



TESIS DOCTORAL

***La calificación como ayuda de
Estado de la financiación pública
de infraestructuras***

Autor:

Pedro Juan Cruz Yábar

Director:

Dr. Rogelio Pérez-Bustamante

Programa de Doctorado en Ciencias sociales y jurídicas
Escuela Internacional de Doctorado

2018

AGRADECIMIENTOS

Aun a riesgo de olvidar a muchas personas que de un modo u otro han contribuido a que esta tesis vea la luz, quisiera mostrar mi agradecimiento a aquéllos que en estos momentos tengo presente y que me han alentado y ayudado durante estos años:

A Magda por su paciencia.

A Pedro, Álvaro, Teresa, Pablo, Rocío, Ana, Gaetan, Almu, Kike, Maitetxu, Carlos, Santi, Carmen, Pablo, Eva, Juan, Rocío, Josema y, sobre todo, Mada y mis padres por su ayuda constante.

A la profesora Manuela Fernández Rodríguez, por su confianza.

A todo JASPERS, sin quienes no habría aprendido lo reflejado en esta tesis, y, en especial a Antonio Almagro, Massimo Merighi y Adam Koziarkiewicz.

A Margie, Mayra, Diana, Miguel, Silvia, Isa e Isma, por mostrar siempre interés por esta tesis.

Nueva York,
23 de abril de 2018

Resumen

Durante décadas la Comisión Europea mantuvo una postura ambigua y en ocasiones contradictoria en relación con la calificación de la financiación de infraestructuras por las administraciones públicas como medidas constitutivas de ayudas de Estado, rechazando como regla general dicha calificación.

La principal razón esgrimida era que estas operaciones constituían medidas generales de política económica que beneficiaban al conjunto de la población, por lo que no concurría el requisito de selectividad propio de las ayudas de Estado.

La sentencia Leipzig-Halle pronunciada por el Tribunal General en 2011 ha desencadenado una revolución en este ámbito, caracterizada por un incremento del interés de la Comisión por este asunto al tiempo que el Tribunal de Justicia y la Comisión racionalizaban y sistematizaban su práctica anterior. La regla general ha pasado además a ser la calificación de los proyectos de financiación de infraestructuras como ayudas de Estado, siendo su exclusión la excepción.

En la actualidad se requiere el análisis de la posible concesión de una ayuda de Estado a varios niveles: propietario, operador, usuarios y constructores de las infraestructuras son potenciales beneficiarios de una ventaja directa o indirecta fruto del uso de los fondos estatales.

Subsiste no obstante gran incertidumbre y numerosas contradicciones, que se explican porque cuando examina la financiación de infraestructuras la Comisión no es consecuente con su práctica en otros sectores ni mantiene una plena coherencia interna, además de privilegiar en ocasiones una interpretación formalista de los elementos que forman la noción de ayudas de Estado sobre la teleológica.

La tesis analiza individualmente cada uno de los elementos constitutivos de la noción de ayuda de Estado, describiendo su aplicación a los proyectos de infraestructura y proponiendo correcciones cuando se identifican errores o se estima conveniente para garantizar la eficacia del control de la concesión de ayudas de Estado en este ámbito.

Palabras clave: ayuda de Estado, Leipzig-Halle, infraestructuras generales, infraestructuras dedicadas, infraestructuras locales, SIEG, PIEM, prerrogativas de poder público, de minimis, imputabilidad, FEDER, plan Juncker

Abstract

For decades, the European Commission has adopted an ambiguous and sometimes contradictory stance with regards to the qualification of the funding by national authorities of infrastructure projects as State aid. In most cases, however, it ruled out that such financing would fall within the scope of the notion of State aid.

The main reason explaining this trend was that such funding allegedly represented a general measure of economic policy nature, which would provide an advantage to the population altogether. This would rule out the selectivity of such measures, which is a necessary element of the concept of State aid.

The 2011 Leipzig-Halle judgment by the General Court reversed completely the Court and the Commission's previous practice. The main features of this U-turn were the increased effort to draw the Commission's attention towards these measures while rationalizing and systematizing their analysis. Furthermore, the general rule became the assessment of these projects as falling within the scope of the definition of State aid whilst the instances where the opposite applies are rather exceptional.

Currently, it is required to conduct the analysis on the existence of State aid at all possible levels: owner, operator, users and constructors of the infrastructure are potential beneficiaries of a direct or indirect advantage, resulting from the use of state funds.

The issue remains however subject to a great amount of uncertainties and a number of contradictions, whose origin can be traced back to the inconsistencies of the Commission's analysis of these measures with its practice in other realms and to the lack of a full internal coherence in its decision practice. Moreover, the Commission has all too often privileged a formalistic interpretation of the components of the notion of State aid over the teleological ones.

This thesis examines individually each of the elements which define the concept of State aid, analyzing its application to infrastructure projects. It further puts forward proposals to correct any identified errors, so as to safeguard the effectiveness of the state aid control system in this field.

Keywords: State aid, Leipzig-Halle, general infrastructure, dedicated infrastructure, local infrastructure, SGEI, MEIP, exercise of public powers, de minimis, imputability, ERDF, Juncker plan

ÍNDICE

Introducción.....	1
CAPÍTULO 1. EL CASO LEIPZIG-HALLE.....	21
1.1. Reseña histórica.....	21
1.2. Medidas notificadas a la Comisión Europea.....	26
1.3. Procedimiento ante la Comisión Europea.....	28
1.3.1. La investigación preliminar de la Comisión Europea.....	32
1.3.2. El procedimiento de investigación formal de la Comisión Europea	41
1.4. Procedimiento ante el Tribunal General de la Unión Europea	55
1.5. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	64
CAPÍTULO 2. LA CONCESIÓN DE LA AYUDA POR EL ESTADO O A TRAVÉS DE FONDOS ESTATALES	69
2.1 La concesión de la ayuda por el Estado o a través de fondos estatales: de una condición alternativa a una condición única.....	71
2.1.1 Ayudas otorgadas mediante fondos estatales.....	73
2.1.2 Ayudas otorgadas por el Estado: interpretación restrictiva inicial....	78
2.1.3 Ayudas otorgadas por el Estado: interpretación extensiva	82
2.1.4 Ayudas otorgadas por el Estado: retorno a la interpretación restrictiva	91
2.2 La forma de la ayuda	108
2.3 La imputabilidad de los fondos al Estado.....	143
2.3.1 El concepto de Estado.....	146
2.3.2 Medidas financiadas por entidades interpuestas	152
2.3.2.1 Antecedentes.....	152
2.3.2.2 El caso Air France	156
2.3.2.3 El caso Stardust Marine	160
2.3.2.4 Jurisprudencia posterior a la sentencia Stardust Marine.....	171
2.3.3 Medidas financiadas por entidades internacionales y supranacionales. Los fondos europeos	200
2.4 Objetivo y causas de las ayudas.....	222

CAPÍTULO 3 – LA VENTAJA SELECTIVA CONCEDIDA A UNA EMPRESA	234
3.1 La calificación de los beneficiarios como empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE.....	237
3.1.1 El ejercicio de prerrogativas de poder público	253
3.1.2 Las infraestructuras generales y la exclusión de la calificación como empresa de sus propietarios y operadores	269
3.1.3 La realización simultánea de actividades económicas y no económicas	280
3.2 La concesión de una ventaja a través de la financiación de infraestructuras.....	288
3.2.1 Los distintos niveles de existencia de una ventaja y el Principio del Inversor en una Economía de Mercado	293
3.2.2 Los Servicios de Interés Económico General: cuestiones generales y marco regulatorio.	315
3.2.2.1 La posible consideración de la compensación por prestación de SIEG como ayuda de Estado.....	326
3.2.2.2 Las normas aplicables a los servicios de interés económico general: los paquetes legislativos de la Comisión Europea.....	343
3.2.3 Los Servicios de Interés Económico General: los criterios Altmark y su aplicación a la financiación de infraestructuras	357
3.2.3.1 La existencia de un acto de atribución de un genuino servicio de interés económico general	358
3.2.3.2.El establecimiento previo de parámetros objetivos y transparentes de compensación	389
3.2.3.3 La prevención del pago de una compensación excesiva y la obligación de recuperación de la misma	392
3.2.3.4 La selección de la empresa proveedora mediante un procedimiento de licitación pública y la limitación de la compensación a la requerida por una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada	407

3.3 La selectividad de la ayuda.....	422
3.3.1 Medidas selectivas y medidas generales.....	429
3.3.1.1 El marco geográfico de referencia.....	435
3.3.1.2 El marco de referencia material	440
3.3.1.3 Selectividad <i>de iure</i> y <i>de facto</i>	452
3.3.2 La selectividad de la ventaja en los proyectos de financiación de infraestructuras.....	460
3.3.2.1 La selectividad de la ventaja respecto al propietario y operador de la infraestructura	461
3.3.2.2 La ventaja selectiva a favor de los usuarios de las infraestructuras: infraestructuras generales e infraestructuras dedicadas	466
CAPÍTULO 4: LA DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA UE Y EL EFECTO SOBRE LOS INTERCAMBIOS COMERCIALES ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS	494
4.1 La delimitación de los mercados de referencia.....	501
4.2 La distorsión de la competencia	510
4.3 Los efectos sobre los intercambios comerciales	526
4.3.1 Aceptación de un efecto potencial sobre los intercambios entre los Estados miembros	532
4.3.2 La preferencia en favor de la aplicación de otras causas de exclusión de la calificación como ayuda de Estado y por la declaración de compatibilidad con el mercado interior	538
4.3.3 La ausencia de efectos sobre el comercio entre los Estados miembros de las medidas de financiación con efectos puramente locales	542
4.3.4 Ayudas de minimis	552
CONCLUSIONES.....	568
BIBLIOGRAFÍA	583

INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Unión Europea (UE) es un sistema que no se ha construido de manera gradual, continua y sosegada, sino que ha evolucionado a grandes saltos. Inicialmente se vio impulsado por la jurisprudencia, muy atrevida, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y más tarde a través de reformas de los tratados constitutivos más o menos radicales, destinadas a ampliar los ámbitos cubiertos por la regulación supranacional de la Unión.

Inversamente, las interrupciones de dicho avance, y sus retrocesos, han llegado últimamente de manera traumática, en forma, por ejemplo, de rechazo a la denominada Constitución para Europa en los referendos celebrados en Francia y los Países Bajos, y, aún más recientemente, con el voto en el Reino Unido, de nuevo en referéndum, en favor de su salida de la Unión.

No puede sorprender que estos fracasos de la UE se hayan producido precisamente cuando se han puesto las decisiones sobre su futuro en manos de la ciudadanía. Es conocido el desprestigio que lastra a la UE de un tiempo a esta parte, que, en ocasiones, excede incluso al que sufren las instituciones y las clases políticas en los respectivos Estados miembros.¹

Sin querer entrar en lo justo o injusto del desprestigio a ojos de la ciudadanía de la UE, es evidente que ésta no ha sabido explicar su labor ni repartir públicamente la responsabilidad propia y ajena de sus acciones y

¹ Según el eurobarómetro de primavera de 2016, el 33% de los europeos manifestaron tener confianza en la Unión Europea, y el 27% tenía confianza en sus gobiernos nacionales. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2665_es.htm [Consulta: 7 de marzo de 2017].

omisiones, permitiendo a los Estados miembros descargar sus errores y decisiones impopulares sobre la UE.

Es indudable que un mayor conocimiento de la labor de la UE redundaría en una mejora de su imagen de cara a los ciudadanos. Y qué duda cabe que el Derecho de la competencia en general, y el del control de las ayudas de Estado en particular, son ejemplares en ese sentido: tanto el ámbito “privado” del Derecho de la competencia² –la prohibición de las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, y el control de las concentraciones de empresas– como su ámbito público –la prohibición de las ayudas de Estado– sirven en última instancia para proteger los intereses del conjunto de la población frente a intereses particulares.

Ello se hace patente, por ejemplo, cuando la Comisión Europea impone una multa de 2.420 millones de euros a la empresa Google por haber abusado de su posición dominante en el mercado de las búsquedas en internet³ u ordena la recuperación de 13.000 millones de euros concedidos por Irlanda a la empresa Apple en forma de ventajas fiscales constitutivas de ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior.⁴

Este trabajo de investigación pretende ir más allá, desde luego, de una mera reivindicación de las bondades del régimen de control de las ayudas de Estado previsto en los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), reivindicación que sin embargo está muy presente a lo largo de todo el trabajo. En pos de este objetivo, se ha intentado poner cada

² BIONDI, A. y EECKHOUT, P., *The law of state aid in the European Union*, New York, Oxford University Press, 2004, p.103

³ Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2017, en el asunto AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

⁴ Commission Decision of 30.8.2016, on State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple, Brussels, 30.8.2016, C(2016) 5605 final.

elemento teórico en su contexto fáctico, para dar al lector una idea clara de los beneficios que en la práctica supone la aplicación de las normas sobre control de las ayudas de Estado.

También pretende esta tesis doctoral ser algo más que un mero estudio teórico de una cuestión relativamente novedosa –la calificación como ayuda de Estado de la financiación de infraestructuras–, sobre la que ni la doctrina científica, ni la Comisión, ni el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) han tenido tiempo, ni ocasión en algunos casos, de madurar sus respuestas a las cuestiones que han ido surgiendo. Desde luego no hemos rehuido dichas incertidumbres y además de señalar las contradicciones e incongruencias en que han incurrido el TJUE y la Comisión, proponemos en este trabajo las soluciones más adecuadas desde un punto de vista teórico y práctico.

Además de todo lo anterior, este trabajo pretende también contribuir a un mejor conocimiento de las normas sobre ayudas de Estado y servir como herramienta para su aplicación eficaz a la financiación de infraestructuras. Correctamente empleadas, estas normas transformarían la forma en que funciona el mercado de las infraestructuras en la UE y, sobre todo, en España, donde el uso irracional de fondos públicos con objetivos espurios, sin los mínimos controles exigibles, y aderezado con altas dosis de corrupción, ha sido, y es, habitual. La utilidad de este trabajo se ve en este sentido reforzada por el amplio desconocimiento de la normativa y sus implicaciones entre los actores interesados: beneficiarios de las ayudas y sus competidores, por un lado, y autoridades nacionales involucradas más o menos directamente en la financiación de las infraestructuras, por el otro.

Sea por desconocimiento o por negligencia, por desgracia en este ámbito, en demasiadas ocasiones, ni el Estado cumple las normas ni la Comisión hace que se cumplan.

Por poner un ejemplo de actualidad, la propia Comisión ha reconocido que existe un problema de “distribución asimétrica” de los riesgos en las concesiones en España –en referencia a nuestro entender a la aplicación de la figura de la responsabilidad patrimonial de la administración en estos contratos–, y un “margen de mejora” de los controles *ex ante* y *ex post facto* en el ámbito de la contratación pública⁵. Ambas circunstancias apuntan indefectiblemente a la existencia de ayudas de Estado en el proceso de reversión de un nada desdeñable número de autopistas cuyas empresas concesionarias solicitaron la declaración de concurso de acreedores en España y, en algunos casos, han sido ya liquidadas.⁶ Por descontado, el Estado ha comenzado el proceso de reversión de las concesiones a la administración sin cumplir con su obligación de notificación a la Comisión de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones, prevista en el artículo 108.3 TFUE.⁷ Teniendo en cuenta la cuantía de la potencial ayuda, es más que llamativa la inacción de la Comisión, que difícilmente podrá alegar desconocimiento del proceso, pues se ha referido a él explícitamente en los informes emitidos sobre España tras finalizar el programa de asistencia financiera de la UE en

⁵ “[R]ecent events in the toll-motorway sector have shown some shortcomings of the Spanish concessional model... Asymmetric risk-sharing between the state and concessionaries is one of the major weaknesses of the system” (*Post-Programme Surveillance Report Institutional Paper 013* | December 2015 Spain, apartado 61).

Véase también Commission Staff Working Document, *Country Report, Spain 2017 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances*, Brussels, 22.2.2017 SWD(2017) 74 final, sección 4.6.1.

⁶ “Fomento asumirá mañana la gestión de la autopista R-4” Nota de Prensa del Ministerio de Fomento de 20 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.fomento.gob.es/NR/ronlyres/861f0c2c-3a23-4132-9547-5d2d79bc4297/147884/180220NPAutopistaspeajequebra.pdf> [consultado el 21.4.2018].

⁷ “La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.” Artículo 108.3 TFUE.

2014.⁸ Desde la adopción de la sentencia Leipzig-Halle, la Comisión ha puesto su foco de atención en la financiación de infraestructuras, lo que hace aún más incomprensible que hoy en día se produzcan omisiones como ésta.

La sentencia, analizada en detalle en el primer capítulo del trabajo, ha dado un vuelco al encaje de la definición de las ayudas de Estado respecto a las operaciones de financiación de las infraestructuras, dando pie a un análisis más sistemático y coherente, pero en el que aún existen algunas lagunas.

La definición de las ayudas de Estado no figura como tal en los Tratados de la UE. En su lugar, el actual artículo 107.1 TFUE, que constituye la base del sistema de control de las ayudas de Estado en la UE y cuyo contenido ha permanecido prácticamente inalterado desde la adopción del Tratado de Roma de 1957, establece lo siguiente:

“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.”

Lo primero que llama la atención es la salvedad que se establece al comienzo del artículo –“[s]alvo que los Tratados dispongan otra cosa”–, que da a entender implícitamente que no todas las ayudas de Estado están prohibidas. Efectivamente, y esta debería ser la primera lección en cualquier manual sobre el control de las ayudas de Estado, la consideración como ayuda de Estado no implica inmediatamente su prohibición. Ello requiere, en una segunda etapa, la comprobación de la incompatibilidad de la ayuda de Estado

⁸ Véase European Commission, *Post-Programme Surveillance Report* Institutional Paper 013, December 2015 Spain, apartados 61 y 62.

con el mercado interior. Ésta es una distinción que a menudo se pasa por alto cuando no se tiene un conocimiento mínimamente solvente del sistema de control, lo que lleva a asociar concesión de ayuda de Estado con infracción del Derecho de la UE, algo que no siempre va unido.

El artículo 107.1 TFUE no define expresamente el concepto de ayuda, pero contiene los requisitos que debe cumplir una medida para constituir una ayuda de Estado:

1. La medida deberá estar financiada por el Estado o mediante fondos estatales.
2. La medida deberá conceder una ventaja.
3. La ventaja concedida deberá beneficiar a una empresa o producción.
4. La ventaja deberá ser selectiva.
5. La medida deberá distorsionar la competencia entre los Estados miembros.
6. La medida deberá afectar al comercio en la UE.

Cada uno de estos requisitos será tratado a lo largo de esta tesis doctoral.

En primer lugar, se examinará el requisito vinculado al origen de la financiación (Capítulo 2º); a continuación, se han agrupado las condiciones referidas a la ventaja, su existencia y selectividad y el favorecimiento a través de ella a una empresa o producción, por estar lógicamente las tres condiciones estrechamente vinculadas (Capítulo 3º); y, por idénticas razones, se tratarán en un mismo capítulo las que afectan a los competidores del beneficiario, relativas a la distorsión de la competencia y a la afectación del comercio en la UE (Capítulo 4º).

El presente trabajo se centra exclusivamente en analizar estas seis condiciones, análisis que corresponde a la primera fase del control de las ayudas de Estado: la calificación como ayuda de Estado de la medida, que en este caso consiste en la financiación de la construcción y operación de infraestructuras.

Este aspecto es, sin duda, el que tiene mayor enjundia teórica, y, seguramente, también práctica. Queda por tanto fuera del ámbito de esta tesis la cuestión de la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior, que ha sido exhaustivamente desarrollada por la Comisión en instrumentos de derecho secundario que detallan los criterios en que basa su examen de compatibilidad.⁹ Éste se basa en la comparación de la incidencia positiva de la ayuda de Estado en términos de consecución de un objetivo de interés común con sus efectos negativos sobre el comercio y la competencia –que, por defecto, se verán alterados siquiera sea mínimamente, pues de lo contrario la medida no se podría calificar de ayuda de Estado.

Por otro lado, dicha calificación no es solo un prerequisite para la prohibición de ejecución de una medida, que se presumiría inocua si no es en combinación con la declaración de incompatibilidad con el mercado interior, sino que tiene una serie de consecuencias autónomas nada desdeñables. Independientemente de su posible compatibilidad, si el Estado ejecuta una medida constitutiva de ayuda de Estado sin haber obtenido la aprobación previa de la Comisión –incumpliendo pues su obligación de notificación del artículo 108.3 TFUE– los tribunales nacionales podrán ordenar la

⁹ Estos reglamentos y, sobre todo, directrices, son en general normas sectoriales, referidas en ocasiones a determinados tipos de infraestructuras – como es el caso de las infraestructuras de banda ancha – o que incluyen normas específicas dedicadas a las infraestructuras – como en el caso de las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía. Véase *infra fig. 1* en pág.

recuperación de la ayuda, el reembolso de los intereses devengados entre la concesión y la recuperación, y la reparación de los daños y perjuicios sufridos por terceras personas.¹⁰

Además, la obligación de notificar la medida se complementa con la de no ejecutarla (*standstill obligation*), en tanto no exista una decisión de compatibilidad de la medida por la Comisión. Ello puede producir retrasos muy significativos en su puesta en práctica, rara vez inferiores a un año y, en ocasiones, mucho más largos. Los Estados y los beneficiarios pueden tener por ello gran interés en disputar la calificación como ayuda de Estado, aun cuando la medida vaya a ser declarada en todo caso compatible con el mercado interior y, en consecuencia, vaya a poder ser finalmente ejecutada.

Precisamente uno de los rasgos distintivos del control de las ayudas de Estado es la tensión que ha acompañado la extensión del ámbito de control, a la que los Estados han enfrentado siempre una férrea oposición.¹¹

Pero no solo los Estados se han rebelado contra esa tendencia. También la Comisión se ha visto aparentemente incapaz de lidiar con el aumento de la carga de trabajo que implica la aplicación escrupulosa y hasta sus últimas consecuencias de la definición de ayuda de Estado. Así ha ocurrido con el drástico aumento de los casos de financiación de infraestructuras sometidos al control de la Comisión.

¹⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales, 2009/C 85/01, apartado 26.

¹¹ “*We do not consider the construction of large-scale infrastructure projects to be an exercise of economic activity. On the contrary, we consider such an activity to be a public service in just the same way as bridges, roads and railways that are financed within the state budget. Transport infrastructure, which is open to all potential users on equal terms, is a public service regardless of whether it is financed by users or through taxes. Thus, the financing of public infrastructure should not be subject to state aid regulation*”. Information Note 17099/13 from the Danish Delegation to the Council, Brussels, 29 November 2013.

La respuesta de la Comisión ha llegado al tiempo y a través del proceso de modernización de las normas sobre ayudas de Estado¹² iniciado en 2012, al mismo tiempo que el Tribunal de Justicia adoptaba su sentencia en el caso Leipzig-Halle.¹³ La coincidencia en el tiempo del plan de modernización y de la sentencia explica la inclusión de disposiciones específicas dedicadas a la financiación de infraestructuras en la mayoría de los instrumentos de derecho secundario modificados o de nuevo cuño.

Instrumento de Derecho Secundario	Fecha de adopción
Directrices sobre redes de banda ancha ¹⁴	18.12.2012
Directrices sobre ayudas de finalidad regional para 2014-2020 ¹⁵	23.7.2013
Directrices sobre ayudas a aeropuertos y compañías aéreas ¹⁶	4.4.2014
Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020 ¹⁷	9.4.2014
Marco sobre ayudas estatales de I+D+i ¹⁸	21.5.2014
Reglamento general de exención por categorías ¹⁹	26.6.2014

Tabla 1 Instrumentos de derecho secundario adoptados o modificados como parte del proceso de modernización que incorporan disposiciones sobre la financiación de infraestructuras.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Modernización de las ayudas estatales en la UE*, COM/2012/0209 final

¹³ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821.

¹⁴ 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.

¹⁵ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020*, 2013/C 209/01.

¹⁶ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas*, 2014/C 99/03

¹⁷ Comunicación de la Comisión, *Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020*, 2014/C 200/01.

¹⁸ Comunicación de la Comisión, *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*, 2014/C 198/01.

¹⁹ Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, *por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.*, D.O.U.E. L 187, 26.6.2014, pp. 1-78.

Dentro de este proceso destaca la publicación, por primera vez, de una Comunicación dedicada a la noción de ayuda de Estado por parte de la Comisión.²⁰ Pese a que el periodo de consultas sobre dicha norma de derecho indicativo finalizó en marzo de 2014, la Comunicación no se publicó hasta dos años más tarde, demostrando la complejidad y sensibilidad política de la cuestión. La Comunicación dedica buena parte de su análisis a los proyectos de infraestructura,²¹ demostrando también el papel central que ocupan dichos proyectos en la agenda de la Comisión Europea.

Los objetivos declarados de este ejercicio de modernización son concentrar los recursos de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia sobre el mercado interior, racionalizar las normas y acelerar la toma de decisiones, además de promover el desarrollo económico sostenible en la UE.²²

En línea con estos objetivos, la Comisión ha extendido el ámbito de aplicación del Reglamento general de exención por categorías, que exime a los Estados de notificar las ayudas, de cuantía limitada, que cumplan las condiciones de compatibilidad que impone el reglamento. La revisión del reglamento ha permitido también la inclusión de normas específicas para la

²⁰ Comunicación de la Comisión relativa al *concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, 2016/C 262/01.

²¹ Véanse en particular las aclaraciones específicas dedicadas a las infraestructuras en el apartado 7 de la Comunicación.

²² “*La modernización del control de las ayudas estatales persigue un triple objetivo: i) impulsar un crecimiento sostenible, inteligente e integrador en un mercado interior competitivo; ii) concentrar el examen ex ante de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia sobre el mercado interior reforzando al mismo tiempo la cooperación de los Estados miembros en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales; iii) racionalizar las normas y acelerar la toma de decisiones.*” Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Modernización de las ayudas estatales en la UE, Bruselas, 8.5.2012, COM(2012) 209 final, apartado 8.

exención de medidas de financiación de infraestructuras, de banda ancha, de investigación y desarrollo, energéticas, deportivas, puertos y aeropuertos. La Comisión ha buscado también disminuir el número de casos que de otro modo deberían ser sometidos a su autoridad de control a través de su práctica decisoria y, más concretamente, su interpretación de la condición de afectación del comercio entre los Estados miembros, como veremos en el último capítulo del presente trabajo.²³

Es en cierto modo paradójico que la Comisión intente reducir el número de casos que se someten a su autoridad, porque precisamente el origen del actual incremento de notificaciones y denuncias sobre ayudas de Estado, en lo que respecta a la construcción y operación de las infraestructuras, es consecuencia de la sentencia Leipzig-Halle que meramente confirma la decisión adoptada por la misma Comisión en 2008.

Como decíamos, frecuentemente los cambios en el Derecho de la UE han sido fruto de revoluciones lideradas por el TJUE. Transcurridos diez años desde la decisión de la Comisión en este asunto y algo más de un lustro desde su confirmación por el Tribunal de Justicia, el impacto de la sentencia es evidente.

La Comisión era perfectamente consciente, desde el momento de la adopción de la sentencia, de los efectos que ésta acarrearía, en particular en forma de aumento del número de notificaciones. Prueba de ello es la carta enviada por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (DG COMP) a la Dirección General de Política Regional (DG REGIO) en 2011, inmediatamente tras la adopción de la sentencia del Tribunal General –

²³ Véase infra Capítulo 4.

ni siquiera esperó a la confirmación por el Tribunal de Justicia, que llegaría dos años más tarde— en la que ya se avanzaban estas consecuencias:

Según la Comisión, tras la sentencia Leipzig-Halle no cabía negar que la financiación de cualquier tipo de infraestructura explotada comercialmente es relevante a efectos del control de las ayudas de Estado, con excepción de aquéllas utilizadas para cumplir con las prerrogativas de poder público del Estado. Por tanto, son muy pocos los tipos de infraestructuras cuya financiación no cumple las condiciones del artículo 107.1 TFUE.²⁴ En los siguientes capítulos de este trabajo comprobaremos que, en líneas generales, esta afirmación es cierta.

Por otro lado, DG COMP identificó también, al menos en parte, la relevancia y las novedades que aportaba la sentencia: por un lado, vinculó la construcción de una infraestructura con su posterior uso. Por otro, la Comisión reconoció que su política sobre la aplicación a las infraestructuras de las normas sobre control de las ayudas de Estado no había sido demasiado clara hasta entonces, y que, en general, los Estados miembros consideraban que la financiación de infraestructuras no estaba sujeta a la normativa sobre ayudas de Estado. La razón, en la mente de las autoridades nacionales, era que la construcción y operación de infraestructuras constituiría una medida general de interés público y, si el acceso al uso de la infraestructura fuese abierto y no discriminatorio, su financiación beneficiaría a toda la población y no a una o varias empresas de manera selectiva. En consecuencia, pese a la financiación pública generalizada de las infraestructuras, pocos de estos

²⁴ “[A]fter the Leipzig/Halle ruling, it cannot be denied anymore that the financing of any type of infrastructure (excluding infrastructure related to security, safety, etc.) that is later commercially exploited is State aid relevant... there remain very few types of infrastructure where the financing falls outside the scope of State aid rules.” European Commission, DG Competition, Note to DG Regio, Subject: Application of State aid rules to infrastructure investment Project, COMP/03/2011.

proyectos eran notificados.²⁵ El panorama ha variado en estos años radicalmente, y el número de medidas de financiación de infraestructuras notificadas a la Comisión se ha multiplicado.

Las primeras reacciones doctrinales a la decisión de la Comisión fueron de apremio para clarificar sus efectos, ante el temor a un aumento descontrolado del ámbito de aplicación de las normas sobre control de las ayudas de Estado, que abarcaran a partir de entonces todo tipo de infraestructuras, retrasando o incluso imposibilitando la ejecución de tales proyectos.²⁶

La Comisión por su parte volcó inicialmente sus esfuerzos en asegurarse que los Estados abandonaran la creencia generalizada de que la financiación de infraestructuras no podía constituir una ayuda de Estado por tratarse de medidas generales de política económica que no concedían ninguna ventaja selectiva. Solo posteriormente se planteó la necesidad de evitar que los Estados remitieran un número de notificaciones, que excediera las capacidades de la Comisión, con el riesgo de paralizar su actividad.

La Comisión ha prestado particular atención a los proyectos cofinanciados por la propia UE, lo que explica que la carta a la que nos referimos se enviara a DG REGIO, responsable de gestionar y supervisar el uso de los fondos estructurales y de inversión europeos. DG COMP elaboró poco después, en 2012, una serie de guías analíticas (*analytical grids*) con el objetivo de ayudar a los Estados miembros a identificar la existencia de

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ MEHTA, J., “The Changing Face of State-Owned Infrastructure – Leipzig-Halle and Beyond (Annotation on the Judgment of European Court of Justice (Eighth Chamber) of 19 December 2012 in case C-288/11 P, Freistaat Sachsen and Others v European Commission (Leipzig Halle))”, *European State Aid Law Quarterly*, 4/2013, p.701; y WILSON, T., “Infrastructure Financing and State Aid Post Leipzig-Halle”, *European State Aid Law Quarterly*, 1/2014, págs.26 y 27.

ayudas de Estado en los proyectos de infraestructuras financiados por fondos estructurales y de cohesión.

Inicialmente, la Comisión publicó guías sectoriales relativas a la financiación de aeropuertos, puertos, infraestructuras de banda ancha e I+D, culturales e hidráulicas. La Comisión aconsejó a los Estados miembros el uso de dichos documentos para autoevaluar y garantizar el cumplimiento de las normas sobre ayudas de Estado, en particular con respecto a los grandes proyectos de infraestructuras –denominación que englobaba proyectos que exceden los 50 millones de euros de coste, o 25 millones si se trataba de proyectos medioambientales.²⁷ No en vano el incumplimiento de las normas sobre ayudas de Estado puede resultar en la recuperación de los fondos concedidos a dichos proyectos.

Dicho riesgo, así como la relevancia de la sentencia Leipzig-Halle, fue también percibida inmediatamente por JASPERS²⁸, una entidad creada a partir de una iniciativa conjunta de la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones (BEI), integrada orgánicamente en este último. JASPERS presta asistencia técnica gratuita a los Estados miembros para facilitar la absorción de fondos regionales, principalmente para la preparación y ejecución de los denominados grandes proyectos de infraestructura. JASPERS atesora un conocimiento inmenso en esta materia, acumulado a través del asesoramiento prestado en más de 500 proyectos de construcción y operación de infraestructuras. Aunque sus competencias se han ido ampliando gradualmente a raíz del reconocimiento unánime de la utilidad de sus

²⁷ Los principios contenidos en dichas guías, con valor meramente informativo, eran en realidad aplicables a todo tipo de infraestructuras con independencia del tipo de fondos estatales utilizados para su financiación y del coste del proyecto.

²⁸ Acrónimo de *Joint Assistance to Support Projects in European Regions*. Véase <http://jaspers.eib.org/> [Consulta: 7 de marzo de 2018].

actividades, es en relación a los aspectos técnicos de la preparación de los citados proyectos donde más destaca su pericia: desde el análisis coste-beneficio del proyecto,²⁹ la preparación de estudios de viabilidad, el cumplimiento de las normas de la UE sobre contratación pública, impacto medioambiental y mitigación y adaptación al cambio climático hasta, por supuesto, el cumplimiento de las normas sobre control de las ayudas de Estado.

Adelantándose a las referidas acciones de la DG COMP, la División de economía del conocimiento y energía de JASPERS comenzó a prestar asesoramiento en materia de ayuda de Estado antes incluso de la adopción de la sentencia Leipzig-Halle y, a raíz de la sentencia, publicó una serie de guías sectoriales,³⁰ anteriores a las publicadas por la Comisión, que constituyen el germen de este trabajo de investigación.

²⁹ El papel de JASPERS como consejero técnico para la elaboración de la guía sobre análisis coste-beneficio para proyectos de infraestructura prueba la excelencia técnica y profesional de sus empleados. “JASPERS acted as technical advisor to DG REGIO for the preparation of this Guide, with a focus on the practical issues related to the CBA of major infrastructure projects. In particular, besides peer reviewing earlier drafts of the Guide, JASPERS contributed by highlighting best practice and common mistakes in carrying out CBA as well as with the design and development of the seven case studies included in the Guide. The JASPERS team was composed of experts in all sectors covered by the Guide. It was led by Christia Schempp and Francesco Angelini and included Patrizia Fagiani, Joana Knast-Braczpwsła, Marko Kristl, Massimo Marra, Tudor Radu, Paul Riley, Robert Swerdlow, Dorothee Teichmann, Ken Valentine and Elisabet Vila Jorda”. European Commission, DG for Regional and Urban policy, *Guide to Cost-Benefit Analysis of Investment Projects Economic appraisal tool for Cohesion Policy 2014-2020*, en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/cba_guide.pdf [Consulta: 7 de marzo de 2018].

³⁰ CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in R&D Infrastructure Projects*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 18 de julio de 2012. CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in Cultural Infrastructures*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 8 de agosto de 2012. CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in Broadband Infrastructures*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 10 de agosto de 2012. CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid Principles*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 10 de agosto de 2012. CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in Energy and Waste to Energy infrastructure projects*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 16 de septiembre de 2012.

Como anunció DG COMP en su misiva de 2011 a DG REGIO, la sentencia Leipzig-Halle ha servido principalmente para poner el foco de atención de la Comisión con mayor nitidez en la financiación de infraestructuras. Ello no quiere decir que anteriormente las normas sobre ayuda de Estado no se aplicaran en absoluto a dichas medidas. Sí se aplicaban y, aunque a retazos y de manera ciertamente errática, lo cierto es que la mayoría de los principios hoy vigentes ya habían sido formulados antes de 2011.

Por mencionar algunos ejemplos, la Comisión había introducido ya la figura de las infraestructuras generales, que son aquéllas que no conceden una ventaja ni a los propietarios ni a los operadores ni a los usuarios de la misma, por no ser explotadas económicamente y estar a disposición de todos los usuarios potenciales gratuitamente y en igualdad de condiciones.³¹ También se había establecido que, en el caso de determinadas infraestructuras, como los estadios deportivos, para ser considerados una infraestructura general debían ser multifuncionales, algo ya establecido con anterioridad a la sentencia Leipzig-Halle,³² y mantenido con posterioridad.³³

<http://www.jaspersnetwork.org/plugins/servlet/documentRepository/searchDocument?category=State%20Aid> [Consulta: 7 de marzo de 2018].

³¹ “A la luz de las explicaciones detalladas proporcionadas por las autoridades españolas, la Comisión considera que las obras de infraestructuras generales podían ser financiadas por las autoridades públicas. En efecto, la Comisión considera que estas obras son útiles por naturaleza a todas las personas físicas o jurídicas residentes en la zona.” Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2002 relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España en favor del parque temático «Terra Mítica SA», Benidorm (Alicante) [notificada con el número C(2002) 2980], D.O.U.E. L 91, 8.4.2003, pp. 23–37, apartado 35.

³² “Furthermore, on the basis of the available information, it appears that no selective advantage will be granted to specific users of the Ahoy complex given its multipurpose setup and the relevant obligations related to maintaining and promoting its multifunctionality.” State aid C4/2008 (ex N 97/2007) – The Netherlands, *Investment of the municipality of Rotterdam in Ahoy complex*, Brussels, 30 January 2008; C (2008) 318 final, apartado 47.

³³ Commission Decision of 02.05.2013 on State aid SA.33618 (2012/C) which Sweden is planning to implement for Uppsala arena, Brussels, 02.05.2013, C(2013) 2362 final, apartados 42 a 44.

En este mismo sentido, se había aplicado ya el razonamiento que descartaba el carácter económico de la financiación de infraestructuras destinadas al ejercicio de las prerrogativas de poderes públicos³⁴ que, como veremos, sirvió de base para una de las alegaciones de las recurrentes en el asunto Leipzig-Halle, estimada por el TJUE.

Existían asimismo precedentes de infraestructuras consideradas locales, cuya financiación la Comisión consideró que no afectaba al comercio entre los Estados miembros y que, por ello, tampoco podía calificarse como ayuda de Estado.³⁵

¿Cuál es entonces, desde un punto de vista teórico, la innovación introducida por la sentencia Leipzig-Halle? En nuestra opinión, son tres las principales aportaciones de la sentencia:

³⁴ “*Les missions décrites plus haut correspondent aux missions usuellement assurées dans d’autres États Membres par des capitaineries appartenant à l’administration publique. Elles découlent de la loi ou des textes réglementaires. Par ailleurs, il convient également de noter à titre accessoire que les missions assurées par les capitaineries ne figurent pas dans la liste du projet de « paquet portuaire » 5 destiné à libéraliser les services portuaires, qui sont tous des services « marchands » faisant l’objet de recettes pour celui qui les assure... les missions examinées ne donnent lieu à aucune recette de quelque nature que ce soit de la part des usagers du port et elles ne sont pas par ailleurs susceptibles, par leur nature même, de donner lieu à des recettes. Ces missions relèvent donc de la puissance publique.*” Aide d’État n° N 438/2002 – Belgique Subventions aux régies portuaires pour l’exécution de missions relevant de la puissance publique, Bruxelles, le 16.10.2002 C(2002)3763fin, apartados 15 a 17.

³⁵ “[T]he Commission can conclude that, even if some distortion of (local) competition is not excluded, the support (if any) has no effect on trade within the meaning of Article 87(1) of the EC Treaty. In particular, in these cases, also due to the geographical location of the marinas, their relatively small size, and the relatively small amounts of public support involved (in comparison with the number of moorings offered in the marinas), it can not reasonably be expected that this support will lead ship owners from other Member States to use the marinas concerned for mooring (be it fixed or daily) rather than a marina in another Member State.” C10/2003 Netherlands – Non-profit harbours for recreational crafts, OJ L 34, 06.02.2004, p. 63, apartado 55.

1. la vinculación que establece entre la construcción y la operación de las infraestructuras para determinar el carácter económico de las primeras;
2. la distinción, implícita en la sentencia, entre los distintos niveles de beneficiarios respecto a los cuales ha de examinarse por separado la existencia de una ayuda de Estado; y
3. la confirmación inequívoca de que es irrelevante la titularidad pública o privada del operador o propietario de la infraestructura que se beneficie de la puesta a disposición de fondos estatales en condiciones distintas de las propias de mercado.

