio público al que el Estado belga concedió los derechos exclusivos de recogida y distribución de correo denunció las actividades del Sr. Corbeau.

¹² Cit. en nota 1.

ción de la excepción del Derecho de la competencia del artículo 86.2 TCE debido a su actitud más favorable a los valores no de mercado.

1. EL MANDATO DE PONDERACIÓN DEL ARTÍCULO 86.2 TCE

Las novedades introducidas en estos asuntos son dos. En primer lugar, el TJCE construye e interpreta la cláusula de excepción del Derecho de la competencia adoptando la denominada «regla de razón» que deja la puerta abierta a la consideración de los valores no de mercado tales como la provisión de servicios públicos; estos valores son considerados en un sentido no económico y deben ser ponderados contra los valores de mercado tales como la defensa de la competencia. Esta interpretación del artículo 86.2 TCE como mandato de ponderación es posible gracias a la adopción del principio de proporcionalidad como criterio de evaluación de la legalidad de la intervención estatal (Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto *Corbeau*, párrafo 14). De acuerdo con este principio, es irrelevante si la aplicación de las normas de la competencia es incompatible u obstruye la misión pública encomendada a una empresa privilegiada; lo relevante es si las distorsiones en la competencia que generen las medidas estatales son *necesarias* para la realización de las obligaciones de interés público que el Estado impone a las empresas privilegiadas y a las empresas públicas. Así, los Estados miembros pueden conceder derechos exclusivos y especiales que pueden obstaculizar la aplicación del Derecho europeo de la competencia si:

para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos (párrafo 14).

El cambio es sutil pero de importantes consecuencias. Antes del asunto *Corbeau*, la relación entre la política de la competencia y la gestión de los servicios públicos se entendía como una relación de conflicto del cual un interés salía victorioso y desplazaba al derrotado. Es decir, el conflicto adoptaba la estructura del todo-o-nada. Sin embargo, la novedad del asunto *Corbeau* es que, más que centrarse en el conflicto, el TJCE se centra en la relación entre medios y fines que existe entre la política de la competencia y la gestión de servicios universales: las distorsiones en la competencia son consideradas por el TJCE como un medio necesario para la garantizar la gestión y provisión de servicios de interés económico general.

2. CONDICIONES ECONÓMICAMENTE ACEPTABLES

La segunda novedad introducida en los asuntos *Corbeau* y *Almelo* es el criterio elaborado para determinar si las restricciones y distorsiones de la competencia son necesarias para la provisión de servicios de interés económico general. Aunque el TJCE consideró en el asunto *Corbeau* que tal pregunta debía ser abordada por los tribunales y jueces nacionales, sí que ofreció algunos criterios que deben guiar la labor interpretativa de éstos. En concreto, se

Leonor Moral Soriano

refirió a las condiciones de equilibrio económico (parágrafo 17) o a las condiciones económicamente aceptables (parágrafo 16) bajo las cuales las empresas privilegiadas deben llevar a cabo la misión pública que les ha sido encomendada.

Algunos autores quisieron ver en los términos usados por el TJCE (condiciones de equilibrio económico o condiciones económicamente aceptables) una clara opción a favor de la viabilidad económica de la empresa, de manera que las normas de la competencia se aplican hasta que la viabilidad económica de la empresa que presta el servicio universal esté amenazada. Gardner, por ejemplo, alabó la adopción de una perspectiva más economicista en los casos de intervención estatal, si bien criticó que el TJCE no hubiera adoptado criterios más claros para determinar el equilibrio económico entre las actividades deficitarias y las actividades rentables de una empresa a la que el Estado ha impuesto obligaciones de servicio público o de servicio universal (Gardner 1995, 83).

A pesar de la aparente tecnicidad de los mencionados criterios, el TJCE adoptó una definición lega de las condiciones de equilibrio económico: la empresa a la que se le ha encomendado una misión pública en la prestación de servicios universales debe poder compensar las pérdidas producidas en los sectores que arrojen menos beneficios –distribuir el correo en zonas rurales o remotas– con los beneficios obtenidos en otros sectores –distribución del correo en zonas urbanas. Los derechos exclusivos sobre la gestión de servicios universales en los sectores más ventajosos del mercado permiten que la empresa privilegiada pueda generar unos beneficios que compensen las pérdidas provocadas por las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado miembro.

Por lo tanto, la intención del TJCE cuando debatió el asunto *Corbeau* no fue la de sustituir el estricto test de la «obstrucción de la gestión» o la «imposibilidad de gestionar el servicio» (*Höfner, ERT y Merçi*) por otro test aún más estricto y complejo como lo puede ser la «viabilidad económica de la empresa». Efectivamente, el TJCE no estableció que las normas de la competencia se aplicarían siempre que la viabilidad económica de la empresa estuviera asegurada. Más bien sostuvo que las distorsiones de la competencia están justificadas si su finalidad es garantizar la estabilidad económica de la empresa que gestiona el servicio público. El Abogado General Darmon interpreta esta regla:

Así pues, cabe la posibilidad de descartar la aplicación de las normas sobre la competencia, no sólo cuando éstas hacen imposible el desempeño de su misión de servicio público por parte de la empresa considerada, sino también cuando ponen en peligro el equilibrio económico de la misma (Opinión del Abogado General Darmon en el asunto *Almelo*, parágrafo 146).

Esta interpretación de las «condiciones económicamente aceptables» ha

sido llevada a su extremo en el asunto *Deutsche Post*¹³. Mientras que en el asunto *Corbeau* el TJCE justifica la derogación del Derecho de la competencia en la necesidad de subsidios entre actividades pertenecientes al servicio universal¹⁴, en el asunto *Deutsche Post* el TJCE abandona este presupuesto. En su lugar, considera que en cuanto una actividad del servicio universal produce pérdidas, ese servicio está siendo ofrecido en condiciones económicamente no aceptables. Es decir, basta que una parte del servicio universal produzca pérdidas para poder aplicar la derogación del artículo 86.2 TCE, sin necesidad de preguntarse si el subsidio proveniente de otras actividades de servicio de interés económico general subsanará las pérdidas.

VI. LA PROPORCIONALIDAD

Los asuntos *Corbeau* y *Almelo* confirman que cuando se aplica la excepción del artículo 86.2, el examen de la proporcionalidad proporciona el marco dentro del cual deben resolverse los conflictos entre intereses incommensurables, y en concreto entre la defensa de la competencia y la gestión de los servicios universales. Proporcionalidad, el criterio elegido, deja la puerta abierta a la consideración de valores no de mercado, y en particular al valor intrínsecamente ligado a la provisión de servicios universales como valor independiente de su viabilidad económica (Ross 2000, 25) o de sus efectos contrarios a la competencia.

