

# La sentencia *Altmark* sobre ayudas de Estado y servicios públicos\*

*Silvia Acierno*

Diplomada en contencioso comunitario (D.E.S.S.,  
Centre Universitaire international de Luxemburgo)

*Julio Baquero Cruz*\*\*

Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,  
Doctor en Derecho (Instituto Universitario Europeo de Florencia),  
Diplomado del Colegio Europeo (Brujas)

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
  2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR, EN ESPECIAL LA SENTENCIA *FERRING*
  3. REFLEXIONES ACERCA DE LA SENTENCIA *FERRING*
  4. EL DEBATE ENTRE LOS ABOGADOS GENERALES
  5. LA SENTENCIA *ALTMARK*
  6. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA *ALTMARK*
  7. CONCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA *GEMO*
- 

\* Ambos autores agradecen los comentarios de Fernando Castillo de la Torre y Stephan Wernicke sobre algunos de los aspectos de los que trata este trabajo.

\*\* Este comentario contiene opiniones de Julio Baquero Cruz, que pueden no coincidir con la posición de la institución en la que trabaja.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Las contribuciones otorgadas por los Estados miembros de la Unión Europea a empresas para compensar los costes generados por las obligaciones de servicio público asumidas por aquéllas constituyen ayudas de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 87 del Tratado? ¿Deben ser notificadas, por tanto, a la Comisión para que se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado común con anterioridad a su ejecución?

Se trata, respectivamente, de una cuestión jurídica sustantiva –relativa al concepto de ayuda y a la relación entre las disposiciones de ayudas de Estado y el apartado 2 del artículo 86 del Tratado– y de otra institucional relativa a si la competencia decisoria sobre tal cuestión sustantiva debe pertenecer en exclusividad a la Comisión o si también pueden pronunciarse sobre la misma los tribunales nacionales. Tales cuestiones han dado lugar a un contencioso complejo y con respuestas a veces contradictorias, y a un interesante debate –en el que han intervenido tres Abogados Generales, el Tribunal de Primera Instancia y una sala del Tribunal de Justicia– que ha atraído la atención de la doctrina<sup>1</sup> y que sólo ha concluido con la sentencia pronunciada el 24 de julio de 2003 por el pleno del Tribunal de Justicia en el asunto *Altmark*<sup>2</sup>. A pesar de todo, la sentencia posterior dictada por la Sala Sexta del Tribunal en el asunto *GEMO*<sup>3</sup> muestra que el debate no se

<sup>1</sup> En la que destacan las siguientes contribuciones: A. ALEXIS, «Services publics et aides d'État», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2002/1, pg. 63; N. LINDNER, «The Impact of the Decision of the European Court of Justice in Ferring on European State Aid Law», *European Public Law*, 2003, pg. 359; M. NETTESHEIM, «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», *Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht*, 2002, pg. 253; P. NICOLAIDES, «Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgment», *European Competition Law Review*, 2002, pg. 313; P. NICOLAIDES, «The New Frontier in State Aid Control», *Intereconomics*, 2002, pg. 190; C. RIZZA, «The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest», *Columbia Journal of European Law*, 2003, pg. 429; D. TRIANTAFYLLOU, «L'encadrement communautaire du financement du service public», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, pg. 21; S. WERNICKE, «Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft zwischen gemeinwirtschaftlichen Diensten und Wettbewerb, oder: Wer hat Angst vor art. 86 II EG?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, pg. 481.

<sup>2</sup> Sentencia de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00 *Altmark Trans*, aún no publicada en la Recopilación. Puede accederse gratuitamente a las sentencias aún no publicadas y otras sentencias anteriores en el sitio web del Tribunal de Justicia ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)). Para los primeros comentarios que ha suscitado esta sentencia, véanse L. IDOT, «Fin du débat consécutif à l'arrêt *Ferring*? La Cour opte pour le maintien de l'approche compensatoire», *Europe, Éditions du Juris-Classeur*, octubre 2003, pg. 26; M. J. WERNER y Th. KÖSTER, comentario en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, 496.

<sup>3</sup> Sentencia de 20 de noviembre de 2003, asunto C-126/01 *GEMO*, aún no publicada en la Recopilación.

ha cerrado completamente y que los contornos de la jurisprudencia *Altmark* tal vez no estén tan claros.

El presente comentario comienza poniendo la sentencia *Altmark* en su contexto, dando cuenta de la jurisprudencia anterior del Tribunal de Primera Instancia y del propio Tribunal de Justicia. A continuación se describen las diferentes propuestas de algunos Abogados Generales, tanto en el asunto *Altmark* como en otros asuntos similares. Luego se expone en detalle la sentencia *Altmark* y se analizan sus posibles consecuencias. Nuestro comentario se cierra con una conclusión en la que se aborda la sentencia *GEMO*.

## 2. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR, EN ESPECIAL LA SENTENCIA *FERRING*

Con anterioridad a la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Primera Instancia y a la sentencia *Ferring*, el Tribunal de Justicia sólo se había pronunciado sobre la primera de las cuestiones evocadas en la introducción en una sentencia de 1985, en la cual consideró que las indemnizaciones establecidas por una Directiva comunitaria como compensación de los costes soportados por las empresas encargadas de la eliminación de aceites usados impuesta por tal Directiva no constituían ayudas de Estado, en la medida en que no sobrepasaran los costes reales soportados por tales empresas<sup>4</sup>. De todos modos, no puede considerarse que esta sentencia resolviese todos los problemas planteados por la relación entre las compensaciones estatales de los costes de servicio público y las disposiciones del Tratado sobre ayudas de Estado, dado que la decisión del Tribunal no se apoyaba en un razonamiento general claramente destinado a aplicarse más allá del caso concreto, referido además a una Directiva comunitaria y no a medidas estatales. Podría haberse deducido que los mismos principios habían de regir para los Estados miembros en el contexto de las disposiciones sobre ayudas dirigidas a los mismos, pero esa deducción no era ni mucho menos obvia.

La cuestión de la financiación estatal de los servicios públicos fue tratada con mayor claridad en dos sentencias dictadas por el Tribunal de Primera Instancia en 1997 y 1998. Este Tribunal declaró que «la circunstancia de que las autoridades públicas conceden una ventaja financiera a una empresa para compensar los costes generados por las obligaciones de servicio público que supuestamente le incumben no impide que esta medida pueda calificarse de ayuda con arreglo al artículo [87 del Tratado, apartado 1], sin perjuicio de que esta circunstancia se tenga en cuenta a la hora de examinar la compatibilidad de la ayuda de que se trata con el mercado común, de

<sup>4</sup> Sentencia de 7 de febrero de 1985, *ADBHU*, asunto 240/83, Rec. pg. 531, apartado 18. La sentencia se refiere a la Directiva 75/439/CEE del Consejo de 16 de junio de 1975 relativa a la gestión de aceites usados (DO L 194, pg. 23; EE 15/01, pg. 91).

conformidad con el artículo [86 del Tratado, apartado 2]»<sup>5</sup>. Según el Tribunal de Primera Instancia, la contribución concedida a una empresa para compensar los costes derivados de la prestación de servicios públicos constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 87 del Tratado y debe, por lo tanto, notificarse previamente a la Comisión y no ejecutarse hasta que ésta se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado común. Curiosamente, ante el Tribunal de Primera Instancia la Comisión había defendido que tales compensaciones no constituían ayudas si no superaban los costes debidos a las obligaciones de servicio público. Hay que señalar que esta interpretación del Tribunal de Primera Instancia no fue confirmada ni rechazada expresamente por el Tribunal de Justicia<sup>6</sup>.