La práctica de la Comisión hasta 2011 había sido inconsistente respecto a estas tres cuestiones. La Comisión había, por ejemplo, declarado que la construcción y la operación de infraestructuras de transporte por las autoridades públicas no constituía una actividad económica, en tanto que la construcción u operación privada de una infraestructura idéntica sí que podría calificarse potencialmente como ayuda de Estado.³⁶ Esta distinción en función de la titularidad pública o privada –errónea y que sigue siendo objeto de confusión entre las autoridades nacionales– figura también en las Directrices sobre las ayudas estatales al sector de la aviación de 1994.

Como veremos, la existencia de dichas directrices fue una de las bazas utilizadas, infructuosamente, por las autoridades alemanas que recurrieron la decisión de la Comisión en el caso Leipzig-Halle ante el Tribunal de Justicia. Para ello no solo se refirieron a la distinción dependiendo de la titularidad de la infraestructura, sino también a la referencia a la finalidad de la construcción

³⁶ State aid No N 149/2006 – Ireland *Traffic guarantee for M3 Clonee to North of Kells and N7 Limerick Southern Ring Road Phase II*, Brussels, 16.V.2006, C (2006) 1840 final, apartados 30 a 36.

de infraestructuras contenida en las directrices,³⁷ que, como veremos, contraviene el principio general según el cual las ayudas de Estado se definen por sus efectos, y no por el objetivo perseguido por las autoridades que las otorgan.

Es cierto que existen también precedentes en sentido contrario, en los que la Comisión no incurrió en los errores comentados, sino que, correctamente, caracterizó la construcción de infraestructuras como actividad económica en función de su uso económico posterior, equiparó infraestructuras de titularidad pública y privada a efectos de la calificación como ayuda de Estado,³⁸ y distinguió explícitamente los distintos estratos de beneficiarios.³⁹ Estos elementos de la doctrina sobre el control de las ayudas de Estado no son por tanto estrictamente atribuibles a la sentencia Leipzig-Halle, pero no puede ignorarse el hecho de que las decisiones que aplicaban correctamente estos principios quedaban en gran medida diluidas en las decisiones adoptadas en sentido contrario. La Comisión ha reconocido la existencia de esta falta de claridad y ha rechazado por ejemplo aplicar el principio de la vinculación entre el uso y la construcción de las infraestructuras a casos anteriores a la decisión Leipzig-Halle.⁴⁰

³⁷“La construcción o ampliación de proyectos de infraestructura (como aeropuertos, autopistas, puentes, etc.) constituye una medida general de política económica que escapa al control de la Comisión en virtud de las reglas del Tratado sobre las ayudas estatales... en la medida en que éstas se destinan a atender necesidades de planificación o a la aplicación de políticas nacionales de transporte y medio ambiente.” Comunicación de la Comisión, Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado. CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación, D.O.C.E. C 350 de 10 de diciembre de 1994, apartado 12.

³⁸ State aid N° N 649/2001 – United Kingdom Freight Facilities Grant (FFG), Brussels, 20.12.2001 C(2001) 4512fin, apartado 46.

³⁹ State aid n° N 284/2005 – Ireland Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (“MANs”), phases II and III, Brussels, 08.III.2006, C (2006) 436 final.

⁴⁰ Commission Decision of 15.10.2014 on State aid SA.20580 (C 31/2007) (ex NN 17/2007) implemented by Ireland for *Córas Iompair Éireann Bus Companies (Dublin Bus and Irish Bus)* Brussels, 15.10.2014 C(2014) 7275 final, apartado 182. En la Decisión Fred Olsen, sin

La sentencia Leipzig-Halle es además ejemplar en la manera que se desarrolló el procedimiento y respecto a los razonamientos presentados y desarrollados tanto por la Comisión y las partes interesadas en el proceso, como por ambos Tribunales. Es por lo ilustrativo del caso, que incluye un gran número de cuestiones que desarrollaremos en detalle en los capítulos segundo a cuarto, combinado con su trascendencia, por lo que se dedica el primer capítulo de este trabajo al asunto Leipzig-Halle.

embargo, la Comisión se refirió a la sentencia *Aéroports de Paris* como referencia para considerar aplicable el principio de confianza legítima: *“la Comisión observa que el anterior puerto pesquero del Puerto de las Nieves primero fue adaptado al tráfico comercial en 1994/1995, y luego a operaciones con trasbordadores rápidos en 1999/2000, por tanto, antes de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2000, en el asunto Aéroports de Paris. En aquel momento, las autoridades públicas podían considerar legítimamente que la financiación de infraestructuras no constituía ayuda estatal y que, en consecuencia, tales medidas no necesitaban ser notificadas a la Comisión.”* Ayuda estatal SA.36628 (2015/NN-2) (ex 2013/CP) — España, *Fred Olsen*, Bruselas, 08.12.2015, C(2015)8655 final.

CAPÍTULO 1. EL CASO LEIPZIG-HALLE

1.1. Reseña histórica

El aeropuerto de Leipzig-Halle se encuentra a las afueras de la ciudad de Schkeuditz (Alemania), en el Estado Libre de Sajonia en su frontera con el Estado federado de Sajonia Anhalt. Concretamente, está emplazado a 20 km de Leipzig (Estado libre de Sajonia, medio millón de habitantes) y a 28 km de Halle (Estado federado de Sajonia Anhalt, 231.500 habitantes), ciudades que, pese a no ser capitales regionales – lo son Dresde y Magdeburgo respectivamente –, superan a éstas en número de habitantes.

El área de atracción del aeropuerto abarca 7 millones de personas, repartidos entre los Estados libres de Turingia y Sajonia y el Estado federado de Sajonia Anhalt.⁴¹

El aeropuerto se inauguró el 18 de abril de 1927 con el nombre de *Flugplatz Schkeuditz* como aeropuerto para globos dirigibles, y por tanto con una pista circular. Su construcción, un año después de la creación de la compañía aérea *Deutsche Luft Hansa*⁴², daba respuesta a una demanda creciente que no podía ser cubierta por los aeropuertos de Halle y Leipzig.

⁴¹ <https://www.leipzig-halle-airport.de/en/business-and-partners/aviation/location-and-catchment-area-176.html> [Consulta: 7 de marzo de 2018]

⁴² La fundación de la compañía *Luft Hansa Aktiengesellschaft* se produce por la fusión de las compañías *Junkers Luftverkehr A.G. (ILAG)* y su mayor competidor, *Deutsche Aero Lloyd AG*. Esta fusión vino dictada por el gobierno de la República de Weimar en el marco de una reconversión del sector aéreo, precisamente, por el exceso de ayudas públicas que requerían las empresas aeronáuticas para mantener su deficitaria actividad. TRUNZ, H. “*Die Geschichte der Lufthansa, Luftfahrtlegende seit 1926*”, Bruckmann, 2007, p.10.

En 1928 se construyó una pista de aterrizaje de 400 metros y se renombró *Flughafen Leipzig-Halle*.



Fig. 1 El aeropuerto de *Leipzig-Halle* en mayo de 1929.⁴³

Durante la Segunda Guerra Mundial el aeropuerto dejó de tener uso civil y quedó bajo el control de la *Luftwaffe* para fines militares, siendo bombardeado por los aliados en 1944.

Entre 1957 y 1960 se procedió a su reconstrucción ampliándose la pista de aterrizaje –con forma de V– hasta los 2500 metros de longitud. Los trabajos de ampliación y mantenimiento continuaron de manera paralela al aumento del tráfico, que se decuplicó entre 1972 y 1988 alcanzando más de

⁴³ ETH-Bibliothek Zürich, Bildarchiv / Fotograf: Photographisches Institut der ETH Zürich / PI_29-B-0099 / Public Domain Mark.

medio millón de pasajeros, principalmente por la actividad de la compañía estatal de la República Democrática Alemana (RDA), *Interflug*.⁴⁴

Tras la desaparición de la RDA el aeropuerto pasó a ser operado por la sociedad de responsabilidad limitada *Flughafen Leipzig/Halle GmbH* (el aeropuerto de Leipzig-Halle) filial desde el año 2000 de la sociedad anónima *Mitteldeutsche Flughafen AG* (MFAG).⁴⁵ Los accionistas de MFAG son el Estado Libre de Sajonia, propietario de un 77% de las acciones, el Estado federado de Sajonia Anhalt con un 19%, la Ciudad de Leipzig con el 2%, la Ciudad de Dresde con algo menos del 2% y la Ciudad de Halle con el 0,2%. La sociedad no cuenta con accionistas privados.⁴⁶

A mediados de los años noventa se construyó una segunda terminal en el aeropuerto y se inició la construcción de una nueva pista de aterrizaje – la pista norte– de 3600 metros de longitud, lo que permitiría albergar vuelos intercontinentales. La reforma de la pista de aterrizaje duró 22 meses, inaugurándose el 24 de marzo de 2000, y costó aproximadamente 637 millones de euros. Al mismo tiempo se construyó un parking de 2700 plazas, y un centro comercial entre la zona de facturación y la zona de embarque de la segunda terminal del aeropuerto.

El 4 de noviembre de 2004 se decidió la renovación de la segunda pista de aterrizaje del aeropuerto; la pista sur. En 2007, tras dos años de obras y con un coste de 350 millones de euros, se reformó, amplió y giró 20º, hasta

⁴⁴ <https://www.leipzig-halle-airport.de/mediapool/geschichtsbroschuere.pdf> [Consulta: 7 de marzo de 2018]

⁴⁵ En la actualidad denominada *Mitteldeutsche Airport Holding*. Posee una participación del 94 % en el aeropuerto de Leipzig-Halle, así como una participación mayoritaria en el aeropuerto de Dresde. Los demás accionistas son el Estado Libre de Sajonia, el municipio de Schkeuditz y el distrito de Nordsachsen.

⁴⁶ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008 relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle C 48/06 (ex N 227/06), apartado 7.

quedar paralela a la pista norte y con idéntica longitud. La construcción de la segunda pista constituía una condición para el establecimiento en Leipzig del centro de operaciones para las operaciones de paquetería urgente en Europa de la compañía DHL y estaba como tal incluida en el Acuerdo marco firmado en 2005 entre el aeropuerto de Leipzig-Halle y *MFAG* por un lado y DHL por el otro.

Debido a problemas administrativos relacionados con la obtención de permisos de vuelos nocturnos en el aeropuerto de Bruselas, DHL había entablado negociaciones con otros aeropuertos para trasladar su centro de operaciones. Como resultado de estas negociaciones se firmó el mencionado acuerdo con el aeropuerto de Leipzig-Halle, comprometiéndose DHL a realizar el traslado antes de 2008. Las autoridades alemanas sostendrían no obstante que la reconstrucción de la pista sur se habría llevado a cabo aunque DHL no hubiera establecido en Leipzig su centro de operaciones, por ser evidente el atractivo del aeropuerto de Leipzig-Halle para otras compañías del sector del transporte aéreo de carga. Prueba de ello era, según las autoridades alemanas, que el Acuerdo marco no se llegó a firmar hasta el 21 de diciembre de 2005, es decir, más de un año después de tomar la decisión de reconstrucción.⁴⁷

⁴⁷ *Ibíd.*, apartado 39



Fig. 2 El aeropuerto de Leipzig-Halle en la actualidad.⁴⁸

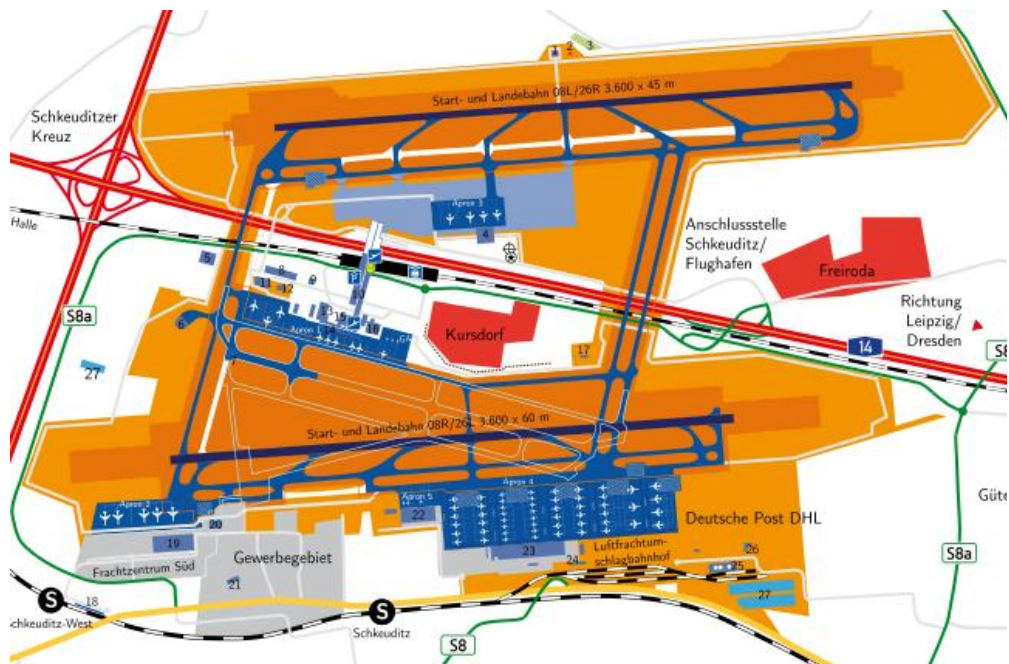


Fig. 3 Plano de planta del aeropuerto de Leipzig-Halle.⁴⁹

⁴⁸ Uwe Schoßig, *Leipzig/Halle Airport*. Disponible en: <https://structurae.net/photos/59588-leipzighalle-airport> [Consulta: 7 de marzo de 2018].

⁴⁹ Lumu, Leipzig-Halle Airport General plan, Wikipedia, La enciclopedia libre, Disponible en: https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Leipzig-Halle_Airport_General_plan.svg [Consulta: 7 de marzo de 2018].

1.2. Medidas notificadas a la Comisión Europea

El 5 de abril de 2006 Alemania notificó a la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea los acuerdos firmados con DHL y la aportación de capital realizada por los accionistas –públicos– del aeropuerto de Leipzig-Halle para financiar la construcción de la nueva pista sur, afín de que aquélla confirmara expresamente la ausencia de ayudas de Estado en esta operación.

Se notificó por tanto, en primer lugar, el acuerdo marco firmado en 2005 entre el aeropuerto de Leipzig-Halle y DHL, que obligaba a la primera a construir una plataforma de estacionamiento de aeronaves y la nueva pista de aterrizaje y a permitir a DHL la explotación ininterrumpida de esta última las 24 horas del día, 7 días a la semana. El acuerdo incluía diversas cláusulas resolutorias y sancionadoras que debían garantizar que al menos el 90 % de los transportes aéreos efectuados por o para DHL, beneficiaria de esta medida, pudieran realizarse en cualquier momento desde dicha pista.

La notificación también comprendía una Carta de garantía firmada el mismo año 2005 por el Estado Libre de Sajonia en favor del operador aeroportuario y de DHL, ambas beneficiarias de esta segunda medida, por la que se comprometía a indemnizar a DHL en caso de que no pudiera utilizarse el aeropuerto de Leipzig-Halle en la forma prevista. Este compromiso subsistiría incluso en caso de venta del aeropuerto a inversores privados.

Por último, se notificó la operación financiera que permitiría la construcción misma de la nueva pista. Esta consistiría en una aportación de capital y un crédito a largo plazo que financiarían los accionistas –públicos– del aeropuerto de Leipzig-Halle y de su matriz MFAG. La Comisión calculó

en la incoación del procedimiento de investigación formal que la aportación de capital público al aeropuerto de Leipzig-Halle, beneficiario de esta tercera y última medida, para la construcción de la pista se elevaba a 350 millones de euros.

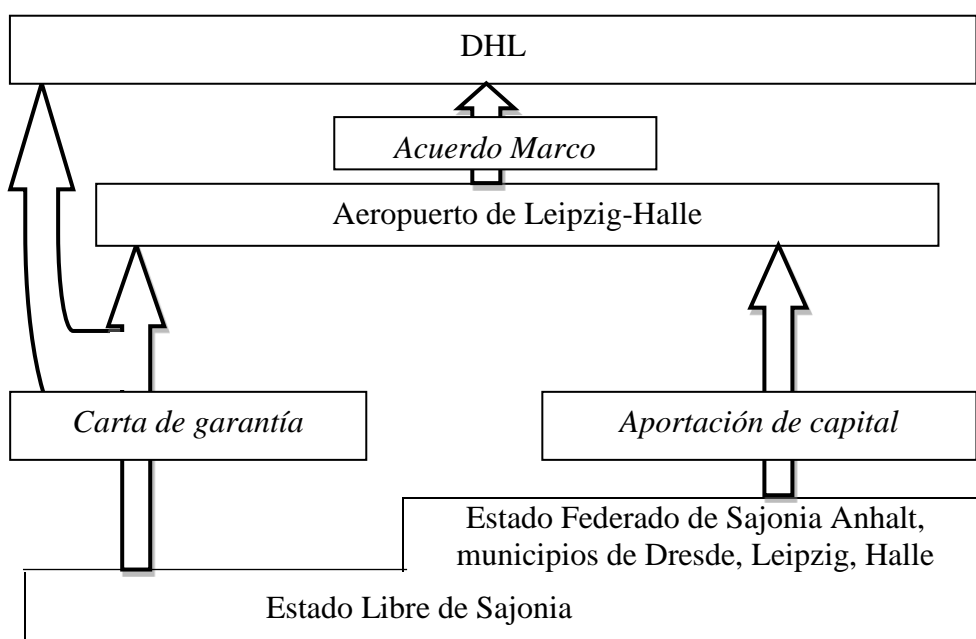


Fig. 4 Medidas notificadas a la Comisión Europea en el asunto *Leipzig-Halle*⁵⁰

Con anterioridad, la Comisión había aprobado en 2004, en una decisión independiente de la que analizamos, una subvención de 70,9 millones de euros por parte del Estado Libre de Sajonia a DHL para la construcción de su centro logístico en Leipzig.⁵¹ En 2008 también aprobó

⁵⁰ Véase Decisión del 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, fig.2.

⁵¹ Decisión del 20.4.2004, nº N 608/2003, *Deutschland Luftlogistikzentrum von DHL Airways GmbH in Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin. La ayuda se aprobó como compatible con el mercado interior de acuerdo con las *Directrices multisectoriales sobre ayudas regionales*

ayudas a la formación también en favor DHL por un importe de 1.578.109 euros, obligando la Comisión a reducir la cuantía que las autoridades pretendían transferir inicialmente a DHL en más de 6 millones de euros.⁵²

1.3. Procedimiento ante la Comisión Europea

En base al artículo 3 del Reglamento de procedimiento en materia de ayudas de Estado,⁵³ corresponde al Representante Permanente del Estado miembro en cuestión notificar al Secretario General de la Comisión cualquier nueva ayuda de estado que se planea conceder en su territorio, con independencia de cuál sea la administración – nacional, regional o local – que esté en el origen de la ayuda.⁵⁴

a grandes proyectos de inversión (OJ C 107, 7.4.1998, p.7) actualmente derogadas. El coste total del centro logístico alcanzó 253 millones de euros.

⁵² Decisión de 2 de julio de 2008, n° C 18/07 (ex N 874/06), State aid planned by Germany for training by DHL at Leipzig-Halle, C (2008) 3178 final. La reducción se produjo por carecer la ayuda de un efecto incentivador para que el beneficiario aumentara sus actividades de formación, puesto que éstas se producirían de igual manera en ausencia de ayuda. Esta Decisión fue recurrida por el Estado Libre de Sajonia y el Estado Federado de Sajonia-Anhalt y confirmada tanto por el Tribunal General (Sentencia de 8 de julio de 2010 en el asunto T-396/08, *Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt c/ Comisión*, [2010] Rec.p.II-141) como por el Tribunal de Justicia de la UE (Sentencia de 21 de julio de 2011 en el asunto C-459/10 P, *Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt c/ Comisión* [2011] Rec.p.109.)

⁵³ Reglamento de la Comisión por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) No 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, D.O.U.E. n° L 140, 30.04.2004, pp. 1–134

⁵⁴ El procedimiento de examen de las ayudas de Estado por la Comisión Europea tiene una naturaleza puramente bilateral, entre la Comisión misma y la administración central del Estado miembro. Toda comunicación oficial – y en particular la notificación de toda nueva ayuda – ha de realizarse por la Administración central: “ningún tercero, incluidas las entidades territoriales, puede [...] reprochar a la Comisión que el procedimiento administrativo sobre una ayuda no notificada se desarrolle principalmente entre ella y el Estado miembro interesado. Si la Administración central de un Estado miembro no ha cumplido su obligación de notificación, en detrimento de las entidades territoriales o del beneficiario de una ayuda concedida por éstas, tales circunstancias constituyen un problema interno de las partes, que no puede ser imputado a la Comisión. Si se adoptara otra solución,

Fue, por tanto, la República Federal Alemana la que notificó a la Comisión Europea, el 5 de abril de 2006, las medidas referidas anteriormente – la aportación de capital, el acuerdo marco y la carta de garantía.

El Reglamento de Procedimiento establece que “*si, tras un examen previo, la Comisión comprueba que la medida notificada plantea dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el [...] procedimiento de investigación formal*”.⁵⁵

Si no existen estas dudas, la Comisión cerrará el caso en la fase de investigación preliminar mediante una decisión por la que declarará que la medida no constituye una ayuda de Estado, o bien, emitirá una *decisión de no formular objeciones* si la medida no plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común.⁵⁶

Cualquiera de estas decisiones ha de tomarse en un plazo de dos meses desde la recepción de toda la información necesaria para que la Comisión pueda emitir una decisión sobre la medida notificada.⁵⁷

se impediría, o se dificultaría injustificadamente, el cumplimiento por la Comisión de su misión de velar por el respeto de los artículos [107 y 108 TFUE]”. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 29 de marzo de 2007, en el asunto T-369/00, Département du Loiret, ECR 2007 II-00851, párrafo 58.

⁵⁵ Art.4.4 Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, D.O. L 083 de 27/03/1999 pp. 0001 – 0009

⁵⁶ *Ibíd.*, arts.4.2 y 4.3 respectivamente. La experiencia del autor indica que la Comisión Europea parece haberse arrogado el derecho de adoptar un cuarto tipo de decisión, el “cierre de la investigación sin adoptar una decisión” (“*Accordingly, in the light of the information in the possession of the Commission the investigation was closed without taking a decision*”). Esta práctica, que el autor desconoce si está muy extendida o no, ha de considerarse necesariamente como ilegal. Los tipos de decisiones expuestos en el art.4 del Reglamento de Procedimiento han de considerarse como un *numerus clausus*.

⁵⁷ Artículo 4.5 Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, D.O. L 083 de 27/03/1999 pp. 0001 – 0009

Según el Reglamento de procedimiento, las decisiones de incoación del procedimiento de investigación formal comprenden un “examen previo” –que en rigor debería denominarse preliminar⁵⁸– de la Comisión que resume las principales cuestiones de hecho y de derecho y una valoración “inicial” – preliminar – sobre el carácter de ayuda de la medida propuesta y las dudas sobre su compatibilidad con el mercado común.⁵⁹

Durante el procedimiento de investigación formal, la Comisión examina nuevamente la medida tomando en cuenta las observaciones recibidas sobre su decisión de incoación por el Estado miembro y por los demás interesados (generalmente el beneficiario de la ayuda y competidores del mismo). Este examen resulta en una segunda decisión –de conclusión del procedimiento de investigación formal– que pone fin al procedimiento de examen de la ayuda de Estado ante la Comisión Europea, a expensas de una potencial anulación posterior de la decisión por los Tribunales de la UE, que obligaría a la Comisión a reabrir el caso y dictar una nueva decisión.

El procedimiento de investigación formal puede concluir con una decisión de ausencia de ayuda estatal, si la medida no reúne las cuatro condiciones que la definen a éstas según el artículo 107.1 TFUE. La decisión en este caso puede ser, o bien una *decisión positiva* –si la Comisión entiende

⁵⁸ La versión en español del Reglamento de Procedimiento habla de examen “previo”. Si bien el examen es, efectivamente, previo al examen que se realiza en el marco del procedimiento de investigación formal, se trata sobre todo de un examen preliminar, en que la Comisión expresa una opinión provisional sobre la medida, que será examinada con más información durante la investigación formal para determinar su opinión definitiva sobre la medida. De hecho, en otros idiomas sí se emplea el término preliminar, y no previo: *preliminary* en inglés, *préliminaire* en francés, *vorläufig* en alemán o *wstępny* en polaco. El término “previo” lleva además a equívoco, ya que el examen puede producirse con posterioridad a la ejecución de la medida examinada, en cuyo caso la medida será considerada “ilegal” a efectos del procedimiento de control de las ayudas de Estado.

⁵⁹ Arts. 6 y 7 Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, D.O. L 083 de 27/03/1999 pp. 0001 - 0009

que la medida, aun siendo constitutiva de una ayuda de Estado, es compatible con el mercado común en base a alguna de las excepciones previstas en el Tratado⁶⁰–, o bien una *decisión negativa*, si la conclusión de la investigación es que la ayuda no es compatible con el mercado común.

En este último caso, la Comisión decidirá que no se ejecute la decisión de concesión de la ayuda. Si ésta ya se hubiese ejecutado contraviniendo la obligación de paralización de la ejecución de la ayuda hasta que sea aprobada por la Comisión, prevista en el propio artículo 108.3 TFUE, ésta ordenará que se recupere incluyendo los intereses devengados durante el tiempo que el beneficiario disfrutó ilegalmente de la ayuda.⁶¹

En el caso que nos ocupa, la Comisión decidió, al término del procedimiento de investigación preliminar, abrir el procedimiento de investigación formal, cerrándolo a través de una decisión positiva.

La primera fase de la investigación, la fase preliminar, finalizó mediante la adopción el 22 de noviembre de 2006 de la decisión de abrir la investigación formal del caso.⁶²

⁶⁰ Existe un cuarto tipo de decisión, previsto en el apartado tercero del artículo 7, denominada “decisión condicional”, que puede considerarse un tipo particular de las decisiones positivas: “La Comisión podrá disponer que su decisión positiva vaya acompañada de condiciones para que la ayuda pueda considerarse compatible con el mercado común y establecer obligaciones que le permitan controlar la observancia de dicha decisión”. Art.7.4 Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE

⁶¹ Art.7 Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE

⁶² Decisión del 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle* , C(2004)1347fin

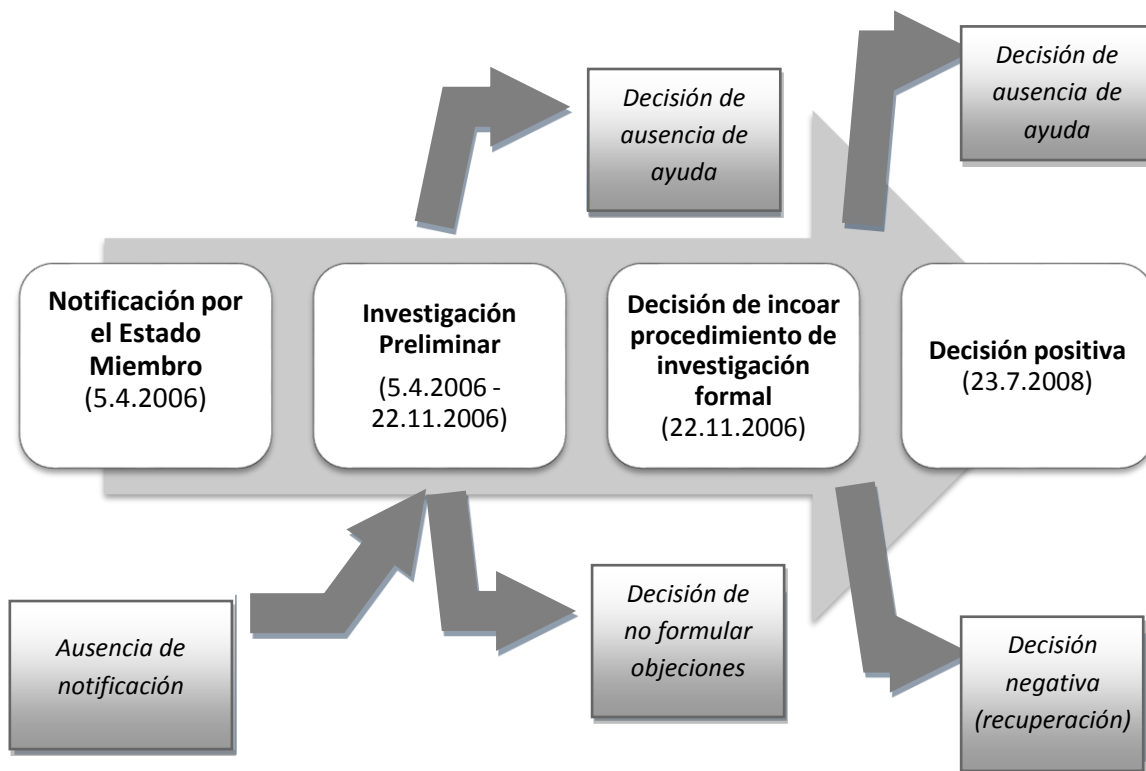


Fig. 5 Esquema de los tipos de procedimiento de análisis de las ayudas de Estado. La flecha central señala el procedimiento seguido en el caso Leipzig-Halle respecto a la ayuda concedida al aeropuerto de Leipzig Halle.

1.3.1. La investigación preliminar de la Comisión Europea

En esta primera decisión, la Comisión estableció, de manera preliminar, que existía una transferencia de recursos estatales en favor de DHL y del aeropuerto de Leipzig-Halle, y que las decisiones de conceder estos recursos eran imputables a las autoridades públicas, ya que fue el Consejo de Vigilancia de MFAG, compuesto mayoritariamente por

representantes de las distintas administraciones públicas,⁶³ el que autorizó la conclusión del Acuerdo marco y fue el ministro de finanzas del Estado Libre de Sajonia el que firmó la Carta de garantía en 2005. Con ella se encontraría satisfecha la primera condición de existencia de una ayuda de Estado en favor de DHL y del aeropuerto de Leipzig-Halle de acuerdo con el artículo 107.1 TFUE.

A continuación, en relación a la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE, la Comisión consideró que la ayuda distorsionaba la competencia y afectaba al comercio entre los Estados miembros tanto en lo que se refiere a la ventaja obtenida por DHL como en relación a la financiación acordada al aeropuerto de Leipzig-Halle.

La Comisión se enfrentó a mayores dificultades a la hora de justificar el cumplimiento de la segunda condición del artículo 107.1 TFUE: la concesión de una ventaja en favor de una empresa. Este requisito se cumplirá únicamente si la actividad beneficia a una empresa, para lo que la entidad beneficiaria deberá realizar actividades económicas, definidas como la oferta de un bien o servicio a cambio de un precio.⁶⁴

La Decisión se refirió en este contexto a las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005,⁶⁵ cuyas disposiciones, de acuerdo con la Comisión, claramente indican que la operación de un aeropuerto es una actividad económica a la que se aplican las normas sobre ayudas de Estado.⁶⁶

⁶³ Representantes de los ministerios de Sajonia y Sajonia-Anhalt, ayuntamientos de Leipzig, Dresde y Halle. Ver Decisión del 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, apartado 41.

⁶⁴ Véase infra Capítulo 3.

⁶⁵ Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, OJ C 312, 09.12.2005, pp. 1–14

⁶⁶ State aid No C 48/2006 (ex N 227/2006) – Germany DHL – Leipzig-Halle Airport, apartado 45. La Comisión Europea fusionó en esta decisión preliminar, de manera muy

En concreto, la Comisión se remitió al apartado de las Directrices en que se trae a colación la jurisprudencia *Aéroports de Paris*.⁶⁷

Como veremos más en detalle en el tercer capítulo de este trabajo, el Tribunal de Primera Instancia estableció en este asunto –y el Tribunal de Justicia lo confirmaría posteriormente– una distinción entre las actividades puramente administrativas del operador aeroportuario, en particular las funciones de policía, y las actividades de gestión y explotación de los aeropuertos de París, remuneradas mediante tasas comerciales.

La gestión de las infraestructuras aeroportuarias no puede calificarse de actividad de policía, ni participa ni es indisociable del ejercicio de las prerrogativas de poder público. En consecuencia, permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias por parte de las compañías aéreas y de los distintos agentes de servicios, a cambio del pago de una tasa con un tipo fijado libremente por el operador aeroportuario, constituiría una actividad de carácter económico.⁶⁸

La decisión *Aéroports de Paris*, pronunciada en un caso relativo a un abuso de posición dominante, serviría, primero a la Comisión Europea, y luego a los Tribunales de la UE, como resorte para ampliar y, perfeccionar la aplicación de las normas de la UE sobre control de las ayudas de Estado a la financiación de infraestructuras.

heterodoxa, la condición relativa a la naturaleza empresarial del beneficiario con la condición de distorsión de la competencia. Véanse apartados 44 a 46.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2000, en el asunto T-128/98, *Aéroports de Paris*, [2000] Rec.p.II-3929, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2002 en el asunto C-82/01P, *Aéroports de Paris* [2002] Rec.p. I-9297, apartados 75 a 79.

⁶⁸ *Ibíd.*, apartado 36.

La calificación como actividad económica de la construcción y operación de la infraestructura se mostraría a posteriori como el elemento más relevante de este caso. No obstante, inicialmente este punto recibió una atención mínima por parte de la Comisión Europea: en la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal no hizo más que una breve remisión a las mencionadas Directrices, calificando como “clara” la calificación como actividad económica de la operación de un aeropuerto. Y esta breve mención ni tan siquiera se encuadró en un apartado propio dedicado a la calificación del beneficiario como empresa a efectos del sistema de control de las ayudas de Estado o a la existencia de una ventaja selectiva, sino que figura de manera conjunta con el muy somero análisis del efecto de la medida sobre el comercio intracomunitario y sus consecuencias distorsionadoras de la competencia.⁶⁹

La Decisión se centró no obstante con detenimiento en el análisis de la segunda condición determinante de la existencia de una ayuda de Estado: el otorgamiento de una ventaja selectiva a los potenciales beneficiarios de las tres medidas notificadas.

Respecto al otorgamiento de la carta de garantía, la Comisión expresó en esta primera decisión sus dudas sobre que hubiese cumplido con la Comunicación relativa a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía,⁷⁰ lo que implicaría que las autoridades públicas no habrían actuado

⁶⁹ Decisión del 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, apartados 44 a 46.

⁷⁰ En la Decisión se aplicó la versión de la Comunicación publicada en el año 2000, *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE* (actuales artículos 107 y 108 TFUE) *a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía* 2000/C 71/14, que fue sustituida en el año 2008 (2008/C 155/02)

como un *operador privado* concediendo así una ventaja selectiva a los beneficiarios de la misma; el aeropuerto de Leipzig-Halle y DHL.⁷¹

En cuanto al Acuerdo marco, la conclusión preliminar fue que, al firmar el mismo, el aeropuerto de Leipzig-Halle, cuyas acciones la Comisión consideró implícitamente imputables al Estado, tampoco había actuado como lo habría hecho una *empresa privada*,⁷² por lo que habría otorgado una ventaja a la otra parte en el acuerdo, DHL.

En este punto, la Comisión introdujo argumentos destinados a contradecir una posible alegación en el sentido de que la construcción de la pista no constituiría una actividad económica— punto que, como ya hemos señalado, sería a la postre el más polémico de su decisión.

La calificación como actividad económica contradecía las líneas directrices de 1994 sobre ayudas estatales en el sector de la aviación,⁷³ completadas en 2005 por las ya mencionadas Directrices sobre financiación de aeropuertos. En las Directrices de 1994, la Comisión afirmó que “[l]a construcción o ampliación de proyectos de infraestructura (como aeropuertos, autopistas, puentes, etc.) constituye una **medida general de política económica que escapa al control de las reglas del Tratado sobre las ayudas estatales**. Las decisiones relativas al desarrollo de infraestructuras quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Comunicación en la medida en que éstas se destinan a atender necesidades de planificación o a

⁷¹ Decisión del 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, apartados 44 a 46. La referencia al “operador privado” (*private operator*) ha de entenderse como una alusión a un *operador en una economía de mercado*. Véase infra Capítulo 3.

⁷² *Ibid.*, apartados 54 y ss. La referencia correcta debería haber sido la de un “inversor que opere en condiciones normales de una economía de mercado”.

⁷³ *Líneas directrices sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Acuerdo EEE* (actuales artículos 107 y 108 TFUE) a las Ayudas Estatales en el sector de la aviación D.O. C 350/5, 10.12.1994.

la aplicación de políticas nacionales de transporte y medio ambiente. Este principio general solamente es válido para la construcción de infraestructuras por los Estados miembros, sin perjuicio de la evaluación de posibles elementos de ayuda que se deriven del trato preferencial otorgado a determinadas compañías por el usufructo de infraestructuras.”⁷⁴ [énfasis añadido por el autor].

La Comisión expresó, sin embargo, dudas acerca de la utilidad pública general de la construcción de la pista sur del aeropuerto Leipzig-Halle por el tratamiento preferencial que se otorgaba a DHL. De acuerdo con la Comisión, la construcción, financiación y operación de la infraestructura de uso exclusivo, la pista sur, debería considerarse una operación comercial entre el propietario de la infraestructura y el usuario, y no una medida general de política económica, como había declarado en la Directrices de 1994.

Bajo esta premisa, la Comisión analizó si las remuneraciones a cargo de DHL en contrapartida por el uso de la nueva pista –tasas aeroportuarias y pagos de arrendamientos– cubrirían al menos los costes marginales y una aportación adecuada a los costes fijos de las instalaciones existentes, así como una remuneración apropiada al capital empleado, que reflejara el riesgo asumido en el Acuerdo marco.⁷⁵ Sólo si así fuera podría descartarse el otorgamiento de una ventaja selectiva a DHL.

En base a los estudios y previsiones proporcionados por las autoridades alemanas, la Comisión concluyó en su decisión de apertura del procedimiento de investigación formal que el incremento de ingresos propiciado por la entrada en funcionamiento de la nueva pista sur ni siquiera

⁷⁴ *Ibíd.*, apartado II.3..

⁷⁵ Decisión de 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, apartados 62 y ss.

cubriría sus costes marginales de inversión, provocando pérdidas en el flujo de tesorería. En el futuro, en opinión de la Comisión, el aeropuerto de Leipzig-Halle tampoco parecía que fuera a alcanzar el denominado punto de equilibrio financiero, por lo que el aeropuerto sería una infraestructura deficitaria.⁷⁶

En cuanto a la aportación de capital realizada por los accionistas públicos en favor del aeropuerto de Leipzig-Halle, la Comisión nuevamente se refirió a las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005, a fin de constatar que las actividades de gestión y operación aeroportuarias constituían, con las excepciones mencionadas anteriormente, relativas al ejercicio de prerrogativas de poder público, una actividad económica y que como tal su financiación estaba sujeta a las normas de la UE sobre control de las ayudas de Estado. En particular, “[d]esde el momento en que ejerza una actividad económica..., el gestor del aeropuerto deberá financiar con sus propios medios los costes de utilización o construcción de las infraestructuras que gestione. En consecuencia, si un Estado miembro (incluidos sus niveles regionales y locales), le aporta tales infraestructuras sin actuar como inversor privado ni percibir contrapartida económica adecuada, o bien si le concede subvenciones públicas destinadas a financiar infraestructuras, ello puede entrañar una ventaja económica para dicho

⁷⁶ A ello se sumaba, en primer lugar, que los cálculos de las autoridades alemanas relativos al flujo de tesorería no habían tomado en cuenta adecuadamente los riesgos comerciales propios del sector de la aviación (posibles amenazas terroristas, incertidumbres sobre el precio del petróleo, etc.) y los riesgos asociados a los compromisos asumidos por el aeropuerto de Leipzig mencionados anteriormente, que disminuían aún más la rentabilidad prevista del aeropuerto. Y, en segundo lugar, que los contratos de arrendamiento concluidos entre el aeropuerto y DHL no eran acordes a las condiciones generales del mercado, procurando una ventaja adicional a DHL. *Ibíd.*, apartados 75 a 78.

gestor en detrimento de sus competidores, la cual debe ser notificada y examinada con arreglo a la normativa sobre ayudas estatales".⁷⁷

La conclusión a la que llegó la Comisión fue que la inversión en forma de ampliación de capital, destinada a la construcción de la pista sur no alcanzaba la rentabilidad exigible a este tipo de operación,⁷⁸ concediendo una ventaja directa al aeropuerto de Leipzig-Halle.

