

# SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y AYUDAS DE ESTADO: EL CASO DE LAS AYUDAS A LA TDT

M<sup>a</sup> ASTRID MUÑOZ GUIJOSA

Prof. Contratada Doctora Interina de Derecho Administrativo UCM

Revista Española de Derecho Europeo 70

Abril – Junio 2019

Págs. 111–132

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *La transición a la radiodifusión digital en España*. 2. *La Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013*. II. SOBRE LA EXISTENCIA DE AYUDA DE ESTADO. ARTÍCULO 107.1 TFUE Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL. 1. *Sobre el carácter económico de la actividad*. 2. *Sobre la existencia de ventaja económica*. 2.1. Los requisitos Altmark. 2.2. El mandato de servicio público. A. La inexistencia de acto formal de atribución. B. El error manifiesto en la definición de la tecnología digital terrestre como SIEG. 3. *Sobre la selectividad de la medida. El falseamiento de la competencia*. III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 106.2 TFUE.

**RESUMEN:** El trabajo analiza los pronunciamientos de la Comisión, Tribunal General y Tribunal de Justicia de la Unión, relativos a la consideración como ayuda de Estado de los mecanismos de financiación arbitrados en el marco del proceso de transición de la radiodifusión analógica a la digital en España. A tal fin, se examina la manera en que los referidos órganos han interpretado los requisitos a que se sujeta la calificación de la medida como ayuda, atendido el hecho de la posible consideración de la actividad como Servicio de Interés Económico General.

**ABSTRACT:** The paper focuses on State aid control rules, regarding to Services of General Economic Interest. Specific, we analyze the pronouncements of Commission, General Court and Court of Justice of EU, relating to financing mechanisms designed in the framework of transition process from analogue to digital broadcasting in Spain. For this purpose, the economic nature of the activity, and the existence of economic advantage due to the financing mechanism are analyzed, paying special attention to possible concurrence of Altmark rules. Finally, we analyze the selectivity criteria, as well as the possible existence of the exception envisaged in art. 106.2 TFEU.

Así, son tratadas las cuestiones relativas al carácter económico de la actividad, a la existencia de una ventaja económica, con especial atención a la concurrencia de los requisitos Altmark, al carácter selectivo de la medida, así como a la posible presencia de la excepción recogida en el art. 106.2 TFUE.

**PALABRAS CLAVE:** Servicio de Interés Económico General– Ayuda de Estado

**KEYWORDS:** Services of General Economic Interest– State Aid

Fecha de recepción: 25-2-2019

Fecha de aceptación: 22-3-2019

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del último año, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una serie de sentencias que traen causa de la transición de la radio-difusión analógica a la digital en España, y en concreto del régimen de financiación asociado a la misma. En efecto, el pasado 20 de septiembre de 2018 el Tribunal dictó sentencia en el asunto C-114/17 P (JUR 2018, 256789), que resuelve, desestimándolo, el recurso de casación interpuesto por España, contra la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2016<sup>1</sup>, desestimatoria asimismo del recurso interpuesto frente a la Decisión de la Comisión de 1 de octubre de 2014<sup>2</sup>, relativa a la ayuda estatal concedida por las autoridades de Castilla-La Mancha para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas. Una sentencia que se suma a la dictada cinco meses antes, el 26 de abril de 2018, en los asuntos acumulados C-91/17 P y C-92/17 (JUR 2018, 114197) P, asimismo desestimatoria de los recursos de casación, interpuestos por Cellnex Telecom, S.A. y Telecom Castilla-La Mancha S.A contra la Sentencia del Tribunal General de idéntica fecha a la anterior referida<sup>3</sup>, desestimatoria de los recursos interpuestos contra la Decisión de la Comisión de 1 de octubre de 2014, relativa a la misma ayuda<sup>4</sup>.

A su vez, cuatro meses antes el Tribunal había dictado sentencia con fecha 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-70/16 P (JUR 2018, 6951), que resolvía el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Galicia y Retegal (Redes de Telecomunicación Galegas Retegal, S.A.) contra la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2016 (TJCE 2015, 425)<sup>5</sup>, desestimatoria de los recursos interpuestos solicitando

1. As. T-808/14 (no publicada, EU: T:2016:734).

2. Decisión C(2014) 6846 final de la Comisión, de 1 de octubre de 2014.

3. Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2016 (T-37/15 y T-38/15 (TJCE 2016, 503), no publicada, EU:T:2016:743).

4. Decisión C(2015) 7193 final de la Comisión, de 20 de octubre de 2015.

5. As. T-463/13 y T-464/13.

do la anulación de la Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2013<sup>6</sup>, relativa a la ayuda concedida por España para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas en todo el territorio español, a excepción de Castilla-La Mancha.

Esta sentencia del TJUE, estimatoria del recurso de casación interpuesto, viene, en fin, a sumarse a otras dos de la misma fecha, dictadas con ocasión de la misma ayuda, si bien en este caso nuevamente desestimatorias de los correspondientes recursos de casación, interpuestos por España (C-81/16 P (JUR 2018, 6952)) y por (asuntos acumulados) la Comunidad Autónoma del País Vasco a Intelazpi (C-11/16 P), la (Comunidad Autónoma de Cataluña y CTTI C-67/16 P, Navarra de Servicios y Tecnologías (C-68/16 P) y Cellnex Telecom y Retevisión I (C-69/16 P) (JUR 2018, 6950)).

Expuestos estos antecedentes, a lo largo de las páginas que siguen se analiza la problemática derivada del régimen de financiación de la transición de la radiodifusión analógica a la digital, atendido el examen que del mismo ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, centrando la atención en la sentencia de 20 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 6950), junto con los actos de los que la misma trae causa. Y ello toda vez que, tratándose sustancialmente de idéntico problema de base, aquélla constituye la única sentencia estimatoria del recurso de casación interpuesto. Ello sin perjuicio, en todo caso, de realizar las oportunas referencias, cuando resulte procedente, al resto de sentencias referidas.

En efecto, los argumentos ofrecidos por el Tribunal de Justicia en las distintas sentencias referidas, argumentos sobre los que se sustenta el rechazo de la pretensión anulatoria de los en cada caso recurrentes, son sustancialmente idénticos, si bien se ajustan en cada caso a la manera en que los motivos de casación fueron esgrimidos por los recurrentes. Ahora bien, la singularidad de la sentencia de 20 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 6950), frente al resto de sentencias citadas, radica en que no obstante el hecho de que en aquélla pueden localizarse también los argumentos que sustentan el rechazo de la pretensión anulatoria, se incluye asimismo un razonamiento, relativo –como tendrá ocasión de examinarse más abajo– a la insuficiencia de motivación, que determina la estimación del recurso, singularizando, por tanto, aquel pronunciamiento frente a los demás. Razonamiento, por lo demás, que trae causa lógicamente de la específica construcción del recurso de casación interpuesto, y de la concreta manera en que los motivos de casación fueron fundamentados por la recurrente.

---

6. Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013.

