

LA DEFINICIÓN DE SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN LA UNIÓN EUROPEA... ¿DE QUÉ MARGEN DISPONEN LOS ESTADOS MIEMBROS?

The definition of service of general economic interest
in the European Union... How much leeway for member
states?

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público y Relaciones internacionales
Universidad de Murcia

Revista Española de Derecho Europeo 61
Enero-Marzo 2017
Págs. 101 – 128

SUMARIO: I. Introducción. II. Los servicios de interés económico general en el Derecho primario y derivado de la Unión Europea. III. Precisiones de la jurisprudencia respecto del concepto de Servicios de Interés Económico General. 1. Principios generales de la jurisprudencia del TJUE. 2. La jurisprudencia reciente del Tribunal General. IV. La definición de servicios de interés económico general según la Comisión Europea. V. Conclusiones.

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto analizar la definición de servicio de interés económico general en el Derecho de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión y de la práctica decisoria de la Comisión Europea en la materia. A tal fin, se estudiará, en primer lugar, la definición de SIEG en el Derecho primario y derivado de la Unión Europea. En segundo lugar, el estudio analizará los principios generales establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la aplicación del artículo 106(2) del TFUE, y las matizaciones introducidas por la jurisprudencia reciente del Tribunal General en relación con el mismo artículo. En tercer lugar, el estudio analiza la definición de SIEG en las comunicaciones y en la práctica decisoria reciente de la Comisión Europea. En cuarto lugar, se presentan una serie de consideraciones finales sobre la definición de SIEG en la Unión Europea, y sobre el margen del que disponen los Estados miembros de la Unión para calificar una actividad como tal.

PALABRAS CLAVE: Servicio de interés económico general, SIEG, Unión Europea, definición, artículo 106(2) TFUE, jurisprudencia, TJUE, TG, comunicaciones, práctica, Comisión Europea.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the definition of service of general economic interest under European Union law in light of the jurisprudence of the Union Courts and the decisional practice of the European Commission in this regard. To this end, it considers, first, the definition of SGEI in the primary and secondary law of the European Union. Secondly, the study will analyze the general principles established by the Court of Justice in the application of Article 106 (2) TFEU and the clarifications introduced by the recent decisions of the General Court in relation to the same article. Third, the study analyzes the definition of SGEI in Commission communications and in the recent decisional practice of the European Commission. Fourth, the article presents a series of final considerations on the definition of SGEI in the European Union and the margin available to the Member States of the Union to qualify an activity as such.

KEYWORDS: Service of general economic interest, SGEI, European Union, definition, Article 106 (2) TFEU, case law, ECJ, TG, communications, practice, European Commission.

Fecha de recepción: 11/8/2016

Fecha de aceptación: 20/10/2016

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar la definición de servicio de interés económico general («SIEG») en el Derecho de la Unión Europea a la luz, especialmente, de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión y de la práctica decisoria de la Comisión Europea en la materia.

A tal fin, se estudiará, en primer lugar, la definición de SIEG en el Derecho primario y derivado de la Unión Europea. En segundo lugar, el estudio analizará los principios generales establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») en la aplicación del artículo 106(2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), y las matizaciones introducidas por la jurisprudencia reciente del Tribunal General de la Unión Europea («TG») en relación con el mismo artículo. En tercer lugar, el estudio analiza la definición de SIEG en las comunicaciones y en la práctica decisoria reciente de la Comisión Europea.

En cuarto lugar, se presentan, a modo de conclusión, una serie de consideraciones finales sobre la definición de SIEG en la Unión Europea y sobre el

margen del que disponen los Estados miembros de la Unión para calificar una actividad como tal.

II. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL DERECHO PRIMARIO Y DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

La noción de «servicios de interés económico general» figura en el Derecho primario de la (hoy) Unión Europea desde 1957¹. El entonces artículo 90(2) del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea («TCEE»), actualmente artículo 106(2) TFUE, se refería a ellos sin definirlos². A esta referencia original se han unido otras en el Derecho primario. Así, el artículo 14 TFUE señala que los servicios de interés económico general forman parte de los valores comunes de la Unión y promueven la cohesión social y territorial³. Por estas razones este artículo, como novedad tras el Tratado de Lisboa, introduce una nueva base jurídica que permite al Parlamento Europeo y al Consejo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, establecer los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que permitan a los servicios de interés económico general cumplir su cometido⁴. Este artículo no aclara tampoco qué cabe entender por servicio de interés económico general, si bien establece que deberán promover la cohesión social y territorial y permite

1. Sobre la introducción de esta noción y su evolución véanse, entre otras, MONJAL, P.Y., KOUAKOU KOUASSI, S., *et al.*, «Service d'intérêt général», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 570, juillet-août 2013, pp. 391-424.
2. El artículo 90 CEE establecía que «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad».
3. Sobre los precedentes de esta disposición y su significado véase SEGURA SERRANO, A., «Los “Servicios de Interés Económico General” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, 2011, en especial pp. 76 *et seq.*
4. Artículo 14 TFUE: «Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios». Buendía Sierra y Muñoz de Juan han subrayado que este artículo no obliga a la Comisión a utilizar la nueva base jurídica sino que la faculta, pudiendo por tanto seguir utilizando la base jurídica prevista en el artículo 106(3) TFUE para regular los SIEGs, como en efecto ha hecho tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Véase BUENDÍA SIERRA, J. L., MUÑOZ DE JUAN, M., «Some Legal Reflections on the Almunia Package», *European State Aid Law Quarterly*, Vol 11, 2, 2012, p. 69.

que, en el futuro, el Parlamento y el Consejo definan un marco conceptual general sobre los SIEGs⁵.

Por otro lado, el protocolo n.º 26 al Tratado de Lisboa aclara que los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 TFUE incluyen, en particular:

«– el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;

– la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;

– un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios»⁶.

Asimismo, el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados por obra del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, dispone que la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión. Este artículo, que tampoco define qué es un SIEG, hace referencia a las legislaciones y prácticas nacionales, lo que podría interpretarse en el sentido de que será en ellas donde habrá que buscar dicha definición⁷.

En relación con el Derecho derivado, la Directiva de Transparencia incluye a las empresas encargadas de la gestión de SIEGs entre las obligadas a llevar cuentas separadas con arreglo a los términos de dicha directiva, si bien no define qué debe entenderse por SIEG, ni aporta ejemplos al respecto⁸.

Por su parte, la conocida como Directiva de servicios señala que la misma no obliga a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés

5. Véase a este respecto LENAERTS, K., «Defining the Concept of “Services of General Interest” in Light of the “Checks and Balances” Set Out in the EU Treaties», *Jurisprudence* 19(4) (2012):1247-1267, p. 1255.

6. Protocolo (no 26) sobre los servicios de interés general. Artículo 1. Para un análisis reciente de estos valores y de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión sobre los SIEGs véase MAZIARZ, A., «Services of General Economic Interest: Towards Common Values?», *European State Aid Law Quarterly*, Vol 15 (2016), Issue 1, pp. 16-30.

7. Artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea «acceso a los servicios de interés económico general. La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión». DOUE 18.12.2000 C 364/17.

8. Directiva 2006/111/CE de la Comisión de 16 de noviembre de 2006 relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. Artículo 2.d)

económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios⁹. La Directiva, que no define tampoco la noción de SIEG, sí que señala algunas características de los mismos¹⁰. En primer lugar, los SIEGs son servicios que se realizan por una contrapartida económica¹¹, diferenciándose a este respecto de los servicios de interés general, que no estarían cubiertos por el artículo 50 TFUE, y que por tanto quedan fuera del ámbito de aplicación de la directiva¹². En segundo lugar, los servicios solo podrán ser calificados como SIEGs «si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial»¹³. En tercer lugar, la Directiva señala que los SIEGs tienen confiadas importantes tareas relacionadas con la cohesión social y territorial¹⁴.

Además, la Directiva de servicios aporta algunos ejemplos de SIEG, en concreto, los servicios postales, los servicios del sector eléctrico, y los servicios del sector del gas a los que se refieren las directivas sectoriales adoptadas por la Unión Europea en estos ámbitos, los servicios de distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales, así como el tratamiento de residuos¹⁵. Del mismo modo, el servicio universal de telecomunicaciones, definido en la Directiva de telecomunicaciones como la prestación de un determinado conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios finales a un precio asequible, ha sido considerado como un SIEG¹⁶.

9. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, preámbulo, considerando 8 y artículo 1.2. Sobre la relación de esta Directiva y los SIEGs véase N'THEPE CAUBET, S-L., «Les services d'intérêt économique général dans la directive "services"», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, N.º 570, 2013, pp. 403-413.
10. Sobre la Directiva de Servicios y los SIEGs véase LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., «La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el Mercado interior: mucho más que un Servicio de Interés Económico General», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 163, 2014, pp. 181-215, en 3.4.
11. Sobre la noción de actividad económica en diversas áreas del Derecho de la Unión véase, por ejemplo, ODUDU, O. «Economic Activity as a Limit to Community Law», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (Eds.), *The outer limits of European Union Law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, pp. 225-243.
12. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, preámbulo, considerando 17.
13. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, preámbulo, considerando 70.
14. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, preámbulo, considerando 72.
15. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, artículo 17.1.
16. Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Por otro lado, en relación con las tareas o servicios que pueden ser considerados como SIEGs, el Reglamento (CE) no 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera define «obligación de servicio público» como la «exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución»¹⁷.