En consecuencia, a juicio de la Comisión las tres medidas notificadas cumplían las condiciones contenidas en el actual art. 107.1 TFUE y debían ser consideradas como ayudas de Estado.

En cuanto a la compatibilidad de la ayuda –cuestión que tan solo nos interesa tangencialmente– la Comisión estimó que DHL ya había recibido el importe máximo de ayuda regional admisible para cofinanciar sus inversiones, por lo que las ayudas adicionales concedidas a través de las medidas notificadas debían considerarse incompatibles con el mercado interior.⁷⁹

Tampoco las ayudas de Estado concedidas al aeropuerto de Leipzig-Halle fueron consideradas, *prima facie*, compatibles con el mercado interior por la Comisión Europea. El examen de compatibilidad la Comisión se basó en las indicaciones que figuran en las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005: para ser compatible con el mercado interior, y poder ser aprobada, la construcción y operación de la infraestructura financiada con ayudas de Estado debe perseguir un objetivo claramente definido de interés

⁷⁷ Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, OJ C 312, 09.12.2005, pp. 1–14, apartado 57.

⁷⁸ Decisión de 22.11.2006, n° C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, apartados 80 a 89.

⁷⁹ *Ibíd.*, apartado 91.

general, como pueda ser el desarrollo regional, favorecer la accesibilidad al área de atracción, etc. Además, la infraestructura ha de ser necesaria y proporcionada al objetivo fijado y ofrecer perspectivas de utilización satisfactorias a medio plazo. Por último, el acceso al uso de la infraestructura ha de garantizarse a todos los usuarios potenciales en condiciones de igualdad y sin incurrir en discriminaciones y el desarrollo del comercio no ha de verse afectado de manera contraria al interés de la UE.⁸⁰ La Comisión consideró en la decisión de apertura del procedimiento de investigación formal que no disponía de suficiente información para considerar que estas exigencias se cumplían en el caso de la financiación del aeropuerto de Leipzig-Halle, y que, en todo caso, la información parcial de la que disponía apuntaba a que éstas no se cumplían.⁸¹

⁸⁰ Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales, OJ C 312, 09.12.2005, pp. 1–14, apartado 61

⁸¹ Decisión de 22.11.2006, nº C 48/2006 (ex N 227/2006), *Germany DHL-Leipzig/Halle*, C(2004)1347fin, apartados 98 a 119

1.3.2. El procedimiento de investigación formal de la Comisión Europea

Tras comunicar la Comisión el 23 de noviembre de 2006 su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal del actual artículo 108.2 TFUE, las autoridades alemanas respondieron el 23 de febrero de 2007 a sus conclusiones preliminares. El 16 de mayo de 2007 la Comisión reenvió a Alemania los comentarios recibidos de parte de diecisiete compañías y asociaciones interesadas en el procedimiento.⁸² A lo largo del año siguiente se celebraron diversas reuniones entre las partes en el procedimiento, enviando además las autoridades alemanas informaciones adicionales a la Comisión.

La discusión respecto a la ayuda concedida al aeropuerto de Leipzig-Halle se centró más claramente, ahora ya sí, en el carácter económico o no de las actividades de construcción y explotación de infraestructuras aeroportuarias regionales.

Las autoridades alemanas alegaron que *“la inversión en infraestructuras no es una actividad económica sino una medida de política regional y económica. En este contexto, los aeropuertos no [serían] ‘empresas’ en el sentido de lo dispuesto en el artículo [107.1 TFUE]”*.⁸³ En particular, las autoridades nacionales disputaron la aplicación de la sentencia *Aéroports de Paris* y las conclusiones derivadas de la misma por la Comisión.

⁸² *Ibíd.*, apartados 99 a 161. Es digno de mención el hecho de que las diecisiete compañías, entidades y administraciones interesadas – incluidas algunas competidoras de DHL – defendieron la financiación de la nueva pista de aterrizaje con diversos argumentos, en la mayoría de los casos – a juzgar por los resúmenes de las alegaciones contenidos en la decisión de la Comisión Europea – con argumentos más políticos que jurídicos.

⁸³ *Ibíd.*, apartado 40.

Recordemos que esta jurisprudencia estableció la distinción entre actividades puramente administrativas de los operadores aeroportuarios, que no se considerarían actividades económicas, y las demás actividades de gestión y explotación de los aeropuertos, considerando a estas últimas como actividades económicas. Recordemos también que esta decisión se adoptó en un ámbito distinto al del control de las ayudas de Estado, como es el del control de las situaciones de abuso de posición dominante, que la Comisión traspuso al ámbito de las ayudas de Estado.

Las Directrices de 2005 sobre la financiación de aeropuertos, habían retomado esta distinción entre los dos tipos de actividades –económicas y no económicas– aplicando los mismos criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia.

Alemania reclamó, en primer lugar, que por razones de seguridad jurídica no se aplicaran las Directrices de 2005 sobre financiación de aeropuertos, que se aprobaron con posterioridad a la decisión de financiar la pista sur del aeropuerto de Leipzig-Halle, sino las Directrices de 1994 sobre Ayudas Estatales en el sector de la aviación. Éstas calificaban las actividades de construcción o ampliación de proyectos de infraestructura, tales como aeropuertos, como medidas generales de política económica, que no podían ser controladas por la Comisión al amparo de las normas sobre ayudas de Estado.⁸⁴

En segundo lugar, las autoridades alemanas llamaron la atención de la Comisión sobre el hecho de que la sentencia *Aéroports de Paris* se refería al control de los abusos de posición dominante y a la explotación de un aeropuerto y no, como sucedía en el caso Leipzig-Halle, a la aplicación de las

⁸⁴ *Ibíd.*, apartado 12.

normas sobre ayudas de Estado a la construcción de una *infraestructura de acceso público*, como es una pista de aterrizaje.

En sus alegaciones, el Estado alemán quiso subrayar también la diferencia entre grandes aeropuertos internacionales y un aeropuerto regional, cuyas situaciones económicas difieren notablemente,⁸⁵ y por lo tanto sus actividades no debían someterse a un mismo análisis.

Alternativamente, en caso de que la Comisión mantuviera su opinión sobre el carácter económico de las actividades de construcción y operación de la infraestructura aeroportuaria, las autoridades alemanas alegaron que el comportamiento de los accionistas se compadecía con el principio del inversor privado en una economía de mercado, lo que excluiría que se hubiese concedido una ventaja al operador del aeropuerto.⁸⁶ Al margen de ello, la financiación de partes de la infraestructura dedicadas al ejercicio de sus prerrogativas de poder público (seguridad, control de tráfico aéreo, policía, aduanas, navegación aérea, etc.) no debían ser tomadas en cuenta por la Comisión a la hora de valorar si la financiación de la pista sur era una actuación propia de un inversor privado actuando en una economía de

⁸⁵ “[E]s bien sabido que la financiación privada no es una alternativa viable a la inversión pública cuando se trata de infraestructuras aeroportuarias regionales” *Ibíd.*, apartado 41.

⁸⁶ Las autoridades alemanas también tratarían de justificar como un comportamiento acorde al principio del inversor privado en una economía de mercado la firma del Acuerdo marco, la Carta de garantía y los contratos de arrendamiento y de establecimiento de tasas aeroportuarias. En todos los casos las autoridades alemanas consideraron que la comparación idónea para juzgar si la actuación del aeropuerto de Leipzig-Halle y de sus accionistas se compadecía con el principio del inversor privado en una economía de mercado era entre la situación existente tras la firma del Acuerdo marco y la situación en que DHL no se trasladaba al aeropuerto de Leipzig-Halle tras la construcción de la pista sur. Respecto al Acuerdo marco, las autoridades alemanas concluyeron que celebrarlo conllevaba una mayor ventaja económica que no hacerlo y que, por tanto, cualquier inversor privado habría celebrado el Acuerdo marco con DHL, por lo que éste no implicaría la concesión de ninguna ayuda de Estado.

mercado, pues quedaban en todo caso al margen de las normas sobre control de las ayudas de Estado.⁸⁷

Por último, en previsión de que la Comisión pudiera no acoger tampoco la tesis del comportamiento propio de un inversor privado en una economía de mercado, las autoridades alemanas alegaron que, en todo caso, si considerara que la medida constituía una ayuda de Estado, debería aprobarla como una ayuda compatible con el mercado interior.⁸⁸ DHL además, no se beneficiaría en exclusiva de la nueva pista y la medida tampoco afectaría negativamente al comercio en la UE, ya que las capacidades en el mercado del transporte de carga por vía aérea, especialmente en el sector urgente, eran muy escasas en toda Europa.⁸⁹

La Comisión respondería a estas alegaciones en primer lugar analizando de nuevo la calificación como ayuda de Estado de las medidas notificadas. Respecto a la aportación de capital al aeropuerto de Leipzig-Halle, la primera cuestión tratada por la Comisión en su decisión fue la de dirimir si el aeropuerto de Leipzig-Halle constituía una empresa a efectos del

⁸⁷ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle C48/06 (ex N 227/06), apartados 48 a 69

⁸⁸ “[L]a construcción de la nueva pista sur mejorará la integración de los sistemas nacionales e internacionales de transporte y aportará beneficios económicos a la región. Algunas empresas internacionales, usuarias de servicios de transporte urgente para distribuir sus productos, ya se han instalado en la región de Halle/Leipzig...Las autoridades alemanas citan un análisis realizado por el profesor Dr. Jünemann, que prevé que solo el centro de operaciones de DHL de Leipzig/Halle generará unos 3 500 puestos de trabajo directos y unos 7 000 indirectos una vez que finalicen los trabajos de adecuación del aeropuerto. La mayoría de estos puestos de trabajo procederán de empresas especializadas que se instalarán en la región por la existencia del centro de operaciones.”

“Un estudio realizado por la Ciudad de Leipzig, la Cámara de Comercio e Industria y el Centro de Transporte de Mercancías muestra, en su opinión, que el centro de Alemania y la región de Leipzig podrían beneficiarse de la creación de 100 000 puestos de trabajo en el sector logístico”. *Ibíd.*, apartados 71 y 120. Al margen de ello, la nueva pista sur ofrecía importantes ventajas medioambientales y para el tráfico aéreo, derivada estas últimas en particular por la reorientación, en paralelo a la pista norte, de la pista sur “condición indispensable para el funcionamiento de un aeropuerto de carga moderno”.

⁸⁹ *Ibíd.*, apartados 83 y 84.

artículo 107.1 TFUE y, consiguientemente, si se le podían aplicar las medidas sobre control de las ayudas de Estado.

Vemos por tanto que, al contrario que en la decisión preliminar, en esta segunda decisión la Comisión analizó la naturaleza económica de las actividades en primer lugar y en un apartado propio de la Decisión, y no como parte del análisis de la ventaja obtenida por los beneficiarios de la medida, asunto que sería examinado posteriormente de manera independiente.

La segunda decisión también siguió un análisis más ortodoxo y sistemático, comenzando por citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que establece el criterio para identificar una actividad económica y calificar a la entidad que la realiza como empresa a efectos del control de las ayudas de Estado.⁹⁰

A continuación, la Comisión dedicó varios párrafos a describir la evolución del sector aeroportuario europeo y el surgimiento de la competencia entre los aeropuertos regionales de la mano de la liberalización del mercado de los servicios de transporte aéreo. La conclusión que alcanzó la Comisión fue que “[y]a no se puede considerar que la gestión y la explotación de aeropuertos sea una tarea llevada a cabo por una administración pública que en principio queda al margen del ámbito de control de las ayudas estatales”.⁹¹

⁹⁰ “En primer lugar, se ha de señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada, el concepto de empresa abarca a toda entidad que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma jurídica y de su forma de financiación; constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. En lo tocante a la existencia de ayudas estatales, lo esencial es saber si el beneficiario ejerce o no una actividad económica”. *Ibíd.*, apartado 167.

⁹¹ *Ibíd.*, apartado 172.

Esta evolución permitiría extender a los aeropuertos regionales la consideración de actividad económica de la explotación de los aeropuertos, declarada respecto a los grandes aeropuertos internacionales en el asunto *Aéroports de Paris*.⁹²

Para contrarrestar las alegaciones de las autoridades alemanas sobre una posible vulneración del principio de seguridad jurídica por aplicar las Directrices de 2005 a una ayuda anterior a esa fecha, la Comisión consideró que desde la decisión en el asunto *Aéroports de Paris* no cabía pretender que la gestión y explotación de un aeropuerto quedaban *per se* excluidas del ámbito de aplicación de las normas de control de las ayudas de Estado.

La conclusión fundamental a la que llegó la Comisión fue que “*la infraestructura objeto de la... Decisión [era] explotada comercialmente por el operador aeroportuario, por lo que se trata[ba] de infraestructura utilizable con fines comerciales. El operador aeroportuario aplicar[ía] tasas a los usuarios por el disfrute de la infraestructura, es decir, que no podr[ía] ser utilizada de forma gratuita en interés común*”⁹³, por lo que su explotación constituía una actividad económica y, consecuentemente, el operador de la infraestructura era una empresa en el sentido del artículo 107.1 TFUE.

La Decisión dio empero la razón a las autoridades alemanas respecto las actividades vinculadas al “*ejercicio de sus prerrogativas como poder público [que] no son de carácter económico ni entran en el ámbito de*

⁹² “[L]os operadores aeroportuarios ejercen en principio una actividad económica en el sentido del artículo [107.1 TFUE] a la que se aplican las normas sobre ayudas estatales. Habida cuenta de la evolución actual del sector, la Comisión ha generalizado este enfoque a todos los tipos de aeropuertos, sin olvidar los más pequeños (como el que es objeto de análisis en la presente Decisión) en sus Directrices adoptadas en 2005.” *Ibíd.*, apartados 173 y 174.

⁹³*Ibíd.*, apartado 177

*aplicación de la normativa sobre ayudas estatales*⁹⁴ y que en consecuencia pueden ser financiadas por fondos públicos sin que les afecten las normas sobre control de ayudas de Estado: “*estos costes corresponden a las funciones de seguridad y policía, las medidas de lucha contra incendios y seguridad pública, seguridad operativa, el Servicio Meteorológico alemán y el Control del tráfico aéreo*”.⁹⁵ La Comisión, sin embargo, incluyó los gastos en estas partes de la infraestructura al calcular el importe total de la ayuda de Estado, error que como veremos corrigieron los Tribunales anulando, exclusivamente, esta parte de la Decisión.

Seguidamente la Comisión examinó el cumplimiento de la primera condición impuesta por el artículo 107.1 TFUE para calificar una medida como ayuda de Estado; su financiación mediante fondos estatales. Esta exigencia no planteó dificultades, puesto que la matriz que realizó la aportación de capital al aeropuerto de Leipzig-Halle era una entidad pública, al igual que sus accionistas. Asimismo, la mayoría de los miembros del Consejo de Supervisión de la matriz eran representantes de las administraciones públicas accionistas, por lo que la decisión era imputable al Estado.⁹⁶

En relación a la concesión de una ventaja al beneficiario, que constituye la segunda condición definitoria de la existencia de las ayudas de Estado, la decisión examinó si la aportación de capital se había realizado en circunstancias “*que se correspond[ían] con las condiciones normales de mercado*”⁹⁷, en cuyo caso se debería descartar la concesión de una ayuda y, consecuentemente, la calificación de la medida como ayuda de Estado. Las

⁹⁴ *Ibíd.*, apartado 179

⁹⁵ *Ibíd.*, apartado 182

⁹⁶ *Ibíd.*, apartados 185 y 186

⁹⁷ *Ibíd.*, apartados 185 y 189

condiciones normales de mercado exigen que la actuación examinada esté regida, como criterio exclusivo, por la obtención de rentabilidad de la aportación de capital en un plazo adecuado, que puede ser a largo plazo.⁹⁸

Las autoridades alemanas cuestionaron la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado,⁹⁹ pese a alegar subsidiariamente que lo cumplían, lo cual puede parecer contradictorio, pero es una práctica habitual. En su opinión, este principio no era aplicable a las infraestructuras de transportes porque no hay inversores privados con los que comparar la actuación de las autoridades en este sector, en particular si se han de realizar cuantiosas inversiones en su renovación.

La Comisión rebatió esta opinión alegando que el principio del inversor privado no puede dejar de ser aplicado porque el sector privado no se implique en la financiación de las infraestructuras examinadas.¹⁰⁰ Este extremo además fue también puesto en duda por la Comisión,¹⁰¹ que curiosamente menciona como ejemplo de implicación –se entiende que exitosa– del capital privado en la construcción de aeropuerto al de Ciudad

⁹⁸ “[N]o se pueden considerar conformes con el principio del inversor privado en una economía de mercado los compromisos hechos por una empresa aeroportuaria si no se puede probar que llevarán a que la actividad del aeropuerto como tal genere beneficios razonables en un plazo adecuado. Es evidente que las posibles repercusiones económicas positivas sobre la economía de la región en la que se sitúa el aeropuerto no pueden tenerse en cuenta para evaluar si la intervención es una ayuda o no”. Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 2004, relativa a las ventajas concedidas por la Región de Valonia al aeropuerto de Bruselas Sur, Charleroi y a la compañía aérea Ryanair, C 516/04, Apartado 169. Citada por Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle C48/06 (ex N 227/06), apartado 202.

⁹⁹ Según parece indicar la primera decisión de la Comisión, la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado no fue cuestionado durante el procedimiento de investigación preliminar.

¹⁰⁰ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle C48/06 (ex N 227/06), apartado 193

¹⁰¹ *Ibíd.*, nota 38.

Real, en España.¹⁰² Con ello la Comisión Europea demuestra que, al menos en ocasiones, vive de espaldas a la realidad incluso en ámbitos en los que ha de ejercer competencias de control y supervisión.

Los cálculos de la Comisión mostraron que en el momento en que se decidió la reconstrucción de la pista sur¹⁰³ se preveía que esta medida generaría un flujo de tesorería para financiar instalaciones ya existentes inferior en entre 100 y 200 millones de euros en relación con una situación alternativa en que ni se reconstruyera ni se reorientara la pista. Por tanto, *“un inversor privado, incluso si opera[ra] dentro de un grupo encuadrado en un contexto económico más amplio, no podría haber esperado, en circunstancias normales de una economía de mercado, una rentabilidad aceptable del capital invertido en el caso que nos ocupa”*.¹⁰⁴

¹⁰² Este aeropuerto se construyó con objeto de descongestionar el aeropuerto de Barajas, a pesar de que estaba situado a 235 kilómetros de Madrid. Estaba participado en casi un 40% por Caja Castilla La Mancha en el momento en que entró en proceso de concurso de acreedores con una deuda estimada en 320 millones de euros. La mayor parte de esta cantidad se adeuda a los propietarios de los terrenos expropiados para la construcción, habiendo sido declarada la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha responsable subsidiaria. Actualmente el concurso se encuentra en fase de liquidación y los administradores concursales están encontrando serias dificultades a la hora de vender la infraestructura por menos de una décima parte de su coste de construcción.

http://politica.elpais.com/politica/2011/10/28/actualidad/1319834446_748594.html

http://www.infolibre.es/noticias/politica/2013/12/27/el_plazo_para_venta_del_aeropuerto_ciudad_real_cierra_sin_compradores_11606_1012.html

<http://www.europapress.es/castilla-lamancha/noticia-tsicm-hace-responsable-subsidiario-gobierno-regional-expropiaciones-aeropuerto-ciudad-real-20140613142826.html>

[Consultado el 7 de marzo de 2018]]

¹⁰³ “[P]ara analizar si el Estado ha adoptado la conducta de un inversor prudente que opera en una economía de mercado, es necesario ponerse en el contexto del período en el que se adoptaron las medidas de ayuda financiera para evaluar la racionalidad económica de la conducta del Estado y, por tanto, abstenerse de realizar cualquier evaluación basada en una situación posterior”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002 en el asunto C-482/99, *Francia c/Comisión (Stardust Marine)* [2002] Rec., p. I-4397, apartado 71.

¹⁰⁴ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle C48/06 (ex N 227/06), apartado 216

Esto se explica porque, como las propias autoridades alemanas reconocieron, la decisión no se guió por criterios de rentabilidad, sino por otros objetivos, como favorecer el desarrollo regional, aumentar la accesibilidad de la región, generar puestos de trabajo y mejoras en la protección del medio ambiente.¹⁰⁵ Estos objetivos pueden ser relevantes, y a la postre lo serían, a la hora de determinar la compatibilidad de la medida con el mercado interior, pero no a la hora de calificar la medida misma como ayuda de Estado ya que el artículo 107.1 TFUE “*no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos*”.¹⁰⁶

La Comisión continuó su análisis sobre la calificación de la medida como ayuda de Estado examinando la condición de especificidad. Al haberse destinado la ampliación de capital a una sola empresa, excluyendo de esa ventaja a los demás aeropuertos competidores del beneficiario, estamos ante una medida selectiva en el sentido de lo dispuesto en el artículo 107.1 TFUE.¹⁰⁷

Por último, la cuarta condición que extraen doctrina y jurisprudencia del TJUE de la definición de ayuda de Estado es el falseamiento de la competencia y la restricción del comercio entre los Estados miembros. La Comisión declaró en la decisión que la medida afectaba al mercado europeo de proveedores de servicios aeroportuarios,¹⁰⁸ sin necesidad de aportar ningún tipo de estudio o análisis de mercado en aras de justificar la dimensión

¹⁰⁵ *Ibíd.*, apartados 195 a 215.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974 en el asunto 173/73, *Italia c/Comisión*, [1974] Rec.p. II-323, apartado 27.

¹⁰⁷ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, *relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle* C48/06 (ex N 227/06), apartado 220.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, apartados 221 a 223.

transnacional del mismo o el efecto real de la medida examinada sobre ese mercado.

En consecuencia, la conclusión a la que llegó la Comisión fue, de nuevo, que la aportación de capital al aeropuerto de Leipzig-Halle constituía una ayuda de Estado.

A continuación, la Comisión examinó de nuevo las posibles ayudas en favor de DHL, analizando si la Carta de garantía y el Acuerdo marco constituían igualmente ayudas de Estado. La conclusión fue la misma que tras el examen preliminar: las medidas cumplían las cuatro condiciones del artículo 107.1 TFUE y, por tanto, se habían de calificar como ayudas de Estado en favor, en este caso, de DHL y del aeropuerto de Leipzig-Halle.

Tras examinar conjuntamente para ambas medidas las condiciones de la transferencia de fondos estatales –“*el Acuerdo marco y la Carta de garantía se financian mediante recursos públicos y las decisiones por las que se conceden son imputables a las autoridades públicas*”¹⁰⁹– y del falseamiento de la competencia y restricción del comercio entre los Estados miembros –“*es evidente que los servicios de transporte urgente constituyen un mercado en el que compiten empresas de diferentes Estados miembros. Toda ventaja económica que perciba DHL de las medidas públicas enumeradas reforzará su posición frente a sus competidoras en el mercado europeo de transporte urgente*”¹¹⁰– la Decisión analizó por separado respecto a cada una de las dos medidas la obtención de una ventaja económica por los beneficiarios.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, apartado 227.

¹¹⁰ *Ibíd.*, apartado 229.

El Acuerdo marco regulaba una serie de garantías en favor de DHL frente a posibles restricciones al acceso preferencial a la pista sur y a los vuelos nocturnos. Dado que el Acuerdo marco no preveía el abono de primas por las garantías ofrecidas a DHL, la única fuente de remuneración por la prestación de la garantía que percibiría el aeropuerto consistía en el aumento de su flujo de tesorería. Este aumento era sin embargo insuficiente para descartar que se hubiese otorgado una ventaja a DHL.

Por el contrario, ni el acuerdo marco sobre el arrendamiento por DHL de la plataforma de tráfico y otras zonas de asistencia en tierra y de determinadas parcelas, ni las normas relativas a las tasas aeroportuarias concedían a DHL ventaja alguna puesto que se habían concluido de acuerdo con las condiciones habituales aplicables a este tipo de operaciones en el mercado.¹¹¹ En consecuencia, no fue necesario analizar si estas medidas eran compatibles con el mercado interior, por no poder ser ni tan siquiera calificables como ayudas de Estado.

Por último, la carta de garantía por la que el Estado Libre de Sajonia se comprometía a aportar el capital suficiente al aeropuerto de Leipzig-Halle y a su matriz para cumplir los compromisos asumidos en el Acuerdo marco y a responder directamente de las solicitudes de indemnización por daños y perjuicios que sufriera DHL, otorgaba una ventaja a esta última. Al no haberse podido obtener la garantía en los mercados financieros ni dar lugar al pago de una prima al precio de mercado, la Comisión decidió que, efectivamente, la carta dotaba de una ventaja a DHL.

En definitiva, constituían ayudas de Estado tanto la aportación de capital en favor del aeropuerto de Leipzig-Halle, como las garantías otorgadas

¹¹¹ *Ibíd.*, apartados 231 a 248.

en el Acuerdo marco a DHL y en la Carta de garantía a DHL, al aeropuerto de Leipzig-Halle y a su matriz.

La segunda fase del examen de las ayudas de Estado –el de su compatibilidad con el mercado interior– se llevó a cabo de nuevo por separado en función del beneficiario.

Respecto a las ayudas concedidas en favor del aeropuerto de Leipzig-Halle, la Comisión realizó un somero análisis de compatibilidad¹¹² en base a los criterios generales establecidos en el denominado examen de ponderación (*balancing test*), desarrollado respecto a la financiación de los aeropuertos en las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005. La conclusión fue que la reforma del aeropuerto perseguía un objetivo de interés general, principalmente de desarrollo regional, era necesaria y proporcionada al objetivo fijado. Además, la infraestructura ofrecía perspectivas de utilización satisfactorias a medio plazo, estaba abierta a todos los usuarios potenciales en condiciones de igualdad y no discriminatorias y no afectaba al comercio de manera contraria al interés de la UE.¹¹³

También fue muy breve el análisis de compatibilidad de la ayuda recibida por DHL: la Comisión consideró que se trataba de una ayuda de funcionamiento, categoría opuesta a las ayudas a la inversión, prohibidas en principio de acuerdo con las Directrices sobre ayudas de estado de finalidad

¹¹² Especialmente escueto es el análisis de proporcionalidad de las ayudas prestadas al aeropuerto de Leipzig-Halle: la Comisión no examina, al menos explícitamente, si es proporcional la construcción de una segunda pista con las dimensiones en cuestión. Se conforma con establecer de manera un tanto genérica que la construcción de la nueva pista persigue un objetivo de interés general y que la reforma introducirá mejoras que faculten una utilización óptima de la misma. La proporcionalidad además debería haberse predicado de la ayuda, y no de la infraestructura como hizo la Comisión.

¹¹³ Decisión de la Comisión de 23 de julio de 2008, *relativa a las medidas concedidas por Alemania a DHL y al aeropuerto de Leipzig/Halle C48/06* (ex N 227/06), apartados 254 a 283

regional.¹¹⁴ Éstas serían aplicables a las ayudas de Estado recibidas por DHL al no poder identificarse otro objetivo de interés general que justificara la aplicación de otras normas de derecho indicativo o reglamentos, para examinar la compatibilidad de las ayudas con el mercado interior.

Por consiguiente, las ayudas concedidas a DHL a través del Acuerdo marco y la Carta de garantía se declararon contrarias al mercado interior, ordenando la Comisión a las autoridades alemanas la supresión de las garantías prestadas a DHL y la recuperación de las ayudas ya desembolsadas. Por el contrario, los 350 millones de euros concedidos al aeropuerto de Leipzig-Halle para la construcción de la pista sur de aterrizaje y las disposiciones en su favor contenidas en la Carta de garantía firmada por el Estado Libre de Sajonia se aprobaron como ayudas compatibles con el mercado interior.

¹¹⁴*Directrices sobre ayudas de estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013*, D.O.U.E. C 54 de 4.3.2006

1.4. Procedimiento ante el Tribunal General de la Unión Europea

La decisión de la Comisión Europea por la que ponía fin al procedimiento de investigación formal de las ayudas concedidas al aeropuerto de Leipzig-Halle y a DHL fue recurrida el 6 de octubre de 2008 por el aeropuerto de Leipzig-Halle y su matriz MFAG (demandadas registradas bajo la referencia T-443/08) y por el Estado Libre de Sajonia y el Estado Federado de Sajonia-Anhalt (demanda registrada bajo la referencia T-445/08), viéndose apoyados en sus pretensiones por la República Federal de Alemania y por la asociación de aeropuertos alemanes (Arbeitsgemeinschaft Deutscher Verkehrsflughäfen eV).

Tras celebrarse la vista correspondiente a la fase oral del procedimiento el 2 de junio de 2010, el 24 de marzo de 2011 el Tribunal General dictó sentencia en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08¹¹⁵, confirmando en todos sus extremos la decisión de la Comisión Europea, excepto en lo relativo al importe de la ayuda declarada compatible, otorgada en favor del aeropuerto de Leipzig-Halle y aprobada por la Comisión.

El Tribunal General resolvió en primer lugar las alegaciones de la Comisión sobre una pretendida inexistencia de interés en ejercitar la acción por parte de las demandantes.

Un recurso de anulación interpuesto ante los Tribunales de la UE por una persona física o jurídica sólo es admisible en la medida en que el demandante tenga interés real en obtener la anulación del acto impugnado.¹¹⁶

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311.

¹¹⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2005 en el asunto T-141/03, *Sniace c/Comisión*, [2005] Rec. p. II-1197, apartado 25, y de 20 de septiembre de 2007 en el asunto

Es preciso recordar que la Comisión aprobó las medidas notificadas en lo que atañe directamente al aeropuerto de Leipzig-Halle, prohibiendo las ayudas otorgadas a DHL a través de las medidas notificadas.

DHL sin embargo no recurrió la decisión, mientras que sí lo hicieron el aeropuerto de Leipzig-Halle y los dos Estados federados accionistas de su matriz. La impugnación de la decisión por estos demandantes afectaba además únicamente al artículo de la parte dispositiva de la Decisión en que se calificaba la aportación de capital como ayuda de Estado, pese a ello declarada compatible, y por tanto aprobada, y se cuantificaba en 350 millones de euros. En consecuencia, no se discutió ante los tribunales la prohibición de la ayuda concedida a DHL que sería recuperada por las autoridades alemanas.

Para justificar su interés en la interposición de la demanda las entidades demandantes hicieron valer en primer lugar los efectos jurídicos que generaba en el ordenamiento interno la declaración de ilegalidad de la ayuda – es decir, la infracción de la obligación de notificación del artículo 108.3 TFUE – que no quedaban completamente subsanados por la decisión positiva de la Comisión.¹¹⁷ En segundo lugar señalaron la incongruencia que suponía cifrar la ayuda de Estado aprobada en 350 millones de euros, cuando, en la propia decisión, la Comisión reconoce que parte de la aportación de capital no podía ser calificada de ayuda de Estado porque sería empleada en

T-136/05, *Salvat père & fils y otros c/Comisión*, [2007] Rec. p. II-4063, apartado 34. Citados en la Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 46.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 44.

la financiación de infraestructuras dedicadas a actividades no económicas y, en concreto, de potestades de poder público.

Los jueces del Tribunal General establecieron, respecto a la legitimación de los demandantes, en el asunto T-443/08, el Estado Libre de Sajonia y el Estado Federado de Sajonia-Anhalt, que las consecuencias jurídicas alegadas por los dos Estados como hipotéticas e inciertas o directamente inexistentes.¹¹⁸

La incertidumbre existente en cuanto al importe de la ayuda podría ser relevante a efectos de la recuperación de la ayuda ilegal – exigible pese a haber sido declarada compatible – o al pago de intereses.¹¹⁹ Pero el reembolso parcial de la ayuda podría en todo caso ser exigida por los jueces nacionales al aeropuerto de Leipzig-Halle y a MFAG, únicos sujetos pasivos de la obligación de recuperación, por lo que el Estado Libre de Sajonia y el Estado

¹¹⁸ En opinión de este autor, se equivoca el Tribunal General al afirmar que “[d]ebe también rechazarse la alegación de que la calificación en cuestión podría tener incidencia en futuras ayudas debido a la aplicación de una prohibición de acumulación. En efecto, las demandantes en los asuntos acumulados T-443/08 no han invocado ninguna disposición que, en el ámbito de las infraestructuras aeroportuarias, impida la acumulación de sucesivas ayudas. Por otro lado, ni la [Comunicación de 1994 sobre ayudas estatales en el sector de la aviación] ni las [Directrices de 2005 sobre la financiación de aeropuertos], contienen disposiciones que establezcan una prohibición de acumulación de las ayudas estatales a las infraestructuras aeroportuarias”. Aunque no tendría efecto alguno por tratarse de una consecuencia hipotética e incierta (véase apartado 63 de la sentencia) el Tribunal debería haber apreciado de oficio respecto a esta alegación que otras normas sí prevén límites a la acumulación de ayudas de Estado, con independencia de que éstas hayan sido aprobadas como compatibles con el mercado interior por la Comisión. Véase p.ej. artículo 5.2 del Reglamento Nº 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis.

¹¹⁹ “[S]egún reiterada jurisprudencia, cuando se ha concedido una ayuda al beneficiario contraviniendo lo dispuesto en el artículo [artículo 108.3 TFUE] última frase, el juez nacional, a solicitud de otro actor, puede tener que pronunciarse, incluso después de que la Comisión haya adoptado una decisión favorable, sobre la validez de los actos de ejecución y sobre la recuperación de las ayudas financieras concedidas”. Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 60.

Federado de Sajonia-Anhalt, demandantes en el asunto T-443/08, no podían fundamentar en esta incertidumbre su interés en ejercitar la acción,¹²⁰ por lo que el Tribunal declaró inadmisibile el recurso en el asunto T-443/08.¹²¹

El Tribunal examinó, por tanto, el fondo del asunto en base únicamente a la demanda presentada por el aeropuerto de Leipzig-Halle y MFAG, que sí habían demostrado que en ellos concurría un interés “existente y real” en solicitar la anulación de las disposiciones litigiosas.

Estos demandantes plantearían ocho motivos de anulación, siendo el más relevante el primero de ellos, basado en la infracción del actual artículo 107.1 TFUE.

Las demandantes alegaron que la financiación de la pista sur no constituía una ayuda de Estado,¹²² ya que la construcción de infraestructuras aeroportuarias regionales no es una actividad económica, “*sino una medida perteneciente al ámbito de la política de transportes, de la política económica y de la política regional*”¹²³.

El aeropuerto no tendría por tanto como objeto principal, según las demandantes, la realización de una actividad económica, y no cabría deducir

¹²⁰ *Ibíd.*, apartado 67.

¹²¹ “*De las anteriores consideraciones se desprende que las demandantes en los asuntos acumulados T-443/08 no han demostrado que concurre un interés existente y real en solicitar la anulación del artículo 1 de la Decisión, en la medida en que dispone, por una parte, que la aportación de capital constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y, por otra parte, que dicha ayuda de Estado asciende a 350 millones de euros. Por consiguiente, el recurso en los asuntos acumulados T-443/08 debe ser declarado inadmisibile, sin que proceda examinar la excepción de inadmisibilidat formulada por la Comisión basada en una falta de afectación individual de las demandantes en dicho asunto*”. *Ibíd.* apartados 68 y 69.

¹²² *Ibíd.*, apartado 71

¹²³ *Ibíd.*, apartado 72

del hecho de que los aeropuertos regionales pudieran competir entre sí, que fueran empresas.¹²⁴

Los demandantes repetirían los argumentos aportados durante el proceso ante la Comisión también respecto a lo inadecuado de tomar la sentencia en el caso *Aéroports de Paris* como base para resolver un caso relativo a posibles ayudas de Estado.¹²⁵

Asimismo, las demandantes defendieron que la construcción de infraestructuras y su explotación son actividades dissociables, debiendo la Comisión demostrar la naturaleza económica de cada una de ellas de manera autónoma, algo que no había hecho en sus decisiones relativas a la construcción de la pista sur del aeropuerto de Leipzig-Halle. Al contrario, se habría limitado a deducir que, dado que la explotación del aeropuerto tenía carácter económico, también habría de tenerlo su construcción. Según los demandantes, si no se dissociaran estas actividades *“se podría llegar a un control generalizado de la política de infraestructuras de los Estados miembros, ya que la Comisión podría controlar, con arreglo a las normas en materia de ayudas estatales, la financiación de infraestructuras en todos los sectores”*.¹²⁶

Alegaron también, en favor de la consideración como actividad no económica que la construcción de aeropuertos es una actividad que debe necesariamente ser realizada por organismos públicos, descartándose por tanto que exista un mercado para esta actividad: no existiría perspectiva

¹²⁴ *“Según las demandantes, al considerar que la explotación no sería rentable para un inversor privado, la Comisión reconoce que resulta imposible construir un aeropuerto regional como el de Leipzig-Halle recurriendo únicamente a inversores privados, de forma que esta actividad no constituye una actividad económica sino una medida de política estructural”* *Ibíd.*, apartado 75

¹²⁵ *Ibíd.*, apartados 79 y 84

¹²⁶ *Ibíd.*, apartado 78

alguna de obtener rentabilidad de la inversión, al no poder repercutirse los gastos de construcción sobre los usuarios del aeropuerto a través de las tasas aeroportuarias, que han de ser autorizadas en Alemania por la autoridad aeroportuaria del Estado federado en el que esté situado el aeropuerto.

El Tribunal General desestimaría íntegramente los argumentos de las demandantes. Comenzaría su análisis reproduciendo la definición del concepto de empresa en el ámbito del Derecho de la competencia: “*este concepto comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*”; siendo económica “*cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado*”.¹²⁷

El Tribunal estableció, a continuación, que el aeropuerto de Leipzig-Halle “*no permitir[ía] el uso gratuito de [la pista sur] en aras del interés común*”¹²⁸ sino que ofrecería servicios aeroportuarios a cambio de una remuneración consistente principalmente en las tasas aeroportuarias. Por tanto, la gestión del aeropuerto constituiría una actividad económica, extremo establecido ya por la jurisprudencia.¹²⁹ En este sentido, la dimensión regional del aeropuerto sería irrelevante a efectos de determinar el carácter económico de las actividades de su gestor, ya que existe un mercado de servicios aeroportuarios regionales. La existencia de este mercado sería evidente en relación al aeropuerto de Leipzig-Halle, que había competido con otros

¹²⁷ *Ibíd.*, apartados 88 y 89.

¹²⁸ *Ibíd.*, apartado 94.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 93 en que el Tribunal cita la sentencia del Tribunal de 17 de diciembre de 2008 en el caso T-196/04, *Ryanair c/Comisión*, [2008] Rec. p. II-3643.

aeropuertos regionales precisamente por el establecimiento del centro europeo de operaciones de DHL.

Al igual que la Comisión, el Tribunal salvó la incongruencia entre la decisión y la calificación como medidas de política general contenida en la Comunicación de 1994 refiriéndose a los cambios experimentados por el sector aeroportuario en los años que separan la aprobación de la Comunicación y las fechas en que la Comisión adoptó sus decisiones, que es el momento en que la Comisión debe apreciar los elementos objetivos en los que basará su decisión.¹³⁰

El Tribunal también descartó la posible disociación entre la actividad consistente en la construcción o ampliación de una infraestructura con el uso posterior que se haga de la misma a efectos de determinar su carácter económico: la construcción o ampliación de la infraestructura permite al operador del aeropuerto realizar o incrementar su actividad económica principal y por tanto no cabe distinguir entre la construcción o ampliación de una infraestructura y su explotación.¹³¹

Por otro lado, el hecho de que todos los usuarios potenciales puedan usar una infraestructura de forma igual y no discriminatoria – como era el caso de la pista sur del aeropuerto de Leipzig-Halle – *“puede ser un criterio pertinente para excluir la existencia de una ayuda a favor de los usuarios de la infraestructura en cuestión, pero, por el contrario, no permite apreciar*

¹³⁰ *“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, cabe concluir que la Comisión estimó sin incurrir en error en el considerando 174 de la Decisión que, a partir de 2000, no resultaba posible excluir a priori la aplicación a los aeropuertos de las disposiciones relativas a las ayudas estatales”*. Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 106.