Con posterioridad a tales sentencias, la Sala Sexta del Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su sentencia *Ferring*<sup>7</sup>, que merece una atención particular, dado que la sentencia *Altmark* sólo puede entenderse a partir de la misma, constituyendo al mismo tiempo una reacción y un desarrollo de dicha sentencia. Expondremos pues detalladamente los hechos, las conclusiones del Abogado General Tizzano y la sentencia del Tribunal, para pasar a continuación a una breve valoración.

El asunto *Ferring* se refería a una disposición de la Ley francesa de financiación de la seguridad social, que había establecido un gravamen especial exclusivamente sobre las ventas directas de medicamentos por laboratorios farmacéuticos a farmacias, excluyendo las ventas de medicamentos efectuadas por mayoristas distribuidores («grossistes répartiteurs»). Dicha disposi-

<sup>5</sup> Sentencia de 10 de mayo de 2000, sic, asunto T-46/97, Rec. pg. II-2125, apartado 84. En el mismo sentido, sentencia de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros/Comisión*, asunto T-106/95, Rec. pg. II-229.

<sup>6</sup> Según el apartado 84 de la sentencia sic, este aspecto de la sentencia *FFSA* habría sido confirmado por el auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1998, C-174/97 P, Rec. pg. I-1303 (apartado 33), que rechazó el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia. En sus conclusiones en el asunto *GEMO* (de 30 de abril de 2002, asunto C-126/01) el Abogado General Jacobs consideraba que el auto «tal vez pueda entenderse como un apoyo implícito a dicha solución» (apartado 100). Sin embargo, según A. Alexis, la cuestión de la calificación de las compensaciones de servicio público como ayudas de Estado no ha sido abordada ni decidida por el Tribunal, de modo que no se puede sacar ninguna conclusión de dicho auto («Services publics et aides d'État», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2002/1, pg. 97), opinión que compartimos. En efecto, aunque el auto rechaza el recurso de casación y confirma *el dispositivo* de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, no se puede deducir del mismo que el Tribunal de Justicia haya confirmado *la motivación* de la sentencia en este punto.

<sup>7</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Ferring*, asunto C-53/00, Rec. pg. I-6891. Para un comentario sobre esta sentencia, véase F. CASTILLO DE LA TORRE y J.-P. KEMPENNE, «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2001», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, pg. 106, pgs. 109 y 110. No nos detendremos en la sentencia de 22 de junio de 2000, *CELF*, asunto C-332/98, Rec. pg. I-4833, apartados 31 a 34, pues no se pronuncia sobre el carácter de ayuda de las compensaciones sino únicamente sobre las obligaciones de notificación previa y suspensión derivadas del artículo 88, apartado 3, del Tratado. En este asunto el gobierno francés no contestaba la existencia de una ayuda (en este sentido, véase el artículo de Alexis citado en la nota 1, pgs. 98 y 99).

ción tenía la finalidad de compensar las obligaciones especiales de servicio público impuestas a los mayoristas distribuidores y de reequilibrar las condiciones de competencia entre los distintos circuitos de distribución de medicamentos. En efecto, los mayoristas distribuidores estaban obligados a mantener permanentemente existencias de medicamentos de nueve décimas partes de los productos comercializados, en cantidades suficientes para atender en todo momento el consumo de dos semanas como mínimo de su clientela habitual. Tenían la obligación, además, de entregar los medicamentos en un plazo de 24 horas desde la recepción de los pedidos. Tales obligaciones no se aplicaban a los laboratorios farmacéuticos, que a menudo comercializan sus propios productos sin hacer uso de los servicios de los mayoristas distribuidores.

En este contexto, Ferring, un laboratorio farmacéutico francés que distribuía un fármaco a través de un sistema de venta directa y estaba, por lo tanto, sometido al gravamen especial sobre esas ventas interpuso un recurso, afirmando que dicho gravamen constituía una ayuda de Estado concedida a los mayoristas distribuidores que no había sido notificada previamente a la Comisión conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 88 del Tratado, y que por tanto era ilegal según el Derecho comunitario.

El tribunal nacional que conocía del recurso preguntó al Tribunal de Justicia si el gravamen sobre las ventas directas podía considerarse una ayuda de Estado y, en caso de respuesta afirmativa, si esta medida podía declararse compatible con el Tratado con arreglo al apartado 2 de su artículo 86.

Según el Abogado General Tizzano, la calificación de la medida controvertida como ayuda de Estado «no tiene un valor meramente formal, sino que influye también sobre el fondo del asunto», porque determina la existencia de la obligación de notificación previa de una medida estatal a la Comisión<sup>8</sup>. El Abogado General consideró que las medidas públicas estrictamente necesarias para compensar las obligaciones de servicio público no constituyen ayudas de Estado. En tal caso, la imposición de las obligaciones de servicio público y la concesión de la compensación constituyen «dos caras de una misma intervención pública» que «termina por ser económicamente neutral para la empresa interesada, por cuanto ésta no obtiene por este motivo ni una ventaja ni una desventaja»<sup>9</sup>. «Una alteración de las condiciones normales de competencia sólo será posible en el supuesto de unas compensaciones que superen el coste suplementario neto derivado del cumplimiento de las obligaciones de servicio público»<sup>10</sup>. En ese caso, «la intervención estatal contiene un elemento de ayuda, equivalente al importe que supere el sobre coste resultante de las obligaciones de servicio público»<sup>11</sup> y, por lo tanto, debe ser notificada a la Comisión.

<sup>8</sup> Ibid., apartado 31 de las conclusiones.

<sup>9</sup> Ibid., apartado 61 de las conclusiones.

<sup>10</sup> Ibid., apartado 62 de las conclusiones.

<sup>11</sup> Ibid., apartado 62 de las conclusiones.

El Tribunal de Justicia, siguiendo al pie de la letra las conclusiones del Abogado General Tizzano, examina en primer lugar si, haciendo abstracción de las obligaciones de servicio público previstas por el legislador francés, la imposición del gravamen en cuestión constituye una ayuda de Estado. Sobre este punto, el Tribunal considera que dicho gravamen «puede constituir una ayuda de Estado en el sentido del artículo [87], apartado 1, del Tratado»<sup>12</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal examina si la naturaleza de ayuda de la medida controvertida queda excluida en virtud de las obligaciones de servicio público impuestas por el sistema francés a los mayoristas distribuidores. «[S]iempre que el gravamen sobre las ventas directas a que están sujetos los laboratorios farmacéuticos corresponda a los costes adicionales realmente soportados por los mayoristas distribuidores para el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, la no sujeción de estos últimos al gravamen citado puede considerarse la contrapartida de las prestaciones realizadas y, por lo tanto, *una medida que no constituye una ayuda de Estado* en el sentido del artículo [87] del Tratado. Por lo demás, cuando se cumple este requisito de equivalencia entre la exención concedida y los costes adicionales, los mayoristas distribuidores no disfrutan, en realidad, de una ventaja en el sentido del artículo [87], apartado 1, del Tratado, ya que el único efecto de la medida de que se trata es colocar a éstos y a los laboratorios farmacéuticos a unas condiciones de competencia comparables»<sup>13</sup>. El Tribunal añade que corresponde al órgano jurisdiccional nacional aplicar dicho criterio a fin de resolver la cuestión.

En cuanto al apartado 2 del artículo 86 del Tratado el Tribunal se limita a afirmar que si la ventaja fiscal de la que disfrutaban los mayoristas distribuidores constituye ayuda de Estado, en la medida en que sobrepasa los costes adicionales que soportan por el cumplimiento de obligaciones de servicio público, esa ventaja, en la parte que sobrepasa tales costes, «no puede considerarse necesaria, en ningún caso, para permitir a los citados operadores desempeñar su misión concreta»<sup>14</sup>.