Asimismo, las Directivas sobre normas comunes para el mercado interior del gas y de la electricidad son bastantes precisas respecto de las misiones de interés general que podrán ser confiadas por los Estados miembros con arreglo al artículo 106(2) TFUE en estos ámbitos. De esta forma, respecto de la electricidad, «los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima»¹⁸. No obstante, si bien las Directivas incluyen ejemplos de servicios que pueden considerarse SIEGs, no los definen, ni aportan luz sobre los principios o condiciones que debe reunir un servicio para ser considerado como tal.

Por último, la Decisión de la Comisión relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106(2) TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general¹⁹, adoptada con base en el artículo 106(3) TFUE, tampoco incluye una definición de SIEG, pese a ser éstos el objeto principal de la misma. Tampoco lo hace el Reglamento (UE) no 360/2012 de la Comisión relativo a la aplicación de

17. Reglamento (CE) no 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) no 1191/69 y (CEE) no 1107/70 del Consejo. DOUE 3.12.2007 L 315/1. Artículo 2(e). Véase también a este respecto la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02), apartado 47.

18. Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE y Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE. Artículo 3.2.

19. Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. DOUE 11.1.2012 L 7/3.

los artículos 107 y 108 TFUE a las ayudas de mínimos concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general²⁰.

En suma, como ha señalado el Tribunal General, «en Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE [TFUE], no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG»²¹.

No obstante, lo anterior, sí resulta posible identificar algunos elementos que, a la luz de las disposiciones mencionadas, deben reunir los SIEGs. De este modo, se trata de servicios que se realizan por una contrapartida económica, que se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por una autoridad pública de un Estado miembro, y que deben promover la cohesión social y territorial. Además, la tarea confiada debe revestir características que hagan que el operador designado para llevarla a cabo, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución. Por último, las autoridades públicas deben promover el acceso universal a los mismos, así como un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, e igualdad de trato en su prestación²².

Con estas premisas, no resulta sorprendente que la Comisión Europea haya definido los SIEG como «actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad,

20. Reglamento (UE) no 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de mínimos concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general. DOUE 26.4.2012 L 114/8.

21. T-289/03 BUPA v Comisión [2008] Rec. II-81, p. 165.

22. En un sentido similar, la Comisión hacía referencia a los siguientes elementos que los servicios de interés general (SIG), por tanto no exclusivamente los de carácter económico (SIEG) deben reunir: «La legislación comunitaria vigente en materia de servicios de interés económico general contiene sin embargo una serie de elementos comunes que podrían servir de base para la definición de un concepto comunitario de estos servicios. Entre estos elementos destacan los siguientes: servicio universal, continuidad, calidad del servicio, asequibilidad, y protección de los usuarios y los consumidores». Libro verde sobre los servicios de interés general /* COM/2003/0270 final, p. 17. Por otro lado, las características de calidad e igualdad de trato aparecían también en la Declaración n.º 13 al Tratado de Ámsterdam que disponía lo siguiente respecto de los servicios públicos, noción que hacía referencia también a la de SIEG: «las disposiciones del artículo 16 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre servicios públicos se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de igualdad de trato, calidad y continuidad de dichos servicios».

asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública»²³.

III. PRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DEL CONCEPTO DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

1. PRINCIPIOS GENERALES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

De la jurisprudencia tradicional del TJUE ex artículo 106(2) TFUE se desprende que los SIEGs son servicios que revisten características específicas respecto a otras actividades económicas²⁴. El TJUE ha subrayado a este respecto que se trata de actividades que presentan un interés público. Se trata, como ha afirmado SEGURA, de actividades que no son susceptibles de ser ejercidas por toda empresa²⁵.

El Tribunal ha precisado algunas de esas características, como la obligatoriedad y la universalidad del servicio, «en todo momento y a todo usuario», por motivos, entre otros, de seguridad pública²⁶. Además, el TJUE exige que exista un acto del poder público por el que efectivamente se encomienden las tareas o misiones de interés general²⁷.

El TJUE también ha señalado que, habida cuenta de que el artículo 106(2) TFUE permite, en determinadas circunstancias, establecer una excepción a las normas del Tratado, la definición de las empresas que pueden invocar esta disposición, incluidas las empresas encargadas de un SIEG, debe ser de interpretación estricta²⁸. Asimismo, la exclusión o restricción de la competencia en determinados mercados podrá considerarse como injustificada, aun existiendo una misión de servicio público de interés económico general²⁹.

Con carácter general, el TJUE ha afirmado en numerosas sentencias que el artículo 106(2) TFUE «pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o social con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común»³⁰.

23. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa. Bruselas, 20.12.2011 COM(2011) 900 final, p. 4.

24. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rec. 1991, p. I-5889, apartado 27; o asunto C-242/95, *GT-Link A/S*, Rec. 1997, p. I-4449, apartado 53.

25. SEGURA SERRANO, A., «Los “Servicios de Interés Económico General” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva», *op. cit.*, pp. 65-66.

26. C-266/96, *Corsica Ferries/France SA*, Rec. 1998, p. I-3949, apartado 45.

27. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* [1989], Rec. p. 803, apartado 55.

28. C-127/73, *BRT II*, Rec. 1974 p. 313, apartado 19.

29. C-18/88, *GB-INNO-BM* [1991], Rec. p. I-5941, apartado 22.

30. Véanse, entre otras, las siguientes: C-202/88, *Francia/Comisión* [1991] Rec. p. I-1223, apartado 12; C-157/94, *Comisión/Países Bajos* [1997] Rec. p. I-5699, apartado 39; o, C-67/96, *Albany* [1999] Rec. p. I-5751, apartado 103.

En el mismo sentido, el actual presidente del TJUE, el juez KOEN LENAERTS, ha subrayado que en la aplicación del artículo 106(2) TFUE el Tribunal de Justicia debe, por un lado, garantizar la eficacia de la legislación de la UE (en concreto del Derecho de la competencia) y, por el otro, respetar el interés general perseguido por las autoridades nacionales y que, con este fin, el TJUE lleva a cabo un test de proporcionalidad³¹. Este test se aplica de una forma laxa, prosigue el Juez, respetuosa de las competencias de los Estados miembros, en ausencia de armonización comunitaria. Por el contrario, en aquellos ámbitos en los que el legislador de la Unión ha adoptado medidas de armonización, el TJUE aplica el test de proporcionalidad de una forma rigurosa, más inclinada a hacer valer las competencias y políticas de la Unión³².

Como ejemplo de la aplicación laxa del principio de proporcionalidad en ausencia de medidas de armonización el Juez LENAERTS cita los asuntos Corbeau, Almelo y Ambulanz Glöckner. En estos asuntos el TJUE permitió restricciones notables de la competencia en favor de la empresa prestataria de un SIEG para compensar a ésta por sus servicios en interés público mediante un trasvase de rentas entre los sectores rentables, en los que se establecía la restricción de competencia, y los sectores menos rentables, que tenían que ser atendidos por la prestataria para cumplir con las obligaciones dimanantes del SIEG. Otros autores han subrayado también estos asuntos como indicadores de una actitud en la jurisprudencia del TJUE respetuosa de las competencias de los Estados miembros para definir lo que consideran SIEGs³³. A este respecto, SAUTER afirma que el TJUE ha sido tradicionalmente permisivo con los Estados miembros, llegando a señalar que, más que un test de proporcionalidad, el TJUE aplica un test de desproporcionalidad manifiesta para rechazar un SIEG³⁴. En un sentido similar, NISTOR concluye que el TJUE ha aplicado

31. Sobre el test de proporcionalidad aplicado por el TJUE con arreglo al artículo 106(2) TFUE pueden consultarse, entre otras obras relevantes, BUENDÍA SIERRA, J.L., *Exclusive rights and State monopolies under EU law*, Oxford University Press, 1999, pp. 300-355; SAUTER, W., *Public Services in EU Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 61-63, NISTOR, L., *Public Services and the European Union Healthcare, Health Insurance and Education Services*, Asser Press-Springer, 2011, pp. 232-240, o más recientemente WEHLANDER, C., *Legal Issues of Services of General Interest*, Asser Press-Springer, 2016, pp. 121-129.

32. Véase a este respecto LENAERTS, K., «Defining the Concept of “Services of General Interest” in Light of the “Checks and Balances” Set Out in the EU Treaties», *op. cit.*, p. 1256 y 1259.

33. Véase a este respecto, respecto de los asuntos Corbeau y Almelo, SEGURA SERRANO, A., «Los “Servicios de Interés Económico General” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva», *op. cit.*, p. 65; LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., «La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el Mercado interior: mucho más que un Servicio de Interés Económico General», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 163, 2014, pp. 181-215, en p. 189, o PAREJO ALFONSO, L.J., «Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros», *Revista de derecho de la Unión Europea*, N.º 7, 2004, pp. 51-68, en pp. 59-60.