## 1. LA TRANSICIÓN A LA RADIODIFUSIÓN DIGITAL EN ESPAÑA

Los litigios traen causa, como se ha dicho, de las medidas adoptadas por España en el marco de la transición de la radiodifusión analógica a la digital. Con vistas a impulsar la transición a la radiodifusión digital, en España se aprobaron diversas normas y se desarrollaron diversas actuaciones tanto a nivel central como a nivel autonómico y local, concernientes a la tecnología digital terrestre. Entre las normas aprobadas, cabe destacar tres: la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo; el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre; y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de septiembre de 2007, por el que se aprueba el Plan Nacional de Transición a la Televisión Digital Terrestre, que ejecuta el Plan técnico antes mencionado. El objetivo del plan era que el servicio de TDT alcanzara una cobertura de la población española similar a la de la televisión analógica en 2007, a saber, más del 98% de la población.

En virtud de las normas aprobadas y actos adoptados en el marco de digitalización de la radiodifusión, se impusieron a los radiodifusores –públicos y privados– una serie de obligaciones de cobertura<sup>7</sup>. Unas obligaciones que fueron asumidas por aquéllos en la zona que la Comisión denomina en su Decisión "Zona I" del territorio español. Ésta es la zona comercialmente rentable, en la que efectivamente el coste de la transición a la tecnología digital fue asumido por los radiodifusores. Ahora bien, estas obligaciones de cobertura garantizaban realmente una cobertura de la población española menor que la alcanzada por la radiodifusión analógica existente. Por ello, en el marco del Plan Avanza 2008, se llevaron a cabo diversas actuaciones dirigidas a financiar lo que se llamó la "extensión de cobertura" en la zona que la Comisión denomina "Zona II" del territorio español, comprensiva de las zonas menos urbanizadas y remotas<sup>8</sup>. En esta zona, que abarca un 2,5% de la población, se recibía la señal analógica terrestre, requiriendo la transición a la tecnología digital una importante inversión, destinada a mejorar los centros emisores y a construir otros nuevos. Una inversión que, al no tener interés comercial, no fue asumida por los radiodifusores.

La financiación de la extensión de cobertura en esta zona partió de la base de la suscripción de convenios entre Estado y Comunidades Autónomas, en virtud de los cuales se transfirieron fondos estatales, asumiendo las Comunidades Autónomas los demás costes de la operación, con cargo a sus propios

7. Vid. en este sentido, art. 6 del citado RD 944/2005.

8. Por su parte, la zona denominada por la Comisión "Zona III", que abarca a un 1,5% de la población, comprende las zonas en las que por razón de su topografía no resulta posible la radiodifusión digital a través de la plataforma terrestre, por lo que dicho servicio se presta a través de la plataforma satelital.

presupuestos<sup>9</sup>. Sobre la base de estos convenios, las Comunidades Autónomas llevaron a cabo la extensión, organizando licitaciones públicas<sup>10</sup> a través de las que se encargó, fundamentalmente, el diseño y la explotación de la red, el transporte de la señal, el despliegue de la red y el suministro del equipo necesario. De acuerdo con los cálculos de la Comisión, de acuerdo con la Decisión de 19 de junio de 2013, de la que trae causa la antes referida STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Decisión 2014/489/UE de la Comisión, c. 35 – en adelante, Decisión), el importe de las ayudas alcanzó casi 163 millones de euros procedentes del presupuesto central, y 60 millones de euros de los presupuestos de las 16 Comunidades Autónomas investigadas –todas a excepción de Castilla-La Mancha, que es objeto, como se ha dicho, de procedimientos diferenciados–, cifrándose la financiación por parte de los Ayuntamientos en 3,5 millones de euros<sup>11</sup>.

## 2. LA DECISIÓN 2014/489/UE DE LA COMISIÓN, DE 19 DE JUNIO DE 2013

Expuestos estos antecedentes, y el marco en el que el asunto que es aquí principal objeto de comentario se inserta, la raíz del problema se encuentra en que las referidas licitaciones, basadas a su vez en los convenios suscritos por los órganos autonómico y nacional, se refieren bien explícitamente, bien implícitamente, a la tecnología digital terrestre. Es decir, la financiación de la digitalización de la radiodifusión en la llamada zona II se destinó en exclusiva a la TDT, con exclusión –implícita o explícita– de otras tecnologías.

Debe precisarse en este momento que las plataformas que permiten la radiodifusión digital son cuatro: la tecnología digital terrestre (TDT), la te-

9. En concreto, se firmaron por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y las CCAA, entre julio y noviembre de 2008, adendas a los convenios marco vigentes. A la firma de estas adendas siguió, en diciembre de 2008, la firma de nuevos Convenios marco para el desarrollo del Plan Nacional de Transición a la TDT, en los que se enumeran las actividades financiadas por las autoridades centrales y autonómicas a efectos de extensión de la cobertura.

10. O bien siguiendo un procedimiento específico, como fue el caso de Castilla-La Mancha. Procedimiento específico que constituye la principal nota distintiva de esta Comunidad Autónoma por relación con el resto, y que determina el análisis diferenciado en sede europea respecto del resto de Comunidades. En efecto, en Castilla-La Mancha el Decreto 347/2008, de 2 de diciembre, reguló la concesión de subvenciones directas para la ejecución del Plan de Transición a la Televisión Digital Terrestre, disponiendo la asignación directa de los fondos necesarios para la digitalización a los titulares de los centros emisores existentes, ya fuesen los titulares entidades locales, ya operadores de telecomunicaciones privados.

11. Con posterioridad, a partir de 2009, algunas CCAA organizaron licitaciones cuyo objeto consistía en la explotación y mantenimiento de la red terrestre de la zona II. La Decisión de la Comisión se refiere también a estos fondos concedidos para explotación y mantenimiento de la red TDT. De acuerdo con la Comisión, su importe asciende, al menos, a 32,7 millones de euros (Decisión de la Comisión, considerando 36).

levisión por satélite, por cable, y la televisión por internet<sup>12</sup>. Como se ha dicho, el problema que da lugar al asunto aquí analizado es el hecho de que las actuaciones llevadas a cabo en España, concretamente la financiación de la extensión de cobertura en la llamada zona II, se refieren exclusivamente a la tecnología TDT.

En efecto, el 18 de mayo de 2009, la Comisión recibió una denuncia de SES Astra S.A., operador de la plataforma satelital, denuncia en la que se ponía en conocimiento de la Comisión la posible existencia de una ayuda de Estado no notificada, consistente precisamente en la aquí descrita financiación de la extensión de cobertura de la TDT en la zona II, en la medida en que dicha financiación producía un falseamiento de la competencia entre la plataforma de radiodifusión satelital y la terrestre. La denuncia dio origen al correspondiente procedimiento ante la Comisión, que culminó con la Decisión de 19 de junio de 2013, en la que se concluye que la financiación concedida por España "a los operadores de red terrestre para la mejora y digitalización de su red con el fin de ofrecer canales de televisión en abierto en la zona II constituye ayuda a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE", ayuda que se declara no compatible "con el mercado común en la medida en que no se cumplió el criterio de neutralidad tecnológica". La Comisión, en consecuencia, dispone que tal ayuda "ha de ser recuperada de los operadores de red terrestre" (Decisión, c. 176).