¹³¹ *Ibíd.*, apartado 99.

*si... la financiación pública de esta infraestructura constituye una ayuda a favor del organismo que la explota*¹³².

El Tribunal consideró que la alegación según la cual la construcción y ampliación de la pista sur sería una medida de la política regional, económica y de transportes era del todo irrelevante habida cuenta de que el artículo 107.1 TFUE no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que los define en función de sus efectos.

Tampoco el hecho de que no existan operadores privados que se hagan cargo de la construcción de infraestructuras aeroportuarias, por no ser ésta una actividad rentable, tiene efecto alguno a la hora de determinar si esta actividad es una actividad económica. En primer lugar, porque *“la ampliación de la pista sur es una actividad que puede considerarse directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, la cual constituye una actividad económica”*.¹³³ Pero, quizás más relevante, el artículo 107.1 TFUE y la jurisprudencia del TJUE no exigen que la actividad en cuestión sea realizada por operadores privados o que sea rentable para calificarla como económica.¹³⁴

El Tribunal tampoco apreció vulneración alguna de los principios de irretroactividad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima e igualdad.¹³⁵ Sí que apreció, empero, una contradicción en relación a la cuantificación de la ayuda de Estado en la Decisión de la Comisión.

¹³² *Ibíd.*, apartado 109.

¹³³ *Ibíd.*, apartado 114.

¹³⁴ *Ibíd.*, apartados 114 y 115.

¹³⁵ Estas alegaciones se basaban en la supuesta aplicación retroactiva de las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005, algo que rechaza el Tribunal General y que expresamente había negado la Comisión en su decisión de finalización del proceso de investigación formal. Además, como hemos señalado anteriormente, la sentencia *Aéroports de Paris* del año 2000 ya implicaba un cambio de interpretación que derogaba la polémica

La decisión cifraba el importe de la ayuda en 350 millones de euros – es decir, el total de la financiación acordada para la construcción de la infraestructura – al tiempo que indicaba que “*determinados costes, asociados a una función de servicio público y que ascienden a 108,2 millones de euros, no pueden calificarse como ayuda estatal en el sentido del artículo [107.1 TFUE] (considerandos 182 y siguientes)*”¹³⁶.¹³⁷

El Tribunal General daría la razón a las demandantes en este punto, y solo en este punto, obligando a la Comisión a rectificar su decisión en lo concerniente a la cuantificación de la ayuda, reduciendo de los 350 millones de euros los gastos correspondientes a infraestructuras o partes de la infraestructura utilizadas para el ejercicio de potestades de poder público.¹³⁸

disposición del apartado 12 de la Comunicación de 1994 y la Decisión de la Comisión SG (2001) D/286839, de 13 de marzo de 2001, relativa a la ayuda estatal N 58/2000 Italia – *Fomento del sistema aeroportuario piamontés*, confirmaba que esta evolución era aplicable también a los aeropuertos regionales.

¹³⁶ Esta contradicción provocaría a los demandantes un grave perjuicio, pues estaban obligados según las normas nacionales aplicables a la recuperación de las ayudas disfrutadas ilegalmente a satisfacer intereses sobre el importe de la ayuda en relación con el período comprendido entre su concesión y su autorización. No estando lógicamente obligados a reembolsar las cantidades dedicadas a cubrir los costes de una “función de servicio público” (sic), el quebranto producido por esta contradicción es evidente. Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 210

¹³⁷ Confunde el Tribunal el concepto de servicio público con el de actividades no-económicas consistentes en el ejercicio de potestades de poder público.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartados 222 a 233.

1.5. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

MFAG y el aeropuerto de Leipzig-Halle recurrieron la sentencia del Tribunal General en casación solicitando la anulación parcial de la decisión de la Comisión por cuanto se establecía en ella que “*la medida de dotación de capital acordada por la República Federal de Alemania [al aeropuerto de Leipzig-Halle] para la construcción de la nueva pista sur y de las infraestructuras aeroportuarias correspondientes [era] una ayuda de Estado*”.¹³⁹

Nuevamente las demandantes basaron su pretensión en varios argumentos, entre los que destacaba la supuesta infracción del artículo 107.1 TFUE.

Las demandantes insistieron, en esta última instancia, en que debía distinguirse la actividad de construcción de las infraestructuras aeroportuarias de su explotación, pues se llevan a cabo por agentes y corresponden a sectores diferentes, independientemente de que una la primera sea una “condición previa” para el ejercicio de la segunda.¹⁴⁰ De nuevo, se refirieron también a las Directrices de 1994 sobre ayudas estatales en el sector de la aviación que amparaban implícitamente esta distinción, eximiendo a “*las decisiones relativas al desarrollo de infraestructuras... en la medida en que éstas se destinan a atender necesidades de planificación o a la aplicación de políticas*

¹³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartado 20.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, apartados 23 y 24. La asociación de aeropuertos alemanes también cuestionó la calificación como actividad económica de la construcción de infraestructuras aeroportuarias, criticando que el Tribunal General considerara la construcción de la nueva pista sur como esencial para la explotación del aeropuerto. Considerar ambas actividades no dissociables y deducir de ello que la primera tenía carácter económico sería además un razonamiento extensible también a las actividades que implicaran el ejercicio de potestades de poder público, consideradas unánimemente no económicas. *Ibíd.*, apartado 31.

*nacionales de transporte y medio ambiente*¹⁴¹ de la aplicación de las reglas del Tratado sobre las ayudas estatales. Las demandantes también insistieron en que “*la existencia de un mercado implica que la actividad en cuestión pueda, en principio, ser ejercida por [operadores privados]*”¹⁴² y que el carácter económico de una actividad exige que ésta presente expectativas de rentabilidad, circunstancias todas ellas que abogaban por no calificar como ayuda de Estado la financiación de la construcción de la nueva pista, pero que habían sido consideradas irrelevantes por el Tribunal General en la sentencia recurrida.

El Tribunal examinó el carácter económico de la actividad de construcción de la pista sur considerando en primer lugar la relevancia para el caso de las Directrices de 1994. En este punto, citando la sentencia recurrida, dio la razón a la Comisión y al Tribunal General que había declarado que “*si bien la Comisión está vinculada por las Directrices y las comunicaciones que adopta en materia de ayudas de Estado, únicamente lo está en la medida en que tales textos no se aparten de una correcta aplicación de las normas del Tratado*”.¹⁴³ Dichas normas obligaban a tomar en consideración la evolución en la situación competitiva del sector aeroportuario y la sentencia *Aéroports de Paris* que reconoció dicha

¹⁴¹ *Líneas Directrices sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Acuerdo EEE* (actuales artículos 107 y 108 TFUE) *a las Ayudas Estatales en el sector de la aviación*, D.O. C 350/5, 10.12.1994, apartado 12.

¹⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartados 28 y 29.

¹⁴³ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en el asunto T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartados 104 y 105, citado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartado 104.

evolución al declarar que los operadores aeroportuarios ejercen en principio una actividad económica.¹⁴⁴

“Por consiguiente... cabe concluir que la Comisión estimó sin incurrir en error... que, a partir de 2000, no resultaba posible excluir a priori la aplicación a los aeropuertos de las disposiciones relativas a las ayudas estatales”.¹⁴⁵

El Tribunal de Justicia se detuvo con mayor detenimiento en el análisis del carácter dissociable de las actividades de explotación y construcción de la infraestructura.

En primer lugar, señaló que el Tribunal General acertadamente consideró que la explotación del aeropuerto de Leipzig-Halle constituía una actividad económica consistente en la oferta de servicios aeroportuarios a cambio de remuneración que procede, en particular de las tasas aeroportuarias. La construcción de la nueva pista permitiría al aeropuerto de Leipzig-Halle aumentar su capacidad y reforzar su actividad económica de explotación del aeropuerto de Leipzig-Halle. Esta actividad se desarrollaría en el marco del mercado de servicios aeroportuarios regionales, cuya existencia misma era evidente en el caso de autos al competir el aeropuerto de Leipzig-Halle con otros aeropuertos regionales por atraer a la compañía DHL.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en el asunto T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartados 104 y 105, citado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartado 38.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en el asunto T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 106, citado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartado 38.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartados 40 y 41.

Sin embargo, se opuso a la deducción de dicho carácter económico, como habría hecho el Tribunal General del hecho de que la construcción de una infraestructura constituya una condición previa y esencial de la explotación de una infraestructura. Esta vinculación “*por su generalidad y por el hecho de que también podrían servir para determinadas actividades encuadradas en el ejercicio de prerrogativas de poder público*”¹⁴⁷ no podía servir para catalogar de actividad económica la construcción de la infraestructura. Pero consideró que este error era irrelevante, ya que el Tribunal General determinó que el propietario y operador del aeropuerto de Leipzig-Halle ejercían una actividad económica al ofrecer servicios aeroportuarios a cambio de una remuneración, actividad en la que se integraría la explotación de la nueva pista sur, por cuyo uso el aeropuerto recibiría igualmente una remuneración.

En el mismo apartado dedicado a la naturaleza económica de la construcción de la nueva pista, el Tribunal incurrió en un grave error, al confundir servicios de interés general (SIEG) y ejercicio de prerrogativas de poder público, subsumiendo los primeros en las segundas, pese a que, como veremos en el tercer capítulo de este trabajo, constituyen dos categorías de actividades diferentes.¹⁴⁸ En cualquier caso, ninguna de las dos figuras era aplicable: si bien las Directrices sobre financiación de aeropuertos de 2005 no daban una respuesta específica respecto a un aeropuerto como el de

¹⁴⁷ *Ibíd.*, apartado 47.

¹⁴⁸ “*En tercer lugar, en respuesta a la afirmación de ADV de que la construcción de infraestructuras aeroportuarias es un elemento esencial de los servicios de interés general y constituye, por lo tanto, una misión típicamente pública, basta con señalar que el Tribunal General declaró, en el apartado 99 de la sentencia recurrida, que las propias demandantes no sostenían expresamente que la construcción de la nueva pista sur, como tal, formara parte de las prerrogativas de poder público*”. *Ibíd.*, apartado 48.

Leipzig-Halle,¹⁴⁹ las actuales Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas restringen específicamente la consideración de SIEG a los aeropuertos que eviten el aislamiento de su zona de atracción, que no era el caso del aeropuerto de Leipzig-Halle.¹⁵⁰

En consecuencia, el Tribunal de Justicia ratificó la sentencia del Tribunal General, que a su vez había confirmado todas las conclusiones de la decisión de la Comisión, excepto en relación a la cuantía de la ayuda – compatible y por tanto perfectamente ejecutable – concedida al aeropuerto de Leipzig-Halle. De los 350 millones se debían deducir los gastos correspondientes a partes de la infraestructura utilizada para el ejercicio de prerrogativas de poder público. Respecto a las ayudas en favor de DHL, consistentes en las garantías otorgadas a través de la Carta de garantía y del Acuerdo marco, ambos instrumentos debían anularse y recuperarse la ayuda ya disfrutada por DHL a través del disfrute previo a la anulación de dichas garantías.

Más allá de la vinculación entre la construcción de la infraestructura y su uso posterior para establecer si ambas actividades han de calificarse como económicas, hemos visto que la sentencia en este caso tiene también otras implicaciones, que afectan a cada una de las condiciones asociadas al artículo 107.1 TFUE, y que trataremos en los capítulos siguientes.

¹⁴⁹ Directrices comunitarias sobre la financiación de aeropuertos y las ayudas estatales de puesta en marcha destinadas a compañías aéreas que operen desde aeropuertos regionales (2005/C 312/01) apartado 3.2.2.

¹⁵⁰ *Comunicación de la Comisión, Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas* (2014/C 99/03), apartado 72.

CAPÍTULO 2. LA CONCESIÓN DE LA AYUDA POR EL ESTADO O A TRAVÉS DE FONDOS ESTATALES.

Massimo Merola, con ocasión de un coloquio internacional organizado el 13 de octubre de 2004 por la sección jurídica del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas, señaló que el criterio del origen de las ayudas de Estado contenido en el artículo 107.1 TFUE es, sin duda, el elemento clave a la hora de determinar si una medida estatal puede ser calificada como ayuda de Estado.¹⁵¹ Quizás esta afirmación parezca exagerada, teniendo en cuenta sobre todo las incertidumbres y controversias que siguen rodeando la condición de existencia de una ventaja selectiva y la calificación como empresas de los potenciales beneficiarios de las ayudas de Estado. Pero es indudable que el examen de la exigencia de concesión de la ayuda por el Estado o a través de fondos estatales, pese a su aparente simplicidad, es una cuestión muy compleja que se ha complicado aún más en fechas recientes.

Esta complejidad surge en gran medida a raíz de una jurisprudencia oscilante –algunos la han calificado de catastrófica, o al menos caprichosa¹⁵²– que ha buscado el equilibrio entre, por un lado, asegurar el control eficaz de las ayudas de Estado y, por el otro, garantizar el normal funcionamiento de la actividad económica de los Estados miembros y evitar imponer a la Comisión

¹⁵¹ MEROLA, M. “Le critère de l’utilisation des ressources publiques”, en *Aides d’état : [rédigé à l’occasion du colloque international organisé le 13 octobre 2004 par la section juridique de l’institut d’études européennes de l’université libre de Bruxelles]* ed. Marianne Dony y Catherine Smits, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2005, págs 15 a 49, en p. 19.

¹⁵² “[T]he recent *acquis communautaire* on the interpretation of Article 107(1) TFEU is considered by many to be... catastrophic, or at least fanciful”, BIONDI, A. “State aid is falling down, falling down: An analysis of the case law on the notion of aid” en *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 1719. Aunque el autor se refiere a la jurisprudencia sobre el conjunto de las condiciones que comprende el artículo 107(1) TFUE, el propio artículo se centra en esta primera condición relativa al origen de la ayuda.

responsabilidades de supervisión que excedieran sus capacidades materiales. La búsqueda de este equilibrio es la que ha determinado en gran medida no solo la aplicación de esta primera condición del artículo 107.1 TFUE, sino la del conjunto del sistema de control de las ayudas de Estado.

El artículo 107.1 TFUE, que establece el principio de prohibición de las ayudas de Estado, limita su ámbito a “*las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma*”. Si bien esta disposición, como hemos señalado, ha permanecido inalterada desde la aprobación del Tratado de Roma, su interpretación ha sido perfilada progresivamente por el Tribunal de Justicia.

Son dos los ejes que estructuran esta primera condición: la existencia de una carga financiera para el Estado y la imputabilidad de la concesión de la ayuda al Estado. Si bien la mayoría de las cuestiones que surgen en relación a estas dos condiciones son comunes a todos los ámbitos de aplicación del control de las ayudas de Estado, existen también elementos e implicaciones particulares que surgen específicamente cuando se aplican las soluciones dadas por el TJUE y la Comisión a los proyectos de infraestructuras.

La interpretación que se dé a estos dos elementos de la primera condición, así como al término mismo de *Estado*, determinarán las formas, causas y objetivos que pueden adoptar las ayudas de Estado.

Trataremos todas estas cuestiones a lo largo de este capítulo.

2.1 La concesión de la ayuda por el Estado o a través de fondos estatales: de una condición alternativa a una condición única

La primera cuestión que surge en relación al precepto contenido en el artículo 107.1 TFUE es la de determinar el contenido de la expresión “por los Estados o mediante fondos estatales”. El TJUE ha ido variando su interpretación de la conjunción adversativa *o* a lo largo de diversas fases hasta llegar a la conclusión, hoy en día sólidamente asentada, de que es preciso en todo caso que la medida en cuestión imponga una carga pecuniaria a una administración nacional para poder ser calificada de ayuda de Estado.

Durante años, en lo que la doctrina ha calificado como una de las disputas más longevas en el ámbito de las ayudas de Estado,¹⁵³ se han enfrentado las denominadas concepción “alternativa” y concepción “cumulativa” de la primera frase del artículo 107.1 TFUE.

La cuestión que se planteaba era si, al referirse a “ayuda otorgada por el Estado o a través de fondos estatales”, el legislador establecía una alternativa pura, por lo que cabría la concesión de ayudas que no implicaran una carga patrimonial para el Estado, o si bien el legislador simplemente establecía la posibilidad de que las ayudas no las concediera en sentido estricto el Estado, pero siempre y cuando se instrumentaran a través de fondos estatales.

En el primer caso no sería obligatorio que la medida produjera una merma financiera para algún ente englobable en la definición de *Estado*, tal y como interpreta este término el Tribunal de Justicia. Además, siguiendo esta

¹⁵³ BIONDI, A. “Some Reflections on the Notion of “State Resources” in European Community State Aid Law”, *Fordham International Law Journal*, vol. 30, issue 5, 2006, págs.1424 a 1448, en pág.1432.

interpretación, la condición también se cumpliría cuando no fuese una administración la que otorgara la ayuda, pero tuviese consecuencias financieras negativas para ella.

Por el contrario, en el segundo caso, se exigiría en todo caso una relación de causalidad entre la medida y un menoscabo para la Hacienda pública. No obstante, al igual que ocurre con la interpretación extensiva, no sería preciso que fuese el Estado mismo el que otorgara la ayuda, sino que la transferencia podría instrumentarse, por ejemplo, a través de una entidad privada.

En definitiva, la diferencia entre una y otra concepción es la amplitud que se quiera dar a la condición de la concesión de la ayuda por el Estado o mediante fondos estatales. Mientras que siguiendo la primera interpretación no se podría descartar que medidas que no tienen implicaciones financieras para la administración constituyan ayudas de Estado, siguiendo la segunda propuesta, este tipo de medidas quedarían en todo caso fuera del ámbito material del control de las ayudas de Estado.

El Tribunal de Justicia mantuvo la incertidumbre durante una fase temprana de su jurisprudencia, favoreciendo incluso durante un tiempo la interpretación extensiva. No obstante, la cuestión ha quedado finalmente zanjada en favor de una interpretación restrictiva del precepto que requiere que una medida, para ser calificada como ayuda de Estado, tenga un impacto financiero negativo sobre el Estado.

2.1.1 Ayudas otorgadas mediante fondos estatales

La doctrina ha identificado una primera etapa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que abarca los años setenta y el principio de los años ochenta, en la que el Tribunal de Justicia acogió una interpretación alternativa del precepto.¹⁵⁴ Veremos que esta afirmación no es del todo cierta, y que a un periodo inicial de indeterminación le siguieron las sentencias *Van Tiggele* y *Norddeutsches Viehkontor*, que interpretaron de manera restrictiva la disposición. Las primeras decisiones relevantes a estos efectos surgieron a raíz del examen por la Comisión de diversas tasas y exacciones parafiscales, que serían calificadas como ayudas de Estado.

En el caso **Steinike**,¹⁵⁵ el *Verwaltungsgericht* (Tribunal administrativo) de Fráncfort del Meno planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en relación al litigio que enfrentaba ante el tribunal alemán a la empresa Steinike y a la República Federal de Alemania, representada por la Oficina para la alimentación y el desarrollo (*Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft*). La empresa demandante pretendía la anulación de una exacción parafiscal de 20.000 marcos alemanes que se le aplicó con ocasión de la transformación de zumo de cítricos importado de Italia y otros países. Estas exacciones estaban afectadas a la financiación de un Fondo de promoción de ventas de productos agrícolas y alimentarios. El Fondo a su vez financiaba un organismo público sin ánimo de lucro, a través del cual cumplía su misión de fomentar la explotación de productos de la

¹⁵⁴ “*Dans la première phase, qui couvre les années soixante-dix et le début des années quatre-vingt, plusieurs indices, sans qu’il y ait d’affirmations explicites, laissent entendre que la Commission et les juridictions communautaires donnaient à l’expression en question, le sens alternatif plus conforme à une exégèse basée sur la lettre de la norme*”. MEROLA, M. [Op. cit. supra nota 151], en p. 19.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike*, [1977] Rec. p. 595, apartado 3

agricultura, de la silvicultura y de la industria alimentaria alemanas, abriendo y manteniendo mercados en Alemania y en el extranjero.

El Tribunal alemán remitente planteó en este contexto la cuestión de si el requisito planteado por la expresión “ayudas otorgadas mediante fondos estatales” se cumple también cuando el beneficiario financia total o parcialmente la ayuda que recibe mediante un gravamen impuesto por la autoridad pública que concede la ayuda.¹⁵⁶

Pese a que la cuestión planteada se refería más bien a condición de existencia de una ventaja en favor de las empresas que estaban sujetas a la exacción parafiscal al tiempo que se beneficiaban de las actividades de promoción, el Tribunal de Justicia tomó en cuenta la referencia a las ayudas concedidas “mediante fondos estatales”¹⁵⁷ al responder afirmativamente a la cuestión planteada:

“[L]a prohibición del apartado 1 del [actual artículo 107 TFUE] comprende la totalidad de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, sin que haya lugar a distinguir si la ayuda es otorgada directamente por el Estado o por organismos públicos o privados creados o designados por él para gestionar la ayuda.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ “Article 92 prohibits aid granted through State resources and in view of the facts of the case it is necessary to inquire whether this applies where the institution which grants the aid is financed by contributions from undertakings which it benefits.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike*, [1977] Rec. p. 595, apartado 3.

¹⁵⁷ “The Verwaltungsgericht Frankfurt, before which the action came, referred the following questions to the Court: ... (c) Is the concept ‘any aid granted through State resources’ satisfied even if the State agency itself receives aid from the State or private undertakings?” *Ibíd.*, apartado 3 (versión en inglés de la sentencia).

¹⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike*, [1977] Rec. p. 595, apartados 16 a 18.

Esta afirmación no resolvía la cuestión, o, al menos, no la resolvía por completo: si bien el Tribunal de Justicia admitió que pudiesen calificarse como ayudas medidas de financiación no otorgadas directamente al Estado – lo que a priori podría considerarse como propio de la interpretación alternativo-extensiva– no afirmó que lo mismo ocurriera a la inversa, es decir, que la financiación por el Estado sin recurrir a fondos estatales pueda calificarse como una ayuda de Estado.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia no descartó en principio ninguna de las dos interpretaciones, ya que, recordemos, la interpretación cumulativa, o restrictiva, admite, al igual que la alternativa, o extensiva, que puedan concederse ayudas por entes distintos del Estado siempre y cuando éstas se financien mediante fondos estatales.

La incertidumbre sobre este punto ya existía antes del caso Steinike y subsistió posteriormente durante cierto tiempo. En el caso **Comisión c/Italia**¹⁵⁹, de 1974 y por tanto anterior a la sentencia Steinike, el Tribunal fue aún más ambiguo al examinar una exoneración temporal y parcial a la industria textil en Italia de las cargas sociales correspondientes a los subsidios familiares:

“[P]or nutrirse los fondos [del Seguro de Desempleo, al que se transfirió el coste de la exoneración]... de cotizaciones obligatorias impuestas por la legislación del Estado y, por estar como demuestra el presente caso, gestionados y distribuidos conforme a dicha legislación, han de considerarse como fondos estatales en el sentido del [actual artículo 107 TFUE], aun cuando sean administrados por organismos distintos de la autoridad pública”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, en el asunto 173/73, *Italia c/Comisión*, [1974] Rec. p. 709.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, apartado 35

Vemos que el Tribunal fijó su atención en que había sido el Estado, a través de un acto legislativo, el que había determinado las condiciones en que se concedería, gestionaría y distribuiría la ayuda, otorgada en forma de exoneración fiscal. De ello dedujo que los fondos que soportarían la carga de la medida habían de considerarse estatales. El Tribunal parece así colegir la calificación como “fondos estatales” de la exoneración de las cotizaciones precisamente del control que ejerce el Estado sobre la percepción y uso de las mismas, con independencia de que las cotizaciones, una vez transferidas, fuesen administradas “por organismos distintos de la autoridad pública”.

Este factor de control por el Estado para calificar los fondos utilizados para financiar una medida como estatales aparece también, de manera algo más tenue, en el caso Steinike: en él el Tribunal de Justicia también se refirió a la creación o designación por el Estado de los entes privados que gestionaban la ayuda como el elemento clave para concluir que se trataba de una ayuda otorgada por el Estado.

Puede entenderse a partir de estas sentencias que el Tribunal de Justicia empleó una interpretación *sui generis* de la fórmula “por el Estado o mediante fondos estatales”, o, al menos, de la primera parte de la misma: cabría la posibilidad de que las ayudas se instrumentaran mediante fondos – estatales– gestionados por entes no englobables en la noción de Estado. No obstante, la calificación como ayuda otorgada por el Estado o mediante fondos estatales se establecería a partir de la influencia del Estado sobre los entes que gestionan la ayuda, que no deja de ser una “medida de la autoridad pública”, en el caso Steinike, o que es impuesta, gestionada y distribuida de acuerdo con la legislación adoptada por el Estado, en el caso de las ayudas al sector textil en Italia.

En casos posteriores, al analizar si distintas inyecciones de capital a filiales de empresas públicas por sus matrices debían ser consideradas ayudas de Estado, el Tribunal de Justicia también recurrió, sin nombrarlo aún y sin alcanzar el grado de complejidad que adquiriría más tarde,¹⁶¹ al criterio de la imputabilidad del comportamiento a la administración para justificar que la empresa pública fuese considerada como parte del Estado.¹⁶²

De cualquier modo, este razonamiento es aplicable únicamente a casos, como los examinados por el Tribunal de Justicia en esta primera fase de su jurisprudencia, en los que se dude si el órgano que concede la ayuda es parte del Estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE, o directamente se descarte. Aunque así sea, la medida podrá constituir una ayuda de Estado siempre y cuando esté financiada mediante fondos estatales. A su vez, la calificación de los fondos como estatales dependerá fundamentalmente de la influencia que ejerza el Estado sobre los mismos. Pero lo que no resuelve esta primera jurisprudencia es la cuestión de si, en el caso inverso, es decir, cuando se compruebe que es el Estado el que concede una ventaja selectiva a algunas

¹⁶¹ Véase infra Apartado 2.3.

¹⁶²“De acuerdo con la Ley... de creación del ENI [Ente Nazionale Idrocarburi un holding estatal], éste es un organismo público controlado por el Estado italiano, y los miembros de su Consejo de Administración y de su Comité Ejecutivo son nombrados mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros. Además, aunque se supone que el ENI actúa con arreglo a criterios económicos, no dispone de total y absoluta autonomía, ya que debe atenerse a las directrices impartidas por el Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE). Estos elementos, considerados en su conjunto, demuestran que el ENI actúa bajo el control del Estado italiano...En consecuencia, la Comisión podía considerar acertadamente que los fondos entregados por el ENI a las cuatro filiales, a través de la empresa Lanerossi, eran intervenciones estatales que podían constituir ayudas. Contra lo que afirma el Gobierno italiano, no es necesario demostrar que el fondo de dotación que el ENI recibió del Estado italiano se destinase específica y explícitamente a compensar las pérdidas de las cuatro filiales. Basta indicar, a este respecto, que, en cualquier caso, el hecho de haber recibido fondos de dotación permitió al ENI destinar otros recursos a compensar las pérdidas de las cuatro filiales”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, en el asunto C-303/88, *ENI-Lanerossi*, [1991] Rec.p.I-1433, apartados 12 a 14. Véase también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, en el asunto C-305/89, *Comisión c/Italia (“Alfa Romeo”)*, [1991] Rec.p.I-1603, apartados 13 y 14.

empresas, pero sin que utilice para ello fondos estatales, esa medida podrá considerarse una ayuda de Estado.

2.1.2 Ayudas otorgadas por el Estado: interpretación restrictiva inicial

El Tribunal daría una primera respuesta a esta cuestión irresuelta poco después de dictar la sentencia *Steinike*, en el caso *Van Tiggele*.¹⁶³ En él, el Tribunal rechazó la posibilidad de que entraran en el ámbito de aplicación material del artículo 107.1 TFUE ventajas otorgadas a empresas por el Estado pero que no fueran financiadas mediante fondos estatales.

La medida analizada en este caso fue una reglamentación holandesa adoptada por el organismo regulador de la producción y comercio de bebidas destiladas en los Países Bajos, por la que se fijaban unos precios mínimos de venta al por menor para la ginebra y el *vieux* (según el Abogado General Capotorti “*una bebida con aroma a coñac*”), dos bebidas muy difundidas en los Países Bajos. El caso se originó al ser multado Jacobus Philippus Van Tiggele, que regentaba un almacén de autoservicio de bebidas en los Países Bajos, por vender ginebra a precios inferiores a los mínimos fijados, infringiendo así de manera continuada de la norma en cuestión. Tras ser anulada la sentencia en apelación y confirmada en tercera instancia, el caso llegó al *Gerechthof* de Ámsterdam, que planteó una cuestión prejudicial al TJUE preguntando si la reglamentación que fijaba precios mínimos para la venta de bebidas alcohólicas infringía las normas sobre libre circulación de

¹⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 1978, en el asunto 82/77, *Van Tiggele*, [1978] Rec. p.25.

mercancías o si constituía una ayuda de Estado prohibida por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

El Tribunal respondería por un lado que dicha reglamentación constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, prohibida por el TCE.¹⁶⁴ En lo que respecta sin embargo a una posible infracción de las normas sobre control de ayudas de Estado, el TJUE consideró que *“cualquiera que sea la definición que haya de darse del concepto de ayuda en el sentido [del actual artículo 107.1 TFUE], de los propios términos de la disposición se deduce que una medida que se caracteriza por la fijación de precios mínimos al por menor, con el objeto de favorecer a los distribuidores de un producto a costa exclusivamente de los consumidores, no constituye una ayuda en el sentido [del actual artículo 107.1 TFUE]”*¹⁶⁵.

El Tribunal de Justicia siguió, con esta lectura restrictiva del artículo 107.1 TFUE, la opinión expresada por el Abogado General Capotorti, que en sus conclusiones al caso había afirmado que *“[e]s necesario... que el Estado conceda a ciertas empresas, determinadas individualmente o por categorías, una ventaja que implique una carga para las finanzas públicas, bien en forma de un gasto o de un menor ingreso... El hecho de establecer precios mínimos que, aun aplicándose uniformemente a la venta al por menor de determinados productos sean nacionales o extranjeros, tengan por efecto desfavorecer en el plano de la competencia a ciertas categorías de empresas en relación con otras, no puede considerarse como una ayuda concedida por el Estado a estas últimas. Un régimen de precios aplicables a las mercancías producidas*

¹⁶⁴ *Ibíd.*, apartado 21.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, apartado 24.

*por empresarios privados no implica, efectivamente, carga alguna para las finanzas públicas”.*¹⁶⁶

En la misma línea se sitúa la sentencia **Norddeutsches Fleischkontor** de 1982, aunque las razones que llevarían al TJUE a rechazar la calificación como ayuda de Estado son ciertamente diferentes de las que motivaron la sentencia Van Tiggele.

Mediante una cuestión prejudicial, se planteó al Tribunal de Justicia si un cambio en el reparto interno de las cuotas de importación que correspondían a Alemania podía constituir una ayuda de Estado a las empresas favorecidas por el nuevo sistema de reparto. Éste reducía la parte asignada a las empresas importadoras de carne de terceros países, que de este modo veían deteriorada su posición con respecto al sistema de reparto interno anterior.

El Abogado General VerLoren, en sus conclusiones sobre el caso, afirmó que el Tratado no prohíbe sólo las ayudas otorgadas mediante fondos estatales, sino también otras ayudas conferidas por un Estado miembro, por lo que la asignación realizada de manera independiente por los Estados miembros de ventajas pecuniarias que no son financiadas por los Estados podría entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 92 CEE (actual artículo 107 TFUE).¹⁶⁷

¹⁶⁶ Conclusiones del Abogado General Capotorti, presentadas el 13 de diciembre de 1977 en el asunto 82/77, apartado 8.

¹⁶⁷ “Article 92 of the EEC Treaty ... not only declares aid granted "through State resources in any form whatsoever" to be incompatible with the common market, it also prohibits other aid granted by a Member State, and it is quite possible to argue that the independent grant by Member States of pecuniary advantages which are not paid for by the Member States is caught by Article 92”. Conclusiones del Abogado General VerLoren, presentadas el 9 de junio de 1982 en los asuntos acumulados 213 a 215/81, apartado 5.

El Tribunal de Justicia sin embargo se limitó a constatar que la supuesta ayuda, de existir, no habría sido otorgada mediante fondos estatales, lo cual hubiese requerido *que los fondos proviniesen del Estado*¹⁶⁸ algo que no se cumpliría por tratarse de fondos europeos.¹⁶⁹ El Tribunal de Justicia dictaminó de este modo que, si los fondos no son estatales, tampoco podrán ser considerados como otorgados por el Estado, abrazando así la interpretación cumulativa de la frase “por el Estado o mediante fondos estatales”. La calificación como estatales de los fondos constituiría así un requisito *sine qua non* de la aplicación del actual artículo 107.1 TFUE, con independencia de si son otorgados por el Estado.

¹⁶⁸ “As regards the alleged breach of the prohibition of State aids, it must be noted that Articles 92 to 94 of the EEC Treaty cover ‘aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever’. The financial advantage which traders derive from receiving a share in the quota is not granted through State resources but through Community resources because the levy which is waived is part of Community resources. Although the term ‘aid granted through State resources’ is wider than the term ‘State aid’, the first term still presupposes that the resources from which the aid is granted come from the Member State”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 1982 en los asuntos acumulados 213 a 215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, [1982] Rec.p.3583, apartado 22 (La decisión no ha sido traducida oficialmente al español).

¹⁶⁹ Esta postura ha variado con el tiempo y en la actualidad se aplica un análisis más refinado, aplicando un análisis funcional de la gestión de los fondos para determinar si se consideran o no estatales (Véase infra Apartado 2.3.3).

2.1.3 Ayudas otorgadas por el Estado: interpretación extensiva

El Tribunal rectificaría su jurisprudencia Van Tiggele y Norddeutsches Fleischkontor, acentuando el sesgo extensivo de su interpretación al decantarse de manera expresa por una versión alternativa de la expresión “por el Estado o mediante fondos estatales”.

Este giro, que sería únicamente transitorio, se produjo en dos casos similares a los ya comentados asuntos Steinike y Comisión c/Italia: en el segundo de ellos, el caso **Francia c/Comisión** de 1987, el Tribunal de Justicia examinó la calificación como ayuda de Estado de una exacción parafiscal establecida por el gobierno francés. Esta exacción gravaba las entregas de productos textiles, transfiriéndose el importe obtenido a un Comité de desarrollo y promoción del sector textil y de confección, cuya misión era la promoción de la investigación, innovación y renovación estructural, mediante el reparto de sus recursos a través de ayudas a las empresas y centros técnicos del sector y la financiación de actividades colectivas de promoción.¹⁷⁰

En este caso el Tribunal se dio por satisfecho con la mera constatación de que la exacción fiscal, impuesta por ley, servía para beneficiar a determinados operadores de un sector concreto, sin entrar en disquisiciones sobre la naturaleza de la entidad encargada de gestionarla y sus relaciones con el Estado.¹⁷¹

¹⁷⁰ Sentencia de 11 de noviembre de 1987 en el caso 259/85, *Francia c/Comisión*, [1987], Rec. p. 4393.

¹⁷¹ “A la vista de estos argumentos conviene subrayar, en primer lugar, que el mero hecho de que un régimen de subvenciones, que beneficia a ciertos operadores económicos de un sector determinado, sea financiado por una exacción parafiscal que grava la totalidad de las entregas de productos nacionales de dicho sector no basta para privar a este régimen del carácter de ayuda otorgada por el Estado, en el sentido del artículo 92 del Tratado [actual artículo 107 TFUE]. La valoración de un régimen de este tipo, a la vista de las disposiciones

Es necesario señalar que las autoridades francesas pusieron más énfasis en sus alegaciones en argumentar que las exacciones tenían un efecto neutro por obtenerse y redistribuirse en el seno del mismo sector, que afecta a la segunda condición del artículo 107.1 TFUE, relativa a la obtención de una ventaja por el beneficiario, que en cuestionar el hecho de que las exacciones se considerasen fondos estatales.¹⁷²

Pero tres años antes, en el caso **Crédit Agricole**,¹⁷³ el Tribunal había dado ya un paso colosal en favor de la interpretación alternativa de la expresión “por el Estado o mediante fondos estatales”, interpretación que mantendría durante un breve lapso de tiempo antes de retornar a la interpretación cumulativa.

En esta ocasión, la atribución al Estado del otorgamiento de las ayudas era menos evidente que en los casos anteriores: las ayudas litigiosas consistían en *subvenciones solidarias* que recibirían todos los agricultores cuyos ingresos fueran inferiores a 250.000 francos franceses. Esta subvención

de este artículo, depende de las modalidades y de los efectos de dicho régimen. Cuando, como ocurre en el presente caso, las sumas recaudadas con la exacción sirven para financiar inversiones en material de avanzada tecnología con el fin de incrementar la productividad y la calidad de los productos y permitir al sector competir más eficazmente con los productos importados, no se puede considerar que este régimen sea neutro en relación con los intercambios”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1987 en el caso 259/85, Francia c/Comisión, [1987], Rec. p. 4393, apartado 23. “Dans ce cas, la Cour n’aborde même pas le problème du mécanisme de prise de décision au sein des organismes de gestion des fonds impliqués, se contentant de noter que les contributions étaient imposées par la loi”. MEROLA, M. [Op. cit. supra nota 151]

¹⁷² “El Gobierno francés afirma que además de ser despreciables por su importe, las ayudas litigiosas son «neutras» en el plano de la competencia intracomunitaria. Al estar financiadas mediante exacciones que gravan los productos fabricados y vendidos en Francia, tales ayudas se traducen, en efecto, en una simple redistribución de los recursos en el sector textil/confección, y tratan únicamente de favorecer las inversiones para hacer frente a las importaciones procedentes de terceros países con mano de obra barata. Por consiguiente, debe excluirse su aptitud para alterar las condiciones de los intercambios con los demás Estados miembros”. Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 4 de junio de 1987, en el asunto 259/85, apartado 3

¹⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985 en el asunto 290/83, *Caisse Nationale de Crédit Agricole*, [1985] Rec. p. 439

– cuya cuantía total era de 1.500 millones de francos – era financiada por la Caisse nationale de crédit agricole [Caja Nacional de Crédito Agrícola], una entidad pública.

Las autoridades francesas alegaron que los beneficios de la Caja, a cuyo cargo se computaría la subvención, habían sido generados a raíz de la gestión de fondos privados y no de fondos estatales. Las autoridades invocaron también la situación de minoría en la que se encontraban los representantes del Estado en el seno del órgano de gobierno de la Caja, que gozaba de plena autonomía, por lo que en ningún caso cabía calificar la medida de ayuda de Estado en el sentido del artículo actual artículo 107.1 TFUE.

La Comisión dio la razón a las autoridades francesas en lo referido a la calificación de la medida, admitiendo que no podía considerarse una ayuda de Estado en sentido estricto. Sin embargo, en opinión de la Comisión la decisión de la Caja de financiar las “subvenciones solidarias” tuvo que ser fruto del apremio y presión por parte de las autoridades públicas, siendo la situación de minoría en la que se encontraban éstas en el órgano de gobierno de la Caja irrelevantes. A ello se sumaba el hecho de que, según las normas que regían la actividad de la Caja como entidad pública, se prohibía a ésta cualquier actividad distinta de la concesión de créditos. El Ministro de Agricultura, como autoridad supervisora, debería por ello haber intervenido para evitar la decisión de otorgar las ayudas y no lo hizo. Como consecuencia de todo ello, la Comisión consideró que las subvenciones constituían una *medida con efecto equivalente a una ayuda de Estado* e inició un procedimiento de infracción contra el Estado francés, distinto del aplicable al control de las ayudas de Estado. Al no allanarse el Estado francés a las alegaciones de infracción y a las medidas propuestas en su dictamen motivado

por la Comisión, ésta ejerció una acción por incumplimiento contra Francia ante el Tribunal de Justicia.