34. SAUTER, W., *Public Services in EU Law*, *op. cit.*, p. 62. «[T]he Court uses a manifest disproportionality test – and therefore the exception of Article 106(2) TFEU is not applied in a restrictive manner».

el test de proporcionalidad de una forma flexible en relación con el artículo 106(2) TFUE, particularmente en sectores como el postal³⁵.

En este contexto, en el asunto *Corbeau* el TJUE aceptó la concesión de un monopolio, con exclusión total –por tanto– de la competencia, a la empresa encargada de prestar el SIEG consistente en efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de todos los usuarios, en la totalidad del territorio del Estado miembro interesado, a unas tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares³⁶. En el asunto *Almelo*, el TJUE no se opuso a la aplicación de una cláusula de compra en exclusiva de electricidad que impedía a los distribuidores locales importar electricidad, en favor de la empresa prestataria de un SIEG, que consistía en garantizar el suministro de energía eléctrica en una parte del territorio nacional³⁷. Por último, en el asunto *Ambulanz Glöckner*, el TJUE permitió la concesión de derechos exclusivos para el transporte no urgente de enfermos a la prestataria de un SIEG que consistía en el transporte urgente de enfermos o heridos en un determinado territorio, para poder garantizar de esta forma el equilibrio económico de la empresa prestataria³⁸.

De estos asuntos resulta también que el test de proporcionalidad que aplica el TJUE en ámbitos no armonizados no exige que el Estado miembro que invoca el artículo 106(2) TFUE demuestre que la medida elegida es necesaria, en el sentido de que no habría otra posible, sino simplemente que la medida permite a la empresa prestataria llevar a cabo sus misiones de servicio público de forma económicamente aceptable³⁹. A este respecto, WEHLANDER ha señalado recientemente que esta jurisprudencia podría explicar la referencia que el artículo 14 TFUE hace a los principios y condiciones, «en particular

35. NISTOR, L., *Public Services and the European Union Healthcare, Health Insurance and Education Services*, Asser Press-Springer, 2011, p. 240.

36. C-320/91 *Corbeau* [1993] Rec. I-2533, apartado 15.

37. C-393/92 *Almelo* [1994] Rec. I-1477, apartados 47-50.

38. C-475/99 *Ambulanz Glöckner* [2001] Rec. I-8089, apartados 55-61. En concreto, el TJUE sostuvo que «la obligación de garantizar permanentemente el transporte de urgencia de enfermos o heridos en todo el territorio afectado, con tarifas uniformes y en unas condiciones de calidad similares, sin tomar en consideración las situaciones particulares ni la rentabilidad económica de cada operación concreta» constituía un SIEG. En una sentencia posterior el TJUE se refirió a los servicios de transporte sanitario de urgencia como SIEGs. Asunto C-160/08 *Comisión/Alemania* [2010] Rec. 2010 I-03713, apartados 125-126.

39. Véase a este respecto también la sentencia en el asunto C-157/94, *Comisión/Países Bajos* [1997] Rec. p. I-5699, apartado 58: «Si bien es cierto que corresponde al Estado miembro que invoca el apartado 2 del artículo 90 demostrar que concurren los requisitos previstos por esta disposición, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que, al exponer de manera detallada las razones por las cuales considera que, en caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que ha encomendado a una empresa, el Estado vaya aún más lejos y demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones».

económicas y financieras», que permitan cumplir el cometido de los SIEGs⁴⁰. Dicho de otra forma, el artículo 14 TFUE habría positivizado la jurisprudencia del TJUE por la que no se exige que las medidas restrictivas de la competencia sean necesarias sino simplemente convenientes para que la empresa encargada de un SIEG lleve a cabo su misión de forma económicamente aceptable.

Por el contrario, como se ha expuesto, cuando el legislador comunitario ha adoptado normativa de armonización, el margen de discrecionalidad del que gozan los Estados miembros se reduce considerablemente. Como ejemplo de la aplicación estricta del principio de proporcionalidad en estos casos, el Juez LENAERTS cita el asunto *Federutility*. En esta sentencia, el TJUE, en formación de Gran Sala, analizó el margen del que disponen los Estados miembros para aplicar una excepción por razones de interés general prevista en una Directiva, en concreto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/55 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, que preveía la posibilidad de que los Estados miembros impusieran a las compañías que operan en el sector del gas obligaciones de servicio público ex artículo 106(2) TFUE, en aras del interés general, relativas, *inter alia*, al precio final de los suministros.

El TJUE subrayó que las excepciones con base en el artículo 106(2) TFUE deben respetar el principio de proporcionalidad. Respecto de las obligaciones que los Estados miembros pueden imponer en relación con el precio final del suministro del gas, el TJUE recordó que la imposición de una obligación por razones de interés general «debe limitarse, por lo que atañe a su duración, a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue. [...] En segundo lugar, el método de intervención aplicado no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés económico general que persigue [En tercer lugar], la exigencia de proporcionalidad debe apreciarse igualmente teniendo en cuenta el ámbito de aplicación personal de la medida y, más precisamente, de sus beneficiarios. [y] Por último, deben cumplirse igualmente los otros requisitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/55, relativos al carácter claramente definido, transparente, no discriminatorio y controlable de las obligaciones de servicio público adoptadas con arreglo a dicha disposición, así como a la necesidad de un acceso en igualdad de condiciones de las empresas de gas de la Unión a los consumidores»⁴¹.

De lo anterior resulta que cuando el legislador de la Unión ha interpretado el interés general en un determinado ámbito material, y establecido las excepciones que con base en el mismo pueden invocarse para justificar un obstáculo a la realización del mercado interior, el margen de discrecionalidad de los Estados miembros para definir un SIEG es muy reducido⁴².

40. WEHLANDER, C., *Legal Issues of Services of General Interest*, op. cit, pp. 122-123.

41. C-265/08 *Federutility* [2010] Rec. I-3377, apartados 33-44.

42. Véase en este sentido también WEHLANDER, C., *Legal Issues of Services of General Interest*, op. cit, p. 129 «In sum, it seems that the [proportionality] test is mild where the Member States have retained powers, as for social services, but strict in fields of activity where EU public service objectives and missions have been formulated and/or the econo-

En aplicación de estos principios generales, cabe señalar algunos ejemplos de servicios que han sido considerados como SIEGs por la jurisprudencia de los tribunales de la UE, además de los ya indicados en los asuntos Corbeau (servicios postales)⁴³, Almelo (suministro de energía eléctrica)⁴⁴, y Ambulanz Glöckner (transporte urgente de enfermos y heridos).

De esta forma, por ejemplo, el servicio de radiodifusión ha sido considerado como SIEG en varias sentencias⁴⁵. El TG ha aclarado recientemente que en ausencia de normativa comunitaria de armonización, «la Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la amplitud de la misión de servicio público que incumbe a la entidad explotadora pública, a saber, el nivel de los costes vinculados a dicho servicio, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades nacionales asuman al respecto, ni sobre la eficacia económica de la entidad explotadora pública»⁴⁶.

Otros SIEGs reconocidos por la jurisprudencia comunitaria incluyen el establecimiento y gestión de un régimen de pensiones complementarias⁴⁷, el suministro ininterrumpido de gas en un territorio determinado⁴⁸, la gestión de determinados residuos⁴⁹, la gestión del tráfico fluvial⁵⁰, el servicio universal de practicaje –o asesoramiento para facilitar la entrada y salida de un puerto

mic approach to fulfil them has been harmonized, at least partly, at EU level. It is submitted that this asymmetry explains that the Court continues to call Article 106(2) TFEU a derogation rule». Véase también la sentencia del TJUE en el asunto C-206/98 Comisión/Bélgica [2000] Rec. I-3509, apartado 45, en el que el Tribunal llegó a afirmar que el artículo 106 (2) no es aplicable en caso de armonización. En los términos del tribunal «[el artículo 106(2) TFUE no puede[...] invocarse en un ámbito que, como en el presente caso, es objeto de una armonización, en la que el legislador comunitario ha tomado en consideración los intereses generales mencionados por el Gobierno belga, cuando se invoquen en contra de las normas de dicha armonización».

43. Véase también, por ejemplo, asunto T-388/03 Deutsche Post [2009] Rec. II-199, apartado 3.

44. Véase también, entre otros, asunto C-159/94 - Comisión/Francia [1997] I-05815, apartado 57; asunto C-157/94 Comisión/Países Bajos [1997] Rec. I-05699, apartado 55, y C-158/94 Comisión/Italia [1997] Rec I-5789, apartados 51 y 60.

45. Por ejemplo, en los asuntos C-155/73 Sacchi [1974] Rec. 409; T-442/03, SIC/Comisión [2008] Rec II-1161, apartado 201 «el Derecho comunitario no se opone en modo alguno a que un Estado miembro defina el SIEG de radiodifusión en términos amplios, que incluyan la difusión de una programación generalista»; Asuntos acumulados T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, TV 2/Danmark A/S y otros/Comisión [2008] Rec. II-2935, apartados 122–124.

46. Asuntos acumulados T-568/08 y T-573/08, M6 y TF1, [2010] Rec. II-03397, apartado 139. Esta sentencia fue confirmada por el TJUE mediante el Auto C-451/10 P - TF1/Comisión [2011] Rec. 2011 I-00085.