A pesar de lo loable de la adopción del test de proporcionalidad, su aplicación no está libre de críticas. Tal y como ha sido elaborado por el TJCE, al aplicar el control de proporcionalidad el TJCE lleva a cabo dos controles: el de idoneidad de la medida y el de necesidad. Los errores en la aplicación de estos sub-tests apreciados en los asuntos *Corbeau* y *Almelo* serán repetidos en posteriores asuntos.

1. IDONEIDAD

El control de idoneidad determina la relación entre las medidas adoptadas (las restricciones y distorsiones de la competencia) y la finalidad de estas medidas (la provisión de los servicios públicos). Al evaluar la idoneidad de medios y fines, también es necesario abordar la cuestión de la conveniencia de la finalidad que persigue la medida introducida. Ni la relación entre medios y fines ni la conveniencia de los fines son aspectos del test de idoneidad abordados por el TJCE. Éste presupone que evitar que las empresas entren en los sectores rentables de un mercado de servicios universales –la

¹³ Asunto C-147/1997, *Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH*, Rec, 2000, pg. I-825. Un excelente análisis de este asunto es el realizado por BARTOSCH (2001).

¹⁴ Si una actividad del servicio universal produce pérdidas, eso no significa que el servicio se ofrezca en condiciones económicamente inaceptables, ya que tales pérdidas pueden compensarse con los beneficios obtenidos en otras actividades del servicio universal. Para garantizar el subsidio cruzado, aquellos sectores que producen beneficios se cierran a la competencia aplicando la excepción del art. 86.2 TCE.

distribución del correo en zonas urbanas— es una medida apropiada para garantizar la gestión de los servicios de interés económico general. ¿Por qué? Porque, de esta manera, la compañía encargada del servicio universal puede compensar sus actividades deficitarias —que está obligada a prestar— con los beneficios obtenidos en los sectores rentables.

El TJCE también presume que la gestión de los servicios universales es conveniente sin especificar el fundamento de tales servicios. Ésta no es una simple cuestión teórica sin relevancias prácticas: dependiendo de cuál sea el fundamento de los servicios universales, y de los valores y fines que se persigue al garantizar la universalidad de ciertos servicios, los Estados miembros pueden justificar un mayor o menor nivel de intervencionismo y de distorsión de la competencia. El artículo 16 del TCE arroja luz sobre este punto al establecer que los servicios universales, cuya gestión compete tanto a los Estados miembros como a la Comunidad, promueve la cohesión social y territorial.

Al evitar la cuestión de la conveniencia de los fines que una medida nacional persigue, el TJCE evita entrar en el problema de la eficiencia con la que el servicio universal es ofrecido. Por un lado se podría sostener que el TJCE presta un flaco servicio si los Estados miembros pueden ampararse en la excepción del artículo 86.2 TCE independientemente de si el servicio público es gestionado eficientemente. Los Estados miembros pueden así transformar la excepción de la misión pública en una cláusula general de derogación del Derecho de la competencia, sin que ello derive ninguna obligación con relación a la calidad del servicio. De otro lado, si la cuestión de la conveniencia se plantea en términos de la eficiencia en la gestión del servicio, tanto el TJCE como el juez nacional puede evaluar no sólo si el monopolio ha sido justificado objetivamente por los requisitos del interés público, sino también si ha sido gestionado eficientemente. Esta posibilidad ampliaría el ámbito de control judicial y erosionaría la discrecionalidad de los Estados miembros con relación a la regulación del modelo de gestión de los servicios de interés económico general. Parece, sin embargo, que el TJCE rechaza esta perspectiva. El Abogado General Tesauro ha sido más explícito:

Los artículos 86 y 82 no pueden constituir un medio para criticar la eficacia económica de este o aquel monopolio nacional. Si un monopolio responde a justificaciones objetivas —como en el caso del monopolio postal básico— poco importa, por otra parte, que esté mejor o peor gestionado; no pueden constituir un medio de evaluación de la eficiencia económica de este o aquel monopolio nacional (Opinión del Abogado General Tesauro en el asunto *Corbeau* parágrafo 16).

Esto significa que el test de proporcionalidad, tal y como lo aplica el TJCE, no es un instrumento de control del vasto espacio de regulación nacional de la gestión de los servicios públicos.

2. NECESIDAD

El test de necesidad, a diferencia del test de idoneidad, ha recibido amplio

tratamiento por el TJCE. De hecho, parece que la totalidad del control de la proporcionalidad se resume en la evaluación de la necesidad de la medida. Pero de nuevo, la forma de aplicación de este test no está libre de críticas.

En primer lugar, cuando se aplica el test de necesidad se está determinando el nivel de intrusión o de restricción de un derecho o política europea que es aceptable en el Derecho europeo. Es decir, el test de necesidad es una cuestión de *grados*. Sin embargo, en el asunto *Corbeau*, así como en asuntos posteriores, el TJCE se centra en la *justificación* de la medida restrictiva. La cuestión ¿Qué nivel de distorsión de la competencia es necesario para garantizar la gestión de los servicios universales? es substituida por una pregunta más general ¿Son necesarias las medidas restrictivas para garantizar la gestión de servicios universales? De manera que una cuestión de ponderación se transforma en una cuestión de la justificación de la restricción de la competencia.

En segundo lugar, lo más sorprendente del test de necesidad tal y como es aplicado por el TJCE en el asunto *Corbeau* es que no se considera ninguna alternativa a la medida introducida por los Estados miembros. Puesto que la proporcionalidad implica la evaluación de los méritos de una medida a la hora de determinar su legalidad, también implica la evaluación de las alternativas (Emiliou 1996, 24). A la hora de examinar la proporcionalidad de las medidas económicas introducidas por los Estados miembros, dos condiciones deben ser satisfechas. Primero, se deben tener los conocimientos técnicos adecuados para determinar y comparar las ventajas y desventajas de una medida; y segundo, se deben presentar evidencias al TJCE de que la medida introducida es el instrumento más eficiente para obtener los fines perseguidos. A pesar de la importancia que tiene la evaluación de alternativas en el ámbito del Derecho del mercado interno, en el Derecho de la competencia el TJCE no examina ninguna alternativa a la concesión de derechos exclusivos y especiales a las empresas con obligaciones de servicio público, de manera que las pérdidas producidas en los sectores del mercado menos rentables, pueden ser compensadas con los beneficios obtenidos en sectores del mercado de los servicios públicos donde operan las empresas con derechos de monopolio, y ésta parece ser la única manera de garantizar la universalidad de ciertos servicios públicos.