El Abogado General Mancini, que posteriormente presentaría también las conclusiones en el caso de las exacciones parafiscales en favor de la industria textil francesa, comenzó sus conclusiones relativas al caso *Crédit Agricole* señalando lo novedosas que resultaban las circunstancias del caso,¹⁷⁴ y en particular la introducción del concepto de *medida con efecto equivalente a una ayuda de Estado*. Según el Abogado General, la Comisión, claramente perturbada por las objeciones presentadas por las autoridades francesas a la calificación de la medida como ayuda de Estado, pero no obstante convencida de la ilegalidad de la medida, creyó resolver este problema acuñando esa nueva expresión para definir esa ayuda.

El Abogado General, al tiempo que admitió su admiración por la temeridad intelectual de la Comisión, rechazó la transposición del concepto de medidas de efecto equivalente del ámbito de las libertades de circulación al del control de las ayudas de Estado, por lo que la acción iniciada por la Comisión debía ser declarada nula. Pero, por razones de economía procesal, el Abogado General consideró que el Tribunal debía examinar la calificación como ayuda de Estado de la medida, ya que tenía facultad para ello, pese a las opiniones concordantes en contra de la Comisión y las autoridades francesas. Al analizar la calificación como ayuda de Estado de la medida, el Abogado General señaló que la regla del actual artículo 107.1 TFUE no sólo se dirige contra ayudas concedidas por el Estado, sino también a ayudas

¹⁷⁴ “*Siete chiamati a pronunciarsi su un ricorso ex articolo 169 trattato CEE proposto dalla Commissione contro la Repubblica francese. L’addebito che a questa si muove presenta aspetti di indubbia novità*”. Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 5 de diciembre de 1984, en el asunto 290/83, apartado 1. (La decisión y las conclusiones no han sido traducidas oficialmente al español, por lo que las citas correspondientes serán reproducidas en el idioma original de los documentos – francés e italiano respectivamente).

financiadas mediante “fondos estatales”.¹⁷⁵ Es decir, retomó la parte de la lectura que podríamos denominar extensiva de la interpretación *sui generis* que venía dando el Tribunal a la disposición, en particular en la sentencia Steinike. De acuerdo a la misma, y empleando razones referidas tanto al origen de los fondos como al control ejercido sobre ellos por el Estado¹⁷⁶, el Abogado General consideró que las medidas habían sido financiadas mediante fondos estatales.¹⁷⁷ No obstante, señaló también que la Comisión no podía hacer valer una violación de las normas relativas al control de las ayudas de Estado, pues había presentado un recurso por incumplimiento, previsto en el actual artículo 258 TFUE, y no en lo que es el actual artículo 107 TFUE, por lo que la acción debía ser declarada inadmisibile por este defecto formal.

Si bien el Tribunal de Justicia llegaría a las mismas conclusiones fundamentales, es decir, que la medida examinada constituía una ayuda de Estado y que la Comisión había errado en la calificación, contaminando todo el proceso y obligando al Tribunal a declarar la acción inadmisibile, utilizó

¹⁷⁵ “*Può darsi dunque che il sussidio de quo rientri nella nozione di aiuto ex articolo 92? La norma, come s'è già visto, ha di mira non solo gli aiuti direttamente concessi dagli Stati, ma anche quelli finanziati ricorrendo a « risorse statali »*”. Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 5 de diciembre de 1984, en el asunto 290/83, apartado 3.

¹⁷⁶ El Abogado General argumentó que los fondos empleados por la Caja para financiar la subvención objeto del litigio debían necesariamente considerarse estatales, dado que la Caja había acumulado sus reservas entre 1975 y 1980, alcanzando su máximo en 1978 y reduciéndose a continuación progresivamente. La acumulación de las reservas había evolucionado así en paralelo a las ventajas fiscales – incluida la exención del impuesto de sociedades – concedidas a la Caja hasta, precisamente, 1978, cuando comenzaron a ser suprimidas. Además, puso en duda la afirmación de que los representantes del Estado en el órgano de gobierno estuviesen en minoría y subrayó que las normas rectoras de la Caja, una entidad pública de carácter industrial y comercial, instituidas mediante decreto gubernamental, establecían que la afectación de los beneficios no era definitiva hasta ser aprobada por los Ministros de Finanzas y Agricultura.

¹⁷⁷ Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 5 de diciembre de 1984, en el asunto 290/83, apartado 3.

argumentos distintos a los propuestos por el Abogado General para calificar la medida de ayuda de Estado.

De manera tajante y muy explícita el Tribunal afirmó que, del tenor mismo del actual artículo 107.1 TFUE, resultaba evidente que una medida no tenía que ser necesariamente financiada con recursos estatales para ser calificada como ayuda de Estado.¹⁷⁸

En línea con esta opinión, el Tribunal retomó los argumentos expresados por el Abogado General, pero únicamente en lo requerido para justificar que la Caja se considerara parte del Estado, por ejercer los poderes públicos poderes de supervisión y control sobre la toma de decisiones en la Caja. Junto a este argumento el Tribunal adujo también que la forma de otorgamiento de la ayuda se correspondía con la de las “ayudas de Estado ordinarias” y que el propio gobierno francés había presentado las subvenciones como parte de un programa más amplio de medidas en favor de los agricultores.¹⁷⁹

¹⁷⁸ “*Ainsi qu’il ressort du libellé même de l’article 92, paragraphe 1, une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l’Etat pour être qualifiée d’aide étatique.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, en el asunto 290/83, *Caisse Nationale de Crédit Agricole*, [1985] Rec.p.439, apartado 14. El Tribunal reforzó esta lectura destacando la generalidad de los términos empleados por esta disposición, que permitiría examinar la compatibilidad con el mercado común de toda medida estatal que acuerde una ayuda, con independencia de la forma que adopte: “*La généralité des termes employés par cette disposition permet d’apprécier, sur la base de l’article 92, la compatibilité avec le marché commun de toute mesure étatique, pour autant que celle-ci a pour effet d’accorder une aide sous quelque forme que ce soit.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, en el asunto 290/83, *Caisse Nationale de Crédit Agricole*, [1985] Rec.p.439, apartado 13.

¹⁷⁹ “*Il s’ensuit que relève de l’article 92 du traité une aide qui, comme l’allocation de solidarité en cause, a été décidée et financée par un établissement public, dont la mise en œuvre est subordonnée à l’approbation des pouvoirs publics, dont les modalités d’octroi correspondent à celles d’une aide étatique ordinaire, et qui, par ailleurs, a été présentée par le gouvernement comme faisant partie d’un ensemble de mesures en faveur des agriculteurs, lesquelles ont toutes été notifiées à la Commission en application de l’article 93, paragraphe 3.*” *Ibid.*, apartado 15

Se puede considerar esta sentencia en el caso *Crédit Agricole* como una rectificación en toda regla de la sentencia *Van Tiggele*. Al mismo tiempo, complementa y es coherente con la dictada en el caso *Steinike*: si en ésta el Tribunal dictaminó que cabía reconocer la existencia de una ayuda de Estado en casos en que las medidas no eran otorgadas directamente por el Estado pero eran financiadas mediante fondos estatales, en el caso *Crédit Agricole* el Tribunal de Justicia decidió que, si la medida era atribuible al Estado, no era impedimento para su consideración como ayuda de Estado el que se financiara por medios no calificables como fondos estatales.

El Tribunal de Justicia cerraba de este modo el círculo que consagraba la versión extensiva de la fórmula “*ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales*”, otorgándole una interpretación alternativa, por la cual el otorgamiento por el Estado y por fondos estatales estarían al mismo nivel, siendo cada una de estas dos articulaciones prescindibles una vez se comprobara que la medida examinada cumplía con la otra.

Cuatro años más tarde, en el caso **Van der Kooy**,¹⁸⁰ el Tribunal de Justicia, con una composición similar a la que dictó sentencia en el asunto *Crédit Agricole*, confirmó una decisión de la Comisión que declaraba la incompatibilidad con el mercado común de una tarifa preferencial del gas natural – calificada como ayuda de Estado – aplicable a los horticultores neerlandeses. Las tarifas del gas objeto de la decisión se fijaban mediante acuerdos entre la compañía Gasunie empresa de Derecho privado cuyo capital era controlado en un 50% por el Estado neerlandés, y la Landbouwschap, organismo de Derecho público cuya misión era garantizar la protección de intereses comunes de los operadores en el sector agrícola. A su vez, las tarifas

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988 en los asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, *Van der Kooy*, [1988] Rec.p. 219.

así fijadas habían de ser aprobadas por el ministro de Economía de los Países Bajos.

Los demandantes, interesados en refutar la calificación por la Comisión de la medida como ayuda de Estado, alegaron que, en contra de lo que sostenía ésta, la tarifa objeto del litigio no había sido impuesta por el Estado neerlandés: en primer lugar, Gasunie era una sociedad de Derecho privado y, en segundo lugar, la tarifa se fijó como resultado de un contrato de Derecho privado ajeno al Estado neerlandés.¹⁸¹

El Tribunal resolvió sin embargo que *“el establecimiento de la tarifa objeto del litigio era el resultado de un comportamiento imputable al Estado neerlandés”*, sin necesidad de analizar la naturaleza de los fondos implicados en la rebaja de la tarifa y, concretamente, sin analizar si podían considerarse fondos estatales o no. Tras citar tanto la sentencia Steinike como la sentencia *Crédit Agricole*, acordó que *“no cabe distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda la conceden organismo públicos o privados que el Estado instituye o designa para gestionar la ayuda”*.¹⁸²

Esta cita, tomada de la sentencia en el caso Steinike, es algo equívoca, ya que en Steinike, recordemos,¹⁸³ el Tribunal de Justicia resolvió que la medida en cuestión era una ayuda de Estado por estar financiada con fondos estatales. Por el contrario, en Van der Kooy la conclusión a la que llegó el Tribunal fue que *“el establecimiento de la tarifa objeto del litigio [era] el resultado de un comportamiento del Estado neerlandés y, por consiguiente, encaja[ba] dentro del concepto de ayuda otorgada por un Estado*

¹⁸¹ *Ibíd.*, apartados 32 a 34.

¹⁸² *Ibíd.*, apartado 35

¹⁸³ Véase *supra* págs.73 y ss.

miembro”.¹⁸⁴ Es decir, que siguió el precedente establecido en *Crédit Agricole*, sin necesidad de examinar la naturaleza de los fondos empleados. Y al igual que en el caso *Crédit Agricole*, el Tribunal dedujo que la compañía *Gasunie* debía considerarse parte del Estado en el sentido del actual artículo 107.1 TFUE precisamente por el control que ejercía el Estado sobre el establecimiento de las tarifas, es decir, sobre la concesión de la ayuda.

El Tribunal de Justicia daría sin embargo un último giro a su jurisprudencia sobre este tema, que esta vez sí sería definitivo, para volver a la interpretación restrictiva que, fugazmente, había aparecido ya en los casos *Van Tiggele* y *Norddeutsches Fleischkontor*.

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988 en los asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, *Van der Kooy*, [1988] Rec.p.219, apartado 38.

2.1.4 Ayudas otorgadas por el Estado: retorno a la interpretación restrictiva

En el caso **Sloman Neptun**,¹⁸⁵ el Tribunal retomó la interpretación restrictiva de la condición relativa al origen de las ayudas de Estado, abandonada durante casi una década.

En esta ocasión, el Tribunal de Justicia evaluó una ley alemana por la que las empresas navieras de ese país podían concluir con los marineros no residentes contratos exentos de cumplir los convenios colectivos vigentes en Alemania. Esta exención les permitía ofrecer a dichos trabajadores un salario inferior al mínimo aplicable a los trabajadores residentes y con condiciones laborales, en general, desfavorables.¹⁸⁶ A raíz de la aplicación de esta norma se produjo un litigio entre la empresa naviera Sloman Neptun Schiffahrts AG, que pretendía contratar a cinco marineros y un oficial de radio de nacionalidad y con residencia filipinas, y el Seebetriebsrat, comité de empresa de la industria naviera, cuyo visto bueno era imperativo para proceder a la contratación. El Seebetriebsrat denegó la inscripción porque la remuneración ofrecida por Sloman Neptun era un 20% inferior a la que habría tenido que pagar la empresa a empleados con residencia en Alemania y porque “la

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993, en los asuntos acumulados 72 y 73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec. p. I-887.

¹⁸⁶ “[E]l apartado 4 del artículo 21 de la *Flaggenrechtsgesetz* (Ley relativa al uso del pabellón), modificado por el apartado 2 del artículo 1 de la *Ley federal de 23 de marzo de 1989*, ... establece que «por el mero hecho de que el buque enarbole pabellón alemán no quedarán sujetas al Derecho alemán las relaciones laborales de los miembros de la tripulación de un barco mercante matriculado en el Registro Internacional de Buques, que carezcan de domicilio o residencia en territorio alemán». Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 17 de marzo de 1992 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, apartado 6

*incorporación de trabajadores con salarios bajos correspondientes al país de origen perturba[ría] la paz social en la empresa”.*¹⁸⁷

La empresa recurrió esta denegación ante los tribunales alemanes y durante el proceso, el Seebetriebsrat alegaría en defensa de su decisión, la infracción de las normas sobre control de las ayudas de Estado por la ley en la que basaba su pretensión Sloman Neptun.

En sus extensas conclusiones sobre el caso, el Abogado General Darmon hizo un contundente alegato en favor de considerar las medidas no financiadas mediante fondos estatales como susceptibles de constituir ayudas de Estado. Su opinión en este caso constituye, de hecho, un estudio exhaustivo de la cuestión, con un análisis pormenorizado no solo de la jurisprudencia del Tribunal, sino también de las posturas adoptadas al respecto en su momento en el seno del GATT y en los Estados Unidos.

Según el Abogado General, “[e]l carácter «estatal» que contiene el [actual artículo 107.1 TFUE], se dirige más bien a la autoridad de la que emana la medida – el Estado y las entidades que de él dimanar – que llega así a perturbar las condiciones normales del mercado, que al organismo o a la persona que financia la ayuda. Los ingresos del Estado están sustentados por los particulares, a través de los impuestos directos o indirectos y, a fin de cuentas, cualquiera que sea la naturaleza y el número de las entidades intermediarias, de todas maneras la financiación de la ayuda recae, de forma más o menos difusa, sobre los particulares y sobre los operadores económicos. Cuando una empresa resulte beneficiada como consecuencia de una medida de excepción que sea consecuencia de un comportamiento determinado adoptado por el Estado, sea cual fuere el origen de la

¹⁸⁷ Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 17 de marzo de 1992 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, apartado 5.

*financiación, las condiciones de la competencia quedan afectadas y, por tanto, deben aplicarse [actuales artículos 107 y 108 TFUE]”.*¹⁸⁸

El Abogado General secundó de este modo la opinión defendida por la Comisión ante el TJUE:

*“Cualquier medida, sea cual fuere su forma, que implique para un sector determinado una exención que no forme parte de un sistema global, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del [actual artículo 107 TFUE], aunque dicha medida no esté financiada con fondos públicos”.*¹⁸⁹

El Tribunal sin embargo rechazó estas opiniones amparándose en la sentencia Van Tiggele,¹⁹⁰ sin mencionar siquiera las decisiones posteriores – principalmente Crédit Agricole y Van der Kooy–, en las que había ostensiblemente adoptado una interpretación distinta de la condición del otorgamiento de la ayuda “por el Estado o mediante fondos estatales”:

Según el TJUE, *“de los propios términos de esta disposición, así como de las reglas de procedimiento establecidas por el [actual artículo 108 TFUE] se desprende que las ayudas concedidas con medios que no sean fondos estatales no están incluidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones de que se trata. La distinción entre ayudas otorgadas por el Estado y ayudas otorgadas mediante fondos estatales está destinada a incluir en el concepto de ayuda no sólo las ayudas concedidas directamente por el Estado, sino*

¹⁸⁸ Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 17 de marzo de 1992 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, apartado 40.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec.p.I-887, apartado 17.

¹⁹⁰ *“Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia ..., Van Tiggele..., sólo los beneficios concedidos directa o indirectamente mediante recursos del Estado pueden ser considerados como ayudas en el sentido del [actual artículo 107.1 TFUE]”* Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec.p.I-887, apartado 19.

*también las otorgadas por los organismos públicos o privados, designados o instituidos por el Estado”.*¹⁹¹

El texto del artículo sin embargo es ciertamente ambiguo, por lo que del mismo no es posible deducir inequívocamente cuál de las dos interpretaciones ha de estimarse como correcta. En cuanto al artículo 108 TFUE, éste se limita a regular el procedimiento de control de las ayudas concedidas por el Estado o mediante fondos estatales por parte de la Comisión, configurando un sistema puramente bilateral que tiene como únicas partes a los Estados y la Comisión. Pero tampoco cabe tampoco colegir de este procedimiento que esté dirigido únicamente a medidas financiadas con fondos estatales, y no aquéllas otorgadas por el Estado sin comprometer fondos estatales.

No en vano, la doctrina en general acogió con frialdad¹⁹² tanto esta sentencia del Tribunal de Justicia como otras que le seguirían inmediatamente, y que marcarían definitivamente la nueva línea jurisprudencial del TJUE.

En el caso **Kirsammer-Hack**,¹⁹³ un tribunal laboral alemán planteó al Tribunal una petición de decisión prejudicial surgida en el marco de un litigio entre la señora Kirsammer-Hack, ayudante de odontología, y su empleadora. La sra. Kirsammer-Hack, que había sido despedida, recurrió el despido solicitando que se declarara socialmente improcedente, por lo que debería ser readmitida o indemnizada. La empresaria hizo valer una

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec.p.I-887, apartado 19.

¹⁹² DONY, M., RENARD, F. y SMITS, C. “Contrôle des aides d’État”, 3^a ed., Université de Bruxelles, 2007, p.22.

¹⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1993 en el asunto C-189/91, *Kirsammer-Hack*, [1993] Rec.p.I-6185.

disposición por la que la obligación de readmisión o indemnización no era aplicable a las pequeñas empresas como la suya. La sra. Kirsammer-Hack replicó a esta pretensión alegando que la citada excepción constituía una ayuda de Estado prohibida por las normas comunitarias.

Este asunto se presentó cuando el caso Sloman Neptun estaba aún en fase de deliberación ante el Tribunal de Justicia y el Abogado General Darmon emitió su opinión sobre el caso Kirsammer-Hack, al que fue también asignado, sin saber que el Tribunal de Justicia no iba a seguir sus razonamientos en el asunto Sloman Neptun. No es por tanto sorprendente que nuevamente abogara por una definición extensiva de las ayudas de Estado, repitiendo muchos de los argumentos ya expuestos en su anterior opinión. Y pese a contemplar la posibilidad de que el Tribunal retomara la jurisprudencia Van Tiggele, insistió en su postura en favor de una lectura extensiva de la condición relativa al origen de la ayuda.¹⁹⁴

El Tribunal nuevamente optó por no seguir el razonamiento propuesto por el Abogado General, pero se extendió más en sus explicaciones que en el caso Sloman Neptun, exponiendo con algo más de detalle su interpretación de la expresión “por el Estado o mediante fondos estatales”:

“[D]ebe recordarse que únicamente las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales deben considerarse ayudas a los efectos del [actual artículo 107.1 TFUE]. En efecto, la

¹⁹⁴ “En el caso de que el Tribunal de Justicia se atenga estrictamente a su jurisprudencia anterior, especialmente a la postura adoptada en la sentencia Van Tiggele, y se niegue a seguir la línea que he propuesto, en otros términos, si el Tribunal de Justicia considera que la financiación mediante recursos públicos es un requisito consustancial de la ayuda, afirmará que la medida controvertida no es una ayuda a los efectos del artículo 92 [actual artículo 107] del Tratado... Sin embargo, sigo pensando que la falta de financiación mediante recursos públicos no basta para descartar la calificación de ayuda respecto a una medida adoptada por el Estado o uno de sus órganos”. Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 25 de noviembre de 1992 en el asunto C-189/91, *Kirsammer-Hack*, apartados 24 y 27.

distinción que establece esta norma entre las «ayudas otorgadas por los Estados» y las ayudas otorgadas «mediante fondos estatales» no significa que todas las ventajas otorgadas por un Estado constituyan ayudas, tanto si se financian con fondos estatales como si no, pues su único objeto es incluir en dicho concepto las ventajas otorgadas directamente por el Estado, así como las otorgadas por los organismos públicos o privados, designados o sustituidos por el Estado (véase la citada sentencia Sloman Neptun, apartado 19).

En el caso de autos, procede señalar que la no sujeción de una categoría de empresas al régimen de protección controvertido no lleva consigo ninguna transferencia directa o indirecta de fondos estatales a dichas empresas, sino que responde únicamente a la voluntad del legislador de establecer un marco legal específico para las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores en las pequeñas empresas y evitar poner a dichas empresas trabas económicas que puedan amenazar su desarrollo.

*De ello se sigue que una medida como la controvertida en el litigio principal no constituye un medio de conceder directa o indirectamente una ventaja mediante fondos estatales”.*¹⁹⁵

Cinco años más tarde, en el caso **Viscido**,¹⁹⁶ el Tribunal de Justicia resolvió otro asunto en el que se cuestionaba la implicación de las normas sobre ayudas de Estado respecto a reglas particulares rectoras de las relaciones laborales:

Tres trabajadores denunciaron a la Administración de Correos italiana por haberles empleado mediante contratos de duración determinada, solicitando que se convirtieran en contratos de duración indeterminada, ya que bajo la normativa italiana de la época tan solo se podía recurrir a contratos

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1993 en el asunto C-189/91, *Kirsammer-Hack*, [1993] Rec.p.I-6185, apartados 16 a 18.

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1998 en los asuntos acumulados C-52/97 a C-54/97, *Viscido y otros*, [1998] Rec.p.I-2629.

de duración determinada en casos excepcionales que no concurrían. No obstante, en el marco de la transformación de la Administración de Correos y Telecomunicaciones italiana en una empresa pública, se adoptó la norma controvertida, que eximía a la Administración de Correos italiana, de manera individual, de las normas generales en materia de contratos, y que los denunciantes consideraban como constitutiva de una ayuda de Estado incompatible con el Tratado.

Tras citar las sentencias Van Tiggele, Sloman Neptun y Kirsammer-Hack, el Tribunal de Justicia consideró que “[e]n el presente asunto, procede señalar que la no sujeción de una sola empresa a la normativa de aplicación general en materia de contratos de trabajo de duración determinada no implica ninguna transferencia directa o indirecta de fondos estatales a dicha empresa”.¹⁹⁷

La Comisión y algunos Abogados Generales han seguido intentando de manera intermitente reorientar la jurisprudencia del Tribunal a fin de que éste acoja una visión teleológica y, al menos en determinados casos, admita la posibilidad de que acciones del Estado que tienen como efecto el favorecer a una empresa o sector determinados sin entrañar el uso de fondos estatales pueda ser considerada como una ayuda de Estado.

En el caso **PreussenElektra** el Tribunal de Justicia, requerido nuevamente por un juez alemán para resolver una cuestión prejudicial, decidió que “una normativa que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra,

¹⁹⁷Ibíd., apartado 14

reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas que están situados en un nivel de distribución anterior no constituye una ayuda de Estado".¹⁹⁸

En particular, "*el reparto de la carga financiera derivada para estas empresas privadas suministradoras de electricidad de dicha obligación de compra entre ellas y otras empresas privadas tampoco constituye una transferencia directa o indirecta de recursos estatales. En estas circunstancias, el hecho de que la obligación de compra esté impuesta por la ley y confiera una ventaja indiscutible a determinadas empresas no le confiere el carácter de ayuda de Estado*".¹⁹⁹

Si se toma aislado este extracto de la parte dispositiva de la sentencia parece evidente que el Tribunal no podría haber identificado en modo alguno el uso de fondos estatales para financiar la medida.²⁰⁰ No obstante, tanto la Comisión como el órgano remitente y la compañía PreussenElektra esgrimieron argumentos de fuste para intentar convencer al Tribunal de lo contrario.

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de de 13 de marzo de 2001, en el asunto C-379/98, *PreussenElektra*, [2001] Rec.p.I-2099, apartado 66

¹⁹⁹ *Ibíd.*, apartados 60 y 61.

²⁰⁰ Es evidente que el Tribunal examina la naturaleza de los fondos empleados como fondos estatales y no se limita a examinar si la medida es imputable al Estado. No coincidimos en este punto con HANCHER, que considera que la sentencia *PreussenElektra* se refiere únicamente a la primera parte de la expresión "por el Estado o mediante fondos estatales": "*It should be stressed that the Preussen Elektra ruling concerned the interpretation of the first part of the definition; it did not deal with the meaning of the second part (or residual category), i.e. the scope of the concept where aid is provided "through State resources in any form whatsoever". It is established case law that aid granted by public or private bodies designated or established by the state, may also be classified as aid within the meaning of art.107(1)*". HANCHER, L. "The General Framework", en *EU State aids*, HANCHER, L.; OTTERVANGER, T.; SLOT, P.J., 4th edition, 2012, London, Sweet &Maxwell, p. 62.

PreussenElektra era una empresa dedicada a la producción de electricidad mediante centrales convencionales y nucleares, que gestionaba también una red de distribución de alta y máxima tensión a través de la cual distribuía electricidad a empresas suministradoras de electricidad, a centrales municipales y a industrias. A su vez, Schleswig suministraba la electricidad que adquiriría de PreussenElektra, su matriz, para abastecer a sus clientes en el Estado federado de Schleswig-Holstein.

De acuerdo con la norma objeto del litigio, el 15% de la electricidad distribuida a sus clientes por Schleswig debía ser adquirida de los productores de energía eólica. La empresa suministradora de electricidad – en este caso Schleswig – cubriría tan solo un tercio de los costes adicionales derivados de la obligación de compra al precio mínimo establecido por la norma, pudiendo traspasar los dos tercios restantes del sobrecosto al gestor de red situado en un nivel de distribución anterior, que en este caso era la empresa matriz, PreussenElektra.

Tras satisfacer el pago, PreussenElektra presentó una demanda de reembolso contra su filial, Schleswig, alegando que la norma en que se sustentaba la obligación de repago era contraria a las disposiciones directamente aplicables del Tratado en materia de ayudas de Estado; es decir, por infracción del actual artículo 108.3 TFUE.²⁰¹

La Comisión y PreussenElektra adujeron tres argumentos para intentar convencer al Tribunal de Justicia de la implicación de fondos estatales en la medida.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de de 13 de marzo de 2001, en el asunto C-379/98, *Preussen-Elektra*, [2001] Rec.p.I-2099, apartados 18 a 23.

En primer lugar, alegaron que la medida repercutía negativamente en los resultados económicos de las empresas sujetas a la obligación de recompra provocando una disminución de los ingresos fiscales del Estado. Al igual que en el asunto *Sloman Neptun*,²⁰² aunque suprimiendo toda referencia a la finalidad de la medida, el TJUE juzgó que “*esta consecuencia es inherente a una normativa de este tipo y no puede considerarse que constituya un instrumento para conceder a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables una determinada ventaja a cargo del Estado*”.²⁰³

Este argumento remite en cierto modo al concepto de *lógica del sistema*, empleado en el examen de selectividad, en particular de las medidas fiscales. Dicho concepto sirve, al igual que en este otro contexto, para rechazar la calificación de una medida como ayuda de Estado.²⁰⁴ En ambos casos, el efecto de la noción sirve para imponer un límite razonable a la extensión de la definición de las ayudas de Estado y evitar así desvirtuarla por un uso abusivo.

El TJUE tampoco consideró que pudiesen aplicarse los artículos sobre el control de las ayudas de Estado en conjunción con el artículo que establece

²⁰² “*A este respecto, el régimen de que se trata no tiende, ni por su finalidad, ni por su sistema general, a crear un beneficio que constituya una carga suplementaria para el Estado o para los mencionados organismos, sino que solamente tiende a modificar, en favor de las empresas de navegación marítima, el marco en el que se establecen las relaciones contractuales entre estas empresas y sus empleados. Las consecuencias que de él resultan... son inherentes a este régimen y no constituyen una forma de conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec.p.I-887, apartado 21.

²⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2001, en el asunto C-379/98, *Preussen-Elektra*, [2001] Rec.p.I-2099, apartado 62.

²⁰⁴ Véase infra Apartado 3.3.1.2.

el principio de cooperación leal entre los Estados miembro y la UE para aprehender medidas que no se financiaran con fondos estatales.

Por último, la Comisión y *PreussenElektra* invocaron como argumento que los efectos de la medida eran análogos a los originados por los tributos, puesto que en ambos casos se trata de canalizar fondos privados – las obligaciones de repago por un lado y las obligaciones tributarias por el otro – para destinarlos a un objetivo de interés público, que en el caso analizado consistía en el fomento de las energías renovables. El hecho de que los fondos destinados al repago no estuviesen en ningún momento bajo el control del Estado tampoco debía, según la Comisión, descalificar a estas medidas como ayudas de Estado: las equiparaba en este sentido a las renunciaciones del Estado a una fuente de ingresos, en las que los fondos permanecen en todo momento bajo el control del beneficiario y no por ello se descarta que puedan constituir ayudas de Estado.

El Tribunal de Justicia no respondería a este tercer argumento en el caso *PreussenElektra*, dándose por satisfecho con declarar, como hemos visto, que la obligación impuesta a las empresas privadas suministradoras de electricidad de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables no suponía ninguna transferencia de recursos estatales a las empresas que producen este tipo de electricidad. El Tribunal denegó así, sobre la base de esta interpretación sumamente restrictiva del concepto de fondos estatales, la existencia de una ayuda de Estado.

La conclusión principal de este análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es que los dos componentes de la expresión “por el Estado o mediante fondos estatales” no son perfectamente alternativos, sino que la existencia de una carga financiera para el Estado es una *conditio sine qua non*

de la existencia de una ayuda de Estado. Evidentemente, esta interpretación no puede sino entenderse como una lectura restrictiva, que no encuentra un soporte irrefutable en el texto del artículo 107.1 TFUE. Como hemos señalado anteriormente, éste se refiere además a ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, “bajo cualquier forma”. Si bien ello no implica tampoco necesariamente que la interpretación alternativa sea la única admisible, sí que apunta a que los redactores del Tratado quisieron evitar todo formalismo en la determinación de las medidas englobables en el concepto de ayuda de Estado poniendo el énfasis en sus efectos.

Como señala Andrea Biondi²⁰⁵, las sentencias *Preussen-Elektra*, *Viscido*, *Kirsammer-Hacks* y *Sloman-Neptune*, que han configurado esta jurisprudencia, han sido extensamente criticadas por entrar en contradicción con la finalidad principal del sistema de control de las ayudas de Estado, que es evitar que se distorsione la competencia. Según este autor, la única consideración que debería tomarse en cuenta al calificar una medida como ayuda de Estado es si la medida estatal puede favorecer a determinadas empresas o producciones, independientemente de que se financie mediante fondos públicos o privados. En el mismo sentido, Denis Waelbroeck²⁰⁶ ha expresado la duda fundamental que surge a la vista de la sentencia *PreussenElektra*: ¿por qué habría de distinguirse la financiación entre empresas que se produce exclusivamente en virtud de una ley, de una financiación con idénticos efectos en la que el Estado actúa de mero intermediario entre la recaudación y el pago de los fondos?

²⁰⁵ BIONDI, A. [Op.cit.supra nota 153], en págs. 1433 y ss.

²⁰⁶ WAELBROECK, D. “La notion d’aide d’État dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice” en *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, págs.771 a 827, en p.777.

Biondi acertadamente afirma que esta crítica remite en definitiva a la mayor idoneidad de la interpretación extensiva para garantizar un examen económicamente coherente del efecto de las medidas sobre el mercado interior. Los demás elementos de juicio relativos a la conveniencia de poner en práctica una medida que propone una ventaja selectiva a una o varias empresas y cuyo origen se encuentra en la acción del Estado, deberían solventarse en el ámbito del examen de compatibilidad de la ayuda de Estado con el mercado interior. Recordemos que este examen, si se adviera positivo, permitirá que se ejecute la ayuda.²⁰⁷

El Abogado General Maduro, en la sentencia Enirisorse, tras explicar de manera muy acertada la razón de ser de la opción adoptada por el Tribunal de Justicia, propuso una solución intermedia entre la jurisprudencia formalista del Tribunal y la solución que podemos denominar teleológica, por la que solo los efectos de la medida se tomarían en cuenta. Esta solución trasladaría el filtro que actualmente ejerce la condición de “financiación por el Estado o mediante fondos estatales” no al examen de la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior, como propone Biondi, sino a la segunda condición del artículo 107.1 TFUE; la selectividad de la medida.²⁰⁸

²⁰⁷ Esta ponderación de los efectos positivos y negativos de las ayudas de Estado para decidir sobre su compatibilidad o incompatibilidad con el mercado interior se conoce como *balancing test*.

²⁰⁸ “Parece que, en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia quiere trazar una distinción entre las distorsiones resultantes de la adopción de medidas de regulación de las actividades económicas y las originadas por una transferencia de recursos públicos en beneficio de determinadas empresas. Únicamente estas últimas pueden afectar a las condiciones de competencia... Se comprende con facilidad dicha distinción. El Tribunal de Justicia quiere evitar así extender el ámbito de aplicación de las reglas comunitarias a distorsiones de la competencia meramente relacionadas con disparidades de opciones legislativas entre los Estados miembros... Pues bien, es manifiesto que el régimen comunitario de las ayudas de Estado... únicamente pretende identificar las distorsiones competitivas resultantes de la voluntad de un Estado miembro de conceder una ventaja específica a determinadas empresas, con carácter de excepción a sus orientaciones políticas generales... sin embargo, el criterio de transferencia de los recursos estatales, usualmente utilizado por el Tribunal de

El Abogado General esgrimió tres razones para ello: en primer lugar, una medida regulatoria puede implicar una carga financiera para el Estado equivalente a la que se derivaría de una transferencia de recursos públicos. En segundo lugar, la condición de selectividad se adecúa mejor a las limitaciones que aplica actualmente la jurisprudencia del Tribunal al considerar si la medida ha sido financiada o no por el Estado o mediante fondos estatales. Y, en tercer lugar, que al excluir las medidas financiadas por el Estado sin emplear fondos estatales permite a éste diseñar medidas de apoyo selectivo a las empresas que pueden sustraerse por razones puramente formales del control aplicable a las ayudas de Estado.²⁰⁹

El primer argumento que menciona Maduro es en esencia el mismo que el de Biondi y Waelbroeck: desde un punto de vista económico –que a fin de cuentas debería ser el criterio primordial a la hora de valorar los efectos de la norma²¹⁰– es ilógico utilizar la transferencia de recursos estatales como condición para que la medida quede sujeta al artículo 107.1 TFUE. El Estado puede adoptar medidas que formalmente no impliquen ese trasvase de recursos, y que sin embargo otorguen una ventaja selectiva a ciertas empresas o producciones pudiendo incluso ser en la práctica igualmente onerosas para el erario que una transferencia de fondos.²¹¹ Y la ventaja que recibe una

Justicia, no permite aplicar y justificar correctamente dichas restricciones. Para ello, sería preferible recurrir al criterio de la selectividad, según se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.” Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 12 de enero de 2006, en el asunto C-237/04, *Enirisorse*, apartados 43 a 47.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ “Considerando que el objetivo del artículo [107] consiste en evitar que los intercambios entre Estados miembros resulten afectados por las ventajas otorgadas por las autoridades públicas que, bajo cualquier forma, falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones” Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, en el asunto 173/73, *Italia c/ Comisión*, [1974] Rec.p.709, apartado 26

²¹¹ Esta opinión es expresada también por el Abogado General Jacobs en su opinión al caso *Preussen-Elektra*: “Desde este punto de vista teleológico, una medida estatal que confiera ventajas específicas a determinadas empresas no deja de ser contraria a la competencia

empresa es obviamente doble si su financiación corre a cargo de sus competidores.

El segundo argumento enlaza con el primero: aplicando simplemente el criterio de la selectividad de la medida estatal, examinado en el siguiente capítulo de este trabajo, para decidir qué medidas adoptadas por el Estado constituyen ayudas, sin requerir su financiación mediante fondos estatales, se evitaría una fiscalización general de la actividad de éste en el ámbito económico, que es uno de las razones aducidas para justificar que solo las medidas que supongan una carga financiera adicional para el Estado entren en el ámbito del artículo 107.1 TFUE.²¹² Se evitaría con ello además exigir a la Comisión Europea un esfuerzo fiscalizador que excedería con creces sus medios materiales.²¹³

porque sea financiada mediante fondos privados y no públicos. Al contrario, la distorsión de la competencia puede ser mayor cuando el coste de la medida es soportado por los competidores de la empresa favorecida y no por los contribuyentes.” Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 26 de octubre de 2000, en el asunto C-379/98, *Preussen-Elektra*, [2000] Rec.p.585, apartado 139.

²¹² Recordemos que el artículo 107.3 TFUE establece que “[p]odrán considerarse compatibles con el mercado interior: a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.”

²¹³ “[C]abría preguntarse por qué razón, habida cuenta de su efecto potencial sobre la competencia, el apartado 1 del artículo [107] no abarca la totalidad de las medidas laborales y otras de orden social, que, en virtud del carácter selectivo de su impacto, pueden falsear la competencia y, por ello, tener un efecto equivalente a una ayuda de Estado. La respuesta quizás sea esencialmente de orden pragmático: el análisis de la totalidad de dichos

La tercera razón que menciona Maduro se refiere a la posibilidad que se abre a los Estados miembros de diseñar las medidas de ayuda a las empresas de manera que queden legalmente fuera del ámbito de aplicación del artículo 107.1 TFUE. Este problema potencial, como veremos más adelante en este mismo capítulo, es una constante que afecta a la interpretación que hacen el Tribunal de Justicia y DG COMP de la primera condición de la definición de las ayudas de Estado.

En cualquier caso, sea por razones de orden pragmático o por otras razones²¹⁴, es evidente que la interpretación restrictiva no solo no encuentra una justificación plausible desde el punto de vista económico, sino que además abre una válvula de escape para la concesión por los Estados de medidas de apoyo selectivas en favor de determinadas empresas o

regímenes necesitaría de una investigación sobre la base únicamente del Tratado acerca de toda la vida social y económica de un Estado miembro". Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 19 de febrero de 1998, en los asuntos acumulados acumulados C-52/97, C-53/97 y C-54/97, *Viscido* [1998] Rec.p.78, apartado 16.

²¹⁴ Una amplia recopilación de estos argumentos puede consultarse en las Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 26 de octubre de 2000, en el asunto C-379/98, *Preussen-Elektra*, [2000] Rec.p.585, apartados 134 a 159. Siendo todos ellos enormemente endeble, lo son en particular la opinión según la cual el artículo 93 TCE [actual artículo 108 TFUE] que protegería "*los intereses de los competidores de las empresas favorecidas y a los Estados miembros en los que se hallan establecidos dichos competidores*", y no regula "los problemas específicos de las empresas que han de financiar la ayuda concedida a otras empresas" (apartado 156). Sin embargo, ese apartado se refiere únicamente a "los interesados", que en buena lógica incluiría en su caso a las empresas competidoras sobre las que se impusiera la carga de financiar una medida. Otro argumento fácilmente rebatible es que, según Jacobs, "*es probable que una medida que produzca los mismos efectos negativos para la competencia y los intercambios comunitarios que una ayuda financiada mediante fondos estatales infrinja otras normas del ordenamiento jurídico comunitario*" (apartado 158). Sin embargo, esto no es necesariamente así: no todas las medidas de apoyo financiadas mediante transferencias directas de pagos entre empresas infringirán alguna de las cuatro libertades. Muchas de estas medidas no implicarán discriminación alguna ni supondrán una traba a la libre circulación de bienes, servicios o trabajadores. Vemos por tanto que las razones esgrimidas en favor de la interpretación restrictiva no resultan convincentes.

producciones, sin estar sometidos a la exigencia de su compatibilidad con el mercado interior.

Este hecho queda bien ilustrado al examinar qué formas pueden potencialmente adoptar las medidas para ser calificables como ayuda de Estado y, sobre todo, cuando se identifican los tipos de medidas, que, por no implicar el uso de fondos estatales, quedan fuera del ámbito material de estas normas.

2.2 La forma de la ayuda

El artículo 107.1 TFUE comprende las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, “bajo cualquier forma”.