Según ha sido ya mencionado, la Decisión de la Comisión fue objeto de diversos recursos, sustanciados ante el Tribunal General de la Unión Europea, y desestimados por éste, lo que dio posteriormente lugar a los correspondientes recursos de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión. La STJUE de 20 de diciembre de 2017, as. C 70/16 P, objeto de análisis en las páginas que siguen, estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Galicia y Retegal, anulando la Decisión de la Comisión.

De las diversas cuestiones que se plantean a lo largo de todo el *iter* procesal seguido hasta la citada Sentencia del TJUE, serán aquí objeto de consideración las relativas a la caracterización de determinado servicio como Servicio de Interés Económico General (SIEG), y en consecuencia, a la procedencia o

---

12. Por lo que se refiere a la TDT, la transmisión se realiza utilizando ondas hercianas terrestres, transmitidas por la atmósfera sin necesidad de cable o satélite, y recibidas por medio de antenas UHF convencionales. En el caso de la televisión por satélite, se transmite una señal por medio de satélites de comunicaciones, de manera que existe un enlace ascendente (envío de la información desde el centro emisor al satélite) y un enlace descendente (transmisión de la información desde el satélite hasta la zona que éste ilumina en la superficie terrestre). Por lo que se refiere a la televisión por cable, la señal se distribuye por medio de redes de cable (fibra óptica y cable coaxial), unas redes que permiten proporcionar otros servicios además del de radiodifusión. En cuanto a la televisión por internet, la señal se distribuye por medio de protocolos de red. A estas cuatro tecnologías cabría añadir hoy la televisión por móvil (o televisión digital en movilidad), en la que la señal es recibida en dispositivos móviles o portátiles.

improcedencia de su caracterización como ayuda de Estado, o en su caso, a su caracterización como ayuda compatible. Ello a tenor de lo dispuesto en los arts. 107.1 y 106.2 TFUE, cuyo detenido análisis resulta fundamental en esta materia.

## II. SOBRE LA EXISTENCIA DE AYUDA DE ESTADO. ARTÍCULO 107.1 TFUE Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

El análisis relativo a la existencia de una ayuda de Estado obliga a examinar si concurren en el caso concreto los requisitos recogidos en el art. 107.1 TFUE, de acuerdo con el cual:

"Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

Según la práctica de la Comisión, así como reiterada jurisprudencia, de acuerdo con el precepto transcrito la existencia de una ayuda estatal implica la concurrencia cumulativa de cuatro requisitos, a saber: 1) la intervención mediante fondos estatales; 2) la producción de una ventaja económica selectiva al beneficiario; 3) el falseamiento o amenaza de falseamiento de la competencia; y 4) la afectación o posible afectación de los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

En el caso aquí objeto de análisis, la puesta en cuestión de la consideración de la medida examinada como ayuda de Estado se centra en la falta de concurrencia, fundamentalmente, del segundo de los requisitos. En efecto, consistiendo el segundo de los requisitos en la existencia de una ventaja económica selectiva, las recurrentes ponen en cuestión cada uno de los elementos o componentes del mismo, esto es, la existencia de actividad económica, la existencia de ventaja, y su carácter selectivo. Y directamente relacionado con el carácter selectivo –en concreto, con su falta de carácter selectivo–, se pone en cuestión la inexistencia asimismo del tercero de los requisitos, a saber, el falseamiento de la competencia.

### 1. SOBRE EL CARÁCTER ECONÓMICO DE LA ACTIVIDAD

El punto de partida del análisis relativo a la caracterización de determinada medida como ayuda de Estado es el relativo a la actividad desarrollada, y en relación con ello, a la empresa que la desarrolla. De manera que si no resulta posible localizar una empresa como beneficiaria, en el sentido de empresa que desarrolla una actividad económica, esto es, de mercado, no cabrá caracterizar

la medida como ayuda estatal, por falta del presupuesto básico de partida del concepto "ayuda de Estado". En efecto, no podrá, lógicamente, hablarse de ventaja económica selectiva si no puede localizarse actividad económica ninguna sobre la que pueda recaer la posible ventaja. En este sentido, es interesante referirse a la Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, *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*<sup>13</sup>, en cuyo apartado 8 se establece que "por regla general, las normas sobre ayudas estatales solo se aplican cuando el beneficiario es una empresa", de manera que el hecho de que "el prestatario de un servicio de interés económico general sea considerado, o no, una empresa es fundamental para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales".

A este respecto, dentro del conjunto de argumentos esgrimidos por las recurrentes en su ataque a la Decisión de la Comisión, debe hacerse referencia, en primer lugar, a la puesta en cuestión del carácter económico de la actividad desarrollada a efectos de extensión de la cobertura de TDT en las zonas remotas y menos urbanizadas (zona II). En este sentido, los argumentos esgrimidos por las recurrentes giran en torno a tres tipos de consideraciones: 1) el ejercicio de prerrogativas de poder público –y no de actividad económica ninguna– consistente en la creación de una infraestructura, a saber, la red de TDT portadora de la señal; 2) la falta de contraprestación económica; y 3) la inexistencia de mercado.

En efecto, las recurrentes alegaron que las actuaciones desarrolladas por la Comunidad Autónoma de Galicia no implicaban el ejercicio de una actividad económica, "sino que consistían esencialmente en la misión confiada a Retegal de realizar licitaciones de suministros y en la celebración de convenios con los ayuntamientos de Galicia para ofrecer la extensión de la red de televisión terrestre a los ciudadanos de regiones rurales y remotas" (STG de 26 de noviembre de 2015, as. ac. T-463/13 y T-464/13, ap. 44 –en adelante, STG–). De esta manera, Comunidad Autónoma y Ayuntamientos se limitaron a prestar el servicio portador de la señal de la TDT, esto es, a crear la infraestructura, sin contraprestación económica ninguna, de lo que se extraería la conclusión de que la red de TDT "no es objeto de explotación comercial ni está diseñada para ello" (STJUE de 20 de diciembre de 2017, C 70/16 P, ap. 43 – en adelante, STJUE). Las autoridades públicas, en consecuencia, ejercieron en opinión de las recurrentes prerrogativas de poder público, y no por tanto actividad económica ninguna (STJUE, ap. 49).

La Comisión, sin embargo, refrendada posteriormente por el Tribunal General, rechaza la calificación del conjunto de actuaciones como ejercicio de prerrogativas de poder público, entendiendo que la extensión de la cobertura

---

13. DO C 8/4, de 11.1.2012. Al respecto, vid. *infra* epígrafe III.

de TDT, insertada en el proceso de digitalización de la radiodifusión, sí constituye una actividad económica. Una consideración basada en la existencia de un verdadero *mercado*. Así, y tras recordar que el carácter económico de la actividad no depende del estatuto jurídico (público o privado) de quien la desarrolla, ni de la rentabilidad que en su caso se obtenga como consecuencia del desarrollo de la actividad (Decisión, c. 97; STG, ap. 60-61), se afirma que el elemento determinante para la consideración de la existencia de mercado es el hecho de que "como sucede en este caso, otros operadores estarían dispuestos a prestar el servicio en cuestión o en condiciones para hacerlo" (Decisión, c. 97)<sup>14</sup>.