Existen alternativas a la concesión de derechos exclusivos y especiales, y a los derechos de monopolio en general, aunque su valoración por parte del TJCE implicaría mayores controles de los poderes discrecionales de los Estados miembros en la regulación de la gestión de los servicios universales. Nicolaidis considera que la igualdad de oportunidades competitivas ofrece una fiable alternativa al cierre de ciertos sectores del mercado a la competencia. En el ámbito de los monopolios naturales y los monopolios justificados por razones de servicio público, la igualdad de oportunidades competitivas no existe porque incluso si una empresa puede demostrar que puede ofrecer un segmento del mercado a precios más bajos o a costes inferiores,

se le va a negar el acceso al mercado. Sin embargo, para Nicolaidis, nuevas entradas en el mercado deben ser permitidas si determinan claramente en qué segmento del mercado quieren operar y demuestran que pueden ofrecer un servicio más eficiente. Si los sectores rentables son utilizados para compensar las pérdidas de las actividades deficitarias, entonces las empresas que quieren entrar en el mercado deben ofrecer una compensación equivalente a la empresa con obligaciones de servicio universal, a fin de que se puedan abrir los segmentos rentables del mercado a la competencia, o a fin de incrementar los costes de producción/distribución en el segmento deficitario donde sólo opera la empresa con obligaciones de servicio universal (Nicolaidis 1998, 16).

La igualdad de oportunidades competitivas es una de las posibles alternativas al cierre de segmentos del mercado a la competencia que tanto el TJCE como los tribunales y jueces nacionales pueden evaluar como parte del test de necesidad. Tomada como ejemplo de una alternativa a la restricción de la competencia, la igualdad de oportunidades competitivas apunta a dos importantes objeciones que se pueden hacer a la aplicación del test de proporcionalidad y la aplicación de la excepción del Derecho de la competencia del artículo 86.2 TCE. Primero, la evaluación de alternativas requiere un gran bagaje de conocimientos técnicos, económicos y sociales del que el TJCE carece, lo que obliga a realizar un control marginal de la legalidad de las medidas intervencionistas (Tridimas 1999, 76).

Segundo, si fueran consideradas medidas alternativas a la concesión de derechos exclusivos y especiales, el nivel de control sobre los Estados miembros sería mayor y el TJCE sería acusado de intrusismo en las decisiones políticas, sociales y económicas adoptadas por los Estados miembros. Sin embargo, sería erróneo sostener que las acusaciones de activismo e intrusismo evitarían que el TJCE adoptara un nivel de control más estricto. La intensidad del escrutinio judicial depende, más bien, de si las medidas introducidas amenazan la efectividad del Derecho comunitario. Este ha sido y sigue siendo el caso en el ámbito del mercado interno donde las medidas restrictivas de los Estados miembros son sometidas a un estricto control de legalidad. Pero ¿qué ocurre si una medida que distorsiona la competencia infringe a la vez que promueve valores del Derecho comunitario? Este es el caso de los servicios de interés económico general desde que se incluyó el artículo 16 en el TCE porque, no sólo los Estados miembros, sino también las instituciones comunitarias deben garantizar la gestión de tales servicios para promover la cohesión social y territorial. De esta manera, una medida nacional cuya finalidad es el garantizar la prestación de servicios universales, debilita la efectividad del Derecho de la competencia, y por lo tanto un nivel de escrutinio estricto sería predecible. Sin embargo, tal medida también beneficia la realización de otro valor comunitario como es la gestión de servicios universales para la promoción de la cohesión social y territorial, de manera que un control más relajado sería predecible.

VII. LA PROPORCIONALIDAD Y LOS PODERES DISCRECIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

En los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad* el TJCE dio un respaldo definitivo a los poderes discrecionales de los Estados miembros con relación a la provisión y gestión de los servicios universales. Lo hizo utilizando dos instrumentos: el test de necesidad y la carga de la prueba.

Por lo que se refiere al test de necesidad, el TJCE inicia su sentencia indicando que la excepción del artículo 86.2 debe aplicarse de manera estricta (parágrafo 37). Sin embargo, continúa, las excepciones al Derecho de la competencia son compatibles con el Derecho europeo si son necesarias para la prestación de un servicio de interés general (parágrafo 38). ¿Qué se debe tener en cuenta a la hora de determinar tal *necesidad*? El TJCE se refiere en primer lugar a la discreción de los Estados miembros para utilizar determinadas empresas, en particular las del sector público, como instrumentos de política fiscal y económica (parágrafo 39 siguiendo el asunto *Francia v Comisión*). En segundo lugar, estableció que, cuando los Estados miembros definen los servicios de interés económico general, no pueden sino tomar en cuenta los objetivos de sus políticas nacionales (parágrafo 40)¹⁵. En tercer lugar, el TJCE subrayó la importancia de suministrar energía eléctrica de manera ininterrumpida, a lo largo de todo el territorio, en cantidades suficientes para satisfacer la demanda en cualquier momento, a tarifas uniformes y en términos que no varíen. Teniendo en cuenta estas tres consideraciones, ¿cuál es el test de necesidad que debe aplicarse?

Basta con que la aplicación de dichas normas impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de las obligaciones específicas de dicha empresa. *No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada* (parágrafo 43)¹⁶.

Basta con que, a falta de los derechos controvertidos, se impida el cumplimiento de las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen en ella (parágrafo 52)¹⁷.

Por lo demás, de la Sentencia *Corbeau...* resulta que los requisitos para la aplicación del artículo 86.2 se cumplen, en particular, cuando el mantenimiento de tales derechos es necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le han sido confiadas (parágrafo 53).

Es decir, que la supervivencia económica de la empresa privilegiada no es

¹⁵ Es cuanto menos sorprendente que el TJCE no hiciera ninguna referencia a la Directiva 96/1992 de 19 diciembre sobre las normas comunes para el mercado interno de la electricidad que ya estaba en vigor, y que permitía un amplio margen de maniobra a los Estados miembros a la hora de definir las obligaciones de servicio público que pudieran imponer a empresas privilegiadas. El art. 3.2 de la mencionada Directiva indica que «Teniendo en cuenta las disposiciones más relevantes del Tratado, y en particular el art. 86, los Estados miembros pueden... imponer obligaciones de servicio público... tales obligaciones deben estar definidas claramente, ser transparentes no discriminatorias y verificables... deben estar publicadas y ser comunicadas a la Comisión».

¹⁶ El énfasis es añadido.

¹⁷ El énfasis es añadido.

el umbral de acuerdo al cual se aplica la excepción del Derecho de la competencia (el artículo 86.2 TCE); el criterio, más bien, lo ofrecen las condiciones económicamente aceptables en las cuales la empresa privilegiada debe ofrecer sus prestaciones (asunto *Corbeau*); y la prestación de tales servicios está determinada por las obligaciones y condiciones que los Estados miembros imponen a las empresas. Esto supone el reconocimiento definitivo del valor de los servicios públicos, independientemente de su viabilidad económica (Ross 2000, 25). También supone el reconocimiento definitivo de la amplia discrecionalidad de los Estados miembros en la gestión y prestación de los servicios de interés económico general, y en particular de los servicios universales.