El TJUE, al referirse a esta ausencia de restricción formal, ha añadido la siguiente explicación, que utiliza de manera persistente en su jurisprudencia:

“[E]l concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones de Estado que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones, en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos”.²¹⁵

Puede sorprender la referencia a las subvenciones, diferenciándolas explícitamente del concepto, más amplio, de ayudas de Estado, puesto que el artículo 107.1 TFUE se refiere únicamente a “ayudas de Estado otorgadas bajo cualquier forma” sin referirse en ningún momento a las subvenciones, por lo que la aclaración parece innecesaria. La explicación del porqué de esta alusión se encuentra en el origen de la frase de marras: la primera vez que el Tribunal contrapuso ayudas de Estado y subvenciones fue en una de las primeras sentencias, dictada en el asunto *Steenkolenmijnen*.²¹⁶ Se trata de un caso relativo a la aplicación de las normas sobre control de las ayudas de

²¹⁵ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, en el asunto C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, [2001] Rec. p. I-8365, apartado 38, y de 15 de noviembre de 2011 en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, *Comisión c/ Gibraltar*, [2011] Rec.p.732, apartado 71.

²¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1961, en el asunto C-30/59, *Steenkolenmijnen* [1961] Rec.p.2, apartado B.I.1 a).

Estado contenidas en el artículo 4 del Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero [Tratado CECA], que expiró el 23 de julio de 2002.

La letra c) del artículo 4 del Tratado prohibía con carácter general las “*subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados, o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma*”, otorgadas a las empresas siderúrgicas y carboneras. Vemos que, a diferencia del TFUE y el TCE, el Tratado CECA sí que mencionaba al mismo tiempo las subvenciones y las ayudas.

En el caso **Steenkolenmijnen** el Tribunal de Justicia analizó la aplicación de esta norma a un aumento de salario a los mineros que trabajaban en Alemania mediante el pago de una *prima de puesto* abonada por las propias empresas a los mineros. Este complemento salarial estaba exento del cobro de impuestos y de exacciones en concepto de seguros sociales, y se deducía del importe de impuesto sobre los salarios que adeudaban las empresas al Estado. El Tribunal examinó si esta *prima de puesto* podía considerarse una subvención o ayuda en el sentido del artículo 4 letra c) del Tratado CECA, concluyendo que así era, puesto que “*si bien dicho complemento salarial no entraría en el ámbito de aplicación del Tratado si lo pagase la industria del carbón, no puede dejar de constituir una subvención desde el momento en que equivale a un aumento de salario pagado con fondos públicos por el Gobierno de la República Federal*”.²¹⁷

Al margen del fallo, lo realmente significativo para su posterior jurisprudencia fue la distinción que realizó el Tribunal entre el concepto de subvención y el de ayuda:

²¹⁷ *Ibíd.*

*“[S]egún la terminología usual, una subvención es una prestación en metálico o en especie que se concede en apoyo de una empresa, aparte del pago, por el comprador o el usuario de los bienes o servicios que dicha empresa produzca; ... una ayuda es un concepto muy similar, en el que, no obstante, se acentúa el aspecto teleológico, ya que la ayuda parece especialmente destinada a perseguir un fin determinado, que, por lo general, no podría conseguirse sin cooperación exterior; ... [S]in embargo, el concepto de ayuda es más general que el concepto de subvención, ya que comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen el mismo carácter e idénticos efectos”.*²¹⁸

Es en este contexto en el que se adoptó la decisión *Steenkolenmijnen*, lo que explica por qué el Tribunal de Justicia de manera constante hace referencia al concepto de subvención que nunca ha figurado en el artículo 107 TFUE, pero sí en el artículo 4 del Tratado CECA.

Haciendo abstracción de la mención a las subvenciones, lo realmente importante es que el Tribunal sostiene que las ayudas de Estado pueden adoptar cualquier forma, siempre y cuando impliquen el uso de fondos estatales, o más exactamente, una carga financiera para el Estado. Son dos las cuestiones que se plantean al respecto: la primera es si existen determinadas medidas que por la forma que adoptan no pueden cumplir en ningún caso los requisitos para ser calificadas como ayudas de Estado; y la segunda bajo qué condiciones aquellas medidas en las que la transferencia de fondos no es evidente, serán consideradas ayudas de Estado.

²¹⁸ *Ibíd.*

Las mayores dudas pueden surgir cuando el trasvase es meramente potencial o cuando la medida da lugar meramente a una pérdida de ingresos debidos al Estado, por ejemplo, al aplicar una exención fiscal.

El Tribunal de Justicia ha dado una respuesta muy extensiva a esta cuestión, coherente con la tesis de que las ayudas se definen en función de sus efectos, admitiendo que pueda no existir una transferencia estricta de fondos estatales al beneficiario y, pese a ello, se cumpla la primera condición del artículo 107.1 TFUE:

“Como ya ha declarado [el] Tribunal de Justicia en el marco del Tratado CECA... el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. De ello se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del [actual artículo 107] del Tratado.”²¹⁹

El TJUE ha considerado que las aportaciones en especie y la puesta a disposición de manera gratuita, o por un precio inferior al de mercado, de bienes o recursos del Estado en favor de una empresa o de un sector económico, también conllevan una carga adicional para el Estado. Esta conclusión afecta de lleno a la financiación de infraestructuras.

²¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, en el asunto C-387/92, *Banco Exterior de España*, [1994] Rec. p. I-877, apartado 14.

La cuestión que se plantea inmediatamente en este contexto es en qué casos debe el Estado cobrar por un bien o servicio y en qué casos puede no hacerlo: siendo innegable que una exoneración o, de manera general, una ausencia de un pago normalmente debido puede constituir una ayuda de Estado, es preciso delimitar en qué casos dicho pago ha de ser exigido por el Estado. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de tratar esta cuestión en numerosas ocasiones respecto a las exenciones de impuestos.

Normalmente se considerará que una exención fiscal es una medida financiada con fondos estatales. Un aplazamiento del pago de un impuesto será tratado del mismo modo que una exención y cumplirá el requisito de la transferencia de fondos.²²⁰

El TJUE ha juzgado que si una exención fiscal u otras medidas que resulten en pérdidas de ingresos en forma de exoneración de sanciones pecuniarias o aplazamientos de pago son inherentes al sistema fiscal –o a otro régimen como por ejemplo el aplicable a los procedimientos de insolvencia– y se aplica por tanto sin distinciones, no existirá una *carga adicional* para el Estado y la medida no cumplirá con la primera condición del artículo 107.1 TFUE.²²¹

²²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, en el asunto C-66/02, *Italia c/ Comisión*, [2005] Rec. p. I-768, apartado 78.

²²¹ “A... diferencia de lo que afirma la Comisión, la posible pérdida de ingresos de naturaleza fiscal que sufriría el Estado como consecuencia de la aplicación del régimen de administración extraordinaria, debido a la prohibición absoluta de las acciones de ejecución con carácter individual y a la interrupción del devengo de los intereses sobre todas las deudas de la empresa afectada, así como de la correlativa disminución de los beneficios de los acreedores, no puede justificar, por sí sola, que dicho régimen se califique de ayuda. En efecto, esta consecuencia es inherente a todo régimen legal que fije el marco en el que se organizan las relaciones entre una empresa insolvente y la masa de sus acreedores, sin que de ello pueda deducirse automáticamente la existencia de una carga económica adicional soportada directa o indirectamente por las autoridades públicas y destinada a conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1998, en el asunto C-200/97, *Ecotrade*, [1998] Rec.p.579, apartado 36.

En el caso PreussenElektra, la obligación de compra impuesta a las empresas distribuidoras de electricidad repercutía negativamente en los resultados económicos de las empresas, lo que redundaba en menores ingresos por impuestos para el Estado. Sin embargo, esta consecuencia era *“inherente a una normativa de este tipo y no podía considerarse que constituy[era] un instrumento para conceder a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables una determinada ventaja a cargo del Estado”*.²²²

El Tribunal llegó a la conclusión contraria en el caso **NO_x**²²³ respecto a un sistema de limitación de las emisiones de óxidos de nitrógeno aplicable en los Países Bajos. La norma recurrida transponía al ordenamiento nacional una Directiva comunitaria. Ésta, como es habitual, no homogeneizaba todos los aspectos de la regulación objeto de la armonización, en este caso, el sistema de limitación de emisiones contaminantes.

Dentro del margen de discrecionalidad otorgado a las autoridades nacionales se encontraba la opción de bien vender o bien adjudicar derechos de emisión de óxido de nitrógeno a las empresas: las autoridades neerlandesas decidieron conceder, exclusivamente a las grandes instalaciones industriales el derecho de comerciar con los derechos de emisión. Ello permitía a las empresas propietarias de dichas instalaciones cumplir con sus obligaciones no solo mediante la reducción de sus emisiones, sino también mediante la adquisición de derechos de emisión de otras instalaciones que hubiesen recortado sus emisiones por encima del nivel que les correspondía. Al permitir a las empresas propietarias de las grandes instalaciones la

²²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-279/08 P, *NO_x*, [1998] Rec.p.551, apartado 110.

²²³ *Ibíd.*

compraventa de los derechos de emisión, el TJUE consideró que el Estado había escogido un sistema que conllevaba una carga adicional en forma de pérdida de ingresos derivados tanto de la renuncia a vender – o subastar – los derechos de emisión a las instalaciones que optaran por adquirir derechos de emisión en lugar de reducir la cuota que les correspondía, como de las sanciones que habría podido imponer a dichas empresas por sus incumplimientos.²²⁴

En el caso **Eventech**, el Tribunal de Justicia examinó si la normativa municipal que permite circular en hora punta por los carriles bus a los taxis londinenses (*Black Cabs*), pero no a otros servicios de transporte como los vehículos de turismo con conductor (*minicabs*), concedía una ayuda de Estado a los primeros.

Las tres razones alegadas en favor de esta tesis por Eventech, una empresa dedicada a la explotación de un parque automovilístico de vehículos de turismo con conductor, eran que el Estado había renunciado al cobro de las multas que habrían sido impuestas los taxis si se les hubiese aplicado la

²²⁴ El Tribunal de Justicia distinguió este caso del tratado en el asunto *PreussenElektra*, en el que decidió “*que, aun cuando la carga financiera derivada de la obligación de compra a precios mínimos pueda repercutir negativamente en los resultados económicos de las empresas sujetas a esta obligación e implicar una disminución de los ingresos fiscales del Estado, esta consecuencia era inherente a una normativa de este tipo y no podía considerarse que constituya un instrumento para conceder a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables una determinada ventaja a cargo del Estado. Por el contrario, en este caso... dicha renuncia no puede considerarse «inherente» a todo instrumento destinado a regular las emisiones de contaminantes atmosféricos mediante un régimen comercial de derechos de emisión. En efecto, cuando el Estado recurre a tales instrumentos puede elegir en principio entre la adjudicación gratuita o la venta o subasta de dichos derechos. Además, en el presente asunto existe una relación suficientemente directa entre la medida de que se trata y la pérdida de ingresos por el Estado, que faltaba en cambio, en el asunto PreussenElektra, entre la imposición de la obligación de adquisición y la eventual disminución de los ingresos fiscales. Por tanto, los supuestos de hecho de ambos asuntos no son equiparables y la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia PreussenElektra no puede trasladarse al presente asunto. Así pues, la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia PreussenElektra, antes citada, no es extrapolable al presente asunto.*” *Ibid.*, apartados 110 a 112.

prohibición de circular por el carril bus del mismo modo que a los vehículos con conductor, que la normativa dotaba a los taxis londinenses de un acceso preferente a un bien del Estado – una infraestructura en este caso – y que el tráfico adicional generado incrementaba el gasto de mantenimiento de la infraestructura.

Este último argumento, ciertamente extravagante, fue desechado de inmediato por el Abogado General Wahl ya que el mayor desgaste se veía compensado en todo caso por un menor desgaste de los demás carriles.²²⁵ El Tribunal de Justicia ignoró el argumento por completo y ni se molestó en mencionarlo.

Respecto a la primera alegación, Eventech se basó en la sentencia NO_x en la que, como acabamos de ver, el Tribunal decidió que la exoneración de la obligación de pagar multas u otras sanciones pecuniarias constituye una medida financiada mediante fondos estatales al conllevar una carga adicional para los poderes públicos en forma de pérdida de ingresos. El Tribunal sin embargo rechazó la equiparación de ambas situaciones: en el caso del uso del carril bus por los taxis londinenses no hubo exoneración alguna, ya que la conducta en cuestión no estaba prohibida²²⁶ por lo que no existía ninguna carga suplementaria para el Estado. El TJUE adoptó en este punto, al igual que en el caso PreussenElektra, una solución extremadamente formalista e ignoró la opinión del Abogado General Wahl, que utilizó un argumento más sólido y coherente con la lógica y el propósito del sistema de control de las

²²⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 24 de septiembre de 2014 en el asunto C-518/13, *Eventech*, apartado 22.

²²⁶ “[E]l hecho de que los taxis londinenses puedan utilizar esos carriles sin exponerse a multas no se debe a una renuncia de los poderes públicos a la percepción de las multas impuestas, sino a la autorización concedida a los taxis para utilizar los carriles bus”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 40.

ayudas de Estado. El Abogado General propuso que la prohibición de uso del carril bus se considerara una medida puramente regulatoria que no daba lugar a ninguna obligación, ni expectativa siquiera, de que el Estado cobrara por el uso de la infraestructura.²²⁷

De cualquier modo, la línea que separa el caso NO_x de la existente del caso Eventech es muy sutil, si la solución ha de basarse en el uso o no de fondos estatales. Desde todos los puntos de vista sería preferible, como veremos en detalle en el siguiente capítulo del Trabajo, que el Tribunal diese respuesta a la cuestión de la calificación como ayuda de Estado sobre la base de la selectividad o no de la medida.²²⁸

La segunda alegación formulada por la empresa recurrente, de acuerdo con la cual la puesta a disposición de manera gratuita de una infraestructura constituiría una medida financiada con fondos estatales en el sentido del artículo 107.1 TFUE, tiene especial relevancia para la financiación de infraestructuras.

La recurrente basó su pretensión en la sentencia *Leipzig-Halle* que, sin embargo, no solo tiene una incidencia muy indirecta sobre esta cuestión, sino

²²⁷ “Como activo de dominio público cuyo objetivo es facilitar el transporte y la movilidad de los usuarios finales, dicha infraestructura requiere, por su propia naturaleza, que se establezcan normas para regular su uso —incluido el acceso a la misma— principalmente en materia de control de tráfico y régimen de mantenimiento. Es una cuestión reglamentaria, y no comercial, que no justifica la aplicación de las normas sobre competencia previstas en el capítulo 1 del título VII del Tratado FUE, incluidas las relativas a ayudas de Estado. Como ha señalado acertadamente el Gobierno polaco, los Estados miembros pueden haber adoptado normas específicas para la ordenación del tráfico. Esto no supone que, al regular el acceso a una infraestructura pública, se transfiera un recurso público (o se renuncie a él).” Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 24 de septiembre de 2014 en el asunto C-518/13, *Eventech*, apartado 29.

²²⁸ Véase infra Apartado 3.3.2.2.

que, además, de surtir algún efecto sería más bien el contrario al pretendido por Eventech.²²⁹

Una vez descartó que la sentencia *Leipzig-Halle* fuese relevante para resolver la cuestión, el Tribunal se planteó si “*los poderes públicos competentes están obligados, en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 1, a percibir de los usuarios que se benefician de un derecho de acceso preferente a una infraestructura pública la contrapartida del valor económico de un derecho de esta naturaleza*”.²³⁰

Pese a que también esta cuestión debería en nuestra opinión responderse en el contexto del análisis de la selectividad de la ventaja, el Tribunal lo hizo refiriéndose a la condición previa de su concesión misma: dado que los carriles bus no eran objeto de ninguna explotación económica por las autoridades públicas, éstas no renunciaban, “*en virtud de la política relativa a los carriles destinados a los autobuses, a ingresos que habrían podido percibir de no existir semejante política*”.²³¹ Por otro lado, no existía una obligación a cargo de las autoridades de cobrar por el acceso preferente al carril bus. Su gratuidad no dotaba de una ventaja a los taxis londinenses

²²⁹ Como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, la principal aportación de la sentencia *Leipzig-Halle* a la jurisprudencia del Tribunal sobre la definición de las ayudas de Estado, es la calificación como actividad económica de la construcción de una infraestructura explotada comercialmente y, en consecuencia, la posible existencia de ayuda de Estado en favor del propietario y operador de la infraestructura a raíz de la financiación de dicha construcción. En este caso, sin embargo, no entraba en juego la calificación de la construcción de una infraestructura como económica, ni se alegaba la concesión de una ayuda de Estado para el propietario u operador de la infraestructura, ni la infraestructura en cuestión, el carril bus, era explotada económicamente. Traer a colación la sentencia *Leipzig-Halle* en este contexto es algo torpe y parece responder meramente a una asociación simplista entre dicha sentencia y cualquier medida potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado que se relacione más o menos directamente con la financiación o el uso de una infraestructura. Tirando de refranero, el abogado de Eventech o bien oyó campanas y no sabía dónde, o bien probó si sonaba la flauta.

²³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 46.

²³¹ *Ibíd.*, apartado 44.

con respecto a los *minicabs*, ya que se encontraban “*en situaciones fácticas y jurídicas lo suficientemente distintas como para considerar que no son comparables*”.²³²

Al respecto, queremos aclarar que, en ausencia de explotación económica de la infraestructura, es decir, en caso de puesta a disposición no remunerada de la misma, la infraestructura podrá bien constituir una infraestructura general o una infraestructura dedicada. La diferencia entre ambas es que, como veremos en el siguiente capítulo, las infraestructuras generales dotan de una ventaja a los usuarios, pero ésta no es selectiva, ya que están abiertas en idénticas condiciones a todos los usuarios potenciales. Al contrario, las infraestructuras dedicadas están diseñadas para favorecer a unos usuarios determinados y, en consecuencia, les otorgan una ventaja selectiva.²³³

Pero en todos estos casos, la implicación de fondos estatales para la concesión de la posible ventaja no debería ponerse en duda desde el momento en que la construcción de la infraestructura, y normalmente su mantenimiento, es financiada por el Estado.

Volviendo a la condición del uso de fondos estatales, el Tribunal de Justicia no solo ha admitido que la pérdida de ingresos constituye una carga adicional para los poderes públicos que satisface la condición de financiación de la medida mediante fondos estatales, sino que ha llegado a la misma conclusión respecto a la concesión de garantías por el Estado. Con ello va un paso más allá, y es un paso muy significativo, ya que implican únicamente una carga potencial sobre el presupuesto del Estado.

²³² *Ibíd.*, apartado 61.

²³³ Véase *infra*. Apartado 3.3.2.

La prestación de garantías en favor de una o varias empresas no queda al margen del artículo 107.1 TFUE “*por el mero hecho de que dicha ventaja no se le haya concedido a la empresa beneficiaria mediante una movilización inmediata y cierta de fondos estatales*”.²³⁴

La Comisión Europea consideró desde una época relativamente temprana que el otorgamiento de una garantía es un instrumento a través del cual pueden concederse ayudas de Estado: en 1989 envió sendas cartas a los Estados miembros,²³⁵ informándoles de que consideraría toda garantía como una ayuda de Estado y que su otorgamiento estaría sujeto a condiciones –se entiende que relativas a su compatibilidad con el mercado interior– que la Comisión examinaría en el marco del procedimiento regulado en el actual artículo 108.3 TFUE.²³⁶

Posteriormente, en el año 2000 adoptó una Comunicación que derogó las cartas enviadas en 1989 y que trataba tanto sobre la concesión de ayudas de Estado a través de garantías, como sobre su compatibilidad con el mercado interior.²³⁷ La Comunicación dejó atrás la incorrecta consideración de las garantías como inmediatamente constitutivas de ayudas de Estado y abordó

²³⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de junio de 2000, en los asuntos acumulados T-204/97 y T-270/97, *EPAC*, [2000] Rec.p.148, apartado 81.

²³⁵ Commission letter to Member States SG(89) D/4328 of 5 April 1989 y Commission letter to Member States SG(89) D/12772 of 12 October 1989

²³⁶ “*Each case of the granting of State guarantees has to be notified under Article 93(3) of the EEC Treaty whether the granting is done in application of an existing general guarantee scheme or in application of a specific measure. The Commission will accept the guarantees only if their mobilization is contractually linked to specific conditions which may go as far as the compulsory declaration of bankruptcy of the benefiting undertaking or any similar procedure. These conditions will have to be agreed at the initial, and only, examination by the Commission of the proposed guarantee/State aid within the normal procedures of Articles 93(3), at the granting stage.*” Commission letter to Member States SG(89) D/4328 of 5 April 1989.

²³⁷ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, D.O.U.E. C 71 de 11.03.2000 pp.14 – 18.

las condiciones bajo las cuales recibirían dicha consideración, basadas en el principio del inversor en una economía de mercado, tratado en el siguiente capítulo de este trabajo. Pero estas modificaciones no afectaron al primer requisito del artículo 107.1 TFUE, la financiación por el Estado o mediante fondos estatales, al que la Comunicación siguió sin referirse en ningún momento.

Hasta la adopción en 2008 de una nueva Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre control de las ayudas de Estado a las garantías prestadas por los Estados, la Comisión no expuso las razones por las que consideraba que dichas garantías estaban financiadas mediante fondos estatales:

“La ventaja de las garantías estatales consiste en que es el Estado el que asume el riesgo vinculado a la garantía. La asunción de este riesgo por parte del Estado debería compensarse normalmente con una prima adecuada. El que el Estado renuncie, en todo o en parte, a dicha prima implica tanto una ventaja para la empresa como una pérdida de recursos para el Estado. De este modo puede existir una ayuda estatal, a efectos del [actual artículo 107] apartado 1, del Tratado aunque suceda que el Estado no efectúa ningún pago amparado por una garantía. La ayuda se otorga al conceder la garantía, no en el momento de ejecutarla o de hacer efectivo un pago en virtud de la misma. La evaluación del elemento de ayuda y, cuando proceda, de su importe, debe considerarse en el momento en que se concede la garantía.”²³⁸

Es por tanto suficiente con que exista un riesgo, concreto, de carga sobre el presupuesto del Estado, como en el caso de la concesión de garantías,

²³⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, D.O.U.E. C 155, 20.6.2008, pp. 10–22, apartado 3.1.

para que una medida esté financiada con fondos estatales en el sentido del artículo 107.1 TFUE.

Cuando, como en el caso de las garantías, no existe una transferencia inmediata y cierta de fondos estatales en favor de una empresa, el Tribunal de Justicia exige la demostración de que *“existe un vínculo suficientemente directo entre, por una parte, la ventaja concedida al beneficiario y, por otra, una mengua del presupuesto estatal, incluso un riesgo económico suficientemente concreto de cargas que lo gravan”*.²³⁹

Dicho vínculo no requiere una equivalencia exacta entre la ventaja que obtendrá la empresa beneficiaria de la garantía y la carga financiera para el Estado, pudiendo la primera ser superior que la segunda. Pero una mera expresión de intenciones por la que el Estado no contraiga un compromiso legalmente vinculante de financiación, no se considerará una medida financiada con fondos estatales. Dicho compromiso puede además nacer de la combinación de diversos actos o del contexto en el que se adopte un acto que, en principio, no crea ni siquiera potencialmente una obligación para el Estado.

Una serie de sentencias adoptadas en el denominado caso **Bouygues Telecom** ilustran perfectamente la complejidad que envuelve la aplicación práctica de estos principios por el Tribunal de Justicia.

El litigio que dio lugar a las sentencias del TJUE y del Tribunal de Primera Instancia en este caso tuvo su origen en una serie de medidas de apoyo prestadas por el Estado francés a France Télécom, de la que era

²³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 34.

accionista mayoritario, en un momento en que la empresa atravesaba serias dificultades financieras.

En concreto, el Estado francés participó en una operación de refuerzo de los fondos propios de la empresa con una aportación proporcional a su participación en el capital de 9.000 millones de euros. Esta participación estuvo precedida de diversas manifestaciones públicas hechas por el ministerio de Economía, a través de entrevistas de su titular a los medios, y de comunicados de prensa. Entre las primeras destacaron unas realizadas en julio de 2002 en las que aseguró que “*en el supuesto de que [France Télécom] tuviera problemas de financiación el Estado francés adoptaría las decisiones necesarias para que fueran superados*”.²⁴⁰ En cuanto a las segundas, en diciembre de 2002 el ministerio de Economía emitió un comunicado inmediatamente posterior a la presentación del plan de refuerzo de los fondos propios por la empresa anunciando su contribución al plan. El mismo mes realizó una oferta de anticipo de accionista que no se ejecutaría, por el valor de la posterior aportación de capital.

Al tiempo que el Estado francés notificó a la Comisión Europea la oferta de anticipo de accionista, Bouygues Télécom, competidora de France Télécom, interpuso una denuncia ante la Comisión por la supuesta concesión de ayudas de Estado a través de las declaraciones públicas del Ministro y de la oferta de anticipo de accionista no ejecutada. La cuestión de si la ayuda en favor de France Télécom se había prestado en el momento en que se desembolsó la aportación del Estado en la ampliación de capital, o bien cuando el ministro declaró que el Estado apoyaría a la empresa, resultó decisiva:

²⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013 en los asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, *Bouygues* [2013] Rec.p.175, apartado 5.

Como señalaría el Tribunal General más adelante, la decisión es algo confusa sobre este punto, pero intentaremos explicar lo más claramente posible el razonamiento subyacente.²⁴¹ La Comisión consideró la posibilidad de que las declaraciones del ministro de Economía constituyeran en sí mismas ayudas de Estado, para lo que hubiese sido necesario que comprometieran, siquiera fuera potencialmente, recursos del Estado.²⁴²

Pese a que las declaraciones públicas fueron en opinión de la Comisión “*lo bastante claras, precisas y firmes para poner de manifiesto la existencia de un compromiso fiable del Estado*”²⁴³ su conclusión fue que no podía probar suficientemente la concurrencia de dichas circunstancias y que, por tanto, no consideraría las declaraciones como medidas financiadas con fondos estatales.²⁴⁴

Sin embargo, sí que tomó en cuenta las declaraciones para decidir que se había concedido una ventaja selectiva a través de la oferta de anticipo de accionista, pese a que ésta no se llegó a ejecutar. La propuesta de anticipar el desembolso de fondos correspondientes a la operación de recapitalización, además de constituir una medida financiada con fondos estatales,²⁴⁵ en

²⁴¹ Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta ampliada) de 2 de julio de 2015, en los asuntos acumulados T-425/04 RENV y T-444/04 RENV, *Bouygues*, [2015] Rec.p.450, apartado 209

²⁴² “[L]a Comisión analizó a fondo numerosos argumentos jurídicos destinados a demostrar, por una parte, que desde el punto de vista jurídico tales declaraciones públicas eran equivalentes a una garantía del Estado y, por otra, que comprometían la reputación del Estado, con costes económicos en caso de incumplimiento. En conjunto, podía considerarse que estos elementos podían efectivamente poner en peligro recursos del Estado, ya [fuera] por comprometer la responsabilidad del Estado ante los inversores, ya [fuera] aumentando el coste de las futuras transacciones del Estado”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013 en los asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, *Bouygues* [2013] Rec.p.175, apartado 188.

²⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013 en los asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, *Bouygues* [2013] Rec.p.175, apartado 208.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013 en los asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, *Bouygues* [2013] Rec.p.175, apartados 208 a 219

²⁴⁵ “[L]a Comisión destaca que el hecho de que una ventaja proceda de la concesión de un compromiso estatal, que suponga una posible pero no inmediata transferencia de recursos,

consideración de las declaraciones del ministro, no se podía valorar como acorde con el principio del inversor privado prudente y había dotado de una ventaja a la empresa.

Esto no era evidente, ya que en el momento de la ampliación de capital por France Télécom, la inversión del Estado cumplía con dichas condiciones, ya que su aportación, al igual que la de los demás accionistas, privados, fue proporcional a su participación en el accionariado de la empresa. La Comisión aplica de manera general una presunción por la cual cuando el Estado realiza una inversión de forma concomitantemente con uno o varios inversores privados en circunstancias y bajo condiciones comparables, dicha inversión se considerará hecha bajo condiciones normales de mercado y, en virtud del denominado principio del inversor en una economía de mercado, no otorgará una ventaja a la empresa que recibe la inversión.²⁴⁶

Sin embargo, en el momento de realizar las declaraciones no solo el Estado no actuó de manera conjunta con los demás accionistas, sino que reconoció que en ese momento ningún inversor que hubiese actuado con vistas únicamente a proteger sus intereses financieros habría actuado del mismo modo.²⁴⁷ El anticipo implicaba un riesgo cierto de carga financiera

no excluye que dicha ventaja se haya concedido por medio de recursos estatales... Es cierto que [France Télécom] nunca llegó a firmar este contrato [de anticipo de accionista]; lo que no obstante no significa que no hubiese habido un compromiso potencial de recursos estatales. En efecto, en la medida en que este documento constituía una oferta contractual y hasta que no se revocó, [France Télécom] hubiese podido firmarlo en cualquier momento, otorgándose de este modo el derecho a obtener inmediatamente el pago del importe de 9 000 millones de euros. El Estado, que no podía ignorarlo, debía por consiguiente mantener a disposición de FT a través del ERAP el importe correspondiente". Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) de 21 de mayo de 2010, en los asuntos acumulados T-425/04 y T-444/04, Bouygues, [2015] Rec.p.450, apartados 195 y 196.

²⁴⁶ Véase infra Apartado 3.2.1.

²⁴⁷ 2006/621/CE: *Decisión de la Comisión, de 2 de agosto de 2004, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Francia en favor de France Télécom*, D.O.U.E. L 257, 20.9.2006, pp. 11–67, apartado 92.

para el Estado y, por efecto de las declaraciones previas, que habían contaminado la secuencia de hechos posterior, no cabía considerar que cumpliera con el principio del inversor en una economía de mercado.

En conclusión, la Comisión calificó como una ayuda de Estado el anticipo de accionista no ejecutado, tras situarlo en el contexto de las declaraciones formuladas por el Ministro de Economía con anterioridad a la oferta.

En los recursos respectivos interpuestos contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal General, Bouygues y France Télécom presentaron alegaciones contrapuestas: mientras ésta solicitó la anulación de la decisión en cuanto consideraba que el anticipo constituía una ayuda de Estado, aquélla recurrió que la Comisión no hubiese ampliado a las declaraciones de intenciones la calificación como ayuda de Estado.

En la primera sentencia dictada por el Tribunal General el 21 de mayo de 2010²⁴⁸ –habría una segunda posterior– éste confirmó que “*en razón de su carácter abierto, impreciso y condicional, en particular en lo relativo a la naturaleza, alcance y condiciones de una posible intervención estatal a favor de [France Télécom], y habida cuenta del contexto fáctico en el que se realizaron, las declaraciones... no pueden asimilarse a una garantía estatal ni interpretarse como la revelación de un compromiso irrevocable de realizar una aportación financiera concreta en beneficio de [France Télécom], como el pago de sus deudas a corto plazo*”.²⁴⁹ El Tribunal entró además a determinar bajo qué condiciones una declaración de intenciones podría

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) de 21 de mayo de 2010, en los asuntos acumulados T-425/04, T-444/04, T-450/04 y T-456/04, *France Télécom*, [2010] Rec. p.II-2099.

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) de 21 de mayo de 2010, en los asuntos acumulados T-425/04 y T-444/04, *Bouygues*, [2015] Rec.p.450, apartado 279.

constituir una medida que cumpliera con el primer requisito del artículo 107.1 TFUE:

“Un compromiso concreto, incondicional e irrevocable de recursos públicos por parte del Estado francés hubiera requerido que dichas declaraciones precisaran, explícitamente, bien los importes exactos que se iban a invertir, bien las deudas concretas que se iban a garantizar o, al menos, un marco financiero predefinido, como por ejemplo una línea de crédito hasta una determinada cantidad, así como las condiciones en que se iba a prestar la colaboración prevista.”²⁵⁰

Respecto a la oferta de anticipo de accionista, el Tribunal General comenzó constatando, al igual que había hecho la Comisión, que no se había producido una transferencia de fondos a raíz de la misma, puesto que no llegó a ejecutarse. A continuación, empero, determinó que el anticipo de accionista produjo una ruptura en la sucesión de acontecimientos iniciados con las declaraciones del ministro, en particular porque, al contrario que éstas, la oferta de anticipo contenía compromisos detallados. Tratar todos ellos como un conjunto a efectos de establecer si el Estado cumplía con el criterio del *inversor privado prudente* infringía la exigencia de conexión entre la ventaja y la transferencia de recursos estatales.

Además, de acuerdo con el Tribunal General, aunque se permitiera a la Comisión tratar como un conjunto las declaraciones y el anticipo de accionista a efectos de probar la existencia de una ventaja, seguiría sin haberse demostrado la transferencia de recursos estatales vinculada a dicho anticipo.²⁵¹ De acuerdo con estas apreciaciones, el Tribunal General

²⁵⁰ *Ibíd.*, apartado 280.

²⁵¹ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera ampliada) de 21 de mayo de 2010, en los asuntos acumulados T-425/04 y T-444/04, *Bouygues*, [2015] Rec.p.450, apartado 309. La propia Comisión admitió que “[c]onsiderado en sí mismo, [es decir, sin tomar en cuenta las declaraciones previas,] *el proyecto de anticipo de accionista probablemente no se hubiese*

consideró que no se había probado la concesión de una ayuda de Estado y anuló la decisión de la Comisión.

Bouygues y la Comisión recurrieron la sentencia ante el TJUE, alegando, entre otros motivos de anulación, la errónea exigencia por el Tribunal General de que hubiese una correspondencia equivalente entre la ventaja otorgada por el Estado y la carga financiera soportada por los fondos estatales.

El Tribunal de Justicia dedujo de la afirmación contenida en la sentencia del Tribunal General según la cual la Comisión no podía, mediante el análisis conjunto de las declaraciones y la oferta de anticipo, “*descargarse de su obligación de identificar una ventaja específica que implique una correlativa transferencia de recursos estatales*”, que el Tribunal estaba exigiendo que la Comisión analizara la condición de financiación mediante fondos estatales respecto a cada intervención estatal de manera individual.²⁵² El TJUE estimó que el Tribunal General había errado, por un lado, al no admitir la posibilidad de tratar como una sola intervención las declaraciones del ministro y la posterior oferta de anticipo y, por otro, al deducir que la exigencia de un vínculo suficientemente directo entre la ventaja concedida al beneficiario y una mengua o riesgo de mengua del presupuesto estatal implicaba que dicha ventaja y dicha mengua o riesgo fueran equivalentes.

Lo cierto es que la mención por el Tribunal General de la equivalencia del coste para el Estado y la ventaja para el beneficiario fue un *obiter dictum* sin incidencia alguna en la solución dada al caso. Sirvió sin embargo de

considerado una ayuda con arreglo al Tratado.” 2006/621/CE: *Decisión de la Comisión, de 2 de agosto de 2004, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Francia en favor de France Télécom*, D.O.U.E. L 257, 20.9.2006, pp. 11–67, apartado 263.

²⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011 en el asunto C-279/08 P, *Bouygues*, [2011] Rec. p.551, apartado 97.

excusa para que el TJUE formulara el principio de no equivalencia entre coste y beneficio que es ciertamente esclarecedor.

Respecto a la primera cuestión, tampoco había sido determinante para la decisión del Tribunal General. Éste, como hemos visto, consideró de hecho el tratamiento conjunto de las declaraciones y la oferta de anticipo, tratándolas como una sola medida, pero juzgó que incluso en ese caso no era posible constatar que hubiese habido un uso de fondos estatales o un riesgo suficientemente caracterizado para los mismos.²⁵³ Pese a ello, el TJUE apreció en ambos casos errores de Derecho²⁵⁴ que podían haber viciado la sentencia, por lo que la anuló y remitió el caso de nuevo al Tribunal General.²⁵⁵

Por otro lado, el TJUE resolvió directamente la cuestión de si el anticipo de accionista constituía o no una ayuda de Estado, respondiendo afirmativamente a la cuestión. Pese a que France Télécom no firmó el contrato de anticipo, podría haberlo hecho en cualquier momento, lo que implicaba un riesgo económico suficientemente concreto de cargas para el presupuesto. El TJUE también dio por hecha la existencia de una ventaja, ya que permitió a France Télécom “*aumentar sus medios de financiación y*

²⁵³ El Tribunal de Justicia admitió que la sentencia había en efecto considerado el tratamiento conjunto, pero estimó que el análisis de esta cuestión estaba viciado por el error en cuanto a la supuesta necesidad de equivalencia entre la ventaja para el beneficiario y el coste para el erario. Como ya hemos dicho, disentimos de opinión, ya que consideramos que dicha afirmación no tuvo incidencia en la sentencia del Tribunal General, como quedó por lo demás demostrado en su segunda sentencia (véase infra).

²⁵⁴ “[E]l Tribunal General incurrió en errores de Derecho tanto en su control de la apreciación por la Comisión de la intervención estatal que confiere una ayuda de Estado como en el examen de los vínculos entre la ventaja apreciada y el compromiso de recursos estatales constatado por la Comisión”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011 en el asunto C-279/08 P, *Bouygues*, [2011] Rec. p.551, apartado 111.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013, en los asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, *Bouygues*, [2013] Rec.p.175.

*tranquilizar al mercado en cuanto a su capacidad de hacer frente a sus vencimientos”.*²⁵⁶

En su sentencia tras el reenvío por el TJUE, el Tribunal General repitió sus apreciaciones sobre la falta de implicación de fondos estatales en las declaraciones del ministro de Economía en las que anunció vagamente, y sin mayores precisiones, que el Estado se comportaría como un inversor prudente y tomaría las disposiciones adecuadas para apoyar a France Télécom. Además, consideró que, si bien dichas declaraciones y la oferta de anticipo debían examinarse conjuntamente, el examen de la Comisión sobre el cumplimiento del principio del inversor en una economía de mercado reposaba de forma “prioritaria y esencial” en las declaraciones, por lo que la Comisión incurrió en un error de Derecho.²⁵⁷

A continuación, confirmó que la Comisión debía apreciar si se cumplía el criterio del inversor privado prudente situándose en el momento en el que se adoptó la posible ayuda de Estado, teniendo en cuenta el contexto de la adopción. El Tribunal consideró que, si bien la Comisión había legítimamente tomado en cuenta las declaraciones que precedieron la adopción de la medida, había ignorado otros hechos relevantes posteriores en base a su tesis de la contaminación de los acontecimientos posteriores a las declaraciones.²⁵⁸ Más concretamente, las declaraciones del Ministro no implicaban un compromiso potencial de fondos estatales y, precisamente, la ausencia de compromiso de fondos en esas declaraciones probaría que el comportamiento del Estado fue propio de un inversor privado.

²⁵⁶ *Ibíd.*, apartados 136 a 139.

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta ampliada) de 2 de julio de 2015, en los asuntos acumulados T-425/04 RENV y T-444/04 RENV, *Bouygues*, [2015] Rec.p.450, apartados 216 a 218.

²⁵⁸ *Ibíd.*, apartados 219 a 248.

Por último, estimó que el Tribunal General había justificado suficientemente que la ventaja otorgada a France Télécom estaba constituida exclusivamente por el anuncio por el ministerio de participación en el plan de refuerzo de los fondos propios de 4 de diciembre de 2002, unido a la oferta de anticipo de accionista, excluyendo las declaraciones del ministro efectuadas en julio en que, de manera hipotética, aseguró que “*en el supuesto de que [France Télécom] tuviera problemas de financiación el Estado francés adoptaría las decisiones necesarias para que fueran superados*”. Éstas se limitaban a formar parte del contexto de la medida de ayuda y no podían tomarse en cuenta para definir la ventaja concedida a France Télécom.

Es evidente que estas sentencias los Tribunales no son un dechado de clarividencia. Cabe sin embargo deducir de ellas una serie de elementos novedosos de gran interés y potencial calado.