No cabe, a juicio de la Comisión y del Tribunal General, la consideración de la actividad como prerrogativa de poder público, concepto que hace exclusivamente referencia a las "actividades que forman parte de las funciones esenciales del Estado o están relacionadas con dichas funciones por su naturaleza, por su finalidad y por las normas a las que estén sujetas" (Decisión, c. 98). En este sentido, el Tribunal General pone de manifiesto la diferencia que existe entre el desarrollo de una "misión de interés público directamente asumida por los poderes públicos para garantizar valores esenciales, como la cohesión social, y derechos fundamentales" y el concepto –mucho más estricto o limitado– de "ejercicio de prerrogativas de poder público" (STG, ap. 63). De manera que, de acuerdo con el Tribunal General, constituyen *indicio* que permite calificar la actividad como económica, y no como ejercicio de prerrogativa de poder público, el hecho de que la actividad pueda ser ejercitada por una empresa privada –así, las empresas que operan la tecnología satelital– (STG, ap. 58)<sup>15</sup>.

El TJUE, por su parte, inadmite como motivo de casación la alegación relativa a la ausencia de actividad económica. Y ello en la medida en que, limitado el control del TJUE en sede de casación a cuestiones de Derecho, y en su caso, a la desnaturalización –manifiesta, según jurisprudencia del propio Tribunal– de los hechos o pruebas, considera que las recurrentes tratan a través de esta alegación simplemente de "conseguir que se reexaminen los hechos y las pruebas que habían invocado en primera instancia", sin aportar dato ninguno que justifique desnaturalización de los hechos (STJUE, ap. 49-51).

El presupuesto de partida de la existencia de ventaja económica selectiva, esto es, la existencia de *actividad económica*, se considera, en consecuencia, concurrente en el asunto aquí analizado. La extensión de cobertura de la red

14. Lo que se afirma asimismo en la ya referida Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, ap. 13.

15. Como constituye también indicio de actividad económica, a juicio del Tribunal General, el hecho de que la mayoría de las empresas públicas o Ayuntamientos se encontraban inscritos en el registro de la entonces CMT en calidad de operadores de red, lo que "sugería que prestaban determinados servicios que, según la práctica consolidada, constituían una actividad económica" (STG, ap. 62).

de TDT en la llamada zona II, por tanto, constituye actividad económica a efectos del art. 107.1 TFUE.

## 2. SOBRE LA EXISTENCIA DE VENTAJA ECONÓMICA

### 2.1. Los requisitos Altmark

Partiendo de la base de la existencia de una actividad económica, cuando de SIEGs se trata, el examen de la existencia de una auténtica *ventaja económica*, en cuanto requisito del art. 107.1 TFUE, adquiere especial relevancia, toda vez que, de acuerdo con la conocida jurisprudencia Altmark<sup>16</sup>, la transferencia de fondos estatales puede merecer el calificativo de *compensación* por la prestación del servicio y no ya de *ayuda*, quedando en el primer caso descartada la propia existencia de ayuda estatal. La transferencia de fondos, en efecto, no supondría sino una mera contraprestación por las cargas de servicio público impuestas, lo que, como se ha dicho, excluiría su consideración como auténtica "ventaja económica".

A tales efectos, la sentencia Altmark describe cuatro requisitos que, cumplidos de manera cumulativa, conducen a la consideración de que la transferencia de fondos no entra dentro del campo de operatividad del art. 107.1 TFUE, por merecer el calificativo de compensación y en consecuencia, por falta de concurrencia del requisito de la ventaja económica. Tales requisitos son: 1) el mandato de servicio público y la definición de misión de SIEG; 2) la predefinición de los parámetros de compensación; 3) la prohibición de sobrecompensación; y 4) la eficiencia de la compensación, conseguida a través de la adjudicación de la ayuda por un procedimiento de licitación pública o, en su defecto, a través del cálculo de la compensación sobre la base los costes de una empresa corriente bien administrada<sup>17</sup>.

En el caso aquí objeto de examen, la Comisión, refrendada nuevamente por el Tribunal General, niega la concurrencia de los requisitos Altmark.

Es interesante poner de manifiesto que, al ser requisitos que deben concurrir cumulativamente, no resulta sencillo, al menos en la práctica de la Comisión y del Tribunal de Justicia, que determinada medida pueda ser calificada como de compensación y no de ayuda conforme a la jurisprudencia Altmark. De hecho, es frecuente que la Comisión no analice, en el caso concreto, cada

16. STJCE de 24 de julio de 2003, as. C-280/00, *Altmark Trans*.

17. Los requisitos Altmark han sido aplicados, no sin dudas y problemática, por la Comisión y el TJUE. Una práctica aplicativa que cristalizó en la ya referida 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 (DO C8/4, de 11.1.2012). Una Comunicación, por tanto, a la que resulta necesario atender cuando de calificación de una medida como ayuda se trata, en casos de ejecución de SIEG.

uno de los cuatro requisitos, sino que suele referirse exclusivamente al requisito que no concurre para concluir, dado el carácter cumulativo, que la medida constituye una ayuda a tenor del art. 107.1 TFUE. Y frecuentemente es el cuarto requisito, relativo a la eficiencia en la ponderación de la compensación, el que no cabe considerar concurrente. Así, en los casos en los que no se han seguido procedimientos de licitación pública para la adjudicación de la ayuda, sino que ésta ha sido concedida de manera directa, el cuarto requisito obliga a efectuar un análisis de costes, por referencia a una empresa media bien gestionada. Algo que no resulta por lo general sencillo –incluso por la propia circunstancia de que puede no haber empresas comparables por relación con la actividad a desarrollar–<sup>18</sup>.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la caracterización de la medida como ayuda y no como compensación, por falta de concurrencia de los requisitos Altmark, no se basa en la falta de concurrencia del cuarto requisito, sino del primero<sup>19</sup>. De manera que el análisis de la Comisión, refrendado por el Tribunal General, se centra en el primero de los requisitos, y una vez advertida su falta de concurrencia, se concluye que la medida constituye una ayuda de Estado, sin necesidad de entrar en ulteriores consideraciones respecto al resto de requisitos.

## 2.2. El mandato de servicio público

Este primer requisito, como se ha dicho, consiste en el mandato de servicio público o la definición de misión de SIEG, lo que no viene a significar

18. A estos efectos, la Comunicación de la Comisión de relativa a la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de SIEGs, ofrece en sus apartados 69 a 77 una serie de pautas a seguir con vistas a la verificación de este análisis de costes.