Por eso, a la hora de ponderar el valor de la competencia y el de los servicios de interés económico general, los criterios económicos –el balance financiero o la viabilidad económica de la empresa– son abandonados: el TJCE ha establecido que si los derechos exclusivos de importación garantizados a la empresa eléctrica holandesa SEP fueran eliminados, los precios serían ciertamente menores (parágrafo 54) pero también está claro, dice el TJCE, que la apertura del mercado a la competencia supondría cambios sustanciales en la forma en que se gestiona el servicio de suministro de electricidad en el ámbito nacional, y en concreto la forma en que lo gestiona la empresa privilegiada SEP la cual tiene la obligación de contribuir al adecuado funcionamiento del sistema de la manera más responsable posible en términos sociales, y manteniendo los costes al mínimo posible (parágrafo 55).

El segundo instrumento que el TJCE utilizó en los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad* y que supuso otro respaldo a los poderes discrecionales de los Estados miembros en la libre gestión de los servicios universales fue la carga de la prueba. En primer lugar, estableció el TJCE, que todo aquel que invoque la excepción del Derecho de la competencia del artículo 86.2 debe demostrar que todas las condiciones impuestas en tal disposición son satisfechas. Los Estados miembros deben probar que al eliminar las medidas restrictivas que hubieran introducido (los derechos exclusivos de importación) se pondría en peligro la prestación del servicio de interés público en condiciones económicamente aceptables. Esta carga de la prueba, añade el TJCE, no puede interpretarse de manera tan extensa que se exija a los Estados miembros que prueben que no existe otra medida alternativa que permitiera la prestación de la función pública asignada en condiciones económicamente aceptables (parágrafo 58). A la Comisión sí se le exige una prueba mucho más detallada ya que tendrá que demostrar que las alternativas propuestas permiten a las empresas privilegiadas cumplir la misión pública encomendada respetando todas las obligaciones y exigencias que los Estados miembros les ha impuesto. Dice López-Jurado con razón que nos encontramos ante una «probatio diabolica» (López-Jurado 1999, 303) porque se le pide a la Comisión que realice «una propuesta acabada de regulación alternativa de sectores complejos». En fin, la carga de la prueba, tal y como ha sido planteada por el TJCE, deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros (Slot 1998, 1200) que pueden concentrarse

en la justificación de la medida restrictiva o distorsionante de la competencia que hubieran introducido, y no en la evaluación de medidas alternativas¹⁸.

La conclusión inmediata de los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad* es que el TJCE está ampliando el camino iniciado con los asuntos *Corbeau* y *Almelo*, puesto que aunque los poderes discrecionales de los Estados miembros no son ampliados, lo cierto es que tampoco son amenazados por la jurisprudencia del TJCE.

La crítica final a la forma en que el TJCE aplica el test de proporcionalidad es que se centra mucho más en la justificación de los servicios universales que en el nivel de infracción del Derecho de la competencia que es adecuado a la garantía de la prestación universal de ciertos servicios.

VIII. ALBANY O CÓMO DESVIRTUAR LA PROPORCIONALIDAD

En los asuntos *Albany*¹⁹, *Brentjes* y *Drijvende Bokken* el TJCE tuvo que resolver una serie de cuestiones prejudiciales concernientes a la aplicación de la excepción del Derecho de la competencia en el ámbito del sistema de seguros para trabajadores asalariados. En concreto, *Albany*, *Brentjes* y *Drijvende Bokken* cuestionaron la legalidad de acuerdo con el Derecho europeo del sistema de afiliación obligatoria a fondos de pensiones complementarios que el Estado holandés había impuesto. La compañía *Albany* argumentaba que los beneficios que se obtenían con los fondos suplementarios a los que obligatoriamente debían afiliarse no respondían a las necesidades de la empresa: eran demasiado bajos, y obligaban a los empleados a contratar ulteriores fondos de pensiones. El TJCE sostuvo que la subscripción obligatoria impuesta por el Estado holandés claramente restringía la competencia (párrafo 97), pero que la cuestión era determinar si tales restricciones podían justificarse por la función social que cumplen los fondos obligatorios de pensiones (párrafo 98).

El TJCE refiriéndose a sus decisiones precedentes, y en concreto a los asuntos *Corbeau* y *Monopolios del gas y la electricidad*, argumentó a favor de los poderes discrecionales de los Estados miembros a la hora de utilizar ciertas empresas (empresas públicas y empresas con derechos de monopolio) como instrumentos de políticas económicas y fiscales; también argumentó a favor de la consideración de los objetivos en las políticas diseñadas por los Estados miembros a la hora de determinar qué obligaciones de servicio público se

¹⁸ El margen de maniobra concedido a los Estados miembros contrasta con la estricta actitud del TJCE para con la Comisión. El TJCE estableció que la Comisión fracasó en su obligación como demandante de los Estados miembros, de ofrecer evidencias que apoyaran la acusación de incumplimiento de las obligaciones del tratado. La Comisión, en opinión del TJCE, se centró demasiado en el derecho y poco en los hechos (párrafos 59-63 y 71).

¹⁹ Asunto C-67/1996, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Rec, 1999, pg. I-5751.

imponen a qué compañías; y finalmente consideró afirmativamente la discreción de los Estados miembros para imponer obligaciones y condiciones a las empresas privilegiadas a fin de lograr los objetivos políticos marcados. Los fondos de pensiones obligatorios no son sino una manifestación de los poderes discrecionales de los Estados miembros y la *función social* atribuida a los fondos suplementarios es el valor que justifica las restricciones a la competencia.

Por lo tanto, ¿es la medida restrictiva proporcional a los fines que persigue? Para responder a esta pregunta, el TJCE identificó en sus decisiones precedentes dos tests de necesidad alternativos (parágrafo 107). El primero consiste en determinar si sería posible para la empresa privilegiada llevar a cabo su función tal y como ésta ha sido definida por el Estado miembro al imponer obligaciones y condiciones a la empresa (asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad*). El segundo consiste en determinar si la empresa privilegiada puede llevar a cabo su función en condiciones económicamente aceptables (*Corbeau y Monopolios del gas y la electricidad*).