Recapitulando, en primer lugar, el Tribunal señaló que varias intervenciones consecutivas del Estado deben considerarse como una única medida a efectos de la aplicación del artículo 107.1 TFUE cuando resulte imposible disociarlas en razón de los vínculos que las unen. Ello se justificaría por el hecho de que las intervenciones estatales pueden adoptar formas diversas y han de analizarse en función de sus efectos. A su vez, los vínculos que determinan que varias medidas distintas sean indisociables se remiten a la cronología y finalidad de las diversas medidas y a la situación de la empresa en el momento de las intervenciones.

En segundo lugar, el Tribunal exigió en todo caso que, con independencia de la consideración de las medidas que fueran meramente parte del contexto como actos no disociables de la ayuda de Estado, ésta debía implicar una carga para el Estado, actual o potencial, en forma de transferencia de fondos o pérdida de ingresos.

Ello llevó en el caso concreto a considerar que una declaración de apoyo genérica del ministro de Economía no podía considerarse parte de la concatenación de actos que darían lugar a la concesión de una ayuda de Estado, por no haber contraído el Gobierno francés ningún compromiso firme. Por el contrario, el anuncio de que el Estado contribuiría a la recapitalización de *France Télécom* en proporción a su participación en el capital de la compañía era lo suficientemente concreto como para considerarse inextricablemente unido a la ejecución de la medida anunciada.

La Comisión ha aplicado este razonamiento de los hechos relacionados e indisolublemente unidos también en casos relacionados con la construcción de infraestructuras, ciertamente de manera más clara.

En el caso **Real Madrid C.F.**, la Comisión analizó una serie de convenios y permutas entre el Real Madrid C.F., el Ayuntamiento de la capital y la Comunidad de Madrid. De este análisis dedujo que el club de fútbol había obtenido una ventaja selectiva financiada con fondos estatales, en forma del traspaso indebido por el Ayuntamiento de Madrid de una parcela al club de fútbol para resolver una supuesta deuda con el club de fútbol.

Pese a que el convenio por el que se traspasó la parcela que dio lugar a la ventaja databa de 2011, la Comisión debió retrotraerse a la conclusión de un convenio previo en 1991 y analizar diversas permutas que tuvieron lugar entre club y ayuntamiento en 1996 y 1998.

El convenio de 1991 entre el Ayuntamiento de Madrid, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento y el Real Madrid tenía por objeto la remodelación del Estadio Santiago Bernabéu. En 1996 concluyeron un nuevo acuerdo de permuta de terrenos por el que el Real Madrid cedía una parcela situada en la Ciudad Deportiva pero, incomprensiblemente no se

determinaban los terrenos que cedería el Ayuntamiento, por lo que en 1998 fue preciso concluir un tercer acuerdo. Más incomprensible aún, en ese tercer acuerdo, el Ayuntamiento se comprometió, y el Real Madrid aceptó, la cesión de un terreno sobre el que el Ayuntamiento no tenía la titularidad legal (la adquiriría en el año 2000). La parcela, que fue tasada en 595.194 euros, no fue inscrita en el Registro de Propiedad como propiedad del Ayuntamiento hasta 2003. Para más inri, en cuanto estaba calificada como “equipamiento deportivo básico”, se alegó que no podía ser enajenada. En un giro de los acontecimientos aún más peculiar, resulta que el Club pagó los impuestos de bienes inmuebles correspondientes a la parcela desde 2002, pese a que no había sido traspasada la titularidad de la misma por la supuesta imposibilidad legal y que hasta 2003 el Ayuntamiento no inscribiría la propiedad de la misma.

Hasta 2011 ayuntamiento y club de fútbol tampoco reconocieron la imposibilidad jurídica de cesión de la parcela, acordando en ese momento una compensación en forma de cesión de otros terrenos. Para resarcir al club de fútbol, el ayuntamiento tasó la parcela en 22,7 millones de euros, considerando que se había revalorizado en torno a un 4500% en apenas diez años. Aún hubo un último convenio, distinto pero firmado el mismo año, entre el Ayuntamiento y el Real Madrid C.F. por el que éste cedió dos de las propiedades adquiridas y realizó un pago para obtener un terreno de 5 216 metros cuadrados frente al Estadio Bernabéu del Real Madrid, en el que el club pretendía construir un centro comercial y un hotel. *“En el contexto de esta última transacción, el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid modificaron el PGOU, recalificando la zona frente al estadio para permitir una cobertura más densa de edificios y su uso comercial. No obstante, una*

*sentencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de febrero de 2015, anuló esta modificación del PGOU.*²⁵⁹

La Comisión examinó si la transacción de 2011 cumplía con el principio del operador en una economía de mercado concluyendo que el hecho de que el ayuntamiento no se hubiese asesorado jurídicamente sobre si pesaba sobre ella una obligación jurídica de compensar al club de fútbol por la supuesta inejecución del convenio de 1998²⁶⁰ y que la parcela por la que supuestamente compensó al Real Madrid C.F. tenía un valor de únicamente 4.275.000 euros, es decir, en torno a 18 millones de euros menos de lo acordado por las partes. En consecuencia, y tras constatar el cumplimiento de las demás condiciones del artículo 107.1 TFUE y la incompatibilidad de la ayuda con el mercado interior, el Tribunal ordenó la recuperación de 18.418.054,44 euros en que evaluó la ventaja obtenida por el club de fútbol.

La Comisión examinó los convenios previos, que no implicaban ayudas de Estado, para determinar si el convenio de 2011 otorgaba una ayuda de Estado al Real Madrid. En este mismo sentido, es probable que la Comisión hubiese debido cuantificar también la ventaja obtenida a partir de las diversas recalificaciones de terrenos del club de fútbol aprobadas por las administraciones públicas, y que posiblemente hubiesen aumentado la ventaja identificada y objeto de la orden de recuperación.²⁶¹ La recalificación de

²⁵⁹ Decisión de la Comisión relativa a la Ayuda Estatal SA.33754, (2013/C) (ex 2013/NN) concedida por España al Real Madrid CF, Bruselas, 4.7.2016, C(2016) 4080 final

²⁶⁰ *Ibíd.*, apartados 95 a 105.

²⁶¹ El día 2 de septiembre de 2002, el eurodiputado Pere Esteve planteó a la Comisión, en una pregunta escrita, si pensaba “*examinar la corrección de la operación* [de recalificación de 30 000 m² en que se ubicaba la Ciudad Deportiva del Real Madrid que pasaron de ser “equipamientos deportivos privados” a ser calificados como “terciarios”] *que podría vulnerar y distorsionar gravemente la libre competencia dentro de un sector económico tan fuertemente globalizado como es el deportivo, en general, y el fútbol en particular.*” Pregunta escrita de Pere Esteve a la Comisión, P-2491/02, de 2 de septiembre de 2002, D.O. C 137 E de 12/06/2003 (p. 86).

terrenos es frecuentemente utilizada por los poderes públicos para facilitar la construcción de infraestructuras, en ocasiones para favorecer la construcción y remodelación de los estadios de fútbol, al menos en España.

Si bien tomadas aisladamente las recalificaciones de terrenos constituyen medidas puramente regulatorias, que no conllevan por tanto un uso de fondos estatales,²⁶² cuando preceden o suceden a operaciones de permuta de terrenos entre administraciones públicas y empresas, deberán tomarse en cuenta para evaluar si se ha concedido una ventaja, y, si fuese el caso, su cuantía.

Sendas decisiones de recuperación de ayudas de Estado adoptadas por la Comisión, relativas a permutas de terrenos forestales en Bulgaria, dan buena muestra de ello: en estos casos, las autoridades búlgaras llevaron a cabo permutas de terrenos forestales propiedad del Estado por terrenos forestales privados. Hasta aquí, las operaciones seguían criterios de mercado: los terrenos eran valorados según criterios objetivos e idénticos con independencia de su titularidad. Sin embargo, los denunciantes llamaron la atención sobre el hecho de que dichas permutas se veían seguidas en muchos casos de recalificaciones casi inmediatas de los terrenos de nueva titularidad privada. La cuestión era, por tanto, si dicha recalificación implicaba una ventaja financiada con fondos estatales, derivada de la infravaloración de los terrenos permutados por la administración.

La Comisión analizó, siguiendo la jurisprudencia Bouygues, si permutas y recalificaciones estaban intrínsecamente ligadas. Si no fuera así,

²⁶² Commission Decision on the Aid Scheme SA.26212, SA.26212 (2011/C) (ex 2011/NN — ex CP 176/A/08) and SA.26217 (2011/C) (ex 2011/NN — ex CP 176/B/08), *Implemented by the Republic of Bulgaria in the context of swaps of forest land*, Brussels, 5.09.2014, C(2014) 6207 final, apartado 134.

con independencia de la ventaja que obtuvieran las contrapartes privadas del Estado a raíz de la calificación, dicha medida no podría vincularse a la permuta, pues ambas serían disociables, y, al no implicar la recalificación una carga financiera para el Estado,²⁶³ no sería relevante a efectos de la aplicación del artículo 107.1 TFUE.²⁶⁴

Dicha disociación de las medidas fue precisamente la línea argumental utilizada por Bulgaria, que demostró que únicamente en torno al 10% de las permutas se vieron seguidas de recalificaciones. Ambos procedimientos además dependían de entidades administrativas distintas y estaban sujetos a requisitos legales diferentes.

La Comisión acogió estos argumentos y decidió que ni podía vincularse el uso de fondos estatales a las recalificaciones, ni éstas podían considerarse indisociables de las permutas, debido a la ausencia de automaticidad en la sucesión de ambas medidas.

Este razonamiento es en nuestra opinión erróneo y no determinado obligatoriamente por la jurisprudencia Bouygues: el hecho de que la recalificación del terreno no siguiera en todos los casos a las permutas no debería suponer un impedimento absoluto de la vinculación entre ambas acciones en los casos en que sí se sucedieran. La propia idea de selectividad de la medida implica que haya un trato diferenciado del beneficiario de una ventaja y de otras empresas. Además, la solución dada por el Tribunal permite que, simplemente mezclando operaciones que otorgan una ventaja selectiva a determinadas empresas a través del ejercicio de medidas regulatorias que dan

²⁶³ La recalificación estaba sujeta al pago de una tasa, pero dicha tasa había sido satisfecha en todos los casos y era aplicada sin distinción, por lo que no podía alegarse que hubiese un posible trasvase de fondos estatales por la ausencia de cobro debido de la tasa. Véase *Ibíd.*, apartados 41 y 42.

²⁶⁴ *Ibíd.*, apartado 129.

lugar a una pérdida de ingresos del Estado, con otras concluidas en términos normales de mercado, se evite la calificación de las primeras como financiadas con fondos estatales. Y ello es claramente incoherente con el propósito y la lógica del sistema de control de las ayudas de Estado.

La Comisión habría debido analizar individualmente si, a partir de la cronología y finalidad de las diversas medidas y a la situación de la empresa en el momento de las intervenciones, las recalificaciones estaban o no vinculadas a las permutas.²⁶⁵ Nuevamente, este análisis quedaría encuadrado mejor en el contexto del examen de la existencia o ausencia de una ventaja selectiva, y no en el de la financiación o no con fondos estatales de una medida.

Esa ha sido, de hecho, la postura adoptada por el Tribunal General y el TJUE en relación a una prórroga de los derechos mineros sobre varios yacimientos de hidrocarburos acordada en 2005 por Hungría a la empresa **MOL Nyrt**, por un periodo de quince años, blindando el canon minero aplicado a la empresa frente a cualquier modificación durante ese periodo. Posteriormente, el Estado húngaro modificó la Ley de minas, estableciendo un sistema de cálculo del canon minero²⁶⁶ que, de haber sido aplicado a la empresa, habría supuesto un incremento del mismo.

²⁶⁵ De hecho, la Comisión aplicó la misma teoría para decidir si la sobrevaloración de las parcelas privadas identificada en algunos de los casos otorgaba una ventaja a las empresas así beneficiadas. Sin afirmarlo taxativamente, del análisis se desprende que, el hecho de que la sobrevaloración afectara al 80% de las permutas, fue determinante para decidir que efectivamente, se había otorgado una ventaja selectiva a las empresas en esos casos. Véanse apartados 138 a 153, y en particular, tabla 4 de la decision Commission Decision on the Aid Scheme SA.26212, SA.26212 (2011/C) (ex 2011/NN — ex CP 176/A/08) and SA.26217 (2011/C) (ex 2011/NN — ex CP 176/B/08), *Implemented by the Republic of Bulgaria in the context of swaps of forest land*, Brussels, 5.09.2014, C(2014) 6207 final.

²⁶⁶ Las variaciones dependían entre otros factores de la evolución del precio del crudo.

La Comisión consideró el convenio de 2005 y la Ley de Minas modificada, de la que precisamente quedaba exenta *MOL Nyrt* gracias al convenio, debían analizarse como una sola medida.

A juicio de la Comisión “*aunque el convenio de 2005 era conforme a la Ley de Minas entonces en vigor y si bien el Estado miembro podía fijar los cánones mineros, los efectos producidos [eran incompatibles] con las normas del Tratado en materia de ayudas estatales, aun cuando, aisladamente considerados, ni el convenio de 2005 ni la Ley de Minas modificada eran contrarios a dichas normas*”.²⁶⁷ En concreto, la Comisión consideró que el Estado había aprobado un régimen específico en favor de *MOL Nyrt*, blindándola contra posibles incrementos de los cánones mineros. Y lo hizo tras considerar el acuerdo y la modificación legal como una sola medida en el contexto de la selectividad de la ventaja, y no en el de la condición de financiación por el Estado o mediante fondos estatales de la medida.²⁶⁸

Los Tribunales posteriormente anularían la decisión, pero de nuevo refiriéndose a los vínculos entre el convenio y la Ley de Minas modificada en el contexto del análisis de la selectividad de la medida: en concreto, los Tribunales concluyeron que, “*a falta de vínculo cronológico y/o funcional entre estos dos elementos, no podía interpretarse que éstos constituyesen una medida de ayuda única*”. En ese sentido, “*el Tribunal General declaró, por un lado, que el alza de los cánones mineros que entró en vigor en 2008 tuvo lugar en un contexto de aumento de los precios mundiales y, por otro lado, que la Comisión no invocó que el convenio de 2005 se hubiera celebrado previendo tal alza, y el Tribunal General dedujo de ello que la combinación*

²⁶⁷ Véanse Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, presentadas el 22 de enero de 2015, en el asunto C-15/14 P, *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt* [2015] Rec.p.32, apartado 24.

²⁶⁸ *Ibíd.*

del citado convenio y de la Ley de Minas modificada no podía calificarse de ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE".²⁶⁹

En este asunto los Tribunales determinaron por tanto que una medida regulatoria como la examinada no daba lugar a una ventaja selectiva por no estar suficientemente clara la vinculación entre los distintos actos de cuya combinación la Comisión pretendía derivar la existencia de una ventaja financiada con fondos estatales. Ni la cronología, ni la finalidad de las medidas –los criterios establecidos en la sentencia Bouygues, permitían relacionar suficientemente el blindaje y la posterior modificación.

Lo habitual será, no obstante, que las medidas regulatorias queden fuera del ámbito del artículo 107.1 TFUE por no conllevar carga financiera alguna para el Estado. Mientras que el mero riesgo potencial de imposición de una carga financiera, siempre que sea cierta o al menos lo suficientemente concreta, cumplirá con el requisito de financiación de la medida con fondos estatales, ello no es extensible a medidas que no comprometan ni siquiera potencialmente fondos del Estado. Recordemos que, al ser las condiciones del artículo 107.1 TFUE cumulativas, en ausencia de financiación con fondos estatales, será irrelevante en esos casos si la medida concede una ventaja selectiva a una empresa o producción que afecte la competencia y el comercio entre los Estados miembros.

Hemos visto al comienzo de este capítulo que en la inmensa mayoría de los casos en que el Tribunal ha juzgado que una medida no estaba financiada mediante fondos estatales, ésta consistía en la concesión de una ventaja a través del ejercicio de los poderes regulatorios del Estado: en el caso Van Tiggele, se trataba del establecimiento de un precio mínimo de venta de

²⁶⁹Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2015, en el asunto C-15/14 P, *Mol Nyrt* [2015] Rec.p.362, apartados 96 y 98.

bebidas alcohólicas. En *Sloman Neptun*, *Kirsammer-Hack* y *Viscido* la medida consistió en la exención del cumplimiento de determinadas normas laborales otorgada respectivamente a las empresas navieras que contrataran trabajadores no residentes, a las pequeñas empresas y a la Administración Postal Italiana. Y en el mismo caso *MOL Nyrt*, aunque el Tribunal rechazó considerar la medida como ayuda de Estado por no ser la medida selectiva, habría sido más adecuado alcanzar la misma conclusión basándose en el carácter regulatoria de la medida y la consiguiente ausencia de implicación de fondos estatales.

Excepto en este último asunto, en todos los demás casos, el TJUE negó que a través de la adopción de las normas examinadas se otorgara una ayuda de Estado a las empresas aventajadas y consideró que, por el contrario, se trató meramente de un ejercicio de los poderes reguladores de las respectivas administraciones, que no tuvo implicaciones en términos financieros más allá de las consecuencias inherentes a dichos regímenes, que no son suficientes para dar por satisfecho el requisito de financiación por el Estado o mediante fondos estatales. Como hemos visto en relación al caso *Eventech*, la no imposición de las multas que hubiesen correspondido de no haberse aplicado el régimen exorbitante en cuestión son meros costes hipotéticos.²⁷⁰

Ahora bien, ¿está el Estado en todo caso a salvo de una posible aplicación del artículo 107.1 TFUE cuando ejerza sus competencias regulatorias? La respuesta es evidente a la luz del análisis previo del ejercicio de las competencias fiscales, y en particular, de las exenciones de dichas normas. En tales casos es claro que el ejercicio de la potestad regulatoria que implica una exención de las normas generales resulta en una mengua de los

²⁷⁰ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993, en los asuntos acumulados 72 y 73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec. p. I-887, apartado 21.

ingresos que normalmente habría obtenido el Estado y por tanto constituye una medida financiada con fondos estatales en el sentido del artículo 107.1 TFUE.

El abogado general Wahl, en sus conclusiones al caso Eventech, analizó la correlación entre el ejercicio de medidas regulatorias por el Estado y el acceso a las infraestructuras por los usuarios para determinar en qué casos, en su opinión, dicha interacción daría lugar a ayudas de Estado:

“[A] la hora de regular el acceso a infraestructuras, es evidente que el Estado debe actuar realmente con arreglo a su potestad reguladora. Ello incluye regular situaciones comparables de la misma forma para no falsear la competencia. En efecto, el hecho de que todos los usuarios puedan usar una infraestructura de forma igual y no discriminatoria es un criterio pertinente para excluir la existencia de una ayuda a favor de dichos usuarios. Por el contrario, si por ejemplo, el Estado exige con carácter general un pago para acceder a una infraestructura pública (como un peaje para utilizar una autopista) u otros recursos de dominio público, pero concede a varias empresas acceso gratuito de forma discrecional, es muy posible que haya renunciado a percibir ingresos con respecto a dichas empresas.”

El Abogado General confunde la condición de financiación de la medida con fondos estatales, con la exigencia de concesión de una ventaja selectiva a la empresa beneficiaria. Si bien la primera parte del apartado citado contiene un correcto análisis de la inexistencia de una ventaja selectiva cuando el acceso a una infraestructura no discrimina entre los usuarios, en la segunda incurre en el error de mezclar dicha condición con la relativa a la financiación mediante fondos estatales de la medida: la exención del pago por el uso de la infraestructura concedida a determinados usuarios implica evidentemente una carga financiera para el Estado en forma de renuncia de ingresos, del mismo modo que cualquier exención fiscal cumple con dicho

requisito. Cuestión distinta será si a través de la medida se concede o no una ventaja selectiva. Ello dependerá si la exención está justificada con base en criterios objetivos que distingan a los distintos tipos de usuarios y el tratamiento diferenciado otorgado a cada uno de ellos.²⁷¹

En términos de financiación con fondos estatales, la única situación en que se debe analizar si una medida es o no parte inherente del sistema, es respecto a aquellas medidas regulatorias que aplican un régimen particular a determinadas empresas y, como consecuencia indirecta de ello, implican una merma de los ingresos del Estado. El TJUE ha considerado en esos casos que, si la pérdida de ingresos es inherente al régimen legal, y que se aplica por tanto en base a elementos objetivos, no existirá una “carga adicional” para el Estado y la medida no cumplirá con la primera condición del artículo 107.1 TFUE.²⁷²

Ese será el caso cuando, por ejemplo, a raíz de la medida disminuya indirectamente la recaudación tributaria, por ejemplo porque disminuyen también los beneficios de las empresas que compiten con la beneficiaria. Por el contrario, si la disminución de los ingresos del Estado son el resultado directo de una exención fiscal, la financiación con fondos estatales de la medida debería considerarse indiscutible, con independencia de que la

²⁷¹ Véase infra. Apartado 3.

²⁷² “A... diferencia de lo que afirma la Comisión, la posible pérdida de ingresos de naturaleza fiscal que sufriría el Estado como consecuencia de la aplicación del régimen de administración extraordinaria, debido a la prohibición absoluta de las acciones de ejecución con carácter individual y a la interrupción del devengo de los intereses sobre todas las deudas de la empresa afectada, así como de la correlativa disminución de los beneficios de los acreedores, no puede justificar, por sí sola, que dicho régimen se califique de ayuda. En efecto, esta consecuencia es inherente a todo régimen legal que fije el marco en el que se organizan las relaciones entre una empresa insolvente y la masa de sus acreedores, sin que de ello pueda deducirse automáticamente la existencia de una carga económica adicional soportada directa o indirectamente por las autoridades públicas y destinada a conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1998, en el asunto C-200/97, *Ecotrade*, [1998] Rec.p.579, apartado 36.

exención constituya o no una medida selectiva y, en función de ello, dé lugar o no a una ayuda de Estado.

Muchas de las complicaciones asociadas a la caracterización de las medidas como financiadas mediante fondos estatales se minimizarían, de nuevo, si el análisis se trasladara del requisito de financiación por el Estado o mediante fondos estatales, a la cuestión de si se trata de un efecto inherente al funcionamiento del sistema legal a la segunda condición del artículo 107.1 TFUE, y en concreto a la selectividad de la medida.

El resultado sería el mismo pero la discusión teórica sobre la calificación como ayuda de Estado se trasladaría de la condición de uso de fondos estatales, que se daría por hecho, a si la medida es o no selectiva. Y éste es, de hecho, en esencia el criterio que ha utilizado el Tribunal en las sentencias descritas en este apartado para determinar si la medida está o no financiada por medio de fondos estatales.

2.3 La imputabilidad de los fondos al Estado

Hemos mostrado al comienzo de este capítulo que el Tribunal de Justicia entiende la expresión “por el Estado o mediante fondos estatales” como “por el Estado o por cualquier otro ente público o privado, siempre y cuando la medida sea financiada a través de fondos estatales”. En buena lógica es preciso examinar qué fondos pueden considerarse como estatales.

Es evidente que, por ejemplo, una subvención a fondo perdido financiada por el presupuesto de una administración pública y otorgada para la construcción o el mantenimiento de una infraestructura es una medida imputable al Estado y, como tal, financiada mediante fondos estatales.

Ahora bien, si, por ejemplo, una caja de ahorros, cuyo capital está mayoritariamente controlado por entidades públicas, financia una infraestructura, ¿ha de considerarse este comportamiento como una medida financiada *por el Estado o mediante fondos estatales*?

O si se trata de una empresa pública, que actúa con plena autonomía de gestión, ¿puede cualquiera de sus actos ser calificado eventualmente como ayuda de Estado si proporcionan una ventaja selectiva a otra empresa afectando al comercio y la competencia a nivel de la UE? Tomando como ejemplo el caso *PreussenElektra*, discutido en el apartado anterior de este trabajo, ¿hubiese variado la decisión del TJUE si esta empresa, a la que se obligaba por ley a cofinanciar los gastos adicionales incurridos por la obligación de adquirir electricidad generada por energías renovables a precios superiores a los de mercado hubiese sido pública, y no privada?²⁷³ En relación

²⁷³ De hecho, aunque el TJUE examinó exclusivamente los efectos de la medida sobre las empresas parte en el litigio – ambas privadas –, la obligación de cofinanciación se aplicaba igualmente a empresas públicas: “*En el presente asunto, el Gobierno alemán manifestó, en*

con esta cuestión, ¿es además relevante si una empresa de propiedad pública está sometida al Derecho privado, o al contrario, al Derecho público para determinar si sus actividades pueden dar lugar a ventajas ciadas mediante “fondos estatales”?

O, en el caso harto frecuente de que los fondos utilizados para financiar la construcción de una infraestructura provengan no del presupuesto estatal, sino del presupuesto de la Unión Europea, o mediante un crédito blando concedido por un banco público o por el BEI o por alguna otra institución u organismo de crédito internacional, ¿podemos hablar de una ayuda financiada por el Estado o mediante fondos estatales?

O, por último y por no extendernos con la infinidad de ejemplos que pueden mencionarse, si no es el Estado central, sino una administración autonómica o local la que financie con cargo a su presupuesto una infraestructura, ¿puede esta intervención constituir potencialmente una ayuda de Estado?

Todas estas preguntas en última instancia se refieren a la cuestión de la imputabilidad de las ayudas al Estado, y el elemento clave para darles respuesta a todas ellas reside en el concepto de control por el Estado.

La atribución de la ayuda al Estado sería un requisito aplicable independientemente de la interpretación que se dé al enunciado “ayuda

su respuesta a una pregunta escrita del Tribunal de Justicia, que actualmente sólo dos de las ocho empresas situadas en el primer nivel del mercado eléctrico alemán están controladas por el Estado. En cuanto al segundo nivel de distribución regional, no podían facilitarse datos precisos, pero las estructuras de la propiedad estaban sometidas a rápidos cambios con una tendencia clara hacia la propiedad privada.En consecuencia, las ventajas para los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables son financiadas exclusivamente por empresas constituidas con arreglo al Derecho privado, de las que aparentemente la mayoría son de propiedad privada”. Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 26 de octubre de 2000, en el asunto C-379/98, Preussen-Elektra, [2000] Rec.p.585, apartados 176 y 177.

otorgada por el Estado o a través de fondos estatales” y es una cuestión a priori más compleja que la interpretación de esta frase, pues admite una mayor variedad de matices.

Puesto que la imputabilidad se predica respecto al Estado, es necesario determinar qué entidades comprende este término en el contexto del control de las ayudas de Estado. Posteriormente examinaremos la imputabilidad de las medidas adoptadas por entidades interpuestas entre el Estado y el beneficiario de la ayuda. Por último, nos referiremos a las situaciones particulares en que las ayudas son otorgadas con cargo a los presupuestos de organizaciones internacionales y supranacionales.

2.3.1 El concepto de Estado

El artículo 107.1 TFUE prohíbe las ayudas “*otorgadas bajo cualquier forma*”. El Tribunal de Justicia ha deducido de esta disposición que el concepto de ayuda de Estado es aplicable a todas las medidas que “*emanan del sector público, sin que sea necesario que dichas subvenciones sean otorgadas por el Gobierno o por la Administración central de un Estado miembro*”.²⁷⁴

En el caso de España la cuestión cobra particular importancia, ya que como señala la profesora Luz Ruibal Pereira, “[l]a *financiación de las infraestructuras públicas presenta, entre las múltiples cuestiones que suscita el tema, una especial complejidad cuando nos situamos en un Estado, como España, donde... existe una desagregación territorial que ha dado lugar a tres niveles competenciales (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales)*”.²⁷⁵

A ello se suma que cada vez con más frecuencia no es la propia administración territorial con competencia para ello quien financia la construcción de infraestructuras en su territorio, sino que esta tarea se delega en empresas públicas o consorcios público-privados. La aptitud de estas entidades de cumplir con el requisito de concesión “por el Estado o mediante

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996, en el asunto T-358/94, *Air France*, [1996] Rec.p. apartado 56.

²⁷⁵ RUIBAL PEREIRA, L. “Financiación de infraestructuras públicas y aspectos competenciales. Incidencia de las normas comunitarias de ayudas de Estado sobre infraestructuras públicas” en *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, coord. por Ramón Falcón y Tella, Cristina García-Herrera Blanco, María Amparo Grau Ruiz, ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2008, pp. 299-308.

fondos estatales” previsto en el artículo 107.1 TFUE será tratado y en los siguientes apartados de este trabajo.

Volviendo al concepto de Estado, su contenido coincide con el que recibe el mismo término empleado en el artículo 258 TFUE, relativo a la responsabilidad de los Estados por incumplimientos.²⁷⁶ Ello no debe sorprender si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia ha establecido que el recurso previsto en el artículo 108.2 TFUE²⁷⁷ contra los incumplimientos de la prohibición de conceder ayudas de Estado, “*no es más que una variante del recurso por incumplimiento, específicamente adaptada a los problemas particulares que plantean a la competencia en el mercado común las ayudas estatales*”.²⁷⁸

Así, el Tribunal ha juzgado en ese otro ámbito que “*cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al [actual*

²⁷⁶ “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones”. Artículo 258 TFUE

²⁷⁷ “Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine. Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante lo dispuesto en los artículos 258 y 259. A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión. Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto”. Artículo 108.2 TFUE

²⁷⁸ Sentencia de 14 de febrero de 1990, en el asunto C-301/87, *Francia c/Comisión* [1990] Rec. p. I-307, apartado 23

artículo 258 TFUE] *cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente*”.²⁷⁹

Este principio se ha aplicado al control de las ayudas de Estado en los casos en que las medidas financieras o de otro tipo que otorgan una ventaja selectiva a determinadas empresas o sectores económicos son imputables a una administración regional o local.

El TJUE pronunció su primera sentencia sobre este particular en 1987, en relación a un programa de ayudas de carácter regional adoptado por el Estado federado alemán de Renania del Norte-Westfalia. En ella afirmó lo siguiente:

*“[E]l hecho de que [una medida] haya sido adoptad[a] por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo [107] del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo. En efecto, dicha disposición, al mencionar las ayudas concedidas por «los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma», se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo [107] del Tratado.”*²⁸⁰

El gobierno alemán no discutió en su recurso contra la decisión de la Comisión la calificación como fondos estatales de las transferencias realizadas por el Estado federado, al igual que no discutió en casos posteriores

²⁷⁹ Sentencia de 9 de diciembre de 2003, en el asunto C-129/00, *Comisión c/Italia*, [2003] Rec.p.I-14637, apartado 29

²⁸⁰ Sentencia de 14 de octubre de 1987, en el asunto 248/84, *Alemania c/Comisión*, [1987] Rec. p. 4013, apartado 17

la calificación como estatales de fondos concedidos por entidades locales.²⁸¹ La razón es seguramente que el principio de la responsabilidad del Estado por los actos ilícitos cometidos por cualquiera de sus divisiones territoriales constituye un principio general sólidamente establecido en el orden jurídico no solo europeo, sino también internacional.

El Tribunal de Justicia ha examinado desde la sentencia de 1987 un gran número de medidas financiadas por entidades regionales manteniendo su postura inicial, precisando además que todas las demás condiciones del artículo 107.1 TFUE se aplican de manera idéntica con independencia de qué administración o poder público esté en el origen de la ayuda.²⁸² En este sentido, puede resultar problemática la calificación como ventaja selectiva de normas fiscales adoptadas por autoridades regionales con capacidad para ello en función de las reglas de distribución de competencias internas del Estado miembro de que se trate. Trataremos brevemente de esta cuestión en el siguiente capítulo.²⁸³

La jurisprudencia sobre ayudas concedidas por entidades regionales puso la base también para el análisis de las ayudas concedidas por entes locales, que igualmente son susceptibles de constituir ayudas de Estado, ya que cumplen con el requisito de ser medidas financiadas “*por el Estado o mediante fondos estatales*”.²⁸⁴

²⁸¹ 91/389/EEC: *Commission Decision of 18 July 1990 on aid granted by the city of Hamburg*, D.O. L 215, 2.8.1991, pp. 1–10

²⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006, en el asunto C-88/03, *Portugal c/ España*, [2006] Rec.p. I-7115, apartados 54 y 55

²⁸³ Véase infra Apartado 3.3.1.1.

²⁸⁴ “*Las ayudas son concedidas por la ciudad de Hamburgo. El hecho de que la institución que otorga las ayudas sea un ente público de carácter territorial no impide la aplicación del apartado 1 del artículo 92. Así lo ha afirmado explícitamente el Tribunal de Justicia (véase sentencia de 14 de octubre de 1987 en el asunto 248/84).*” 91/389/EEC: *Commission*

A efectos del control de las ayudas de Estado, las medidas de apoyo selectivo a empresas, adoptadas por las entidades locales y regionales son por tanto idénticas a las que adopta la administración central.²⁸⁵

Tampoco se puede diferenciar el análisis de la existencia de una ayuda de Estado en función de cuál de los poderes del Estado –legislativo, ejecutivo o judicial– es el que concede la ayuda. En el asunto *Air France*, que examinaremos en detalle en el siguiente apartado, el Tribunal de Primera Instancia dirimió si la suscripción de obligaciones convertibles en acciones y títulos subordinados de Air France por la Caisse de dépôts et consignations, un establecimiento público especial constituido por ley que se situaba “bajo supervisión y garantía de la autoridad legislativa”. Air France adujo contra la decisión de la Comisión en la que había calificado la medida como ayuda de Estado entre otras alegaciones que “*al ser independiente la autoridad legislativa del poder ejecutivo, no [podía] considerarse que la Caisse [fuese] una entidad controlada por los poderes públicos franceses.*”²⁸⁶

El Tribunal respondió a este argumento citando el actual artículo 107.1 TFUE y haciendo hincapié en la inclusión en su ámbito de aplicación de las ayudas concedidas “bajo cualquier forma”, deduciendo de ello que la

Decision of 18 July 1990 on aid granted by the city of Hamburg, D.O. L 215, 2.8.1991, pp. 1–10

²⁸⁵ Por otro lado, el hecho de que sea una administración regional o local la que otorgue la ayuda no tiene incidencia alguna a la hora de determinar quién será el interlocutor de la Comisión en un eventual procedimiento de examen de la ayuda: la regla general, según la cual es la administración central la única con capacidad de notificar válidamente una ayuda de Estado y la única parte en el procedimiento, junto a la Comisión, es aplicable con independencia de la distribución de competencias que se dé en el seno del Estado miembro de que se trate. El eventual estatuto reservado a las autoridades regionales sería el de partes interesadas en el sentido del artículo 24 del Reglamento de procedimiento de las ayudas de Estado. [Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E. L 248, 24.9.2015, pp. 9–29].

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996, en el asunto T-358/94, *Air France*, apartado 38

prohibición de las ayudas de Estado comprende “*todas las subvenciones que amenazan el juego de la competencia y emanan del sector público, sin que sea necesario que dichas subvenciones sean otorgadas por el Gobierno o por la Administración central de un Estado miembro... [y siendo] el poder legislativo... uno de los poderes constitucionales de un Estado,... su comportamiento es necesariamente imputable a éste.*”²⁸⁷

La conclusión que se deriva de esta jurisprudencia es que la prohibición de las ayudas de Estado recogida en el artículo 107.1 TFUE se aplica tanto a medidas adoptadas por entidades territoriales como a los tres poderes del Estado.

Sin embargo, el concepto de “ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales” no se agota aquí, sino que se extiende también a otras entidades, relacionadas de manera más o menos estrecha con el Estado.

²⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996, en el asunto T-358/94, *Air France*, apartado 59

2.3.2 Medidas financiadas por entidades interpuestas

Los fondos utilizados para la construcción y operación de las infraestructuras, desde luego en España, pero también en otros países de nuestro entorno, a menudo no tienen su origen directamente en la administración, sino en entidades jurídicamente independientes, que guardan una relación más o menos estrecha con ésta.

Como hemos visto anteriormente, en la sentencia *Steinike* el Tribunal de Justicia afirmó que las ayudas de Estado no tenían que ser otorgadas directamente por el Estado, sino que podían ser también concedidas “*por organismos públicos o privados creados o designados por él para gestionar la ayuda*”.²⁸⁸ A partir de esta sentencia el Tribunal fue progresivamente elaborando con más detalle su análisis sobre la imputabilidad de las medidas al Estado.

2.3.2.1 Antecedentes

Inicialmente el Tribunal basó la atribución al Estado de una medida adoptada por una entidad interpuesta en circunstancias diversas: la regulación por ley del sistema por el que se obtenían y concedían los fondos, la atribución al Estado de poderes de supervisión, control o dirección sobre la entidad y el control accionarial sobre la entidad por el Estado.

En el caso sobre las ayudas a la industria textil italiana, comentado anteriormente, el TJUE dio por satisfecha la condición de financiación

²⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike*, [1977] Rec. p. 595, apartados 16 a 18.

mediante fondos estatales tras constatar que los fondos utilizados para conceder la ayuda –subsidios familiares a los trabajadores de este sector– habían sido impuestos, gestionados y distribuidos de acuerdo con la legislación del Estado. El hecho de que la medida se aprobara con cargo al Fondo del Seguro de desempleo, que se nutría de aportaciones por las empresas privadas, fue considerado irrelevante.²⁸⁹

A su vez, en el caso *Crédit Agricole*, también comentado anteriormente,²⁹⁰ el Tribunal de Justicia se basó en una serie de indicios para decidir que la caja de ahorros en cuestión debía considerarse como parte del Estado: los poderes públicos ejercían competencias de supervisión y control sobre la toma de decisiones en la Caja, la forma de otorgamiento de la ayuda se correspondía con la de las “ayudas de Estado ordinarias”, y el propio gobierno francés había presentado las subvenciones como parte de un programa más amplio de medidas en favor de los agricultores.

Salvo el argumento relativo al poder de supervisión y control –disputado por las autoridades francesas– las demás razones utilizadas para imputar la medida al Estado eran ciertamente endebles, entrando incluso en contradicción con la propia jurisprudencia del TJUE al tomar en cuenta la forma de otorgamiento de la ayuda.²⁹¹ En cualquier caso, el Tribunal dedujo del mero poder de supervisión que ejercía el Estado sobre las decisiones de la Caja, que las medidas adoptadas por ésta debían ser imputadas al Estado.

Gradualmente el Tribunal fue clarificando las pautas de su examen y adoptando una postura más coherente, aunque continuó aplicando criterios *ad*

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal Cde Justicia de 2 de julio de 1974, en el asunto 173/73, *Italia c/Comisión*, [1974] Rec. p. 709, apartado 35

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985 en el asunto 290/83, *Caisse Nationale de Crédit Agricole*, [1985] Rec. p. 439 Véase supra pág.89.

²⁹¹ Véase infra Apartado 2.2.

hoc para determinar en cada caso si el ente que formalmente otorgaba la ayuda podía o no considerarse como parte integrante del Estado.

En el caso **Van der Kooy**, el TJUE tomó en cuenta el hecho de que el Estado controlaba directa o indirectamente el 50% de las acciones de la compañía Gasunie, que había concedido una ventaja a los horticultores holandeses mediante su política de tarifas, para deducir que los fondos empleados eran estatales. A ello el Tribunal añadió la facultad de que disponía el Ministro de Economía de aprobar las tarifas aplicadas por Gasunie, “*lo que, con independencia de la manera cómo se ejerza esta competencia, implica la posibilidad de que el Gobierno neerlandés vete una tarifa que no juzgue conveniente*”.²⁹² Por último, el mismo hecho de que Gasunie hubiese modificado sus tarifas tras exigir la Comisión a los Países Bajos en sendas decisiones que pusiera fin a la ayuda, demostraría la ausencia de autonomía plena de la empresa a la hora de fijar su política tarifaria y el control sobre la misma ejercido por los poderes públicos.