47. C-67/96 Albany [1999] Rec. I-5751, apartados 104-106.

48. C-159/94 - Comisión/Francia [1997] I-05815, apartado 69.

49. Como ha afirmado el TJUE «la gestión de determinados residuos puede ser objeto de un servicio de interés económico general, en particular, cuando dicho servicio tiene por finalidad afrontar un problema medioambiental». C-209/98 Sydhavnens Grus och Sten, [2000] Rec. I-3743, apartado 75.

50. C-10/71 Muller y otros [1971] Rec 723, apartado 11.

marítimo⁵¹, la comunicación marítima entre las islas de un archipiélago⁵², el almacenamiento y distribución de medicamentos bajo ciertas condiciones⁵³, la explotación de líneas aéreas que no son rentables desde un punto de vista comercial pero cuya explotación resulta necesaria por razones de interés general⁵⁴, la mediación entre la oferta y la demanda de trabajo remunerado y la gestión de subsidios por desempleo⁵⁵, las obligaciones impuestas a aseguradoras privadas dirigidas a garantizar a toda persona que viva en un determinado Estado miembro un nivel mínimo de servicios de seguros de enfermedad privados a un precio asequible y en condiciones similares de calidad⁵⁶, las actividades bancarias básicas para el público en general, la distribución de prensa a tarifas reducidas, la distribución de impresos electorales, el pago domiciliario de pensiones, la venta de permisos de pesca o el cobro de multas administrativas⁵⁷.

Por el contrario, los tribunales de la Unión han rechazado la calificación de algunos servicios como SIEG, como por ejemplo las operaciones portuarias de embarque, desembarque, transbordo, depósito y movimiento en general de mercancías o de cualquier material en los puertos nacionales⁵⁸, la realización de movimientos internacionales de capitales por entidades bancarias⁵⁹, o la eliminación de cadáveres de animales solo en interés de los operadores económicos a los que beneficia⁶⁰.

2. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL GENERAL

El Tribunal General ha debido interpretar en los últimos años la jurisprudencia del TJUE ex artículo 106(2) TFUE, especialmente en el ámbito de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la compensación por

51. C-266/96 *Corsica Ferries France* [1998] Rec. I-3949, apartado.

52. T-17/02 *Fred Olsen/Comisión* [2005] Rec II-2031, apartado 187.

53. C-53/00 *Ferring* [2001] Rec. I-9067, apartado 33.

54. C-66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs* [1989], Rec. p. 803, apartado 55.

55. C-41/90 *Höfner* [1991] Rec. I-1979, apartados 3 y 24. Respecto de la mediación entre la oferta y la demanda de trabajo remunerado véase también C-55/96 *Job Center II* [1997] Rec. I-07119, apartados 4 y 26.

56. T-289/03 *BUPA* [2008] Rec. II-81, apartados 41 y 175.

57. T-388/03 - *Deutsche Post y DHL International/Comisión* [2009] II-00199, apartado 3.

58. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rec. 1991, p. I-5889, apartado 27; C-242/95, *GT-Link A/S*, Rec. 1997, p. I-4449, apartado 53; y asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse*, Rec. 2003, p. I-14243, apartados 33-34.

59. C-172/80 *Züchner Gerhard/Bayerische Vereinsbank AG* [1981] Rec. 2021, apartado 7.

60. C-126/01, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie/GEMO*, Rec. 2003, p. I-13769. Véase a este respecto también el documento de trabajo de los servicios de la comisión titulado «Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest», Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, páginas 22 y 23 donde se incluyen estos ejemplos de la jurisprudencia y otros ejemplos de la práctica decisoria o de las comunicaciones de la Comisión Europea.

la prestación de SIEGs, en particular tras la conocida sentencia *Altmark* de Tribunal de Justicia⁶¹.

De esta forma, el TG ha subrayado que los Estados miembros, entendiendo por éstos a todas las autoridades públicas (regionales, locales, estatales...), disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran como SIEG, y que las instituciones europeas sólo podrán ejercer un control limitado a investigar la existencia de un error manifiesto de apreciación en relación con dicha definición⁶². De hecho, con base en el Protocolo n.º 26 sobre los servicios de interés general y el artículo 14 TFUE, el TG ha subrayado el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los SIEG lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios⁶³. Sin embargo, el TG ha precisado también que la capacidad de un Estado miembro para definir los SIEG no es ilimitada y no puede ejercerse de forma arbitraria con el único fin de evitar que a un sector concreto se le apliquen las normas sobre competencia⁶⁴.

No obstante, el Tribunal General ha estipulado que existen unos criterios mínimos que los SIEGs deben satisfacer con arreglo a la jurisprudencia para poder ser considerados como tales. En concreto, debe existir un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados una misión SIEG, y esta misión debe tener un carácter universal y obligatorio. A este respecto, el carácter universal no exige en todos los casos que el servicio se preste al conjunto de la población o a todo el territorio de un Estado miembro. Asimismo, el carácter obligatorio de un SIEG no excluye que el prestador del mismo pueda tener cierto margen de actuación. Además, los Estados miembros deben motivar las razones por las que el servicio en cuestión se distingue de otras actividades económicas y merece, por tanto, ser considerado como un SIEG⁶⁵.

En una de las sentencias más relevantes de las dictadas por el TG en este ámbito en los últimos años, la sentencia BUPA⁶⁶, el TG se mostró especial-

61. C-280/00 - *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, Rec. 2003 I-07747. Entre las muchas obras relativas a esta sentencia véase, por ejemplo, SANTAMATO, S., «Advantage in the context of services of general economic interest under *Altmark*» en MEDERER, W., PESARESI, N., AND VAN HOOFF, M. (eds.), *EU Competition Law, Volume IV, State aid, Book One*, Claeys & Casteels, Leuven 2008) 369, at 369-372, o, CARLÓN RUIZ, M., «¿crisis del servicio público en tiempos de crisis? algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de estado dirigidas a su financiación», *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, 2012, PP. 75-103, en concreto pp. 87-93.

62. Véanse, entre otras, las sentencias en los asuntos T-17/02, *Olsen/Comisión*, Rec. 2005 p. II-2031, apartado 216; T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04, *TV2/Danmark y otros/Comisión*, Rec. 2008 II-02935, apartado 101 o T-8/06, *FAB/Comisión*, Rec. 2009 II-00196, apartado 63.

63. Asuntos acumulados T-463/13 y T-464/13, *Comunidad Autónoma de Galicia / Comisión y Retegal / Comisión* [2015] no publicada, apartado 95.

64. T-289/03, *BUPA y otros/Comisión*, Rec. 2008, p. II-81, apartado 168.

65. T-289/03, *BUPA y otros/Comisión*, Rec. 2008, p. II-81, apartado 172, 186 y 189.

66. T-289/03, *BUPA y otros/Comisión*, Rec. 2008, p. II-81.

mente respetuoso con las prerrogativas de los Estados miembros para definir SIEGs en ámbitos que no han sido atribuidos a la Unión con carácter exclusivo, como la política sanitaria, que continúa siendo «competencia casi exclusiva de los Estados miembros»⁶⁷. El TG mencionó a este respecto también el actual artículo 14 TFUE para subrayar el lugar que los SIEGs ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial⁶⁸.

En un sentido similar, si bien aplicando un análisis más estricto que de hecho llevó a la anulación de la decisión de la Comisión objeto de la sentencia, el TG sostuvo en un asunto posterior que «los criterios enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Altmark* [relativa a la compensación por la prestación de SIEGs] acerca de la actividad de transporte, que constituye innegablemente una actividad económica y competitiva, no se pueden aplicar con el mismo rigor al sector hospitalario, que no tiene necesariamente esa dimensión competitiva y comercial»⁶⁹.

En este contexto, cabe recordar la Opinión del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Santos Palhota*, en la que recuerda que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el artículo 9 TFUE «obliga a las instituciones a tener en cuenta «las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana»⁷⁰, lo que podría ser interpretado, como ha señalado el Presidente LENAERTS, en el sentido de que la aplicación del artículo 106(2) TFUE en el ámbito de los servicios sociales debe ser equilibrada y, por tanto, no más favorable a los objetivos de la política de competencia de la Unión⁷¹. A este respecto, cabe recordar también, con LÓPEZ DE CASTRO, el modelo de economía social de mercado, que sanciona el Tratado de Lisboa, en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, y que hace que el objetivo de la creación de un mercado interior deba ser compatible con otros objetivos de interés general y con la cohesión social, económica y territorial⁷².

67. T-289/03, *BUPA y otros/Comisión*, Rec. 2008, p. II-81, apartado 167.

68. *Ibid.*

69. T-137/10, *CBI/Comisión* [2012] no publicada, apartado 89.

70. C-515/08, *dos Santos Palhota y otros*, [2010] I-09133, apartado 51.

71. LENAERTS, K., «Defining the Concept of ‘Services of General Interest’ in Light of the ‘Checks and Balances’ Set Out in the EU Treaties», *op. cit.*, p. 1262. Véase a este respecto también WEHLANDER, C., *Legal Issues of Services of General Interest*, *op. cit.*, pp. 127 «Thus, in the field of social services, the “interests of the Union” do not command a balancing favoring the least trade restrictive solution, but rather a balancing that is clearly consistent with, and proportional to, the welfare objective, and at the same time defers to Member States’ prerogative to make the economic and political “risk assessment”, i.e. the choice of objectives of general interest, and the balance between these objectives and the interest of free trade and undistorted competition».

72. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., «La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el Mercado interior: mucho más que un Servicio de Interés Económico General», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 163, 2014, pp. 181-215, en p. 191.

Lo anterior habría sido reconocido por la propia Comisión Europea en una reciente decisión adoptada con arreglo al artículo 106(3) TFUE en la que señala que «Los hospitales y empresas encargadas de servicios sociales que tienen encomendadas tareas de interés económico general presentan aspectos específicos que deben ser tenidos en cuenta»⁷³.

Por otro lado, sentencias recientes del Tribunal General parecen indicar una tendencia hacia la reducción del margen de discrecionalidad del que disponen los Estados miembros para definir un servicio como SIEG, aún en ámbitos en los que no hay armonización comunitaria. En concreto, en tres sentencias de 16 de septiembre de 2013 el Tribunal General señaló que la existencia de un fallo de mercado resulta relevante a la hora de determinar la existencia de un SIEG⁷⁴. Es más, el Tribunal subrayó que la apreciación de la existencia de una deficiencia en el mercado constituye un requisito previo a la calificación como SIEG de una actividad⁷⁵. El Tribunal añadió que el concepto de deficiencia en el mercado es un concepto objetivo cuya apreciación se basa en un análisis de la situación concreta del mercado⁷⁶. Dos de estas sentencias fueron recurridas en casación y confirmadas por el TJUE⁷⁷.

Estas sentencias recuerdan a la dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Analir*, recaída en el ámbito de las libertades fundamentales, y de la que

73. Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, 11.1.2012, DOUE L 7/3, considerando 11, que estipula además lo siguiente: «En particular, debe tenerse en cuenta que, en las actuales condiciones económicas y en el estado actual de desarrollo del mercado interior, los servicios sociales pueden requerir un importe de ayuda superior al umbral establecido en la presente Decisión para compensar por los costes de los servicios públicos. Un importe superior de compensación por los servicios sociales no entraña necesariamente un riesgo mayor de falseamiento de la competencia. En consecuencia, las empresas encargadas de servicios sociales, incluidas las que proveen viviendas de protección oficial para ciudadanos desfavorecidos o grupos menos favorecidos socialmente que, por problemas de solvencia, no puedan encontrar vivienda en condiciones de mercado, deben beneficiarse también de la exención de notificación prevista en la presente Decisión, incluso en caso de que la compensación recibida supere el umbral general de compensación establecido en la presente Decisión. Este principio debe aplicarse también a los hospitales que presten cuidados médicos y, cuando proceda, servicios de urgencia y servicios accesorios relacionados directamente con la actividad principal, en particular en el ámbito de la investigación. Para poder beneficiarse de la exención de la notificación, los servicios sociales deben estar claramente identificados como servicios que responden a necesidades sociales esenciales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia a largo plazo, asistencia infantil, acceso al mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables».

74. Asuntos T-258/10, Orange/Comisión [2013] no publicada, T-325/10, Iliad y otros/Comisión [2013] no publicada y T-79/10, Colt Télécommunications France/Comisión [2013] no publicada.

75. T-79/10, Colt Télécommunications France/Comisión [2013] no publicada, apartado 154.

76. T-325/10, Iliad y otros/Comisión [2013] no publicada, apartado 185.

77. C-621/13 P - Orange/Comisión [2015] y C-624/13 P - Iliad y otros/Comisión [2015], Autos de 11 de febrero de 2015.

parece desprenderse que los Estados miembros sólo podrían imponer obligaciones de servicio público ex artículo 106(2) TFUE, si demuestran la existencia de una necesidad real de servicio público, en concreto, si acreditan que las fuerzas del mercado son insuficientes para satisfacer la demanda⁷⁸. Así lo han interpretado algunos autores⁷⁹, si bien es cierto que las sentencias del TG mencionadas no citan la sentencia del TJUE en el asunto Analir.

De hecho, aunque las sentencias del TG utilizan términos generales para referirse a la relación entre el criterio del fallo de mercado y los SIEGs, las mismas fueron dictadas en el ámbito de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, en el que la Comisión ha seguido el criterio del fallo de mercado para el análisis de la legalidad de un SIEG, tanto en su práctica decisoria como en sus comunicaciones⁸⁰.

Habrà, por tanto, que seguir la evolución de la jurisprudencia del TJUE en relación con el artículo 106(2) TFUE para comprobar si el Tribunal hace suyos los principios establecidos por el TG, pues resulta evidente, a la luz de los muchos ejemplos de SIEG que el TJUE ha aceptado en el pasado, que el Tribunal no ha exigido hasta la fecha de manera sistemática la constatación de un fallo de mercado como requisito previo para la constitución de un SIEG⁸¹. De hecho, el propio TG, en sentencias posteriores ha afirmado que «la existencia de una deficiencia del mercado es insuficiente para poder constatar la existencia de un SIEG⁸²», lo que no se opone necesariamente a que la noción de fallo de mercado sea un prerrequisito para definir un SIEG, si bien evidencia que dicha constatación no basta para calificar un servicio como SIEG.

78. Asunto C-205/99, Analir, Rec. 2001, p. I-1271, apartados 34 y 71. Véase a este respecto también la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02), apartados 48-49. En particular «la Comisión considera que no sería adecuado vincular obligaciones específicas de servicio público a una actividad que ya efectúan, o pueden efectuar satisfactoriamente y en condiciones, tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado. En cuanto a si un servicio puede ser prestado por el mercado, la evaluación de la Comisión se limita a comprobar si el Estado miembro ha cometido un error manifiesto».

79. Véase, entre otros, NICOLAIDES, P., «Compensation for the Net Extra Costs of Public Service Obligations: Complexity and Pitfalls», *E.C.L.R.*, n.º 35, 2014, en especial p. 526, o PARICIO RALLO, E., «El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 32, junio de 2013, pp. 103-116, p. 109.

80. Véase a este respecto, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión «Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha» (2013/C 25/01), apartados 19-20.

81. Véase a este respecto también SAUTER, W., *Public Services in EU Law*, Cambridge University Press, 2015, pp. 152-154, que subraya que los SIEGs, como las ayudas estatales, están justificados no sólo por criterios de eficiencia sino también de equidad.

82. Vid, e.g., T-461/13, España / Comisión [2015], no publicada, apartado 78.

En un sentido similar, en siete sentencias publicadas el 26 de noviembre de 2016⁸³, y relativas a medidas adoptadas por España para permitir la transición de la televisión analógica a la digital, el TG concluyó que la Comisión no había incurrido en error manifiesto al rechazar que el despliegue, el mantenimiento y la explotación de la red de Televisión Digital Terrestre en una parte del territorio español (la zona II)⁸⁴, no había sido definido claramente como servicio público, es decir, como SIEG, y por tanto que no cabía considerar la explotación de una red terrestre de difusión como SIEG. Lo anterior, además, pese a que la legislación española calificaba el servicio de explotación de las redes de difusión de radio y televisión como servicio de interés general⁸⁵. Sin embargo, según el Tribunal, «el mero hecho de que un servicio sea designado de interés general en Derecho nacional no implica que todo operador que lo efectúe esté encargado de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas [...]. De ser así, todos los servicios de telecomunicaciones en España tendrían el carácter de SIEG [...], lo que no se desprende en modo alguno de tales Leyes.[...] La calificación de un servicio como SIEG [...] exige que la responsabilidad de su gestión se confíe a determinadas empresas»⁸⁶. El Tribunal rechazó además que dicho encargo pudiera desprenderse de los contratos entre la administración y los operadores que llevaron a cabo el despliegue de la red terrestre pues los mismos tendrían que especificar claramente que el objeto de los mismos era la prestación de un SIEG, lo que según la Comisión y el Tribunal no se había acreditado.

Por otro lado, el TG afirmó, citando jurisprudencia anterior, que el respeto al principio de neutralidad tecnológica (en este caso entre plataformas capaces de transportar la señal digital, como la plataforma terrestre y la satelital) reviste «un carácter decisivo en relación con la determinación del servicio de establecimiento y de explotación de una red de comunicaciones electrónicas de alto rendimiento como SIEG»⁸⁷. En el mismo sentido, el TG señaló que «El margen de apreciación de los Estados miembros para configurar sus SIEG no puede ejercerse de modo que dé lugar a la vulneración del principio de igualdad de trato, que está garantizado, con respecto al servicio de explotación de redes, concretamente, por el principio de neutralidad tecnológica. [...] Por

83. Sentencias en los asuntos T-461/13 (España / Comisión) y T-462/13 (Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi / Comisión), así como en los asuntos acumulados T-463/13 y T-464/13 (Comunidad Autónoma de Galicia / Comisión y Retegal / Comisión) y en los asuntos T-465/13 (Comunidad Autónoma de Cataluña y CTTI / Comisión), T-487/13 (Navarra de Servicios y Tecnologías / Comisión) y T-541/13 (Abertis Telecom y Retevisión / Comisión).

84. Las autoridades españolas dividieron el territorio español en tres zonas a los efectos del despliegue de la televisión digital. En la zona I, que abarca el 96 % de la población española y la mayor parte del territorio; la zona II, que comprende regiones menos urbanizadas y remotas que representan el 2,5 % de la población española, y la zona III, con el 1,5 % de la población española en la que la topografía excluye la transmisión digital terrestre, por lo que se optó por la tecnología satelital.