### 3. REFLEXIONES ACERCA DE LA SENTENCIA *FERRING*

Para empezar, el razonamiento puede parecer algo artificioso. El Tribunal divide el examen de la existencia de una ayuda de Estado en dos fases, y sólo tiene en cuenta las obligaciones de servicio público en la segunda, tras haber concluido que el régimen «puede constituir una ayuda» si se hace abstracción de tales obligaciones. En realidad, si el Tribunal quería llegar a esa solución, debería haber adoptado un análisis global<sup>15</sup>, teniendo en

<sup>12</sup> Ibid., apartado 22 de la sentencia.

<sup>13</sup> Ibid., apartado 27 (el subrayado es nuestro).

<sup>14</sup> Ibid., apartado 32.

<sup>15</sup> Sobre la necesidad de efectuar un análisis global, véase J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1999, pg. 19.

cuenta las obligaciones de servicio público en el marco del propio concepto de ayuda, al comprobar si el régimen controvertido constituía una ventaja. De esta forma, el Tribunal no habría creado impresiones engañosas al reconocer primero que los mayoristas distribuidores reciben una ventaja para cinco apartados después afirmar que no reciben ventaja alguna<sup>16</sup>. En efecto, si la compensación concedida a los mayoristas distribuidores no sobrepasa los costes adicionales soportados por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, la medida ya no constituye una ventaja, dado que no alivia las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de tales empresas. La existencia de una ventaja es un elemento constitutivo del concepto de ayuda de Estado y, como tal, debe examinarse teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes, incluidas las obligaciones de servicio público y su compensación.

Cabe preguntarse también cómo un tipo de gravamen del 2,5% de las ventas directas de medicamentos por laboratorios farmacéuticos puede representar el coste real de las obligaciones de servicio público soportado por los mayoristas distribuidores. Parece sorprendente que una medida relacionada con las ventas efectuadas por los laboratorios e introducida después de la imposición de las obligaciones de servicio público sea capaz de cubrir los costes adicionales soportados por los mayoristas distribuidores y únicamente tales costes. En realidad, esos costes de servicio público y la recaudación debida al gravamen especial sólo podrían ser equivalentes si se diera una coincidencia extraordinaria, ya que las ventas directas varían año tras año y los costes de los servicios públicos se mantienen más o menos constantes. El sistema ideado por el legislador francés no tenía pues la finalidad principal de compensar los costes generados por las obligaciones de servicio público, sino más bien la de frenar el desarrollo de las ventas directas por laboratorios a fin de proteger a los mayoristas. Por definición, la medida controvertida siempre falseará la competencia en el mercado común, salvo que se dé la coincidencia a la que nos referíamos. Por ello, haciendo abstracción de la corrección normativa de los principios abstractos contenidos en la sentencia del Tribunal de Justicia, es evidente que tales principios no podían ser pertinentes para la resolución del asunto *Ferring*.

Con esta sentencia el apartado 2 del artículo 86 del Tratado quedaría sin función alguna en los casos de compensación de los costes debidos a obligaciones de servicio público. Si la ventaja otorgada por la normativa nacional sobrepasa los costes, la misma constituye una ayuda de Estado, y el apartado 2 del artículo 86 del Tratado no puede excluir su ilegalidad, ya que, al sobrepasar los costes, no podrá considerarse necesaria en ningún caso para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Si la ventaja corresponde a los costes, la misma no constituye una ayuda de Estado y no hará falta aplicar el artículo 86, apartado 2. El brevísimo –y a nuestro entender insuficiente– desarrollo sobre esta disposición en un único apartado de la sentencia *Ferring* da a entender que se considera el problema de los servicios

<sup>16</sup> Ibid., apartados 22 y 27.

de interés general y las ayudas de Estado como algo «interior» al concepto de ayuda definido en el artículo 87 del Tratado y «anterior» a la posible aplicación del artículo 86, apartado 2. La exclusión absoluta de la aplicación del apartado 2 del artículo 86 en este ámbito, una vez las ventajas otorgadas a las empresas sobrepasan los costes de servicio público soportados, es al menos discutible, como veremos más adelante.

En conclusión, a la luz de la sentencia *Ferring* este tipo de medidas no habrían de ser notificadas previamente a la Comisión si la compensación no sobrepasa los costes debidos al cumplimiento de las obligaciones de servicio público, pues no se tratará de ayudas de Estado. Ello se debe a que los jueces nacionales pueden aplicar directamente la tercera frase del apartado 3 del artículo 88 del Tratado y distinguir entre ayudas otorgadas ilegalmente –que no podrán ser ejecutadas sin su previa notificación a la Comisión ni antes de una decisión definitiva de esta última– y aquellas medidas que no constituyen ayuda de Estado y no deben por tanto notificarse a la Comisión<sup>17</sup>. En este sentido, el efecto directo de la tercera frase del apartado 3 del artículo 88 del Tratado para las ayudas no notificadas a la Comisión implica necesariamente una interpretación previa del concepto de ayuda del apartado 1 del artículo 87<sup>18</sup>.

Con la sentencia *Ferring*, pues, el trabajo de la Comisión podría haberse visto aliviado en el campo de la compensación de las obligaciones de servicio público, pero esta institución habría perdido al mismo tiempo bastante poder de decisión. Como veremos, la sentencia *Altmark* matiza y casi deshace este pronóstico.

#### 4. EL DEBATE ENTRE LOS ABOGADOS GENERALES

Ésta era la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o al menos de su Sala Sexta, hasta la sentencia *Altmark*, pronunciada por el Pleno –compuesto por todos los jueces del Tribunal– el 24 de julio de 2003. Antes de la sentencia hubo un interesante debate entre tres Abogados Generales.

En las primeras conclusiones que presentó en el asunto *Altmark*<sup>19</sup>, el Abogado General Léger se pronunció en favor de la solución «de la ayuda de Estado», argumentado que la compensación de los costes debidos al cumplimiento de servicios de interés general constituyen, en cualquier caso, ayudas de Estado y deben ser notificadas previamente a la Comisión. El artículo 86, apartado 2, podrá ser utilizado por la Comisión para declarar la compatibili-

<sup>17</sup> Sobre la distinción fundamental entre la incompatibilidad material y la ilegalidad formal de la ayuda, y el efecto directo de la tercera frase del apartado 3 del artículo 88 del Tratado, véase la obra de J.-P. KEPPELNE citada en la nota 15, pgs. 12 y 13.

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, asunto C-379/98, Rec. pg. I-2099, apartado 50. Para un comentario de esta sentencia, véase J. BAQUERO CRUZ y F. CASTILLO DE LA TORRE, «A Note on *PreussenElektra*», *European Law Review*, 2001, 489.

<sup>19</sup> Citado en la nota 2.

dad de la ayuda con el mercado común. Su posición coincidía, de este modo, con la del Tribunal de Primera Instancia en las sentencias *FFSA* y *SIC*.

Tras la presentación de las primeras conclusiones, el Tribunal de Justicia decidió la reapertura de la fase oral del procedimiento para ofrecer a las partes la posibilidad de exponer su posición sobre el alcance de la sentencia *Ferring*. En consecuencia, el Abogado General Léger presentó unas nuevas conclusiones que completan las anteriores y que analizaremos más adelante.