El Abogado General Jacobs consideró que el TJCE no estaba en condiciones de responder a las anteriores preguntas porque numerosos aspectos relacionados con los hechos del caso no estaban lo suficientemente claros y, por lo tanto, tenían que ser los tribunales nacionales los que debían examinar los aspectos económicos, financieros y sociales (parágrafo 335). El TJCE, por el contrario, sí consideró estar en la posición de examinar tales aspectos. Sin embargo, dada la falta de conocimientos técnicos, el test de proporcionalidad que se aplicó estaba basado más en la ponderación de valores que en la evaluación de los hechos:

Si se suprimiera el derecho exclusivo del Fondo de gestionar el régimen de pensiones complementarias para todos los trabajadores de un sector determinado, las empresas que empleasen a personal joven y de buena salud y que ejerciera actividades que no fueran peligrosas buscarían condiciones de seguro más ventajosas con aseguradores privados. La baja progresiva de los asegurados con riesgos «más favorables» dejaría al Fondo sectorial de pensiones la gestión de una parte cada vez mayor de asegurados con riesgos «menos favorables», provocando así una elevación del coste de las pensiones de los trabajadores y, en particular, de aquellos de las pequeñas y medianas empresas con personal de más edad y que ejercieran actividades peligrosas, a las cuales el Fondo no podría ya proponer pensiones a un coste aceptable (parágrafo 108).

Para lograr un alto nivel de solidaridad, los fondos de pensiones suplementarios deben ser gestionados exclusivamente por un Fondo (parágrafo 109) de manera que ciertos segmentos del mercado están cerrados a la competencia. El valor de la solidaridad ligado a la función social que lleva a cabo los fondos sectoriales obligatorios justifica los derechos exclusivos atribuidos a un Fondo de pensiones, y por lo tanto justifica la restricción de la competencia:

De cuanto antecede se desprende que la supresión del derecho exclusivo atribuido al Fondo podría desembocar en la imposibilidad de que éste cumpliera las misiones de interés económico general que le han sido encomendadas en

Proporcionalidad y servicios de interés económico general

condiciones económicamente aceptables y podría poner en peligro su equilibrio financiero (párrafo 111).

Tal conclusión es sorprendente por varias razones. Para empezar, el TJCE confunde la cuestión de la justificación de los derechos exclusivos con la cuestión de su proporcionalidad. Desde luego, son cuestiones estrechamente relacionadas, pero la primera está relacionada con los fines que la medida persigue, mientras que la segunda lo está con la relación existente entre medios y fines. En segundo lugar, a diferencia de lo establecido por el Abogado General Jacobs, el TJCE no consideró que fuera el tribunal nacional el competente para determinar la proporcionalidad de la medida discutida. Todo lo contrario, el TJCE realizó una ponderación que competía realizar a los tribunales nacionales. Finalmente, es también sorprendente que a pesar de la complejidad social, económica y política de las medidas discutidas, el TJCE consideró que la eliminación de los derechos exclusivos haría imposible la prestación de la función social atribuida sin que tal conclusión fuera alcanzada tras realizar un análisis económico de la situación.

El centro de gravedad de la decisión del TJCE está en los valores más que en las evidencias. Tal tratamiento excluye la consideración de medidas alternativas que, en lugar de eliminar totalmente la competencia en ciertos sectores del mercado de los servicios universales, mantiene cierto nivel de competencia. Es el entierro definitivo de criterios como la medida menos restrictiva tan empleada en el ámbito del mercado interno, y la adopción de la medida más restrictiva. También es el entierro de una forma de entender la proporcionalidad como búsqueda de un balance o ponderación entre intereses contrapuestos.

De la jurisprudencia del TJCE analizada se deduce que el criterio de proporcionalidad más que el de no-discriminación ha sido el elegido para evaluar la legalidad de las medidas estatales contrarias a la competencia. Sin embargo, mientras que el principio de no-discriminación ofrece un criterio de evaluación claro, el de proporcionalidad no ofrece una solución definitiva. De hecho, el principio de proporcionalidad es lo suficientemente flexible como para permitir una variedad de aplicaciones (Jacobs 1999, 20-21) por lo que la cuestión clave es determinar cómo se aplica este principio.

Algunas de las señales de la aplicación relajada del principio de proporcionalidad en el sector de los servicios universales son las siguientes. Primero, el TJCE no determina si el servicio universal, cuya prestación justifica la limitación de la competencia, es gestionado de manera eficiente por la empresa privilegiada. Segundo, la falta de conocimientos técnicos del TJCE en economía de la competencia y la falta de evidencias presentadas por los demandantes al TJCE hacen imposible que éste pueda valorar alternativas a la concesión de derechos exclusivos o especiales, lo que implica que la validez de las intervenciones estatales es considerada en abstracto, beneficiando de este modo a los Estados miembros, ya que el TJCE no determina el nivel de restricción que es compatible con el Derecho comunitario, sino

que determina si la intrusión en la competencia es justificada mediante la prestación de servicios universales.

IX. LA ACTIVA AUTO-MODERACIÓN DEL TJCE

En la jurisprudencia del TJCE relativa a las medidas estatales cuyos efectos son contrarios a la competencia parece que la aplicación del test de proporcionalidad da lugar a un control judicial marginal. La pregunta clave es ¿por qué? Dos tipos de razones pueden ser ofrecidos: aquellas razones relacionadas con las limitaciones inherentes del control judicial y aquellas otras relativas a la naturaleza de la función judicial (Edward y Hoskins 1995).

Por lo que se refiere a las limitaciones inherentes al control judicial, Edward considera que «una valoración realista de los recursos de los que dispone el TJCE aboga a favor de un control marginal» (Edward y Hoskins 1995, 172). La mayoría de los asuntos relacionados con la legalidad de los monopolios públicos y las empresas privilegiadas llegan al TJCE por la vía de las cuestiones prejudiciales que ofrecen un pobre instrumento para llevar a cabo un detallado análisis económico y fáctico. Además, como indica Tridimas (Tridimas 1999) en aquellos casos donde se requiere un complejo análisis económico el TJCE aplica un nivel de escrutinio judicial muy tolerante porque carece de conocimientos adecuados.

Por lo que se refiere a las razones relativas a la función judicial, hay que tener en cuenta que cuando se aplica el test de proporcionalidad, el nivel de escrutinio no depende de la estructura del principio tanto como de la *naturaleza* de la función judicial. Preguntarse por qué la proporcionalidad se aplica de manera que protege los poderes discrecionales de los Estados miembros, es preguntarse cómo entiende el mismo TJCE su función judicial. Puede sostenerse que el papel de los tribunales es juzgar sobre el ámbito de los poderes concedidos y la forma en que éstos son ejercidos. Tal concepción deriva en la evaluación de si el ejercicio de los poderes conferidos es el más adecuado para lograr ciertos fines. Por otro lado, se puede sostener que la función judicial, aunque relativa a los límites de los poderes y su ejercicio, no puede tener una naturaleza legislativa y por lo tanto toda consideración social o económica debe reservarse a los poderes legislativo y ejecutivo. En ambos casos, la aplicación del test de proporcionalidad arroja distintos niveles de escrutinio judicial que se diferencian en cómo son ponderadas las consideraciones sociales y económicas que justifican una medida restrictiva o contraria a la competencia contra la necesidad de asegurar el mercado libre o la competencia.