85. Artículos 1 y 2 de las Leyes 11/1998 y 32/2003.

86. Vid, e.g., T-461/13, España / Comisión [2015], no publicada, apartado 67.

87. T-462/13, Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi/Comisión [2015], apartado 73 y T-325/10, Iliad y otros/Comisión [2013] no publicada, apartados 142/145.

tanto, al definir el servicio de explotación de una red de TDT como SIEG, las autoridades españolas no debían discriminar a las demás plataformas»⁸⁸. El TG precisó sin embargo que la opción de una determinada plataforma puede estar objetivamente justificada, y por tanto no vulnerar el principio de neutralidad tecnológica, lo que debía ser analizado, algo que la Comisión Europea no había hecho en este asunto⁸⁹.

En suma, según el TG, para que una actividad puede calificarse como SIEG la misma debe estar claramente definida como tal, y las empresas que vayan a llevarla a cabo haber sido efectivamente encargadas de la ejecución de las obligaciones de SIEG. El TJUE tendrá oportunidad de pronunciarse sobre estas sentencias habida cuenta de que todas ellas han sido recurridas⁹⁰. Las demandantes en casación alegan, *inter alia*, que el TG vulneró el límite del «error manifiesto» en el examen de los diversos actos de definición y encomienda del SIEG por parte de las autoridades públicas, y limitó indebidamente el «amplio margen de apreciación» de los Estados miembros, que se aplica tanto a la definición como a la «organización» del SIEG, y que incluye por ello la elección de las modalidades de prestación del SIEG y la opción por una tecnología concreta⁹¹.

IV. LA DEFINICIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL SEGÚN LA COMISIÓN EUROPEA

Según el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea los tribunales de la Unión, y no la Comisión, garantizan el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. No obstante, la visión que de los SIEGs tiene la Comisión Europea es muy relevante pues, de un lado, la Comisión adopta decisiones por las que se acepta o rechaza la calificación como SIEG de ciertas actividades que realizan los Estados miembros, por ejemplo en el ámbito de las ayudas estatales (artículo 107 TFUE) o del abuso de posición dominante (artículo 102 TFUE) y, de otro, la propia Comisión está facultada para adoptar legislación relativa a los SIEGs con arreglo al artículo 106.3 TFUE, que establece que «la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

88. T-462/13, Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi/Comisión [2015], apartado 77.

89. No obstante, como concluyó el TG, «aunque la Comisión considerara erróneamente que la definición de una determinada plataforma para la explotación de redes de radiodifusión constituía un error manifiesto de las autoridades españolas, el primer requisito de la sentencia Altmark [...], no se cumplía ante la falta de una definición clara y precisa del servicio en cuestión como servicio público». T-462/13, Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi/Comisión [2015], apartado 79.

90. C-81/16 P - España/Comisión; C-66/16 P - Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi/Comisión; C-70/16 P - Comunidad Autónoma de Galicia/Comisión; C-67/16 P - Comunidad Autónoma de Cataluña y CTTI/Comisión; C-68/16 P - Navarra de Servicios y Tecnologías/Comisión; C-69/16 P - Cellnex Telecom y Retevisión I/Comisión.

91. Véase a este respecto, por ejemplo, los motivos resumidos del recurso en el asunto C-69/16 P - Cellnex Telecom y Retevisión I/Comisión.

La Comisión ha definido el concepto de SIEG en varias comunicaciones, y lo ha hecho de forma distinta⁹². En una de sus primeras definiciones, la Comisión se refirió a los SIEGs como servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas obligaciones de servicio público en virtud de criterios de interés general⁹³. Asimismo, en 2001, la Comisión definió los SIEGs en los siguientes términos: «Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo [...] [S]i los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado no pueden prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones de servicios concretas con objeto de satisfacer estas necesidades [...] El caso clásico es la obligación [...] de servicio universal, es decir, la obligación de prestar cierto servicio en todo el territorio a precios asequibles y en condiciones similares de calidad, con independencia de la rentabilidad de las operaciones individuales»⁹⁴.

La Comisión esbozó en estas primeras comunicaciones un concepto cercano al del fallo de mercado para definir los SIEGs. En comunicaciones posteriores la Comisión ha utilizado un lenguaje menos económico, más próximo a las necesidades de los ciudadanos. Así, en una comunicación de 2012 la Comisión señalaba que el concepto de SIEG es un concepto cambiante que depende, entre otras cosas, de las necesidades de los ciudadanos. Asimismo, añadía la Comisión en el mismo documento que los servicios que se clasifican como SIEG deben estar destinados a los ciudadanos o ser de interés para la sociedad en su conjunto⁹⁵.

El carácter cambiante, o en evolución, del concepto de SIEG, y su amplio alcance, fueron ya percibidos por los autores del Tratado, como señaló el Abogado General Dutheillet de Lamothe con referencia a los coloquios de Bruselas de 1963 y de Brujas de 1969, en los que se subrayó que el concepto de servicio de interés económico general era extremadamente amplio, y que por esa razón los autores del Tratado lo habían preferido al concepto más tradicional de servicio público económico o de servicio público de carácter industrial y comercial⁹⁶.

92. Para un análisis de la evolución de la definición de SIEG según la Comisión véase WEHLANDER, C., *Legal Issues of Services of General Interest*, op. cit., pp. 174-178.

93. Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*, 2001/C 17/4, DOCE de 19.1.2001, Anexo II. Véase también respecto de esta definición CARLÓN RUIZ, M., «¿crisis del servicio público en tiempos de crisis? algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de estado dirigidas a su financiación», *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, 2012, pp. 75-103, p. 80.

94. Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO 2001, C 17, p. 4), apartado 14.

95. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, 2012/C 8/02, Diario Oficial de la Unión Europea, C 8/4, 11.1.2012, apartados 45 y 50.

96. Opinión del Abogado General Dutheillet de Lamothe en C-10/71, Muller[1971] Rec. 723,

En algunos ámbitos la Comisión ha considerado que algunas actividades no pueden ser consideradas como SIEGs, si bien como se ha expuesto, la opinión de la Comisión está sujeta al control jurisdiccional de los tribunales de la Unión. Entre estas actividades se encuentran las de publicidad, comercio electrónico, utilización de números de teléfono especiales en juegos con premio, patrocinio o comercialización⁹⁷, producción y comercialización de productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos (productos del Anexo I TFUE)⁹⁸, o el despliegue de banda ancha limitada a polígonos industriales, y que por tanto no beneficia a la población en su conjunto⁹⁹.

Por otro lado, la Comisión ha afirmado de forma rotunda en una comunicación de 2012 que «los Estados miembros no pueden vincular obligaciones específicas de servicio público a servicios que ya prestan, o pueden prestar satisfactoriamente y en condiciones tales como el precio, las características de calidad objetivas, la continuidad y el acceso al servicio acordes con el interés público, definido por el Estado, empresas que operan en condiciones normales de mercado»¹⁰⁰. La práctica de la Comisión posterior confirma que, en presencia de un mercado competitivo en el que el objetivo perseguido por el SIEG, por ejemplo la seguridad del suministro energético, esté asegurado por las fuerzas del mercado, la Comisión considera improcedente la creación de un SIEG¹⁰¹.

p. 170 «Como lo han subrayado todos los participantes en los coloquios de Bruselas y de Brujas, el concepto de servicio de interés económico general es extremadamente amplio, y es por esta razón, parece, que los autores del Tratado lo prefirieron al concepto más tradicional en ciertos Derechos nacionales, pero probablemente más estricto, de servicio público económico o de servicio público de carácter industrial y comercial».

97. Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, DO C 257 de 27.10.2009, p. 1, apartado 48. La Comisión considera que estas actividades no pueden razonablemente considerarse que satisfagan las «necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad» en los términos del Protocolo interpretativo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros anexo al Tratado CE (denominado «Protocolo de Ámsterdam»).

98. Decisión de la Comisión relativa a la ayuda estatal n.º C 28/1998 – Italia – Centrale del Latte di Roma, DO L 265 de 19.10.2000 y Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, p. 19.

99. Decisiones de la Comisión relativas a la ayuda estatal n.º N 890/2006 – Francia – SICO-VAL; Ayuda estatal n.º N 284/2005 – Irlanda – Metropolitan Area Networks y Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, p. 22.

100. Comunicación de la Comisión, Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), 2012/C 8/03, Diario Oficial de la Unión Europea, 11.1.2012, C 8/15, apartado 13.

101. Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión State aid SA.36740 (2013/NN) – Lithuania Aid to Klaipėdos Nafta – LNG Terminal, Brussels, 20.11.2013 C(2013) 7884 final, apartado 214 «The Commission would agree that in a competitive market where security of supply is already ensured by market forces, the designation of an LNG terminal as SGEI would not be warranted».