Entretanto, en sus conclusiones en el asunto *GEMO*<sup>20</sup>, el Abogado General Jacobs explicó que ni la solución «de la ayuda de Estado» propuesta por Léger ni la solución «compensatoria» adoptada en la sentencia *Ferring* «ofrecen una solución ideal en todos los casos». Jacobs propone «una solución de compromiso que aplique una de estas soluciones a una categoría de asuntos y la otra solución a otra categoría»<sup>21</sup>. Para este Abogado General, lo esencial es la existencia de una relación «directa y manifiesta»<sup>22</sup> entre la financiación concedida y las obligaciones de interés general impuestas, como en el caso de los contratos de servicios de interés general celebrados en el marco de procedimientos de licitación pública. La solución «compensatoria» se aplicará a los asuntos comprendidos en esta categoría (relación directa y manifiesta). En cambio, si la relación entre la financiación estatal y las obligaciones de interés general no es directa y manifiesta, o si las obligaciones de interés general no están claramente definidas, se tratará de una ayuda de Estado<sup>23</sup>.

El Abogado General Jacobs defiende su propuesta afirmando que la financiación del Estado y las obligaciones de interés general claramente definidas e impuestas de forma directa y manifiesta deben considerarse como una sola medida. Además, la solución que propugna permite salvaguardar el papel del apartado 2 del artículo 86, que seguirá siendo aplicable a las medidas que constituyan ayuda. Por último, afirma que su propuesta constituye un enfoque equilibrado en consonancia con el artículo 16 del Tratado y el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¿Cómo habría resuelto Jacobs el asunto *Ferring*? En sus conclusiones lo considera como un caso fronterizo, dado que la ventaja fiscal se había concedido mediante una medida distinta y sólo después de que se hubieran impuesto las obligaciones de interés general. No obstante, reconoce que se daba «una fuerte conexión entre la ventaja fiscal otorgada y las obligaciones impuestas, que además estaban claramente definidas»<sup>24</sup>. En nuestra opinión, este análisis muestra que Jacobs aplicaría su criterio de «relación directa y manifiesta»

<sup>20</sup> Citado en la nota 3, apartados 110 a 132 de las conclusiones.

<sup>21</sup> *Ibid.*, apartado 117.

<sup>22</sup> *Ibid.*, apartado 119. En el mismo sentido, véase el artículo de M. NETTESHEIM citado en la nota 1, pg. 262.

<sup>23</sup> *Ibid.*, apartado 120.

<sup>24</sup> *Ibid.*, apartado 128.

de forma excesivamente laxa, ya que, como se ha visto, la relación entre la ventaja otorgada a los mayoristas distribuidores y el gravamen impuesto a los laboratorios era muy tenue y no realmente directa.

En sus conclusiones en el asunto *Enirisorse*, la Abogado General Stix-Hackl propone una solución similar a la de Jacobs<sup>25</sup>.

En sus segundas conclusiones en el asunto *Altmark*<sup>26</sup>, el Abogado General Léger defiende la solución de la ayuda de Estado y critica la solución propuesta por Jacobs, basándose en cuatro argumentos.

En primer lugar, excluye la aplicación del criterio del inversor privado a la financiación estatal de los servicios públicos, dado que la intervención del Estado no es de carácter económico, sino más bien implica el ejercicio del poder público, y un operador privado nunca financiaría un servicio público. Por tanto, la comparación es errónea y el criterio del inversor privado no es pertinente.

En segundo lugar, defiende una concepción «bruta» de la ayuda, según la cual las ventajas concedidas a las empresas y las obligaciones exigidas a las mismas deben examinarse por separado. La contrapartida exigida al beneficiario de la ayuda no influye en la interpretación del concepto de ayuda y sólo es relevante en una fase posterior del análisis, al examinar la compatibilidad de la ayuda con arreglo al apartado 2 del artículo 86 del Tratado. Las obligaciones de interés general impuestas a las empresas no excluyen la existencia de una ventaja en el sentido del artículo 87, apartado 1, del Tratado.

En tercer lugar, el Abogado General Léger considera que la solución «compensatoria» podría ocasionar graves problemas procesales, ya que, en su opinión, los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para aplicar el artículo 86, apartado 2, en el ámbito de las ayudas de Estado, pues la Comisión es la única que puede autorizar una ayuda con arreglo a esta disposición<sup>27</sup>. La obligación de procedimiento que consiste en notificar los proyectos de ayuda a la Comisión constituye la salvaguardia del mecanismo de control de ayudas en el sistema comunitario. Para el Abogado General Léger, las obligaciones de procedimiento no comprometen el funcionamiento de los servicios públicos.

En conclusión, el Abogado General Léger critica la solución propuesta por el Abogado General Jacobs. Según Léger, al aplicar el artículo 87 del Tratado sólo hay que tener en cuenta los efectos de la medida. En cambio, la solución del Abogado General Jacobs supone tener en cuenta las intencio-

<sup>25</sup> Conclusiones de 7 de noviembre de 2002, asuntos acumulados C-34/01 y C-38/01, *Enirisorse* (sentencia de 27 de noviembre de 2003, aún no publicada), apartados 153 a 161.

<sup>26</sup> Asunto citado en la nota 2, conclusiones de 14 de enero de 2002, apartados 15 a 96.

<sup>27</sup> *Ibid.*, apartado 56.

nes de las autoridades públicas y otros criterios de naturaleza meramente formal o procesal, como la existencia de un contrato de servicio público celebrado tras un procedimiento de adjudicación pública. Además, la solución del Abogado General Jacobs no garantiza un grado suficiente de seguridad jurídica, pues su alcance concreto es vago e incierto. El Abogado General Léger se pregunta qué puede constituir una relación «directa y manifiesta»: sólo en el caso de un contrato de servicio público celebrado tras un procedimiento de adjudicación pública podría hablarse de tal relación, pero la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su estado actual, no se aplica a concesiones de servicio público. Por ello, le parece difícil imponer tal exigencia a través de la jurisprudencia<sup>28</sup>.

## 5. LA SENTENCIA *ALTMARK*

Tales eran los argumentos principales. La Comisión y las demás instituciones comunitarias se encontraban a la expectativa de la sentencia del Tribunal en el asunto *Altmark* para decidir qué hacer en sus respectivos ámbitos de competencia en cuanto a la cuestión de las medidas compensatorias de costes relativos a los servicios públicos, puesto que necesitaban saber cuál era la interpretación correcta del Tratado<sup>29</sup>.

Como ya hemos señalado, el Pleno del Tribunal pronunció su sentencia el 24 de julio de 2003<sup>30</sup>. La sentencia resuelve algunas de las cuestiones, siguiendo, con ciertos matices, la posición del Abogado General Jacobs en las conclusiones relativas al asunto *GEMO*.

La cuestión prejudicial se planteó en el curso de un procedimiento entre *Altmark Trans* y *Nahverkehrsgesellschaft* en relación con la concesión a esta última de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el *Landkreis Stendal* (Alemania) y de subvenciones públicas para la ejecución de dichos servicios. El procedimiento llegó hasta el Tribunal federal administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), quien planteó la cuestión prejudicial. En ella preguntaba al Tribunal si las subvenciones concedidas para compensar el déficit de un servicio público de transporte local estaban sujetas a la prohibición relativa a las ayudas de Estado del artículo 87 del Tratado. La cuestión prejudicial también se refería a la interpretación del Re-

<sup>28</sup> *Ibid.*, apartado 86, nota 97.

<sup>29</sup> Véanse los siguientes documentos de la Comisión: *Informe al Consejo Europeo de Laeken: Servicios de interés general* (Bruselas, 17 de octubre de 2001, COM(2001) 598 final); *Informe sobre el estado de los trabajos relativos a las directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general* (Bruselas, 16 de junio de 2002, COM(2002) 280 final), apartado 10 (señalando la necesidad de esperar al pronunciamiento de la sentencia *Altmark* para proseguir los trabajos legislativos); y nuevo informe de idéntico título (Bruselas, 27 de noviembre de 2002, COM(2002) 636 final).