En relación con las razones relativas a la función judicial también hay que tener en cuenta que la intensidad del control judicial ejercido por el TJCE depende, entre otras cosas, de si la medida estatal obstaculiza la efectividad del Derecho europeo o de las medidas comunitarias. En este sentido hay que recordar que el artículo 16 TCE establece que tanto los Estados miembros como las instituciones europeas deben garantizar la prestación de los

servicios universales porque éstos promueven la cohesión social y territorial. De acuerdo con esta disposición la intervención estatal con relación a los servicios universales ciertamente erosiona la política comunitaria de competencia, pero refuerza uno de los valores de la Unión Europea de manera que la efectividad del Derecho comunitario no se ve mermada por las medidas contrarias a la competencia que introduzcan los Estados miembros.

En términos generales, cuando el TJCE adopta una posición intrusiva hacia los poderes de los Estados miembros se dice que el TJCE es activista o que ejerce el activismo judicial, mientras que si las opciones de los Estados miembros permanecen inalteradas se dice que el TJCE es moderado o que ejerce la automoderación judicial. A pesar del amplio uso de estas categorías (activismo y moderación) lo cierto es que son instrumentos inapropiados para analizar la naturaleza de la función judicial. La jurisprudencia de los monopolios públicos ofrece un buen ejemplo en este sentido. Por ejemplo, se puede concluir, una vez analizados los asuntos anteriores, que el TJCE ha ejercido la auto-moderación y es más sensible a las decisiones adoptadas por los Estados miembros en asuntos de políticas públicas. Sin embargo, cuando los asuntos se analizan de cerca se pueden observar típicas señales de activismo: la ponderación a través del principio de proporcionalidad ha sido ampliamente apoyado por el TJCE, los valores no de mercado son ponderados contra los valores puramente económicos, y el papel de la judicatura en la elaboración de políticas relacionadas con los servicios universales se ve reforzada al establecer que son los jueces y tribunales nacionales los competentes para determinar la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la competencia y por lo tanto la legalidad de las opciones políticas de los poderes legislativo y ejecutivo.

Así, cuando se aplican las categorías de activismo y moderación se llega a una paradoja: el TJCE ejerce simultáneamente activismo y moderación. Sin embargo la paradoja desaparece cuando se acepta que tanto el ejercicio del activismo judicial como de la auto-moderación son manifestaciones de la discrecionalidad judicial.

Además, cuando se utilizan las categorías mencionadas se presupone que existen dos áreas, la del derecho y la de la política que están claramente delimitadas, de manera que el poder judicial está circunscrito al derecho mientras que el ejecutivo y el legislativo lo están a la política. Sin embargo, más que líneas que claramente separan el derecho de la política, lo que existe es un área de superposición y la finalidad de las siguientes páginas es determinar qué ocurre en este espacio. Para ello se analizarán tres manifestaciones de activismo judicial que realiza el TJCE en su jurisprudencia moderada sobre el control de los monopolios públicos y las empresas privilegiadas.

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS ASUNTOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Una de las mayores contribuciones de la jurisprudencia del TJCE en asuntos

de competencia ha sido sin duda la introducción del principio de proporcionalidad para determinar la legalidad de los monopolios públicos y de las empresas privilegiadas. Este principio significa, primero, que las restricciones de la competencia deben ser ponderadas contra la realización de fines nacionales legítimos tales como la garantía de la prestación universal de servicios públicos, y en segundo lugar significa que ponderar es una cuestión de grados y no de la exclusión de un interés o valor a favor de otro.

La elección de la proporcionalidad tiene también efectos institucionales notables. Sobre todo, el TJCE adquiere el control «a priori» de la legislación nacional, y en segundo lugar, al evaluar la necesidad de la intervención estatal, el TJCE decide si el mercado o la regulación nacional determina la distribución de recursos, es decir, el mercado determinará cómo gestionar los servicios universales si la medida es considerada desproporcionada, mientras que será la regulación estatal la que lleve a cabo tal función si el TJCE considera que la medida intervencionista es proporcional.

La opción por la proporcionalidad en asuntos de Derecho de la competencia también tiene una consecuencia inmediata en la arena política y en particular en el proceso de integración: promueve la denominada integración negativa, es decir, la eliminación de los obstáculos nacionales al mercado y las distorsiones sobre la competencia (Scharpf 1996, 15). El libre acceso al mercado es el eje de la integración negativa, y la Comisión mediante su actuación contra el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Tratado se convierte en el actor principal de esta forma de integración.

Sin embargo, las decisiones del TJCE también impulsan el proceso legislativo europeo, es decir, la integración negativa es un catalizador de la denominada integración positiva (Dehousse 1998, 90 ss). Este fue el caso en el asunto *Cassis de Dijon*²⁰. Con anterioridad a este caso, en ausencia de legislación europea para la armonización de los servicios universales los Estados miembros tenían libertad para regular en el sentido que más beneficiara sus propios intereses. Después de *Cassis* la situación cambia ya que la legislación nacional y la legitimidad de las decisiones adoptadas por los Estados miembros están sometidas a control judicial. La inicial posición fuerte de los Estados miembros queda debilitada y la reacción será la aceleración del proceso de armonización, favorecido también por cambios institucionales como la adopción de la votación por mayoría y no por unanimidad en la votación de medidas armonizadoras. Una reacción similar puede preverse en el ámbito del Derecho de la competencia, y en concreto en aquellos casos donde un Estado miembro ha concedido derechos exclusivos o especiales a una empresa privilegiada a la cual se le ha asignado la prestación de un servicio de interés económico general. Si el TJCE aprecia que la medida es contraria al Derecho de la competencia, y en concreto a los artículos 81 (libre compe-

²⁰ Asunto 120/1978, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, *Rec*, 1979, pg. 649.

tencia) y 82 (prohibición de abuso de posición dominante) y que la excepción del artículo 86.2 no puede ser aplicada, entonces el mercado determinará la forma de gestión de los servicios públicos acabando seguramente con su prestación universal. La posibilidad de que esto ocurra, es decir, de que la universalidad en la gestión y prestación de ciertos servicios sea amenazada por el mercado aboga a favor de la adopción de medidas legislativas en el ámbito comunitario para clarificar cuáles son los límites dentro de los cuales los monopolios y las empresas privilegiadas pueden operar (Edward y Hoskins 1995, 173). Se fomenta así la integración positiva.