Asimismo, en la misma comunicación, la Comisión señalaba que «los Estados miembros deben probar que han considerado debidamente las necesidades de servicio público corroborado mediante consulta pública u otros instrumentos adecuados para tomar en cuenta los intereses de usuarios y proveedores»¹⁰². Este requisito también es observado por la Comisión en su práctica decisoria posterior, lo que algunos autores como BUENDÍA SIERRA y PANERO, han juzgado como excesivo, habida cuenta de que la competencia para definir un SIEG, y el juicio sobre su oportunidad, corresponde a los Estados Miembros¹⁰³. A este respecto, la Comisión ha aceptado el debate parlamentario de una determinada medida como suficiente para considerar que el SIEG genuinamente responde a las necesidades de la población, o de un grupo determinado de ella¹⁰⁴.

Asimismo, en relación con el carácter genuino de la misión de servicio público asignada al SIEG, la Comisión se muestra cada vez más exigente. De esta forma, en una decisión publicada recientemente, la Comisión ha rechazado que la construcción y gestión general de un aeropuerto regional, a pesar de la contribución del mismo al desarrollo económico y turístico de la región afectada, pueda ser calificada como SIEG. En los términos utilizados por la Comisión «No se discute que, mejorando la accesibilidad de una región, en particular cuando rompe el aislamiento, un aeropuerto pueda tener repercusiones positivas en el desarrollo económico local. No obstante, el mero hecho de que la presencia y la actividad de un aeropuerto generen puestos de trabajo directos e indirectos y estimulen la actividad de empresas locales no puede considerarse un criterio pertinente a efectos de determinar la existencia de un verdadero SIEG»¹⁰⁵. Por el contrario, la Comisión precisó, en línea con sus

102. Comunicación de la Comisión, Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), 2012/C 8/03, Diario Oficial de la Unión Europea, 11.1.2012, C 8/15, apartado 14.

103. BUENDÍA SIERRA, J.L. y PANERO RIVAS, J.M., «The Almunia package: State aid and Services of General Economic Interest», en SZYSZCZAK, E., y VAN DE GRONDEN, J.W., *Financing Services of General Economic Interest*, TMC Asser Press, 2013, capítulo 7, p. 143. Véase también a este respecto CARLÓN RUIZ, M., «¿crisis del servicio público en tiempos de crisis? algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de estado dirigidas a su financiación», *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, 2012, p. 100.

104. Véase a este respecto la decisión de la Comisión State aid SA.36740 (2013/NN) – Lithuania Aid to Klaipėdos Nafta – LNG Terminal, Brussels, 20.11.2013 C(2013) 7884 final, apartado 206 «The Commission would agree that in a competitive market where security of supply is already ensured by market forces, the designation of an LNG terminal as SGEI would not be warranted».

105. Decisión (UE) 2016/633 de la Comisión de 23 de julio de 2014 relativa a la ayuda estatal SA.33961 (2012/C) (ex 2012/NN) ejecutada por Francia en favor de la Cámara de Comercio e Industria de Nîmes-Uzès-Le Vigan, de Veolia Transport Aéroport de Nîmes, de Ryanair Limited y de Airport Marketing Services Limited, Diario Oficial de la Unión Europea, 27.4.2016, L 113/32, apartado 583. De hecho, en su práctica decisoria anterior la Comisión ya había subrayado que «el desarrollo económico no es [...] suficiente para justificar que un servicio sea calificado como [SIEG]. Dicha calificación debe estar motivada por razones de servicio público que vayan más allá del interés general de desarrollar actividades económicas». Decisión N 381/04: Francia: Proyecto de red de telecomunica-

directrices, que se podría considerar la calificación de SIEG si el aeropuerto diera servicio a una zona aislada del resto de la Unión, hasta el punto de poner en peligro su desarrollo económico y social, teniendo en cuenta además otros modos de transporte como los servicios de trenes de alta velocidad o las conexiones marítimas por transbordador, lo que no era el caso del aeropuerto en cuestión, al existir otros aeropuertos próximos que dan servicio a la misma zona¹⁰⁶.

En tercer lugar, la Comisión hace depender la aceptabilidad de ciertos SIEGs al cumplimiento de las normas de la Unión Europea en materia de contratación pública para seleccionar al proveedor del SIEG¹⁰⁷. Este requisito es especialmente controvertido, pues tal exigencia no se desprende de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, como recientemente ha confirmado el Tribunal General¹⁰⁸. A este respecto, FIEDZIUK ha subrayado la tensión existente entre el margen de discrecionalidad que, según el Derecho primario y la jurisprudencia, tienen los Estados miembros para definir y encargar SIEGs y los requisitos de eficiencia de la legislación sobre contratación pública¹⁰⁹. De hecho, como ha recordado SÁNCHEZ GRAELLS, las recientes directivas de contratación pública establecen con claridad que no afectarán «a la libertad de los Estados miembros para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, qué servicios se consideran de interés económico general, cómo se han de organizar y financiar esos servicios de conformidad con las disposiciones sobre ayudas públicas y a qué obligaciones específicas se han de someter»¹¹⁰.

ción de alta velocidad de Pyrenées-Atlantiques (DORSAL) (DO C 162 de 2.7.2005, p. 5), apartado 53.

106. Id., apartado 582 y Comunicación de la Comisión - Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas (DO C 99 de 4.4.2014, p. 3), apartado 72.

107. Id., apartado 19 «Una ayuda se considerará compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 106, apartado 2, del Tratado solo cuando la autoridad responsable, al encomendar la prestación del servicio a la empresa en cuestión, haya respetado o se comprometa a respetar las normas aplicables de la Unión en el ámbito de la contratación pública. Esto incluye cualquier requisito de transparencia, igualdad de trato y no discriminación que emane directamente del Tratado y, cuando sea aplicable, del Derecho derivado de la Unión. Una ayuda que no respete dichas normas y requisitos se considerará que afecta al desarrollo de los intercambios comerciales en forma tal que es contraria a los intereses de la Unión a tenor del artículo 106, apartado 2, del Tratado».

108. T-125/12 - Viasat Broadcasting UK/Comisión [2015], no publicada, apartado 99 «a tenor de la jurisprudencia, entre los requisitos de aplicación del artículo 106 TFUE, apartado 2, no se incluye la exigencia de que el Estado miembro haya seguido un procedimiento de licitación para adjudicar el servicio de interés económico general». Esta sentencia ha sido recurrida recientemente en casación (C-660/15 P - Viasat Broadcasting UK/Comisión).

109. FIEDZIUK, N., «Putting services of general economic interest up for tender: reflections on applicable EU rules», *Common market law review*, Vol. 50, N.º 1, 2013, p. 87. Véase también a este respecto SÁNCHEZ GRAELLS, A., «The Commission's Modernization Agenda for Procurement and SGEI», en SZYSZCZAK, E., y VAN DE GRONDEN, J.W., *Financing Services of General Economic Interest*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 161-181.

110. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Diario Oficial de la Unión Europea, 28.3.2014, L 94/1, art. 4, y Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva

Por último, en su comunicación más reciente sobre los SIEGs, de 2013, la Comisión define éstos como «actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad objetiva, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública»¹¹¹. Esta comunicación precisa también que las obligaciones de servicio público se imponen al prestador del SIEG mediante una atribución «y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permitan desempeñar su misión»¹¹². Esta definición combina pues el criterio del interés general y el bien público con la noción de fallo de mercado. Además, las «condiciones» a las que hace referencia podrían ser las «condiciones económicamente aceptables» que cita la jurisprudencia de los tribunales en aplicación de un test laxo de proporcionalidad, como se ha expuesto en la sección anterior.

V. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones anteriores podemos concluir, *en primer lugar*, que los SIEGs son servicios que se realizan por una contrapartida económica, que se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por una autoridad pública de un Estado miembro, y que deben promover la cohesión social y territorial. Además, la tarea confiada debe revestir características que hagan que el operador designado para llevarla a cabo, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución. Asimismo, las autoridades públicas deben promover el acceso universal a los mismos, así como un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, e igualdad de trato en su prestación.

En segundo lugar, de la jurisprudencia tradicional del TJUE ex artículo 106(2) TFUE se desprende que los SIEGs son servicios que revisten características específicas como la obligatoriedad y la universalidad del servicio por motivos, entre otros, de seguridad o salud pública. Además, el TJUE exige que exista un acto del poder público por el que efectivamente se encomienden las tareas o misiones de interés general y se especifique su naturaleza. Por otro lado, según el Tribunal, el artículo 106(2) TFUE pretende conciliar el interés de los Estados miembros en política económica o social con el interés de la Unión en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común. Por esta razón, el TJUE lleva a cabo un análisis de proporcionalidad que ha sido tradicionalmente favorable a las

2004/18/CE, Diario Oficial de la Unión Europea, 28.3.2014, L 94/65, artículo 1(4). SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules* (2.^a Ed.), Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 132-133.

111. Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, Bruxelles, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, p. 19.

112. Ibid.

prerrogativas de los Estados miembros, más que al estricto cumplimiento de las normas de competencia. Lo anterior se desprende especialmente de la jurisprudencia del Tribunal en aquellos ámbitos materiales en los que no ha habido armonización a nivel de la Unión, o en los que la competencia de ésta es limitada, como la política social o de salud pública. Por el contrario, cuando el legislador de la Unión ha interpretado el interés general en un determinado ámbito material, y establecido las excepciones que con base en el mismo pueden invocarse para justificar un obstáculo a la realización del mercado interior, el margen de discrecionalidad de los Estados miembros para definir un SIEG es muy reducido.