<sup>30</sup> Citada en la nota 2.

glamento (CEE) núm. 1191/69<sup>31</sup>, en la que no nos detendremos, puesto que era importante para el asunto en cuestión pero no para las cuestiones generales analizadas en el presente comentario.

El Tribunal resolvió la cuestión principal del asunto –si la compensación de costes de servicio público es ayuda de Estado– refiriéndose a los requisitos básicos del apartado 1 del artículo 87 del Tratado: «en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia»<sup>32</sup>. Los problemas principales del asunto se referían a los requisitos segundo y tercero.

Por lo que se refiere al segundo requisito, el Tribunal concluyó que la existencia de una afectación a los intercambios entre Estados miembros «no depende del carácter local o regional de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de actividad de que se trate»<sup>33</sup>. Incluso una medida de carácter local puede afectar a los intercambios comunitarios, dado que empresas provenientes de todos Estados miembros pueden tener la intención de efectuar servicios de transporte en los municipios de uno de ellos. En concreto, el Tribunal recordó que la Comunicación de la Comisión y el Reglamento sobre ayudas *de minimis* no se aplican al sector del transporte<sup>34</sup>. El Tribunal también mencionó que, según jurisprudencia reiterada, «no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. En efecto, la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros»<sup>35</sup>. Esta última afirmación podría plantear dudas sobre la compatibilidad con el artículo 87 del Tratado del Reglamento *de minimis* adoptado por la Comi-

<sup>31</sup> Reglamento (CEE) núm. 1191/69 del Consejo de 26 de junio de 1969 relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 156, pg. 1; EE 08/01, pg. 131), en su versión modificada por el Reglamento (CEE) núm. 1893/91 del Consejo de 20 de junio de 1991 (DO 1991 L 169, pg. 1).

<sup>32</sup> Sentencia *Altmark*, citada en la nota 2, apartado 75.

<sup>33</sup> *Ibid.*, apartado 82.

<sup>34</sup> *Ibid.*, apartado 80. Párrafo cuarto de la Comunicación de la Comisión, de 6 de marzo de 1996, relativa a las ayudas de minimis (DO C 68, pg. 9); artículo 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de *minimis* (DO L 10, pg. 30).

<sup>35</sup> *Ibid.*, apartado 81. El Tribunal se refiere, entre otras, a la sentencia de 14 de septiembre de 1994, *España/Comisión*, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, Rec. pg. I-4103, apartado 20. En el mismo sentido la sentencia *Envisorse*, citada en la nota 25, apartado 28.

sión y de su Reglamento de base, que prevén que las ayudas *de minimis* «no reúnen todos los criterios del apartado 1 del artículo 87 del Tratado»<sup>36</sup>. Nos limitamos a apuntar esta cuestión sin desarrollarla, pues va más allá del objeto del presente comentario.

El Tribunal se centra a continuación en el tercer requisito para la aplicación del apartado 1 del artículo 87 del Tratado, a saber, si la medida en cuestión puede ser considerada una ventaja concedida a la empresa beneficiaria. Según la jurisprudencia del Tribunal, «se consideran ayudas las intervenciones que, bajo cualquier forma, puedan favorecer directa o indirectamente a las empresas [...] o que pueden considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado»<sup>37</sup>. También se refiere a la sentencia *ADBHU*, en la que declaró, como ya hemos visto, que una indemnización prevista por una Directiva, concedida a las empresas de recogida y/o eliminación de aceites usados «no constituía una ayuda en el sentido de los artículos [87] y siguientes del Tratado, sino un precio que representaba la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas de recogida o de eliminación»<sup>38</sup>. El Tribunal también menciona la sentencia *Ferring*, subrayando que se desprende de esta jurisprudencia (*ADBHU* y *Ferring*) «que si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo [87], apartado 1, del Tratado»<sup>39</sup>. Cabe destacar que el Tribunal ya no se refiere a la compensación como un «precio» pagado a las empresas, sino que se centra en el concepto de ayuda de Estado y en el requisito de la «ventaja».

El Tribunal no abraza ciegamente la sentencia *Ferring*, e introduce matices similares a los propuestos por el Abogado General Jacobs en *GEMO*, aunque algo más precisos y estrictos. Así, «para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, debe cumplirse una serie de requisitos» que, por su importancia, reproducimos *in*

<sup>36</sup> Artículo 2, apartado 1, del Reglamento citado en la nota 34. Véase también el artículo 2 de su Reglamento de base: Reglamento (CE) núm. 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DO L 142, de 14.5.1998, pg. 1).

<sup>37</sup> *Ibid.*, apartado 84. El Tribunal se refiere a las sentencias de 15 de julio de 1964, *Costa*, asunto 6/64, Rec. pgs. 1141 y ss., especialmente pg. 1161; de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros*, asunto C-39/94, Rec. pg. I-3547, apartado 60; y de 29 de abril de 1999, *España/Comisión*, asunto C-342/96, Rec. pg. I-2459, apartado 41.

<sup>38</sup> *Ibid.*, apartado 85. El asunto y la Directiva a los que se refiere el Tribunal han sido citados en la nota 4.

<sup>39</sup> *Ibid.*, apartado 87.

*extenso*. «En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas». «En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras». «Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo [87], apartado 1, del Tratado, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable». «En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva». «En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones»<sup>40</sup>.

En conclusión, el Tribunal afirma que «si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al artículo [87], apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición»<sup>41</sup>. La parte dispositiva de la sentencia repite de forma casi íntegra los requisitos de los apartados 89 a 93.

## 6. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA *ALTMARK*

La sentencia *Altmark* es más clara y detallada que *Ferring*, tanto en la solución

<sup>40</sup> Ibid., apartados 88 a 93.

<sup>41</sup> Ibid., apartado 94.

como en la argumentación. El razonamiento ya no parece tan artificioso. El Tribunal se mueve en todo momento en el interior del concepto de ayuda y del requisito de la «ventaja», sin dividir el análisis en dos fases, como hizo en la sentencia *Ferring*. Además, la sentencia *Altmark* es más precisa que *Ferring*, al añadir a la condición sustantiva de que la ayuda no supere el coste del servicio público, ya prevista en *Ferring*, toda una serie de condiciones adicionales de carácter «formal y procesal» que tienen la función de asegurar que la medida se dirija efectivamente a cubrir los costes de las obligaciones de servicio público y únicamente esos costes. Este enfoque se inspira en la propuesta del Abogado General Jacobs en el asunto *GEMO*, que el Tribunal desarrolla y hace operativa. Los criterios establecidos por el Tribunal son claramente pertinentes para la situación fáctica del procedimiento principal. La precisión de la sentencia *Altmark* se debe probablemente a la mayor reflexión que la precedió y también a las conclusiones de los Abogados Generales, incluso en otros asuntos, a las que sin embargo el Tribunal no se refiere. En este sentido, estamos ante un buen ejemplo de la interacción que puede producirse entre las jurisprudencias del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Primera Instancia y las conclusiones de los Abogados Generales<sup>42</sup>.