También es crucial tener en cuenta que la concesión de derechos exclusivos y especiales es justificada por la imposición a las empresas privilegiadas de obligaciones de servicio público. De acuerdo con el test de proporcionalidad aplicado en los asuntos *Corbeau* y *Almelo*, las medidas restrictivas no deben ser proporcionales a la prestación de servicios universales, sino que deben ser proporcionales a la prestación de servicios universales bajo las condiciones y requisitos establecidos por el Estado miembro y bajo condiciones económicamente aceptables. Tales consideraciones favorecen la regulación estatal y la legislación comunitaria para clarificar el contenido de las obligaciones de servicio público e incrementar de esta forma la seguridad jurídica.

2. LOS VALORES NO DE MERCADO

Cuando el criterio de la proporcionalidad se aplica tanto en los asuntos del libre mercado como de la competencia, el poder judicial decide sobre el ámbito de los poderes de regulación que poseen los Estados miembros en el Derecho europeo. Para ello se ponderan intereses contrapuestos: los valores de mercado tales como el libre mercado y la competencia, y los valores no de mercado como la provisión de servicios universales, normalmente enarbolados como intereses legítimos de los Estados miembros.

El que el TJCE tenga en cuenta los valores no de mercado contrapuestos a los valores de mercado no es realmente novedoso. Sin embargo, sí que es novedoso cómo tiene en cuenta estos valores de mercado a la hora de realizar la ponderación que exige el principio de proporcionalidad y que diferencia la jurisprudencia del TJCE en materia de competencia de la existente en materia de libre circulación de mercancías. Se trata de la consideración del valor de los servicios públicos independientemente de su viabilidad económica (Ross 2000).

La jurisprudencia anterior al caso *Corbeau* y *Almelo* se caracteriza por dos notas (Ross 2000, 24). La primera es que el TJCE ha construido la excepción del Derecho de la competencia del artículo 86.2 tan estrechamente como le fue posible para garantizar la efectividad del Derecho europeo de la competencia; la segunda la adopción del criterio de «obstaculizar la prestación». Ambas reforzaban el aspecto económico de los valores no de mercado en conflicto, y al aplicar una perspectiva economicista para solucionar el conflicto, evidentemente los valores de mercado triunfaban porque contra su

viabilidad económica no podía competir la prestación universal de servicios. Una ponderación que está centrada en el análisis económico está fundada en la ideología del mercado, de la construcción del mercado, y en la idea de que los valores de mercado son prioritarios sobre los valores no de mercado.

La aplicación estricta de los tests económicos como «la obstrucción de la prestación» o «la imposibilidad de realizar la prestación» es parte de una estrategia ya bien establecida del TJCE para construir Europa desde la integración de los mercados. Esta estrategia se materializa en la prioridad de la denominada integración negativa orientada a la eliminación de todo obstáculo al libre mercado. El mercado es convertido por el TJCE en el mejor y más eficaz instrumento de armonización y de integración, a la vez que potencia un proceso de despolitización.

Con el giro que el TJCE adopta en los asuntos *Corbeau* y *Almelo*, se encuentran nuevas fórmulas: «las condiciones de equilibrio económico» o las «condiciones económicamente aceptables» bajo las cuales la empresa encargada del servicio universal debe prestar tal misión. Estas fórmulas de control de la proporcionalidad de las medidas restrictivas de la competencia indican que la aplicación de la excepción del Derecho de la competencia depende de la ponderación de valores en conflicto, y no de la exclusión de una opción que de aplicar un simple test económico quedaría excluida del ámbito de la legalidad.

En los asuntos de los *Monopolios del gas y la electricidad* se ha indicado que el TJCE abandona definitivamente el test de la viabilidad económica de las actividades de servicio público y concede clara prioridad a su prestación. El escrutinio judicial se centra en la justificación de las medidas contrarias a la competencia y no tanto a la valoración de los efectos contrarios a la competencia que tales medidas producen. Como dice Ross, el salto metodológico que se produce es de la medición económica al juicio de valores a la hora de aplicar la derogación del Derecho de la competencia (Ross 2000, 25). Tal apreciación es reforzada por el artículo 16 TCE que reconoce el lugar que ocupan los servicios de interés económico general entre los valores de la Unión. Por lo tanto, mientras que inicialmente los valores no de mercado «servicios universales» eran traducidos en términos económicos, la novedad después del asunto *Corbeau* y también del asunto *Almelo* consiste en que el TJCE renuncia a llevar a cabo tal traducción, de manera que los valores no de mercado son considerados por sí mismos y son prioritarios a los valores de mercado.

Esta preferencia beneficia claramente a la regulación de los Estados miembros, porque las decisiones económicas y sociales que adopten con relación a la prestación de servicios universales no serán sistemáticamente sometidas al control judicial del TJCE, y tal regulación es mantenida frente al control de la Comisión. Las consecuencias son fundamentalmente dos: la repolitización de un campo económico concreto como es el Derecho de la competencia, y la restauración del control nacional de los límites de intervención.

La consideración de los servicios universales como valores no de mercado y el reconocimiento de su prioridad sobre los valores de mercado son presupuestos que contradicen la reivindicación hecha por Scharpf de que el TJCE tiene una propensión a favor de la construcción del mercado y la integración negativa (Scharpf 1996). De hecho, cuando el TJCE adopta la nueva línea interpretativa del artículo 86.2 TCE lo que hace es iniciar un proceso de repolitización del Derecho de la competencia que ha sido además favorecido por los cambios institucionales introducidos por el artículo 16 TCE porque es el fundamento de un proceso político donde Estados miembros e instituciones comunitarias están involucrados horizontalmente con el fin de garantizar la prestación universal de los servicios de interés económico general.

Sin embargo, este proceso político horizontal puede ser obstaculizado por los diseños institucionales desarrollados por los Estados miembros para prestar servicios universales. Los sectores económicos cercanos al Estado, tales como el suministro de electricidad o gas, han sido protegidos contra la operación de las fuerzas de mercado, y por ello los Estados han intervenido desarrollando una serie de estructuras institucionales. La armonización de estos sectores parece imposible dada la disparidad institucional. Además, dicha armonización no haría sino erosionar las estructuras de los Estados provocando la ya conocida en otros ámbitos «laguna competencial,» es decir, la falta de acuerdo intergubernamental para regular los sectores de los servicios universales.