19. Tampoco entra el Tribunal de Justicia a considerar la concurrencia del cuarto requisito Altmark en la sentencia de 20 de septiembre de 2018 (As. C-114/17 P), relativa a la ayuda concedida por Castilla-La Mancha en el marco de la digitalización de la radiodifusión. Y ello no obstante el hecho de que la nota distintiva en este caso, como ya ha sido puesto de manifiesto, venía dada precisamente por la falta de procedimientos de licitación, y la existencia de un procedimiento específico de adjudicación directa de subvenciones. A dicho respecto, el Tribunal General había considerado que a falta de procedimientos de licitación, y a efectos de concurrencia del cuarto requisito Altmark, la comparación con la tecnología satelital no resultaba suficiente para demostrar la mayor eficiencia de la empresa a quien la ayuda había sido otorgada. El Tribunal de Justicia, sin embargo, soslaya todo análisis relativo a la concurrencia del cuarto requisito, señalando que "habida cuenta del carácter acumulativo de los requisitos dimanantes de la citada sentencia [Altmark], el hecho de que sea errónea la apreciación del Tribunal General al considerar incumplido uno de esos requisitos no basta para provocar la anulación de la sentencia impugnada si, por otra parte, dicho Tribunal no ha incurrido en ningún error de Derecho en su apreciación de otro de esos requisitos" (c. 95). De manera que, constatada por el Tribunal de Justicia la falta de concurrencia del primero de los requisitos, sin censura a la apreciación del Tribunal General a dicho respecto, el análisis de la concurrencia del cuarto requisito resulta prescindible.

sino que la actividad económica en cuestión ha debido calificarse formalmente como SIEG, calificación que habrá dado lugar a la encomienda de una misión específica. Es necesario, por tanto: 1) la calificación del servicio como SIEG; 2) la encomienda del servicio a determinada/s empresa/s; y 3) la definición y atribución a la empresa de las específicas obligaciones de servicio público. Unos extremos que habrán de quedar formalizados a través de uno o varios actos de poder público, ya sean o no normativos<sup>20</sup>.

Realmente, como pone de manifiesto en sus Conclusiones, ya en el marco del recurso de casación frente al TJUE, el Abogado General Melchior Wathelet, el primer requisito, esto es, el mandato de servicio público, tiene carácter de *presupuesto* de los demás requisitos Altmark –y también del art. 106.2 TFUE, según se expone más abajo–. En efecto,

"(...) sería imposible comprobar si se cumple con el tercer requisito de la sentencia Altmark, a saber, que la compensación no super[e] el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público", si la naturaleza y el alcance de estas obligaciones no están claramente definidas. En cuanto a la aplicación del artículo 106 TFUE, apartado 2, sería imposible verificar si la aplicación de las normas de los Tratados obstaculiza el cumplimiento de los SIEG, si la naturaleza y el alcance de estos servicios de cuya gestión están encargadas las empresas no están claramente definidos" (118).

#### A. *La inexistencia de acto formal de atribución*

En el caso que nos ocupa, la Comisión pone de manifiesto que "la legislación española no declara que la explotación de una red terrestre sea un servicio público"<sup>21</sup> (Decisión, c. 119). Una declaración que tampoco entiende

20. La Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 especifica el contenido concreto de estos actos en su apartado 52, a saber: a) el contenido y duración de las obligaciones de servicio público; b) la empresa interesada y, si procede, el territorio afectado; c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad en cuestión; d) los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación; y e) las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas. En la línea con lo advertido por el Abogado General Melchior Wathelet, y dando un paso más, el contenido de estos actos de atribución viene en realidad a anticipar el cumplimiento de los requisitos Altmark segundo y tercero (predefinición de parámetros de compensación y prohibición de sobrecompensación).

21. Realmente, parece haber una cierta confusión en la manera en que se expresa la Decisión de la Comisión, expresión suscrita posteriormente por el TG. En efecto, el apartado 119 de la Decisión señala que de acuerdo con la legislación española, representada por la Ley de Telecomunicaciones, "los servicios emisores para la radiodifusión de televisión, es decir, el transporte de señales a través de las redes de telecomunicaciones, se consideran servicios de telecomunicaciones y, como tales, son servicios de interés económico general, pero no constituyen un servicio público". Sobre la base de la consideración del SIEG como técnica de intervención, diferenciada conceptualmente del servicio público

la Comisión que se haya verificado vía redacción de los convenios suscritos para la extensión de la TDT, de manera que "la redacción de dichos convenios no basta para definir claramente el alcance de la misión de servicio público" (Decisión, 124).

Es necesario subrayar el hecho de que la censura de la Comisión permanece, en este punto, en el *plano de lo formal*. De hecho, tanto la Comisión como el Tribunal General recuerdan la existencia de un amplio margen de apreciación en manos de los Estados miembros para la calificación de determinado servicio como SIEG, tratándose de sectores no armonizados, existiendo una "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 usuarios". De manera que sólo en caso de error manifiesto por parte del Estado miembro la Comisión podría entrar a valorar la propia definición del SIEG (Decisión, ap. 116; STG, ap. 95). Ahora bien, sin perjuicio de ese amplio margen de apreciación, la calificación de un servicio como SIEG está sujeta, como se ha señalado, al cumplimiento de "algunos criterios mínimos, referidos a la existencia de un acto del poder público que haya encargado al operador de que se trate de la misión de SIEG, y al carácter universal y obligatorio de esta misión" (STG, ap. 97). Sin acto formal de atribución, por tanto, con el contenido mínimo indicado, *no puede entenderse que exista SIEG en el sentido del primer requisito Altmark* (ni, por lo demás, tampoco en el sentido del art. 106.2 TFUE).

Atendida esta circunstancia, no pudo prosperar la alegación de las recurrentes, que insistieron en que resulta necesario distinguir entre la prestación del servicio de radiodifusión, de la explotación de redes de radiodifusión. De manera que el servicio de radiodifusión lo realizan radiodifusores –operadores de televisión–, mientras que el de explotación de redes de difusión lo prestan operadores de plataformas de emisión de señales, esto es las plataformas terrestre, satelital, por cable o mediante accesos de banda ancha en internet (STG, ap. 104). De esta forma, según los recurrentes, la explotación de redes constituiría un servicio público esencial, consistente en la creación de la estructura necesaria para poder prestar, con posterioridad, el servicio de televisión (STG, ap. 102).

Sin embargo, existiendo entre ambos servicios una relación de depen-

---

tradicional, esta expresión de la Comisión (reiterada por el TG en el ap. 91 de la Sentencia) no debe entenderse sino en el sentido de que no existe en el caso sujeto a evaluación definición específica alguna de obligaciones de SIEG.

Este parece ser el sentido, por lo demás, en que el Tribunal se expresa en la Sentencia de 26 de abril de 2018, cuando afirma que "el mero hecho de que un servicio sea designado de interés general en la Ley 32/2003 no implica que todo operador que lo realice esté encargado de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas, en el sentido del primer requisito de la sentencia Altmark" (c. 85).

dencia<sup>22</sup>, y no habiéndose formalizado actos de atribución en el sentido antes expuesto, a la Comisión no le cabe considerar, como se ha dicho, cumplido el primer requisito Altmark. Una falta de concurrencia del primer requisito que se reafirma por el Tribunal General, que advierte de que "las demandantes no han podido determinar en ningún momento las obligaciones de servicio público que, según ellas, se habían impuesto a las empresas que explotan redes de TDT, ya sea por la legislación española, ya por los convenios de explotación, y menos aún aportar la prueba de ello" (STG, ap. 110)<sup>23</sup>.

En sede de casación, el TJUE no acoge la crítica que las recurrentes formulan a la referida afirmación, por muy similar motivo al ya expuesto rechazo a la alegación relativa a la ausencia de actividad económica. En efecto, las recurrentes alegaron el error en la apreciación del Derecho nacional, en la medida en que la Disposición adicional duodécima del Real Decreto 944/2005 habría sido representativa de ese mandato de servicio público<sup>24</sup>. Si bien esta

22. Circunstancia que es puesta de manifiesto el Tribunal General (STG, ap. 103).

23. Es interesante destacar la diferencia que existe, para la Comisión y el Tribunal General, entre la calificación de un servicio como público en el Derecho nacional, y la calificación como SIEG a efectos de cumplimiento del primer requisito Altmark. En este sentido, el Tribunal General afirma que "el mero hecho de que un servicio se designe como de interés general en el Derecho nacional no implica que todo operador que lo efectúe esté encargado de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas en el sentido de la sentencia Altmark" (STG, ap. 100).