La sentencia tiene una naturaleza casi legislativa<sup>43</sup>, lo que es comprensible en el procedimiento prejudicial, pues el carácter obligatorio *erga omnes* de tales sentencias hace que su importancia y alcance vayan mucho más allá del asunto concreto. En este sentido, en algunos casos tal vez sean preferibles estas sentencias «legislativas» a otras sentencias «minimalistas». Se traza en la sentencia comentada el marco constitucional –pues se estaban interpretando disposiciones pertenecientes al Derecho constitucional económico comunitario<sup>44</sup>– al que quedan sometidas las medidas compensatorias de costes debidos a obligaciones de servicio público desempeñadas por las empresas. En cierto modo, podría verse el dispositivo de esta sentencia como un modelo para un futuro Reglamento que defina, en este campo, el alcance de la noción de ayuda de Estado. Tal Reglamento debería poder ser adoptado sobre la base del artículo 89 del Tratado, que atribuye al Consejo la competencia para dictar cualquier reglamentación necesaria para la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado. La definición del concepto de ayuda en un campo determinado también puede verse como una aplicación del artículo 87 del Tratado. En nuestra opinión, la competencia del artículo 89 también podría utilizarse para la adopción de actos de derecho derivado

<sup>42</sup> Otro ejemplo significativo es el de la sentencia *UPA* (asunto C-50/00, Rec. 2002, pg. I-6677), dictada por el Tribunal a continuación de las conclusiones del Abogado General Jacobs y de la sentencia *Jego-Queré* (asunto T-177/01, Rec. 2002, pg. II-2365) del Tribunal de Primera Instancia. Sobre estos asuntos, véase el comentario de D. SARMIENTO en esta *Revista*, 2002, pg. 531.

<sup>43</sup> Al igual, por ejemplo, que la sentencia *Roquelles Frères* (asunto C-94/00, 2002 pg. I-9011).

<sup>44</sup> Sobre esta noción, véase J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea* (Civitas, Madrid, 2002), capítulos III y V.

que definan qué tipo de medidas constituyen o no ayudas de Estado, siempre y cuando se respete el alcance material del apartado 1 del artículo 87 del Tratado. Otra cuestión es que la Comisión decida presentar una propuesta de Reglamento o prefiera más bien utilizar un instrumento más flexible, como podría ser una simple comunicación interpretativa sobre la sentencia *Altmark*.

En el marco definido por la sentencia comentada, el apartado 2 del artículo 86 puede conservar una función en este ámbito, contrariamente a lo que sucedía con la sentencia *Ferring*. De hecho, el pasaje de la sentencia *Ferring* que dejaba prácticamente sin función a esta disposición<sup>45</sup> no ha sido reiterado por el Pleno en la sentencia *Altmark*. El Tribunal no se refiere expresamente a este problema. Lo único que hace es señalar con claridad que será considerada ayuda de Estado la compensación por parte de un Estado miembro, a posteriori, de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, al comprobarse que la explotación de las obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable<sup>46</sup>. Esta parte de la sentencia *Altmark* podría querer decir que en tales casos la compensación concedida a posteriori no violaría el artículo 87, apartado 1, con tal de que fuera necesaria para la prestación de un servicio público en el sentido del apartado 2 del artículo 86 del Tratado. Sin embargo, es evidente que no se prejuzga así la cuestión del efecto directo de esta disposición en conjunción con disposiciones no directamente aplicables como el artículo 87 del Tratado, cuestión que sigue abierta en la jurisprudencia<sup>47</sup>. Hay argumentos de peso en favor y en contra de un reconocimiento del efecto directo del apartado 2 del artículo 86 en tales casos. La solución dependerá de la concepción que tengamos con respecto a la naturaleza del apartado 2 del artículo 86 del Tratado. Si se considera que se trata de una excepción, será difícil atribuirle un efecto directo cuando se aplica conjuntamente con disposiciones que carecen de efecto directo. En cambio, si consideramos que el apartado 2 del artículo 86 es una disposición *autónoma y especial*, la misma podría tener efecto directo en

<sup>45</sup> El apartado 32 de la sentencia *Ferring*, citada en la nota 7.

<sup>46</sup> Apartado 91 de la sentencia *Altmark*, citada en la nota 2.

<sup>47</sup> Desde una posición inicial en la que se negó el efecto directo del apartado 2 del artículo 86 del Tratado (Asunto 10/71 *Ministère Public Luxembourg v Muller (Puerto de Mertert)*, Rec. 1971, pg. 723), el Tribunal ha reconocido tal efecto directo (por ejemplo, en el asunto 155/73 *Sacchi*, Rec. 1974, pg. 409 o en el asunto 66/86 *AHMED SAEED*, Rec. 1989, pg. 803), pero aún no se ha pronunciado de forma explícita sobre el efecto directo de esta disposición aplicada conjuntamente con disposiciones cuya aplicación está reservada a la Comisión. La sentencia *Almelo* (asunto C-393/92, *Almelo*, Rec. 1994, pg. I-1477) parece dar a entender implícitamente que un tribunal nacional puede aplicar el artículo 86, apartado 2, en el contexto de un acuerdo contrario al artículo 81, apartado 1, que en principio sólo podría ser declarado compatible con el Tratado por la Comisión con arreglo al apartado 3 de esta última disposición (véanse, a favor del efecto directo, los apartados 78 a 81 de las conclusiones del Abogado General Tizzano en el asunto *Ferring*, citado en la nota 7).

todos los casos, sin perjuicio del monopolio de la Comisión para aplicar otras disposiciones del Tratado.

Desde un punto de vista sustantivo, puede señalarse que los cuatro criterios introducidos por la sentencia *Altmark* se parecen bastante –aunque son algo más precisos– a los criterios de aplicación del apartado 2 del artículo 86 del Tratado, por lo que podría pensarse que la sustancia de esta última disposición queda salvaguardada a través de la aplicación del concepto mismo de ayuda<sup>48</sup>.

*Altmark* y sus requisitos tampoco resuelven todos los problemas, es evidente. La solución misma traerá nuevos problemas. El cuarto criterio, por ejemplo, debe seguramente matizarse a la luz de la sentencia *Chronopost*, dictada poco antes de *Altmark*, según la cual no es posible comparar, a los efectos de determinar si hay o no ayuda de Estado, la situación de una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general como La Poste, que soporta los costes derivados del mantenimiento de la red postal, con los costes de una empresa equivalente que operaría en un sector competitivo y no reservado. La falta de un elemento de comparación hace que en tales casos deban tenerse en cuenta los costes reales de la empresa encargada del servicio público para determinar si hay o no ayuda<sup>49</sup>. Por lo demás, todos los requisitos, como el relativo al «beneficio razonable», el establecimiento previo de parámetros «de forma objetiva y transparente», la definición «clara» de obligaciones de servicio público o el concepto de «empresa media, bien gestionada» son bastante indeterminados y podrían dar lugar a nuevos procedimientos y cuestiones prejudiciales. Pero lo mismo sucede con cualquier texto jurídico, ya sea legislativo o jurisprudencial, y especialmente con sentencias de esta naturaleza. Tales detalles se resolverán mediante la acción de las instituciones –decisiones de la Comisión y posibles actos de carácter general–, y sobre todo a través de la jurisprudencia futura.

## 7. CONCLUSIÓN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA *GEMO*

En la larga serie de sentencias relativas a la relación entre las disposiciones de competencia del Tratado y los servicios públicos, la sentencia *Altmark* ocupa una posición especial, al ser la primera del Pleno del Tribunal que trata en profundidad la relación entre las disposiciones sobre ayudas de Estado –disposiciones de competencia– y tales servicios. Frente a la jurisprudencia tradicional<sup>50</sup>, marcada por la búsqueda de un equilibrio entre los

<sup>48</sup> En este sentido, véase el artículo de S. WERNICKE citado en la nota 1. Véase además A. SINNAEVE, «State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the *Altmark* Case», *European State Aid Law Quarterly*, 2003, 351, pg. 357.

<sup>49</sup> Sentencia de 3 de julio de 2003, asuntos acumulados C-83/01 P, C-93/01 P y C-94/01 P, *Chronopost*, aún no publicada, apartados 33 y siguientes. Véase el comentario de A. Sinnaeve citado en la nota 48, pg. 358.