La alternativa a la falta de acuerdo intergubernamental son los poderes legislativos que el TCE atribuye a la Comisión (artículo 86.3). Ciertamente es necesario un mínimo nivel de legislación o de armonización en la liberalización de los servicios universales, y los poderes de la Comisión pueden resultar de lo más adecuado cuando los procesos legislativos europeos son bloqueados en el Consejo de Ministros. Sin embargo, sería una falacia considerar que los poderes legislativos de la Comisión a la hora de promocionar la competencia en sectores tradicionalmente dominados por monopolios públicos son ilimitados. En el asunto de *Francia v Comisión* el TJCE estableció que la Comisión podía adoptar directivas sólo en relación con la intervención estatal, que es un ámbito más limitado que el de la armonización atribuido al Consejo según el artículo 95 TCE con relación al funcionamiento del mercado interno, y según el artículo 83 TCE con relación al Derecho de la competencia. También enfatizó que la conducta contraria a la competencia de los monopolios públicos debía ser controlada por la Comisión caso por caso interponiendo acciones por incumplimiento del Tratado, y no mediante la aprobación de medidas legislativas. Finalmente, el TJCE también estableció que la Comisión debe limitarse a establecer una legislación marco dejando a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad para adoptar normas más detalladas en consonancia con las decisiones políticas, sociales y económicas adoptadas, y en consonancia también con el diseño institucional existente. Tal y como quedan delimita-

dos los poderes legislativos de la Comisión, el TJCE restablece el control nacional, los poderes discrecionales de los Estados miembros.

3. EL ACTIVO PAPEL DE LOS TRIBUNALES Y JUECES NACIONALES

La última muestra de activismo judicial en la moderada línea jurisprudencial del TJCE en el ámbito del Derecho de la competencia es el refuerzo del activo papel de los tribunales y jueces nacionales. El TJCE ha establecido consistentemente que son los jueces y tribunales nacionales los que deben evaluar la proporcionalidad de las medidas intervencionistas que pretendan la garantía de la prestación universal de servicios de interés económico general. Tal evaluación debe ser llevada a cabo siguiendo los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJCE.

La mayoría de los asuntos que ha conocido el TJCE en esta materia han llegado por la vía de la cuestión prejudicial del artículo 234 TCE, de manera que la cuestión siempre es devuelta al órgano judicial nacional. Al establecer previamente criterios de interpretación y de aplicación del Derecho de la competencia y en concreto de la excepción al Derecho de la competencia, el TJCE está reforzando el modelo de cooperación que organiza las relaciones entre el TJCE y los órganos judiciales nacionales. Este modelo de cooperación imprime un carácter comunitario en los jueces y tribunales nacionales, porque los intereses de la Comunidad, según el artículo 86.2 TCE deben absolutamente ser considerados a la hora de determinar la proporcionalidad de las medidas discutidas.

Además, el procedimiento de las cuestiones prejudiciales no es el más adecuado para presentar evidencias sobre la gestión de los servicios universales. Los jueces y tribunales nacionales sí tienen acceso a esta información y pueden además analizarla con ayuda de la Comisión. De hecho, dada la complejidad de los asuntos en Derecho de la competencia y a la falta de familiaridad de la mayoría de jueces con esta área económica, se están elaborando cauces de colaboración entre los tribunales nacionales y la Comisión²¹.

X. CONCLUSIONES

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE realizado caben destacar dos aspectos. El primero es que el TJCE determina la legalidad de la intervención estatal en los sectores de los servicios universales de acuerdo con las normas de la competencia. Esto significa que los efectos restrictivos sobre el mercado y la competencia que producen podrán ser justificados aplicando la cláusula de excepción del Derecho de la competencia del artículo 86.2 TCE. Esta cláusula de derogación facilita un control marginal sobre la intervención estatal. El segundo es que el criterio de evaluación de la legalidad de

²¹ En su *Libro Blanco del Derecho de la competencia* la Comisión ha declarado la necesidad de llevar a cabo una reforma en el procedimiento judicial de los Estados miembros para facilitar la cooperación entre la Comisión y los jueces nacionales.

los monopolios públicos y las empresas privilegiadas es el de proporcionalidad. Esto significa que el TJCE obtiene el control «a priori» sobre la regulación estatal, pero el nivel de escrutinio depende de cómo se aplica el test de proporcionalidad. Su contenido, el del test de necesidad, tal y como ha sido elaborado en el asunto *Corbeau* y en otros sucesivos muestra un nivel mínimo de control y una actitud deferente hacia las decisiones de los Estados miembros.

Estos factores determinan las siguientes conclusiones:

* De acuerdo con el test de proporcionalidad elaborado en los asuntos *Corbeau* y *Almelo*, las medidas restrictivas tienen que ser proporcionales a la prestación de servicios de interés económico general tal en las condiciones establecidas por los Estados miembros y bajo condiciones económicamente aceptables. Esto significa que los Estados miembros determinan el nivel de intrusión en la competencia a la vez que defienden sus opciones políticas, sociales y económicas del control de la Comisión. El resultado es que los servicios universales están protegidos de la influencia del mercado. La regulación más que la desregulación, es decir, el derecho más que el mercado es el instrumento que ordena la prestación de los servicios de interés económico general.

* El TJCE no reta a las políticas nacionales y las estructuras institucionales en el sector de los servicios universales. Esto refuta la prioridad «de facto» atribuida al TJCE a favor de la integración negativa y potencia su papel como catalizador del proceso político en el ámbito de los servicios de interés económico general.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARTOSCH, A.: «Comments to the Deutsche Post AG case», *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, pgs. 195-210.
- BUENDÍA SIERRA, J. L.: *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, traducido por A. Read, Oxford, OUP, 1999.
- DEHOUSSE, R.: *The European Court of Justice*, Londres, MacMillan, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La idea de servicios de interés económico general», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pgs. 41-50.
- EDWARD, D., y M. HOSKINS: «Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI FIDE Conference», *Common Market Law Review*, núm. 32, 1995, pgs. 157-86.
- EHRIKE, U.: «State Intervention and EEC Competition Law. Opportunities and Limits of the European Court of Justice's Approach-A critical Analysis of Four Key-Cases», *World Competition*, núm. 79, 1990, pgs. 79-102.
- EMILIOU, N.: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer, 1996.

Leonor Moral Soriano

–GARDNER, A.: «The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors», *European Competition Law Review*, 1995, pgs. 78-86.

–GYSELEN, L.: «Coment on the Albany, Brentjens, and Drijvende Bokken», *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000.

–JACOBS, F. G.: «Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law», en *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, editado por E. Ellis, 1-21, Oxford, Hart, 1999.

–LÓPEZ-JURADO, F. de B.: «Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, 1999, pgs. 297-314.

–ROSS, M.: «Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?», *European Law Review*, 2000.

–SLOT, P.: «Case C-157/1994 Commission v Netherlands. Comments», *Common Market Law Review*, 1998.