24. La DA 12<sup>a</sup> del RD 944/2005, en su versión vigente en el año 2008, que "Los órganos competentes de las corporaciones locales en colaboración, en su caso, con la comunidad autónoma, podrán acordar la instalación en zonas de baja densidad de población de su término municipal de estaciones en red de frecuencia única para la difusión a sus ciudadanos del servicio de televisión digital terrestre, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Obtener la conformidad de las sociedades concesionarias y entidades habilitadas para la prestación del servicio de televisión digital terrestre, con el objetivo de utilizar el dominio público radioeléctrico que estas tienen asignado para difundir el servicio de televisión digital terrestre en su término municipal.
- b) Prestar el servicio portador del servicio de televisión digital terrestre sin contraprestación económica alguna y de forma transitoria.
- c) Comunicarlo previamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- d) Que no suponga una distorsión a la competencia en el mercado. Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte que la prestación del servicio portador del servicio de televisión digital terrestre afecta al mercado, en función de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permitan el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas en la prestación del servicio.
- e) Que sea conforme con el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre. La potencia radiada aparente máxima no podrá ser superior a un vatio y no podrán causar interferencias perjudiciales a otras estaciones legalmente establecidas.
- f) Presentar en la correspondiente Jefatura Provincial de Inspección de Telecomunicaciones, a través de la comunidad autónoma correspondiente, el proyecto técnico de las instalaciones y, posteriormente, un certificado de que la instalación se ajusta al proyecto técnico, firmados ambos por un ingeniero o ingeniero técnico y visados por el colegio oficial correspondiente. Asimismo, deberá presentarse el boletín de instalación firmado por la empresa instaladora de telecomunicaciones que haya realizado dicha instalación".

alegación se formula por las recurrentes invocando el art. 106.2 TFUE, dada la práctica identidad que, en este concreto punto, relativo a la existencia de un auténtico SIEG a efectos de sujeción a las normas europeas en materia de competencia, existe entre dicho precepto y el segundo requisito del art. 107 TFUE –según se expone más abajo–, cabe referirse en este momento a aquella alegación de las recurrentes, a efectos de análisis del cumplimiento del primer requisito Altmark.

Ahora bien, recordada por el Tribunal la limitación de su competencia en sede de casación a los casos de desnaturalización manifiesta del Derecho nacional, afirma que la alegación de las recurrentes no invoca "la más mínima desnaturalización de ese derecho", considerando que el objetivo de las recurrentes es la obtención de una interpretación diferente con vistas a una nueva apreciación de los hechos. Por tanto, y habida cuenta de que "las recurrentes no intentan en absoluto demostrar que el Tribunal General haya procedido a constataciones manifiestamente contrarias al contenido de ese Derecho nacional o que haya atribuido a este último un alcance que manifiestamente no le corresponde a la vista de contenido los autos" (STJUE, ap. 74)<sup>25</sup>, el TJUE inadmite la alegación relativa a la existencia de un acto de atribución de la misión de SIEG<sup>26</sup>.

#### B. *El error manifiesto en la definición de la tecnología digital terrestre como SIEG*

Por lo demás, y ahora sí desde un *punto de vista material*, la Comisión señala que, incluso si hubiese definición específica de SIEG y acto formal de atribución –lo que, en su caso, podría sustentarse, según lo dicho, en lo dispuesto en la LTel, en los convenios suscritos para la extensión de la TDT, y eventualmente en el ya mencionado RD 944/2005–, "habría constituido un error manifiesto que la legislación española declarara que el uso de una determinada plataforma para la transmisión de las señales de radiodifusión consti-

25. Idéntica consideración realiza el Tribunal de Justicia en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, entendiéndose que, no aportado por la recurrente elemento que revele manifiestamente la desnaturalización del Derecho nacional (LGTel), el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al negar la concurrencia del primer requisito Altmark. Y en relación con ello, no justificada la desnaturalización, el Tribunal de Justicia recuerda que "corresponde únicamente al Tribunal General apreciar la importancia que ha de atribuirse a las pruebas presentadas ante él" (c. 77 y 80).

26. En cualquier caso, y habida cuenta de los estrictos términos en que el primer requisito Altmark se define y es aplicado por la Comisión y la jurisprudencia, no parece que la alegación basada en la DA 12ª del RD 944/2005 hubiese conducido a considerar cumplido aquel primer requisito, en una hipotética valoración por el TJUE. En efecto, exigiendo el primer requisito Altmark un acto de atribución específico, con definición de las obligaciones de servicio (a lo que se suman otras especificaciones, de acuerdo con la Comunicación de 2012, como duración de la obligación, parámetros de cálculo de la compensación y modalidades para evitar y recuperar compensaciones excesivas), la sola manera en que la citada DA 12ª comienza su redacción, utilizando la expresión "podrán acordar la instalación", no parece satisfacer las estrictas exigencias del primer requisito Altmark.

tuye un servicio público" (Decisión, c. 121). Una afirmación que encuentra su apoyo en el principio de neutralidad tecnológica, que impediría priorizar un tipo de tecnología sin causa justificada.

Es importante señalar que esta afirmación no fue refutada por los recurrentes ante el Tribunal General, lo que determinó que ni en el proceso ante dicho órgano ni en el proceso ante el TJUE se pudiera valorar si tal calificación de la definición de SIEG como error manifiesto por parte de la Comisión, pudiera haber excedido el ámbito competencial que a aquélla corresponde en el control de la definición de ciertos servicios como SIEG por los Estados miembros.

Así, el Tribunal General señala que la afirmación relativa al error manifiesto de las autoridades españolas en cuanto a la definición como servicio público de la explotación de la plataforma terrestre, contenida en el considerando 121 de la Decisión impugnada, "no ha sido refutada por las demandantes". Y asimismo el TJUE afirma que la puesta en cuestión de dicho extremo "constituye una alegación nueva, no sometida a la apreciación del Tribunal General, y que es, por tanto, inadmisibles en la fase de casación", habida cuenta de que "las recurrentes no cuestionaron el considerando 121 de la Decisión impugnada" (STJUE, ap. 85-87).

Queda el interrogante, en consecuencia, de si la puesta en cuestión de esta afirmación de la Comisión, de acuerdo con la cual la calificación como SIEG de la plataforma digital terrestre constituye un error manifiesto, puesta en cuestión que habría lógicamente de fundamentarse en el amplio margen de apreciación de los Estados miembros a efectos de definición y organización del SIEG, hubiese tenido fortuna en sede de recurso. Las posteriores sentencias de 26 de abril de 2018 y de 20 de septiembre de 2018 no incorporan novedad alguna a este respecto, expresándose ésta última en el mismo sentido que la sentencia de 20 de diciembre de 2017, esto es, constatando que la apreciación de la Comisión, relativa a la existencia de un error manifiesto de las autoridades españolas en la selección de una plataforma determinada, no había sido cuestionada por la recurrente (c. 89).