<sup>50</sup> Por ejemplo, la sentencia dictada en el asunto C-320/91, *Corbeau*, Rec. 1993, pg. I-2533. Sobre esta jurisprudencia véase J. BAQUERO CRUZ, «Beyond Competition: Services of

objetivos del Tratado –sobre todo el relativo al mantenimiento de un mercado común con una competencia no falseada– y la prestación de los servicios de interés general, la sentencia *Altmark* sólo parece preocuparse de forma accesoria por ese equilibrio, reproduciendo en el interior del artículo 87 del Tratado una serie de criterios que no dejan de parecerse –aunque sean algo más detallados– a los de la jurisprudencia relativa al apartado 2 del artículo 86.

En realidad, la cuestión más importante era la referida a la competencia decisoria: si es la Comisión la que debe decidir, caso por caso, si estamos ante una ayuda de Estado, o si pueden hacerlo también los tribunales nacionales. A este respecto, ¿puede interpretarse *Altmark* como un primer paso, en el campo de los servicios de interés general, hacia la descentralización de la aplicación del Derecho comunitario de ayudas de Estado, comparable a la que se producirá en breve en el ámbito de la aplicación de los artículos 81 y 82<sup>51</sup>? Probablemente no, y en todo caso no comparable a la descentralización en el ámbito de las disposiciones de competencia aplicables a las empresas. Los criterios que establece *Altmark* son muy estrictos –mucho más que los de *Ferring*– y bastante difíciles de cumplir. Muchas medidas estatales probablemente no los cumplan. Estos factores y la relativa indeterminación de tales criterios hacen que sea muy posible que los Estados miembros sigan notificando a la Comisión sus medidas compensatorias como cautela, y que incluso notifiquen medidas que no notificarían bajo la jurisprudencia *Ferring*, de modo que la Comisión seguirá pronunciándose sobre su carácter de ayuda y su compatibilidad con el mercado común. *Altmark* no llevará a una disminución de las notificaciones sino tal vez a un aumento de las mismas.

Pese a todo, la decisión institucional de permitir también a los tribunales nacionales tomar tales decisiones, según el marco trazado por el Tribunal, podría tener consecuencias sustantivas de forma indirecta. En efecto, puede que las decisiones de la Dirección General de la Comisión encargada de las ayudas de Estado se vean influidas por una «cultura» dominante de competencia, que no deja el debido espacio para la consideración de objetivos igualmente meritorios de protección como la prestación de servicios de interés general. Es evidente que la posición institucional de los tribunales nacionales podría llevarles a adoptar un enfoque más equilibrado, con la colaboración prejudicial del Tribunal de Justicia, especialmente en lo relativo a la interpretación de los propios criterios establecidos por la sentencia *Altmark*.

General Interest and European Community Law», *Collected Courses of the Academy of European Law* (vol. XIV, Oxford University Press, Oxford, a publicar en 2004).

<sup>51</sup> Según el artículo 6 del nuevo Reglamento del Consejo (CE) núm. 1/2003 de 16 de noviembre de 2002 relativo a la aplicación de las disposiciones de competencia contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, de 4.1.2003, pg. 1), que entrará en vigor el 1 de mayo de 2004 sustituyendo al Reglamento 17/62, los tribunales nacionales pueden aplicar los artículos 81 y 82 en su integridad. Bajo el régimen del Reglamento 17/62, sólo la Comisión puede exceptuar un acuerdo anticompetitivo en virtud del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

Hay dos cuestiones pendientes sucesivas a la sentencia, que señalaremos antes de finalizar este comentario.

La primera se refiere a la acción de las instituciones políticas en este campo, que esperaban con cierta urgencia la sentencia del Tribunal para decidir qué hacer. En sus informes, la Comisión indicaba las diferentes posibilidades. Sin embargo, en los meses que han seguido al pronunciamiento de la sentencia la Comisión no ha presentado ninguna propuesta concreta<sup>52</sup>. Ello puede deberse a varios motivos que enunciarnos como meras hipótesis: a la ausencia de un compromiso político en la materia; a que se piense que la sentencia *Altmark* y los criterios fijados en ella son suficientes y que no es necesario adoptar medida alguna; o, por último, a que se estime que el proyecto de Tratado por el que establece una Constitución para Europa presentado por la Convención puede introducir novedades en este campo –en concreto el artículo III-6 que transforma el actual artículo 16 del Tratado en un fundamento jurídico para adoptar legislación europea en materia de servicios públicos– que hacen aconsejable esperar al desenlace de la conferencia intergubernamental<sup>53</sup>. En cualquier caso, consideramos que ciertas medidas de alcance general basadas en la sentencia *Altmark* podrían seguir siendo útiles desde el punto de vista de la seguridad jurídica<sup>54</sup>.

La segunda tiene que ver con la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia. Si la sentencia de 27 de noviembre de 2003 dictada por la Sala Quinta del Tribunal en el asunto *Eninisorse*<sup>55</sup> –el mismo en el que la Abogado General Stix-Hackl había presentado sus conclusiones apoyando la tesis del Abogado General Jacobs– constituye una aplicación rigurosa y ejemplar de los requisitos establecidos en *Altmark*, tal vez no pueda decirse lo mismo de la sentencia dictada con fecha 20 de noviembre de 2003 por la Sala Sexta del Tribunal en el asunto *GEMO*<sup>56</sup> –el mismo en el que el Abogado General Jacobs presentó las conclusiones que sirvieron de inspiración para la solución finalmente adoptada por el Pleno del Tribunal en la sentencia *Altmark*–. En esta sentencia la Sala Sexta no tiene en cuenta la jurisprudencia *Altmark* del Pleno del Tribunal ni las conclusiones del Abogado General

<sup>52</sup> En una conferencia pronunciada en diciembre de 2003, Mario Monti, el responsable de su competencia de la Comisión, anunció que la Comisión planea proner una comunicación interpretativa sobre *Altmark* líneas directrices en materia de sobrecompensación y un reglamento de exención (texto disponible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)).

<sup>53</sup> Véase el artículo de S. RODRIGUES, «Vers une loi européenne des services publics?», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2003, pg. 503.

<sup>54</sup> En una Resolución de 14 de enero de 2004 (P5.TA-PROV(2004)0018, disponible en [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int)), el Parlamento Europeo ha pedido a la Comisión que no recurra al apartado 3 del artículo 86 del Tratado, manifestando «su preferencia por una solución provisional de manera que mediante el procedimiento de codecisión puedan determinarse más adelante, las condiciones generales de validez».

<sup>55</sup> Sentencia citada en la nota 25, apartados 29 a 40 y 47.

<sup>56</sup> Sentencia citada en la nota 3. Para un primer comentario sobre estas sentencias, véase el de L. Idot en *Europe - Éditions du Juris-Classeur*, enero de 2004, pg. 23.

Jacobs para, al cabo de un razonamiento algo críptico, afirmar la existencia de una ayuda de Estado.

Se trataba de una medida francesa por la que se establecía una tasa especial sobre las compras de carne con la que se financiaba el servicio público de recogida y eliminación de animales muertos y otros desperdicios de los mataderos, servicio prestado por empresas privadas financiadas con la tasa y recibido de forma gratuita por sus destinatarios (sobre todo mataderos y agricultores). La disposición francesa no sólo favorecía a las empresas privadas encargadas de la gestión de dicho servicio público y retribuidas por el Estado sino también a los mataderos y a los agricultores, destinatarios del servicio, y a los pequeños carniceros que no tenían que pagar la tasa sobre las compras de carne mediante la cual se financiaba el servicio público –sólo las grandes superficies tenían la obligación de pagarla–.