En tercer lugar, el Tribunal General ha precisado recientemente la jurisprudencia tradicional ex artículo 106(2) TFUE. De esta forma, y aun subrayando el amplio margen de discrecionalidad del que disponen los Estados miembros, el TG ha concluido que existen unos criterios mínimos que los SIEGs deben satisfacer con arreglo a la jurisprudencia para poder ser considerados como tales. En concreto, debe existir un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados una misión SIEG, y esta misión debe tener un carácter universal y obligatorio. A este respecto, el carácter universal no exige en todos los casos que el servicio se preste al conjunto de la población o a todo el territorio de un Estado miembro. Asimismo, el carácter obligatorio de un SIEG no excluye que el prestador del mismo pueda tener cierto margen de actuación. Además, los Estados miembros deben motivar las razones por las que el servicio en cuestión se distingue de otras actividades económicas y merece, por tanto, ser considerado como un SIEG. En suma, criterios sustantivos pero también de forma. Por último, el TG ha señalado que la jurisprudencia tradicional ex artículo 106(2) TFUE no puede aplicarse con el mismo rigor a todos los sectores de la economía, debiendo tenerse en cuenta, en concreto en los ámbitos sociales y de la salud, la *quasi-inexistente* competencia de la Unión en esas materias.

En cuarto lugar, de la jurisprudencia reciente del TG parece desprenderse una tendencia hacia la reducción del margen de discrecionalidad del que disponen los Estados miembros para definir un servicio como SIEG, aun en ámbitos en los que no hay armonización comunitaria. Tres motivos justifican esta afirmación. Por un lado, el TG ha subrayado en varias sentencias que la apreciación de la existencia de un fallo o deficiencia en el mercado constituye un requisito previo a la calificación como SIEG de una actividad. Por otro, el TG se ha mostrado más riguroso a la hora de aceptar la calificación nacional de un servicio como SIEG al exigir, de acuerdo con la sentencia Altmark del TJUE, que la responsabilidad de la gestión del SIEG, de su objeto, se haya confiado de manera expresa y específica a determinadas empresas. Por último, el TG ha rechazado que puede ser calificado un servicio como SIEG si no se ha observado el principio de igualdad de trato entre los distintos proveedores del servicio. En concreto, en el ámbito de la explotación de redes, si no se ha respetado el principio de neutralidad tecnológica. Esto es, que la opción por una

determinada tecnología (e.g. terrestre o satelital) tendrá que estar objetivamente justificada por razones geográficas, económicas, y técnicas entre otras.

En quinto lugar, de las comunicaciones y de la práctica decisoria reciente de la Comisión Europea se desprende que el concepto de SIEG está en constante evolución, y que depende de las características y necesidades de los ciudadanos de cada Estado miembro. No obstante, para la Comisión la definición de un SIEG parece justificarse por razones de fallo de mercado, lo que le lleva a rechazar tal calificación si las fuerzas del mercado ya prestan de forma satisfactoria o razonable los servicios objeto del SIEG. Asimismo, en los últimos años la Comisión ha hecho especial énfasis en el carácter genuino, verdadero, de las misiones SIEG, y en su especificación o encomienda mediante actos del poder público a determinadas empresas. De esta forma, para poder calificar un servicio como SIEG éste deberá responder a las necesidades de los ciudadanos, usuarios y proveedores, lo que deberá además acreditarse mediante la elaboración de una consulta pública, o por otros medios que acrediten la necesidad de la intervención pública. Además, el acto por el que se encomiende a una o determinadas empresas o entidades la gestión de un SIEG deberá especificar el objeto y duración del mismo. Por último, en relación al menos con la financiación pública de determinados SIEGs, la Comisión pretende exigir la observancia de las normas de la Unión en materia de contratación pública, lo que obligaría en algunos casos a licitar mediante concurso público el SIEG en cuestión. Como se ha expuesto, la jurisprudencia de los tribunales de la Unión no recoge, hasta la fecha, esta obligación.

En suma, la calificación de un servicio como SIEG, si bien sigue siendo una prerrogativa de los Estados miembros, está cada vez más limitada por la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, al menos en un triple sentido, a saber, por la necesidad de acreditar que la actividad que se pretende prestar no es un actividad económica más sino que reviste un claro interés público, lo que podría acreditarse por motivos de seguridad, salud pública, cohesión social, o territorial; por la necesidad de acreditar que las fuerzas del mercado son insuficientes para que el servicio en cuestión sea prestado de forma satisfactoria, y, por la necesidad de adoptar un acto de atribución, que podrá ser legislativo o convencional, por el que las autoridades públicas especifiquen las obligaciones de servicio público impuestas al prestador del SIEG, e identifiquen a éste o éstos. Finalmente, la restricción de competencia ocasionada por el SIEG no deberá ser excesiva, si bien hasta la fecha la jurisprudencia del TJUE en relación con el test de proporcionalidad, en ámbitos no armonizados, acepta que sea la precisa para que el proveedor del SIEG preste el mismo en «condiciones económicamente aceptables», lo que puede incluir la concesión al mismo de un monopolio.

Por último, como se ha expuesto, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y particularmente del artículo 14 TFUE y de la Carta de Derechos Fundamentales, ha supuesto que la interpretación del artículo 106(2) TFUE, al menos en sectores sociales, haya visto matizado su carácter eminentemente derogatorio de la aplicación ordinaria de las normas del Tratado, y en especial

de las de competencia, y por tanto el deber de su interpretación estricta, y que la misma incluya hoy la obligación, que ya se percibe en la jurisprudencia, de que las instituciones respeten las prerrogativas de los Estados miembros, y su amplio margen de discrecionalidad, a la hora de definir ciertas actividades como SIEG y de organizar la forma en que deben prestarse.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUENDÍA SIERRA, J. L. y MUÑOZ DE JUAN, M., «Some Legal Reflections on the Almunia Package», *European State Aid Law Quarterly*, Vol 11, 2, 2012.
- BUENDIA SIERRA, J.L. y PANERO RIVAS, J.M., «The Almunia package: State aid and Services of General Economic Interest», en SZYSZCZAK, E., y VAN DE GRONDEN, J.W., *Financing Services of General Economic Interest*, TMC Asser Press, The Hague, 2013.
- BUENDÍA SIERRA, J.L., *Exclusive rights and State monopolies under EU law*, Oxford University Press, Oxford, 1999;
- CARLÓN RUIZ, M., «¿crisis del servicio público en tiempos de crisis? algunas acotaciones a la luz de las novedades en el régimen europeo de control de las ayudas de estado dirigidas a su financiación», *Revista de Administración Pública*, núm. 189, Madrid, 2012, PP. 75-103.
- FIEDZIUK, N., «Putting services of general economic interest up for tender: reflections on applicable EU rules», *Common market law review*, Vol. 50, N.º 1, 2013.
- LENAERTS, K., «Defining the Concept of “Services of General Interest” in Light of the “Checks and Balances” Set Out in the EU Treaties», *Jurisprudence* 19(4) (2012):1247-1267
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., «La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el Mercado interior: mucho más que un Servicio de Interés Económico General», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 163, 2014, pp. 181-215.
- MAZIARZ, A., «Services of General Economic Interest: Towards Common Values?», *European State Aid Law Quarterly*, Vol 15 (2016), Issue 1, pp. 16 – 30.
- MONJAL, P.Y., KOUAKOU KOUASSI, S., et al., «Service d'intérêt général», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 570, juillet-août 2013, pp. 391-424.
- NICOLAIDES, P., «Compensation for the Net Extra Costs of Public Service Obligations: Complexity and Pitfalls», *E.C.L.R.*, n.º 35, 2014
- NISTOR, L., *Public Services and the European Union Healthcare, Health Insurance and Education Services*, Asser Press-Springer, The Hague, 2011

- N'THEPE CAUBET, S-L., «Les services d'intérêt économique général dans la directive "services"», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, N.º 570, 2013, pp. 403-413.
- ODUDU, O. «Economic Activity as a Limit to Community Law», en BARNARD, C., y ODUDU, O. (Eds.), *The outer limits of European Union Law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, pp. 225-243.
- PAREJO ALFONSO, L.J., «Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros», *Revista de derecho de la Unión Europea*, N.º 7, 2004, pp. 51-68.
- PARICIO RALLO, E., «El concepto europeo de servicio de interés general y los servicios municipales», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 32, junio de 2013, pp. 103-116.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «The Commission's Modernization Agenda for Procurement and SGEI», en SZYSZCZAK, E., y VAN DE GRONDEN, J.W., *Financing Services of General Economic Interest*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 161-181.
- *Public Procurement and the EU Competition Rules* (2.^a Ed.), Hart Publishing, Oxford, 2015.
- SANTAMATO, S., «Advantage in the context of services of general economic interest under Altmark» en MEDERER, W, PESARESI, N, AND VAN HOOF (eds.), *EU Competition Law, Volume IV, State aid, Book One*, Claeys & Casteels, Leuven 2008) 369, at 369-372.
- SAUTER, W., *Public Services in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- SEGURA SERRANO, A., «Los «Servicios de Interés Económico General tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, 2011.
- WEHLANDER, C., *Legal Issues of Services of General Interest*, Asser Press-Springer, The Hague, 2016.