En conclusión, la medida analizada, la financiación de la extensión de cobertura de TDT en la zona II, constituye una ventaja económica, habida cuenta de que no cabe considerar que la transferencia de fondos públicos merezca la consideración de compensación por la carga que comporta para la entidad adjudicataria la ejecución de una misión de servicio público. Y no merece la consideración de compensación, por no existir un auténtico SIEG, formalmente tal, en el sentido de la sentencia *Altmark* ni, en relación con ello, una auténtica misión de servicio público definida y encomendada a concretas empresas.

### 3. SOBRE LA SELECTIVIDAD DE LA MEDIDA. EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA

El tercer elemento del segundo requisito del art. 107.1 TFUE se refiere a la selectividad de la medida, de manera que para que ésta merezca el calificativo de ayuda de Estado, debe favorecer a "determinadas empresas o producciones". Un elemento que en buena medida presupone o –según se mire–, desemboca en el tercer requisito del art. 107.1 TFUE, esto es, el relativo al falseamiento o la amenaza de falseamiento de la competencia. En efecto, en tanto en cuanto la medida –ventaja económica– pueda favorecer selectivamente a determinadas empresas, la competencia en el mercado en que éstas operan junto con otras empresas no beneficiadas por aquella medida habrá de verse, aún en el plano potencial, necesariamente alterada.

El carácter selectivo de la medida, y en relación con ello, según se ha dicho, el falseamiento de la competencia, fueron puestos en cuestión por las recurrentes, quienes pusieron de manifiesto que la situación fáctica y jurídica de las empresas de otras plataformas distintas de la terrestre y de las empresas de la plataforma terrestre no eran comparables a efectos de prestar el servicio de soporte de televisión digital en la zona II.

A juicio de las recurrentes, no siendo posible localizar empresas que representen un válido término de comparación con las beneficiarias de la medida, habida cuenta que las empresas no beneficiarias (plataformas distintas a la terrestre, y en concreto, la satelital) operaban en mercados distintos a las beneficiarias, no cabría ni calificar la medida como selectiva, ni considerar que la misma hubiese dado lugar a un falseamiento de la competencia.

La Comisión rechaza esta doble consideración, entendiendo que las plataformas terrestre y satelital operan en el mismo mercado y por tanto compiten entre sí (Decisión, c. 130 y 138). Una afirmación que sustenta en la presencia de empresas de plataforma satelital en la cobertura de la zona II, así como en la participación de empresas de la misma plataforma en licitaciones de extensión de la cobertura de televisión digital<sup>27</sup>, en el empleo de esta tecnología en la zona III, así como en la emisión de canales públicos y privados, así como regionales, a través de ambas plataformas. Tal manera de argumentar de la Comisión reafirma la aseveración realizada en el considerando 113, de acuerdo con la cual la medida es selectiva, "pues solo beneficia al sector de la radiodifusión", y "en dicho sector solo afecta a las empresas que operan en el mercado de la plataforma terrestre", quedando excluidos de la medida los operadores de red "que operan otras plataformas, como las de satélite, cable o televisión por internet".

27. Singularmente, se señala que la empresa Astra (operadora de satélite) compitió por la extensión de la cobertura digital en Cantabria, ganando la licitación (Decisión, c. 131).

Esta misma línea argumentativa es la empleada por el Tribunal General, quien insiste en el carácter selectivo de la medida, por beneficiar exclusivamente a los operadores de plataforma terrestre, considerando suficiente la justificación de dicho carácter selectivo ofrecida por la Comisión en la Decisión (STG, ap. 85-86).

Distinta suerte, sin embargo, va a correr este argumento en sede de casación ante el TJUE. En efecto, el TJUE recuerda, con cita de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, que la apreciación del requisito de la selectividad de la medida "exige examinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas o producciones" en comparación con otras que se encuentren, en relación con el objetivo perseguido por tal régimen, en una situación fáctica y jurídica comparable" (STJUE, ap. 58). Esto advertido, y sobre la base de la competencia del TJUE en sede de casación para examinar la suficiencia de la motivación ofrecida por la sentencia objeto de recurso, el TJUE afirma en el caso aquí analizado que *la Decisión de Comisión no se encuentra suficientemente motivada en este punto, lo que conduce a la estimación del motivo de casación, y a la consiguiente anulación de aquella Decisión* (STJUE, ap. 61-63).

La apreciación del TJUE en este punto acoge, como se ha dicho, la alegación de las recurrentes, que mantienen su línea argumentativa en la inexistencia de un *válido término de comparación* aplicable a las empresas operadoras de plataforma terrestre. La clave, de acuerdo con el TJUE, se encuentra en la existencia de una "situación de hecho y de Derecho comparable", lo que obliga a considerar, en consecuencia, tanto los condicionantes de naturaleza jurídica que, conforme al Derecho nacional, definen la actividad de las empresas comparada y comparables, como los condicionantes de naturaleza fáctica que caracterizan los sectores de actividad en cuestión. Dos tipos de condicionantes cuya específica operatividad debe ser objeto de consideración, a efectos de poder realizar una afirmación suficientemente razonada relativa al carácter selectivo de la medida.

Queda rechazada por el TJUE, en consecuencia, la consideración de que el requisito de la selectividad de la medida concurre de manera automática cuando aquélla se aplica exclusivamente a un sector de actividad o a las empresas de una zona geográfica determinada. Como recuerda del Tribunal, "una medida de la que sólo se beneficia un sector de actividad o una parte de las empresas de ese sector no es necesariamente selectiva, pues sólo lo es si, en el marco de un determinado régimen jurídico, tiene como efecto beneficiar a determinadas empresas" en comparación con otras que, como se ha dicho, han de encontrarse en situación fáctica y jurídica comparable. Debe llamarse nuevamente la atención en este punto sobre la estrecha relación que existe entre el carácter selectivo de la medida, tercer elemento del segundo requisito del art. 107.1 TFUE, y el falseamiento de la competencia, tercer requisito del

citado precepto. Y ello en la medida en que, según se acaba de transcribir, el TJUE se refiere al *efecto que la medida produce al ser selectiva*, a saber, el beneficio comparativo a determinadas empresas, cuya consecuencia natural será, al menos, la amenaza de falseamiento de la competencia.

### III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 106.2 TFUE

De acuerdo con el art. 106.2 TFUE,

"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 de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión".

Referido específicamente este art. 106.2 TFUE a la prestación de SIEGs, especialmente desde la perspectiva de la sujeción a las normas sobre competencia, y configurado por tanto, según se ha puesto de manifiesto, como *lex specialis* respecto de los arts. 107 y 108 TFUE<sup>28</sup>, la estrecha conexión de aquel art. 106.2 TFUE, en el plano de la práctica aplicativa de la Comisión y de la jurisprudencia europea, con el 107.1 TFUE es indudable. Y ello, para empezar, en la medida en que el análisis de la posible aplicación del art. 106.2 TFUE en cuanto excepción a las normas sobre competencia, pasa necesariamente por la *previa calificación de la medida objeto de examen como de ayuda* a tenor de lo dispuesto en el 107.1 TFUE. De manera que no concurriendo cualquiera de los cuatro requisitos del art. 107.1 TFUE, señalados aquí más arriba, la medida en cuestión no merecerá el calificativo de ayuda, y en consecuencia, no procederá análisis alguno relativo a la aplicación del art. 106.2 TFUE, toda vez que no podrá considerarse que exista vulneración alguna de la normativa sobre competencia.