En sus conclusiones<sup>57</sup>, el Abogado General Jacobs dividió el análisis en tres partes a fin de verificar si existían ayudas de Estado en favor de cada una de las tres categorías de los potenciales beneficiarios de la medida que acabamos de mencionar. Jacobs había llegado a la conclusión de que la prestación gratuita del servicio de eliminación de residuos constituía a la vez una ayuda de Estado en favor de agricultores y mataderos –dado que favorecía esencialmente a estas dos categorías de empresas, falseaba la competencia y afectaba a los intercambios entre los Estados miembros–, no constituía una ayuda a las empresas privadas encargadas del servicio público –en la medida en que la relación entre la financiación estatal y las obligaciones de interés general fuera directa y manifiesta– y constituía probablemente una ayuda en favor de los pequeños minoristas –dado que la exención del pago de la tasa podría favorecer únicamente a las empresas de determinadas dimensiones–.

A diferencia de Jacobs, la Sala Sexta del Tribunal se centra únicamente en uno de los tres aspectos de esta medida triangular: el servicio recibido por mataderos y agricultores. Considera que dicha medida constituye una ayuda por ser «selectiva» –al favorecer esencialmente a mataderos y agricultores– y afectar los intercambios entre los Estados miembros –pues favorece las exportaciones de carne de origen francés a Estados miembros donde los operadores económicos soportan los costes de la eliminación de animales muertos–<sup>58</sup>.

Cabe preguntarse por qué la Sala Sexta no analiza la compleja medida francesa de forma global, en lugar de concentrarse en uno solo de sus aspectos. En efecto, la Sala deja de lado el análisis de la medida por lo que se refiere a las empresas privadas encargadas de prestar el servicio público y a los pequeños minoristas. Esta valoración fragmentaria de la medida le lleva a no tener en cuenta los criterios establecidos por la sentencia *Altmark*, sin dar explicación alguna. ¿Tales criterios habrían sido suficientes para deter-

<sup>57</sup> Citadas en la nota 20.

<sup>58</sup> Sentencia citada en la nota 3, apartados 38 a 44.

minar si la medida en cuestión tenía naturaleza de ayuda? ¿Una misma medida puede ser ayuda para algunas empresas –mataderos, agricultores– y no para otras –empresas de recogida y eliminación de los desperdicios–? ¿Puede una medida que constituye un servicio de interés *general* tener carácter *selectivo*?

A primera vista, parece que al razonamiento de la Sala Sexta le falta algo, y ese algo dificulta la comprensión de la sentencia *GEMO*. Ciertamente es que la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente se refería únicamente a si la medida francesa contenía elementos de ayuda de Estado en favor de mataderos y agricultores, pero esto no obstaba a que el Tribunal reformulase la cuestión según el enfoque propuesto por el Abogado General Jacobs. En efecto, al tratarse de una medida que afecta no sólo a las empresas que prestan el servicio público sino también a otras categorías de operadores económicos, la Sala Sexta del Tribunal debería haber determinado si la medida francesa *en su conjunto* constituía una ventaja que falseaba la competencia y afectaba a los intercambios comunitarios, teniendo en cuenta sus efectos con respecto a las tres categorías de potenciales beneficiarios, directos e indirectos.

Ahora bien, en el ámbito de ese análisis más amplio, la Sala Sexta hubiera tenido que aplicar la jurisprudencia *Altmark*, aprovechando la ocasión para desarrollarla. En *Altmark*, la medida controvertida sólo favorecía a las empresas de transporte que prestaban el servicio público *directamente* a los usuarios. No había, como en *GEMO*, empresas que se beneficiaban de un servicio público prestado por otras empresas, ni la posibilidad de que se falseara la competencia en un segundo nivel. En realidad, una medida como la tasa francesa examinada en la sentencia *GEMO* podría parecer cumplir los criterios de *Altmark* –obligaciones claramente definidas, parámetros para el cálculo de la compensación establecidos previamente de forma objetiva y transparente, compensación que no supera el nivel necesario para cubrir los costes de las obligaciones de servicio público– pero constituir al mismo tiempo una ventaja para operadores económicos que se benefician indirectamente de la misma. Tal vez sea ésta la razón por la cual la Sala Sexta del Tribunal no ha aplicado la jurisprudencia *Altmark* y se ha limitado a examinar uno de los elementos de la medida, entendiendo implícitamente que si para mataderos y agricultores la medida era una ayuda de Estado, el análisis de su posible carácter compensatorio para las empresas encargadas de las obligaciones de servicio público ya no era indispensable, pues en ningún caso dejaría de tratarse de una ayuda. Pero ante el silencio de la Sala del Tribunal esta posible explicación es sólo una conjetura.

En todo caso, no parece tan evidente que la medida francesa fuera selectiva o específica, en el sentido de que favoreciera a ciertas empresas o producciones (artículo 87, apartado 1, del Tratado), puesto que en realidad favorecía de forma objetiva en su ámbito de aplicación territorial a todos los propietarios y poseedores de animales muertos con un peso superior a 40 kg, y a todos los mataderos sin limitación de peso. Es decir, favorecía a todos los

operadores franceses presentes en ese ramo de actividad, de forma general, y sin falsear la competencia entre ellos. No podía ser de otro modo, pues se trataba de un servicio de interés *general*, y como sabemos por la jurisprudencia *Corbeau*, una de las notas características de tales servicios es la universalidad de su prestación<sup>59</sup>. Si la primera de las condiciones de *Altmark* –empresa efectivamente encargada de «obligaciones de servicio público»– debe interpretarse en un sentido normativo y no meramente descriptivo, es decir, si debe verificarse previamente si se trata en efecto de un servicio público, en la mayoría de los casos la medida no será selectiva, pues para tratarse de un servicio público debe ofrecerse de forma general y en las mismas condiciones, sin aventajar a unas empresas o producciones con respecto a otras. De no ser así, no se trataría de un verdadero servicio público sino de una ayuda de Estado, y *Altmark* no se aplicaría.

Uno u otro método de análisis –el que analiza estas cuestiones según el primer requisito de *Altmark* y el consistente en dividir los aspectos de la medida y analizar el carácter selectivo para los beneficiarios indirectos– pueden conducir al mismo resultado, pero tal vez la aplicación de *Altmark* tenga la ventaja de dejar claro que una medida es o no es ayuda en su conjunto, y no únicamente para algunos de sus beneficiarios. En el asunto *GEMO*, nos parece que no había tal ayuda para los prestadores del servicio ni para los beneficiarios indirectos. El hecho de que tal medida favoreciera únicamente a mataderos y agricultores establecidos en Francia era una consecuencia natural de tratarse de una medida de las autoridades francesas, cuya competencia para establecer servicios públicos se limita al territorio nacional. Ha de recordarse a este respecto que la «selectividad» de una medida debe apreciarse en el marco nacional, dado que las disposiciones sobre ayudas de Estado no tienen como finalidad la abolición de las diferencias legislativas entre los Estados miembros, sino simplemente la de evitar que tales ayudas otorgadas en cada Estado miembro falseen la competencia<sup>60</sup>. La afectación de los intercambios comunitarios es sólo el último de los cuatro elementos indispensables de la noción de ayuda. En nuestra opinión, es muy posible que faltara en el asunto *GEMO* el elemento de la «selectividad» o «especificidad» de la medida, puesto que en su ámbito territorial de aplicación –el territorio francés– era una medida de carácter general que no aventajaba a agricultores y mataderos con respecto a otros competidores presentes en el mismo ramo de actividad.

<sup>59</sup> Citada en la nota 50, apartado 15.

<sup>60</sup> Véase la obra de J.-P. KEPPELNE citada en la nota 15, pg. 27.