Esto advertido, tratándose de medidas concernientes a la ejecución de SIEGs, *la propia naturaleza de la actividad, y por tanto su consideración como SIEG, habrán sido ya tomados en consideración en el previo análisis relativo a la calificación de la medida como ayuda*. En concreto, según ha sido expuesto, el segundo requisito del art. 107.1 TFUE, y en concreto el elemento concerniente a la ventaja económica, obligan conforme a la jurisprudencia Altmark a entrar en el análisis relativo tanto a la auténtica existencia de un SIEG, como a las condiciones en que la misión de SIEG haya sido atribuida.

28. 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", *RAP* núm. 189, 2012, pág. 78.

En el caso objeto de análisis en este trabajo, la relación entre los arts. 107.1 y 106.2 TFUE, y a su vez con la jurisprudencia Altmark, fue puesta de manifiesto por el Abogado General Melchior Wathelet, quien recordó que "si no se cumplen los cuatro requisitos de la sentencia Altmark y la medida estatal constituye una ayuda de Estado, dicha medida todavía puede estar justificada, en particular, en virtud de la excepción prevista en el artículo 106 TFUE, apartado 2" (Conclusiones, ap. 91). De manera que, según subraya el Abogado General, los requisitos Altmark resultan de aplicación en sede del art. 107.1 TFUE, y no en sede del art. 106.2 TFUE.

Configurado así formalmente el *iter* analítico a seguir a efectos de examen de la conformidad al Derecho de la Unión de determinada medida, y en concreto a efectos de ubicación sistemática del análisis relativo a la concurrencia de los requisitos Altmark, no deja de ser cierto que este previo análisis verificado en sede del art. 107.1 TFUE, cuando conduce a la calificación de la medida como ayuda, condiciona en buena medida, en un número no despreciable de casos, el análisis a efectuar en sede del art. 106.2 TFUE. Así sucede en el asunto aquí objeto de examen, donde la calificación de la medida como ayuda conforme al art. 107.1 TFUE encuentra su fundamento, por lo que al carácter de SIEG se refiere, en la inexistencia de un acto específico de calificación de la actividad como SIEG, y en relación con ello, en la inexistencia de uno o varios actos de atribución específicos de la misión de SIEG. Resulta evidente que sin existencia de auténtico SIEG, ni cabe considerar que existe compensación en lugar de ventaja económica, de acuerdo con el art. 107.1 TFUE, ni cabe justificación de excepción de las normas sobre competencia conforme al art. 106.2 TFUE.

Así lo pone de manifiesto la Comisión en el considerando 172 de la Decisión, cuando niega la posible invocación de este último precepto, habida cuenta de que "las autoridades nacionales (o regionales) han de definir claramente el SIEG y encomendárselo a una empresa determinada", lo que no sucede en el caso examinado, de acuerdo con el análisis realizado en los considerandos relativos al primer requisito Altmark. Y, más aún, el Tribunal General realiza una suerte de análisis conjunto de los requisitos Altmark y de la excepción del art. 106.2 TFUE, refrendando la posición de la Comisión respecto a la improcedencia de la aplicación de la excepción contenida en este precepto, por inexistencia de auténtico SIEG (STG, ap. 88-115).

El TJUE, por su parte, y como ya ha sido puesto de manifiesto más arriba, rechaza las alegaciones de las recurrentes en este sentido, inadmitiéndolas bien por falta de argumentación relativa a la desnaturalización del Derecho nacional, tratándose de la definición del servicio portador de la televisión digital terrestre como servicio público (STJUE ap. 74-75), bien por no haber sido alegadas ante el Tribunal General, tratándose de la afirmación de la Comisión de acuerdo con la cual constituye un error manifiesto de las autoridades espa-

ñolas la definición como servicio público de la explotación de la plataforma terrestre (STJUE ap. 86-87).

El paquete normativo de 2012, en fin, sobre la financiación de los SIEG desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado, no viene sino a mantener –profundizando incluso– la referida estrecha vinculación entre los arts. 107.1 y 106.2 TFUE. El paquete está compuesto, como es sabido, por cuatro instrumentos: 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*, de 20 de diciembre de 2011<sup>29</sup>; la Decisión de la Comisión de la misma fecha, *relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las Ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*<sup>30</sup>; la Comunicación de la Comisión, de la misma fecha, titulada *Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*; y el Reglamento de 25 de abril de 2012, *relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas "de minimis" concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general*<sup>31</sup>.

Sin que proceda, ni mucho menos, entrar en este momento ni a analizar, ni a valorar, el contenido del referido paquete normativo, sí cabe sin embargo llamar la atención en relación con el hecho de que la idea subyacente a los criterios Altmark se encuentra presente en la Decisión y en ambas Comunicaciones, y no ya solo en la Comunicación sobre las normas de la UE en materia de ayudas estatales para la prestación de SIEG, en cuya virtud determinada medida no merece el calificativo de ayuda estatal. Esta última, efectivamente, gira en fundamental medida en torno a la definición y especificación de cada uno de los requisitos Altmark. Pero también la Decisión, en virtud de la cual la medida constitutiva de ayuda estatal conforme al art. 107.1 TFUE no se encuentra sujeta a notificación, recoge a lo largo de su articulado una serie de condicionantes claramente inspirados –si no coincidentes– con los requisitos Altmark, especialmente primero a tercero. Y lo mismo cabe decir del Marco sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, en cuya virtud la medida constitutiva de ayuda, sujeta a notificación, puede ser declarada compatible por la Comisión.

En definitiva, y sin poder entrar en este momento –debe insistirse– en mayores consideraciones al respecto, el análisis verificado a efectos de la ca-

29. DO C 8/4, de 11.1.2012.

30. Decisión 2012/21/UE, DO L 7/3, de 11.1.2012.

31. Reglamento (UE) 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, DO L 114/8, de 26.4.2012.

lificación como ayuda de Estado de una medida adoptada en relación con la prestación de un SIEG, conforme al art. 107.1 TFUE, condiciona el análisis a verificar a efectos de declaración de compatibilidad de la medida, al amparo de la excepción del art. 106.2 TFUE. El caso de las ayudas concedidas en España a las empresas operadoras de la plataforma digital terrestre constituye un claro ejemplo en este sentido, en la medida en que ambos preceptos parten de la base de la definición de la actividad económica como SIEG, así como de la existencia de específicos actos de atribución. Extremos ambos cuya concurrencia, tras seguirse todo el *iter* procedimental, no resultó acreditada, lo que determinó la calificación de la financiación de la extensión de cobertura de la TDT en la llamada zona II como ayuda estatal conforme al art. 107.1 TFUE, no compatible conforme al art. 106.2 TFUE. Y ello sin perjuicio de la ulterior anulación de la Decisión de la Comisión por el TJUE, anulación, si bien, que se encuentra fundamentada en la falta de suficiente motivación del carácter selectivo de la medida.