En el caso **ENI-Lanerossi** el Tribunal tampoco se conformó con verificar el control orgánico que ejercía el Estado italiano sobre este holding estatal, sino que comprobó que el holding estaba sujeto a las directrices de un comité interministerial, deduciendo de todo ello que actuaba bajo el control del Estado, pese a la absoluta autonomía de la que supuestamente gozaba.²⁹³

En cuanto a la sentencia **Alfa-Romeo**, dictada el mismo día, el TJUE también examinó tanto la dependencia orgánica del holding público que había otorgado la ayuda –en este caso, el *Istituto per la ricostruzione industriale* y

²⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988 en los asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, *Van der Kooy*, [1988] Rec.p. 219, apartado 36

²⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, en el asunto C-303/88, *ENI-Lanerossi*, [1991] Rec.p.I-1433, apartados 12 a 14.

su filial *Finmeccanica*— como su sumisión a las orientaciones dictadas por un comité interministerial para concluir que la ayuda era un comportamiento imputable al Estado.²⁹⁴

Todas estas decisiones se enmarcan en la fase de interpretación extensiva del Tribunal, antes por tanto de la sentencia en el asunto *Sloman Neptun*. A partir de esta sentencia, como hemos visto, el Tribunal centró su análisis en determinar la naturaleza estatal de los fondos que soportaban el coste, si lo hubiera, de la ventaja concedida a la empresa o empresas beneficiarias, con independencia de si la entidad que concedía la ventaja podía o no considerarse como parte del Estado.

En los ejemplos comentados anteriormente relativos a esta segunda fase —principalmente los asuntos *Kirsammer-Hack* y *Viscido*, además del propio asunto *Sloman Neptun*—, hemos visto que el Tribunal rechazó la implicación de fondos estatales e ipso facto dedujo de ello que no existía una ayuda de Estado. El análisis de la imputabilidad de las medidas al Estado habría sido inútil, ya que independientemente del resultado de ese análisis y debido a la interpretación cumulativa empleada por el Tribunal, las prácticas examinadas no podrían en ningún caso calificarse como ayudas de Estado: aun cuando éstas fuesen imputables al Estado, al no sufrir éste un perjuicio patrimonial consecuencia de las medidas adoptadas —generalmente

²⁹⁴ “En el caso que nos ocupa, varios elementos de los autos inducen a pensar que las aportaciones de capital eran el resultado de un comportamiento imputable al Estado italiano... [D]e acuerdo con el Decreto legislativo n° 51, de 12 de febrero de 1948, ... el Estado italiano asignó al IRI un fondo de dotación y ..., por otra parte, el IRI controla el capital de *Finmeccanica*. Además, el Gobierno italiano nombra a los miembros del órgano de gestión del IRI, el cual nombra, a su vez, a los miembros del órgano de gestión de *Finmeccanica*. Por último, procede señalar que, aun cuando se supone que el IRI actúa según criterios económicos, dicha entidad no dispone de una total y absoluta autonomía, ya que debe ajustarse a las orientaciones dictadas por el CIPE. Estos elementos, considerados en conjunto, demuestran que el IRI y *Finmeccanica* actúan fundamentalmente bajo el control del Estado italiano”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, en el asunto C-305/89, *Comisión c/Italia* (“*Alfa Romeo*”), [1991] Rec. p.I-1603, apartados 13 y 14

exenciones de normas de Derecho del Trabajo en favor de una o varias empresas– no podían calificarse como ayudas de Estado.

2.3.2.2 El caso Air France

Fue el Tribunal de Primera Instancia el primero en aplicar el criterio de la imputabilidad al Estado a una medida financiada con fondos estatales, pero no directamente por el Estado. Lo hizo en el caso *Air France*, brevemente comentado anteriormente al analizar el concepto de *Estado*.²⁹⁵

En un contexto de crisis económica que afectaba al sector del transporte aéreo comunitario, Air France, sociedad anónima controlada en la época por el Estado francés, emitió en 1993 una serie de obligaciones convertibles en acciones y títulos subordinados de interés progresivo con certificados para la compra de acciones. La práctica totalidad de estos créditos y títulos convertibles en acciones fueron suscritos por la Caisse des dépôts et consignations-participations (CDC-P), filial de una entidad pública, la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Posteriormente, Air France emitiría otras tres clases de títulos – obligaciones y empréstitos – que serían suscritos en su totalidad por el sector privado.

La Comisión examinó las operaciones financieras en las que intervino la CDC-P, concluyendo, en una decisión adoptada en 1994, que estas medidas constituían ayudas de Estado ilegales –por no haber sido notificadas previamente a la Comisión– e incompatibles con el mercado interior, por lo

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94, *Air France*, [1996] Rec. p.II-2109. Véase supra pág.156.

que requirió a las autoridades francesas que ordenaran la devolución de la ayuda, deduciendo los intereses ya abonados por Air France a CDC-P.

Air France, que, pese a no ser formalmente la destinataria de la decisión, lo era el Estado francés, se veía individual y directamente afectada por ella, recurrió la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia, actual Tribunal General de la UE.

La demandante sostuvo que ni CDC ni CDC-P habían actuado siguiendo órdenes o bajo la influencia predominante o efectiva del Estado en el sentido de las sentencias Van der Kooy y ENI-Lanerossi, ni los fondos empleados podían calificarse como fondos estatales, en el sentido de las sentencias Van Tiggele, Sloman Neptun y Kirsammer-Hack.²⁹⁶ En línea con la lectura cumulativa de la primera condición del artículo 107.1 TFUE, la demandante alegó también que, con independencia de la consideración de CDC como parte del Estado, los fondos utilizados no podían considerarse como fondos estatales. En concreto, las cantidades depositadas en CDC podían ser retiradas en cualquier momento por los depositantes. Por tanto, esas cantidades no estaban permanentemente a disposición del sector público, contrariamente a los ingresos constituidos por impuestos o cotizaciones obligatorias.

²⁹⁶ Respecto a la naturaleza estatal de los fondos, la demandante había alegado que tanto CDC-P como CDC eran independientes del Gobierno francés, al situarlas la ley bajo la supervisión de la autoridad legislativa: “al ser independiente la autoridad legislativa del poder ejecutivo, no puede considerarse que [CDC] sea una entidad controlada por los poderes públicos franceses”. Asimismo, la sección responsable de las medidas examinadas, encargada de las actividades competitivas de CDC, propias de sus funciones como banca comercial y de inversión, no estaría sujeta a ninguna obligación de consulta o autorización previa o a posterior por las autoridades del Estado. A su vez, CDC-P empleó fondos de origen privado que había puesto a su disposición CDC para suscribir las obligaciones objeto del litigio.

El Tribunal desestimó todos los motivos presentados en su recurso por Air France: en primer lugar, decidió que la interposición de *CDC-P* era irrelevante, y que correspondía examinar únicamente el estatuto de *CDC*.²⁹⁷ Respecto a ésta, determinó que *CDC* “pertenece al sector público” y que sus comportamientos eran imputables al Estado, del que forma parte el poder legislativo.²⁹⁸

En cuanto a la alegación de falta de control de los fondos por Estado, el TPI respondió que el actual artículo 107.1 TFUE “*comprende todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio de dicho sector. Por consiguiente, el hecho de que los fondos utilizados por la Caisse fueran restituibles es irrelevante.*”²⁹⁹

Siguiendo con su análisis de la imputabilidad de la medida al Estado, el TPI respondió a una cuestión fundamental que no se había planteado hasta

²⁹⁷ “[A]unque la suscripción de los títulos de que se trata fuera efectuada formalmente por la *CDC-P*, sociedad anónima de Derecho privado, la demandante ha admitido expresamente (réplica, punto 12) que dicha «inversión fue realizada gracias al impulso determinante de su accionista mayoritario [la Caisse], y con los fondos que ésta aportó». De ello se deduce que la suscripción de que se trata es, en todo caso, imputable a la Caisse. Por consiguiente, carece de pertinencia la alegación formulada por la demandante a propósito de la supuesta independencia de la *CDC-P*” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94, *Air France*, [1996] Rec. p.II-2109, apartado 57.

²⁹⁸ De nuevo, el Tribunal aplicó así por analogía la solución dada por el TJUE en materia de incumplimientos del Estado “[S]e genera la responsabilidad de un Estado miembro, cualquiera que sea el órgano estatal cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, ‘incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente’” Sentencia de 5 de mayo de 1970 en el asunto 77/69, *Comisión c/Bélgica*, [1970] Rec.p.237, citada en Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94, *Air France*, [1996] Rec. p.II-2109, apartado 60. Véase específicamente sobre la responsabilidad del Estado por un incumplimiento cuyo origen se encuentra en el poder legislativo la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 1986, en el asunto 239/85, *Comisión c/Bélgica*, [1986] Rec.p.3645.

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94, *Air France*, [1996] Rec.p.II-2109, apartado 67

entonces: ¿es necesario que la medida concreta a través de la que se instrumenta la ayuda haya sido tomada por influencia o indicación directa de las autoridades públicas?

La demandante defendió que sí era necesario, basándose en la sentencia *Crédit Agricole*,³⁰⁰ pero el TPI rechazó sus argumentos:

*“[La sentencia *Crédit Agricole*] no debe interpretarse en el sentido de que la calificación de ayuda de Estado presupone siempre la existencia de una aprobación por parte de los poderes públicos, y ello incluso cuando la operación financiera de que se trate ha sido decidida y financiada por una entidad que ya pertenece, por sí misma, al sector público; el Tribunal de Justicia se limitó más bien a enunciar todos los factores que estaban efectivamente presentes en el asunto que le había sido sometido, para deducir de ello que, en cualquier caso, a dichos factores en su conjunto les era aplicable el apartado 1 del [actual artículo 107 TFUE]. Por lo tanto, aunque el Gobierno francés no diera su aprobación a la inversión objeto de litigio efectuada por [CDC], el hecho de que esta entidad perteneciente al sector público utilizara para dicha inversión unos fondos de los que podía disponer es suficiente, como se ha expuesto con anterioridad, para calificar la inversión de intervención estatal que puede constituir una ayuda en el sentido del apartado 1 del [actual artículo 107] del Tratado”.*³⁰¹

³⁰⁰ “[E]stá comprendida en el [actual artículo 107] del Tratado la ayuda que... ha sido decidida y financiada por una entidad pública, cuya ejecución está sujeta a la aprobación de los poderes públicos”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985 en el asunto 290/83, *Caisse Nationale de Crédit Agricole*, [1985] Rec. p. 439, apartado 68.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94, *Air France*, [1996] Rec.p.II-2109, apartado 68

2.3.2.3 El caso Stardust Marine

El Tribunal de Justicia aplicó por primera vez la noción de imputabilidad de la medida al Estado –elemento propio hasta esa fecha de la interpretación extensiva– al tiempo que examinaba también si los fondos utilizados podían calificarse como estatales en la sentencia dictada en el caso Stardust Marine. El Tribunal de Justicia llegó a una conclusión opuesta a la del TPI en la sentencia Air France.

La sociedad Stardust Marine, dedicada a la explotación de embarcaciones de recreo,³⁰² había recibido diversos préstamos y garantías por parte del banco SBT-Batif, perteneciente al grupo Crédit Lyonnais, lo que le permitió incrementar de manera significativa y sostenida su actividad entre 1989, años de su fundación, y 1993. A medida que aumentaba su volumen de negocios se incrementaban también las pérdidas de la compañía y su nivel de endeudamiento con el grupo Crédit Lyonnais.³⁰³

En 1994, mediante una conversión en capital de derechos de crédito de SBT-Batif por un valor de 44,3 millones de francos, el grupo Crédit

³⁰² En concreto, la sociedad alquilaba yates sin tripulación para la realización de cruceros, principalmente en los territorios y departamentos franceses de ultramar, utilizando al efecto los yates cuya explotación le habían confiado sus copropietarios.

³⁰³ “En 1994 y en el primer semestre de 1995 (la empresa cerró su contabilidad el 30 de julio de 1995, tras un ejercicio de 18 meses) el volumen de negocios aumentó de nuevo sustancialmente, hasta alcanzar los 291,7 millones de FRF. La empresa sufrió sin embargo unas gravísimas pérdidas de 361,2 millones de FRF. Según las autoridades francesas, las pérdidas se debieron principalmente a:

- actividades fraudulentas del gerente de la empresa;
- mala estrategia comercial y gestión inadecuada;
- acontecimientos excepcionales no recurrentes, como las pérdidas causadas por la intervención de Stardust en la Copa América, estimadas por las autoridades francesas en 45 millones de FRF;
- pérdidas causadas por la actividad inicial de Stardust de venta y de gestión de embarcaciones de tipo «Scorpio», debidas en parte a la asunción de riesgos mal calculados”

Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs presentadas el 13 de diciembre de 2001 en el asunto C-482/99, *Stardust Marine*, apartado 10.

Lyonnais pasó a ser el principal accionista de Stardust Marine. Entre tanto el propio Crédit Lyonnais estaba experimentado dificultades económicas y para superarlas el Estado francés aumentó el capital del grupo en 4900 millones de francos e instituyó en dos operaciones sucesivas sendas entidades disociadas que se harían cargo de los activos improductivos del grupo.

La segunda de estas entidades, el Consortium de réalisations (Consortio de realización de activos, en adelante CDR), filial al 100 % del Crédit Lyonnais, adquirió de éste activos, incluida la compañía Stardust Marine, por un total de casi 190.000 millones de francos. Conforme al plan de reestructuración, todos estos activos debían ser cedidos o liquidados.

A raíz de esta operación de disociación, la dirección del Crédit Lyonnais dejó de intervenir directamente en la gestión de Stardust después de su transferencia al *CDR*, debido a la separación total de gestión entre este último y el Crédit Lyonnais impuesta por la Comisión Europea, entre otras condiciones, para aprobar la ayuda recibida por Crédit Lyonnais.

El *CDR* decidió aumentar el capital de Stardust Marine en varias fases, por un importe total de 451,5 millones de francos. Tras la última operación de recapitalización de junio de 1997, el *CDR* vendió su participación en Stardust Marine – el 99,90 % del capital – a la empresa *FG Marine* por un importe de 2 millones de francos.

Tras una denuncia presentada ante la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea, ésta investigó las operaciones de recapitalización y venta de Stardust Marine. Como resultado de esta investigación, la Comisión decidió que Francia debía exigir a Stardust Marine la restitución al Estado o al *CDR* de los 450,4 millones de francos contenidos

en las medidas en cuestión,³⁰⁴ más los intereses devengados desde el momento en que la beneficiaria percibió las respectivas ayudas.

Francia recurrió ante el TJUE esta decisión negativa que llevaba aparejada la obligación de recuperar la ayuda. Mediante su primer motivo de impugnación las autoridades francesas alegaron que los recursos financieros empleados por las filiales del Crédit Lyonnais para financiar a Stardust Marine no podían ser calificados como fondos estatales.

En sus observaciones preliminares sobre este primer motivo, el Tribunal de Justicia, siguiendo la división establecida por los demandantes,³⁰⁵ retomó la novedosa combinación del criterio de imputabilidad del Estado y del uso de fondos estatales aplicado por primera vez por el Tribunal de Primera Instancia en el caso Air France:

“Según reiterada jurisprudencia, no cabe distinguir entre aquellos casos en los que el Estado concede directamente la ayuda y aquellos otros en los que la ayuda la conceden organismos públicos o privados que el Estado instituye o designa para gestionar la ayuda... No obstante, para que unas ventajas puedan ser calificadas de ayudas en el sentido del [actual artículo 107 TFUE, apartado 1] es necesario, por

³⁰⁴ “[l]as ampliaciones de capital de Stardust Marine de 44,3 millones de [francos] efectuadas por Altus Finance en octubre de 1994, de 112 millones por el CDR en abril de 1995, el anticipo en cuenta corriente del CDR de 127,5 millones de [francos] de julio de 1995 a junio de 1996, las recapitalizaciones de 250,5 millones de [francos] en junio de 1996 y de 89 millones en junio de 1997 por el CDR constituyen ayudas estatales según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado [actual artículo 107 TFUE]. Estas medidas, por un valor total actualizado a 31 de octubre de 1994 de 450,4 millones de [francos], no pueden declararse compatibles con el mercado común según lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 87 del Tratado [actuales apartados 2 y 3 del artículo 107 TFUE]”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartado 13.

³⁰⁵ Tanto los representantes de Air France en el primer caso como las autoridades francesas el segundo habían disociado en sus alegaciones las condiciones de calificación como estatales de los fondos y la imputabilidad de la medida al Estado.

una parte, que sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales y, por otra parte, que sean imputables al Estado".³⁰⁶

Este doble requisito tiene como efecto restringir aún más el ámbito material de la expresión “*ayudas otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales*”: ya no bastará con que las medidas en cuestión tengan origen estatal, es decir, que hayan sido otorgadas, por ejemplo, por una empresa pública o algún ente autónomo orgánicamente dependiente de la administración, sino que la decisión misma a través de la cual se concede la ayuda ha de ser imputable, en última instancia, a la voluntad de las autoridades públicas.

De este modo el TJUE cerró el círculo de la interpretación cumulativa de la norma: no solo no es posible calificar como ayuda de Estado una medida concedida por el Estado si no está financiada mediante fondos estatales, sino que tampoco cabe calificar de ayuda una medida financiada mediante fondos estatales pero que no es imputable al Estado.

Ahora bien, ¿en qué circunstancias es posible apreciar que una medida ha sido financiada mediante fondos estatales, pero no es imputable al Estado? ¿No implica el uso de fondos estatales automáticamente que la medida por la que se dispone de ellos para conceder una ventaja a una o varias empresas es imputable al Estado? ¿Basta con comprobar una vinculación jerárquica y/o de supervisión por parte de las autoridades públicas sobre la entidad que ha concedido la ayuda? ¿Es necesario además comprobar que las autoridades públicas tenían la capacidad de vetar la decisión por la que se otorgó la ayuda?

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartados 23 y 24.

O bien, ¿es preciso demostrar que las autoridades públicas han influido, o incluso forzado, la concesión de la ayuda pública en cuestión?

En definitiva, ¿en qué ha de consistir la imputabilidad de la medida al Estado y en qué grado ha de ser ésta imputable al Estado?

En la sentencia al caso Stardust Marine el Tribunal de Justicia respondió a muchas de estas incógnitas:

Siguiendo su novedoso análisis dicotómico, el Tribunal examinó en primer lugar si los créditos y garantías concedidos por Crédit Lyonnais a Stardust Marine constituían fondos estatales.³⁰⁷ Dado que el Estado francés poseía aproximadamente el 80% de las acciones de Crédit Lyonnais y prácticamente el 100 % de sus derechos de voto, el TJUE dedujo que tanto éste como sus filiales estaban sometidos al control del Estado y constituían empresas públicas.³⁰⁸

A continuación, el Tribunal citó su sentencia en el caso Ladbroke Racing³⁰⁹ para colegir que el actual artículo 107.1 TFUE “*comprende todos*

³⁰⁷ La condición de fondos estatales de los créditos y garantías prestados posteriormente por CDR no fue puesta en duda por las autoridades francesas y, por tanto, el Tribunal no examinó esta cuestión.

³⁰⁸ “*Dadas estas circunstancias, resulta obligado hacer constar que el Crédit Lyonnais, Altus y SBT se encontraban sometidas al control del Estado y debían ser consideradas empresas públicas con arreglo al artículo 2, párrafo primero, segundo guión, de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35; EE 08/02, p. 75)... En efecto, las autoridades francesas podían ejercer directa o indirectamente una influencia dominante sobre dichas empresas, conforme a lo previsto en la mencionada disposición de la Directiva 80/723.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec. p.I-4397, apartado 34. La Directiva 80/723 ha sido entre tanto derogada por la 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.

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2000, en el asunto C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, [2000] Rec.p.I-3271

*los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de Hacienda, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales”.*³¹⁰

Por tanto, cuando una empresa pública utiliza sus recursos, el Tribunal de Justicia considera que éstos constituyen fondos estatales por estar bajo el control del Estado, que podrá influir el comportamiento de la empresa y, en consecuencia, tendrá los fondos a su disposición.³¹¹

Una vez resuelta la primera cuestión, y siguiendo las alegaciones del gobierno francés, el Tribunal de Justicia examinó la cuestión, novedosa, de la imputabilidad de la decisión de otorgamiento de los fondos estatales.

En los casos anteriores, el Tribunal había siempre concluido su examen de la primera condición del artículo 107.1 TFUE una vez comprobado que los fondos en cuestión debían considerarse estatales: en la sentencia *Air France*, como hemos visto, el TPI decidió que aunque el Gobierno francés no diera su aprobación a la inversión concreta objeto de

³¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec. p.I-4397, apartado 37, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2000, en el asunto C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, [2000] Rec.p.I-3271, apartado 50.

³¹¹ “[L]os recursos de las empresas públicas, como los del *Crédit Lyonnais* y sus filiales, estaban sometidos al control del Estado y se encontraban por tanto a disposición del mismo. En efecto, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de éstas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas” Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartado 38.

litigio, al haber sido financiada mediante fondos que estaban a disposición de una caja de ahorros y pertenecer ésta al sector público debía calificarse la inversión de intervención estatal susceptible de constituir una ayuda en el sentido del actual artículo 107.1 TFUE.

En la sentencia Stardust Marine el TJUE, superior jerárquico del TPI, desautorizó la interpretación previa de éste, así como las conclusiones de la Comisión.

El TJUE decidió que la *“el mero hecho de que una empresa pública esté sometida al control estatal no basta para imputar al Estado medidas adoptadas por ella, como las medidas de apoyo financiero que se discuten. Resulta necesario analizar además si resulta procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dichas medidas.”*³¹²

El TJUE aumentó de este modo todavía más las dificultades existentes para considerar que una medida ha sido financiada “por el Estado o mediante fondos estatales”. No solo aplicó una lectura cumulativa, por la que era necesario que la medida se financiara mediante fondos estatales –es decir, que tuviese efectos pecuniarios para una administración pública– y que el organismo intermediario entre el beneficiario y las autoridades públicas estuviese sometido al control, supervisión o algún otro tipo de relación de subordinación respecto a la administración, sino que exigió también que esa relación de subordinación se ejerciera de manera efectiva en relación a la medida que examina.

³¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartado 52

El grado de dificultad para determinar la imputabilidad de una medida al Estado, en el sentido que le da el TJUE a esta condición en la sentencia Stardust Marine, depende de las evidencias que admita el Tribunal para probar que el ejercicio efectivo del poder de control del Estado y en quién recaerá la carga de probar dicho ejercicio.

En este punto, aparentemente el Tribunal buscó de nuevo un contrapeso a su interpretación restrictiva cualificada: no es necesario así probar de manera fehaciente que los poderes públicos han forzado la adopción de la medida, sino que basta con poder deducir a partir de indicios que la medida concreta es imputable a las autoridades públicas.³¹³

Entre los indicios que mencionó el Tribunal en el caso Stardust Marine, citando su propia jurisprudencia, figuraba el poder formal de aprobación o de veto de los poderes públicos sobre la decisión adoptada por el organismo intermediario, la obligación de tomar en cuenta directrices procedentes de las autoridades públicas, además de los factores de naturaleza orgánica que vinculan a la entidad que otorga la ayuda con el Estado.

Asimismo, el Tribunal apuntó que podrían ser pertinentes otros indicios como *“la integración de la empresa en la estructura de la Administración Pública, la naturaleza de sus actividades y el hecho de desarrollarlas en el mercado compitiendo normalmente con empresas privadas, el estatuto jurídico de la empresa, regida por el Derecho público o*

³¹³ “[A] causa de las relaciones privilegiadas existentes entre el Estado y las empresas públicas, por lo general resultará muy difícil para un tercero demostrar que unas medidas de ayuda adoptadas por una empresa pública en un caso concreto fueron efectivamente decididas siguiendo las instrucciones de las autoridades públicas. Por estas razones, procede reconocer que la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartados 54 y 55.

*por el Derecho de sociedades común, la intensidad de la tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa, o cualquier otro indicio de la intervención de las autoridades públicas en el caso concreto de que se trate o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta igualmente del alcance de ésta, de su contenido o de las condiciones que establezca”.*³¹⁴

Por otro lado, el Tribunal también aclaró que la forma jurídica de una sociedad regida por el Derecho privado, independientemente de la autonomía que esta forma jurídica puede conferirle, no excluye *ipso facto* que sus decisiones puedan ser imputables al Estado.³¹⁵

Es decir, recapitulando lo dicho, de acuerdo con la sentencia Stardust Marine, el control del Estado sobre la entidad, sea pública o privada, que adopte la medida potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado no es suficiente para catalogar la medida como financiada mediante fondos estatales. Para ello será preciso que, además, la medida sea imputable al Estado, lo que requerirá su ejercicio real por el Estado, a través de un acto positivo o una omisión que influya en la adopción de la medida por la entidad

³¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartados 55 y 56. El Abogado General Jacobs identificó el riesgo inherente a la exigencia de demostrar la imputación de la medida al Estado, y defendió la postura expansiva adoptada finalmente por el Tribunal: “*A causa de las dificultades de la prueba y del peligro evidente de elusión, no debería adoptarse un criterio restrictivo sobre el tipo de pruebas necesarias. Las pruebas circunstanciales (o incluso los artículos periodísticos) podrían bastar*”. Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, presentadas el 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, apartado 68. BIONDI añadió que, al margen de los problemas que pudiera causar la flexibilidad del Tribunal, es evidente que éste se esforzó por ofrecer cierta seguridad jurídica a través de las indicaciones contenidas en la Sentencia: “[S]uch a flexible approach can of course run the risk of being too flexible, but it is evident that the Court has made a conscious effort to provide some form of benchmark that can be used by all the interested parties. The recent case law seems also to stick rather closely to the ECJ indications”. BIONDI, A., [Op. cit. supra nota 152] en p.1444.

³¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartado 57.

interpuesta.³¹⁶ Como veremos, estas dos condiciones han variado de manera significativa en la jurisprudencia posterior del Tribunal, que al tiempo que facilitaba la consideración de la medida como imputable al Estado, dificultó la calificación de los fondos como estatales.

Quisiéramos, antes de continuar con el análisis de la aplicación de estas dos condiciones, realizar dos últimos incisos sobre la sentencia *Stardust Marine*: en primer lugar, como hemos señalado ya anteriormente, un principio fundamental –probablemente pueda catalogarse como el principio fundamental– que rige el sistema de control de las ayudas de Estado es que éstas se definen exclusivamente por sus efectos.

La Comisión alegó este principio para intentar convencer al Tribunal de que exigir que la medida fuera imputable al Estado sería un error, ya que, con independencia de tal imputabilidad, su efecto sería en todo caso el conceder una ventaja a una empresa.

El Abogado General Jacobs desestimó esta objeción de las autoridades francesas basándose en la necesaria distinción entre la primera condición del actual artículo 107.1 TFUE - que constituye “*una cuestión previa, la de si las medidas controvertidas son realmente medidas estatales*”³¹⁷- y las demás

³¹⁶ Esta huida del formalismo es extensible al otro ámbito subjetivo de la definición de las ayudas de Estado: el requisito de que el beneficiario de la medida sea una empresa. Este concepto es funcional, y no formal, como veremos en el siguiente capítulo.

³¹⁷ “*A mi juicio, tal omisión no puede constituir una ayuda de Estado, pues ésta requiere una intervención activa del Estado. Es cierto que existe el riesgo de que los bancos públicos mal controlados se dediquen a prácticas comerciales poco ortodoxas, y un riesgo indirecto de que, en caso de dificultades económicas, el Estado miembro de que se tratara quiera conceder ayudas de Estado a dichos bancos. Considero, sin embargo, que las normas sobre ayudas de Estado no se refieren directamente al primero de los riesgos mencionados y, en cuanto al último, aunque pueda dar lugar a distorsiones de la competencia en el sector bancario, no es pertinente en el presente asunto, que trata sobre las distorsiones de la competencia en el sector del alquiler de embarcaciones de recreo.*” Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, presentadas el 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, apartado 77.

condiciones; es decir, la concesión de una ventaja selectiva a una o varias empresas o producciones y la afectación de la competencia y el comercio entre los Estados miembros. Mientras que las demás condiciones sí que deberían – en principio – respetar el principio de consideración exclusiva de los efectos de la medida, la cuestión de la calificación como estatal o financiada con fondos estatales de la medida, “*no puede resolverse tomando en consideración únicamente los efectos de la medida, ya que el [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado no se aplica a las medidas no estatales que conceden ventajas a determinadas empresas y falsean o amenazan falsear la competencia*”.³¹⁸

El segundo inciso se refiere a la posibilidad de que la imputabilidad de la medida al Estado como resultado de su inacción, en particular en cuanto al ejercicio de sus poderes de supervisión y control de las medidas adoptadas por empresas públicas: el Tribunal no acogió expresamente la opinión del Abogado General que respaldaba rechazar que una medida pudiese ser imputable al Estado basándose en una omisión.³¹⁹ Pese a ello, en nuestra opinión, las omisiones culposas deberían bastar para imputar la medida al Estado. Lo contrario llevaría a situaciones grotescas, como la imposibilidad de recuperar, aplicando las normas sobre control de las ayudas de Estado, fondos pagados por una compañía pública en contravención de los

³¹⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs, presentadas el 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, apartado 75.

³¹⁹ “[I]t should also be noted that the Court does not appear to have followed the Advocate General’s assertion that a positive action on the part of the Member State as opposed to a mere failure to act is a necessary element of the imputability test”. HANCHER, L. “Case C-482/99, French Republic V. Commission (“Stardust Marine”) judgment of the full court of 16 May 2002” en *Common Market Law Review*, n.40, issue 3, p.750

procedimientos legales, en tanto que si los respetaran y la ayuda fuera contraria al mercado interior sí que se podrían recuperar.³²⁰

2.3.2.4 Jurisprudencia posterior a la sentencia Stardust Marine

A partir de la sentencia Stardust Marine, mediante los términos imputación e imputabilidad de la ayuda el Tribunal de Justicia ha hecho referencia a la implicación efectiva de los poderes públicos en la concreta toma de decisión por la que se instrumente la ayuda.

Esta cuestión, analizada siempre conjuntamente con la condición de que los fondos sean estatales, ha sido el objeto principal de disputa en diversos casos ante el Tribunal Justicia en la última década. Éste ha sido poco sistemático a la hora de distinguir la condición del origen estatal de los fondos del requisito de imputabilidad de la medida al Estado, introducido en Stardust Marine. El análisis de la condición de que la financiación de la medida imponga una carga para el Estado –es decir, que los fondos puedan considerarse “estatales”– y que esta medida sea imputable al Estado se solapan en ocasiones.

³²⁰ “[H]a de considerarse que el hecho de que el administrador único de la empresa pública actuase irregularmente no excluye, por sí solo, [la] intervención [de las autoridades públicas]. En efecto...la efectividad de las normas en materia de ayudas estatales podría verse considerablemente mermada si su aplicación pudiera excluirse por el mero hecho de que el administrador de una empresa pública ha incumplido los estatutos de ésta”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2014 en el asunto C-242/13, *Commerz Nederland*, [2014] Rec.p.2224, apartado 36.

En el asunto **Pearle**³²¹, el Tribunal de Justicia juzgó un caso en el que la cuestión de la financiación mediante fondos estatales planteaba incertidumbres similares a las del caso PreussenElektra.

Como ha señalado Flavia Tomat, resulta difícil interpretar la sentencia dictada en este caso, por su falta de claridad y por dejar mucho margen para la interpretación.³²² Se refiere esta autora al hecho de que el TJUE reseñara una serie de características de la medida litigiosa sin aclarar si todas ellas eran componentes necesarios para descartar la financiación mediante fondos estatales.³²³ Más concretamente, la dificultad estriba en discernir si el Tribunal rechazó la existencia de una ayuda de Estado por no implicar el uso de fondos estatales –en el sentido de la sentencia PreussenElektra– o por estimar que la medida no era imputable al Estado –en el sentido de la sentencia Stardust Marine.³²⁴

La medida en cuestión consistía en una campaña publicitaria colectiva en favor de las empresas del sector de la óptica en los Países Bajos financiada mediante una exacción obligatoria impuesta por una corporación

³²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, en el asunto C-345/02, *Pearle*, [2004] Rec. p. I-713

³²² “As outlined by many Authors, the *Pearle* judgment is itself lapidary and, apart from being rather unclear, leaves much room for interpretation”. TOMAT, F. “State Resources and Imputability to the State: A Clarification on the Scope of the *Pearle* Judgment? Annotation on the Judgment of the Court of Justice of 30 May 2013 in case C-677/11, *Doux Élevage SNC, Coopérative agricole UKL-ARREE*”, en *European State Aid Law Quarterly*, Issue 3, 2014, págs. 540 a 546, en pág.543. En el mismo sentido, GAMBOARO, E., NUCARA, A. y PRETE, L. “*Pearle*: so much Unsaid!” en *State Aid Law Quarterly*, Issue 1, 2005, págs. 3 a 15, en pág.5: “*The language of the judgment appears to be circumscribed to the very facts of the case under scrutiny. The Court does not make any general or far reaching statement*”.

³²³ “[T]he reasoning is in our view inadequate and lacking a clear structure. For instance, the Court does not indicate which elements, among those taken into consideration, are more important and which are less critical”. GAMBOARO, E., NUCARA, A. y PRETE, L. [Op. cit. supra nota 322], en pág.5

³²⁴ Así lo interpretó también SINNAEVE, A. “What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid” en *European State Aid Law Quarterly*, Issue 1, 2005, págs.1 a 3 en pág.2.

profesional.³²⁵ La campaña se adoptó a petición de una asociación privada de ópticos. Las demandantes en el litigio principal, empresas que operaban en el sector del comercio de material de óptica, impugnaron las exacciones establecidas por la corporación profesional, por considerar que constituían ayudas de Estado.

El Tribunal de Justicia consideró, en primer lugar, que la corporación profesional que había impuesto la exacción era un organismo público. Sin embargo, desde la adopción de la sentencia *Steinike* es innegable que este factor no es determinante para calificar una medida como ayuda de Estado, puesto que las ayudas pueden ser concedidas también por organismos privados, designados o instituidos por el Estado para emplear fondos estatales.

Asimismo, el Tribunal subrayó que los fondos no provenían del Estado sino de los afiliados, a su vez beneficiarios de la campaña. Por tanto, *“la intervención de [la corporación] no pretendía crear una ventaja que constituyera una carga suplementaria para el Estado o para el mencionado organismo”*.³²⁶ La referencia a la intención de la entidad interpuesta nos parece desacertada, y en todo caso su relevancia estaría limitada a servir como indicio de la no imputabilidad de la medida al Estado, en ausencia del ejercicio efectivo de su capacidad de control sobre la entidad interpuesta.³²⁷

³²⁵ Las corporaciones profesionales, en virtud de la ley que las establecía y a través de sus órganos de dirección, compuestos paritariamente por delegados de las organizaciones empresariales y sindicales, podían aprobar los reglamentos que estimaran necesarios en interés del sector e imponer exacciones obligatorias a las empresas que operaran en el sector correspondiente, como fue el caso de las establecidas para financiar la campaña publicitaria objeto del litigio.

³²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, en el asunto C-345/02, *Pearle*, [2004] Rec. p. I-713, apartado 36

³²⁷ El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer también señaló que, como organismos públicos y de acuerdo con la ley que regía sus actividades, las asociaciones profesionales debían tener en cuenta no sólo el interés común de las empresas afiliadas, sino también el interés general.

En cualquier caso, hasta aquí el Tribunal siguió la jurisprudencia PreussenElektra –haciendo una lectura reduccionista de la misma que obviaba la jurisprudencia posterior sobre entidades interpuestas– considerando que la medida no había sido financiada mediante fondos estatales y que, por tanto, no constituía una ayuda de Estado.

Sin embargo, el razonamiento del Tribunal siguió a continuación por otros derroteros, refiriéndose a la cuestión de la imputabilidad de la medida al Estado: ésta había partido de la iniciativa de la asociación profesional y no respondía a una política fijada por el Estado,³²⁸ por lo que el Tribunal colegió que tampoco era imputable a éste. Nuevamente, el Tribunal no aplicó con exactitud su doctrina, en este caso sobre imputabilidad de las medidas: la sentencia Stardust Marine exigía, por un lado, identificar si la entidad interpuesta estaba controlada por el Estado y, por otro, si la medida concreta era el resultado del ejercicio efectivo de dicho control. Cabe sin embargo deducir que el Tribunal consideró que, dado que la iniciativa de la medida había partido de la asociación, el Estado no había ejercido su hipotético poder de control.

Finalmente, el Tribunal distinguió el asunto del que conocía del caso Steinike, en el que la medida examinada, calificada como ayuda de Estado, también había sido financiada mediante una exacción obligatoria recaudada

Tampoco ello es inmediatamente relevante a efectos de la calificación como ayuda de Estado de la medida, aunque lo será como indicio de la ausencia de ejercicio efectivo del control del Estado sobre la entidad. Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 11 de marzo de 2004 en el asunto C-345/02, *Pearle*, apartado 8.

³²⁸ “[L]a iniciativa de organizar y llevar a cabo la campaña publicitaria de que se trata provino de... una asociación privada de ópticos, y no de [la corporación, que] solamente sirvió de medio para la percepción y la afectación de los recursos recaudados a favor de un objetivo meramente comercial previamente fijado por los actores del sector profesional considerado y que no formaba parte, en absoluto, de una política fijada por las autoridades neerlandesas”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, en el asunto C-345/02, *Pearle*, [2004] Rec. p. I-713, apartado 37

entre las empresas de un sector determinado, y utilizada para dotar de recursos a un organismo público que tenía encomendada la función de realizar acciones en favor las empresas sujetas a la exacción.³²⁹

Para distinguir ambos casos el TJUE se basó en tres elementos, relativos tanto a la calificación como estatales de los fondos utilizados para financiar las respectivas medidas, como a la imputabilidad de las mismas al Estado.

En primer lugar, respecto al origen de los fondos, mientras que en el caso Pearle, la totalidad de los fondos provenían de las empresas beneficiarias de la campaña publicitaria, en el caso Steinike la financiación tenía su origen en gravámenes impuestos a las empresas afiliadas, pero también en subvenciones del Estado.³³⁰ Esta diferencia no debería tener en realidad ninguna relevancia, puesto que los fondos en el caso Pearle transitaban de las empresas a una entidad interpuesta, responsable de financiar la campaña de publicidad. Al contrario que en el caso PreussenElektra, la existencia de una entidad interpuesta exigía examinar si dicha entidad había sido creada o designada por el Estado para gestionar la ayuda, y no permitía descartar inmediatamente la calificación como estatales de los fondos por provenir de entidades privadas.

En segundo lugar, el Tribunal esgrimió la existencia de disparidades en relación a la imputación de la medida al Estado, ligándola sin embargo a la intención de las autoridades públicas: mientras que en Steinike “*el Fondo en cuestión servía para aplicar una política establecida por el Estado, a*

³²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike*, [1977] Rec. p. 595, apartados 16 a 18.

³³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004, en el asunto C-345/02, *Pearle*, [2004] Rec. p. I-713, apartado 38.

*saber, el fomento de la agricultura, de la silvicultura y de la industria alimentaria nacionales*³³¹, en el caso Pearle la medida en cuestión no respondía a una política dictada por las autoridades neerlandesas. Como ya hemos señalado, esta diferencia solo sería relevante si sirviera para deducir de ella que el Estado, aunque hubiese tenido la posibilidad de orientar la utilización de los fondos, no había ejercido en la práctica dicha posibilidad.

Inexactitudes al margen, el hecho es que el Tribunal recurrió al mismo tiempo a argumentos sobre la estatalidad de los fondos empleados y sobre la imputabilidad de la medida para rechazar la calificación como ayuda de Estado, dejando abiertas muchas cuestiones sobre las implicaciones de la sentencia sobre casos futuros.

Adinda Sinnaeve opinó, pocos meses después de recaer la sentencia, que este asunto constituía una ilustración perfecta de la deriva en que habría entrado el Tribunal de un tiempo a esa parte al intentar clarificar la noción de ayuda de Estado, con el resultado de añadir confusión y complicando la aplicación del actual artículo 107.1 TFUE.³³² En particular, esta autora se quejaba del carácter casuístico de la sentencia, que dificulta la deducción de principios legales de la misma. Al no distinguir el Tribunal entre la interpretación legal del artículo del Tratado y su aplicación a una serie concreta de hechos, provoca incertidumbre legal, puesto que en cuanto estos varíen ligeramente, la sentencia ya no ofrecerá utilidad como precedente.³³³

³³¹ *Ibíd.*, apartado 38

³³² “*More importantly, in recent years a number of court judgments seeking to clarify the notion of aid, have in fact increasingly complicated the application of Article 87(1) EC and added confusion. The Pearle case is a perfect illustration of this development*”. SINNAEVE, A. [Op. cit. supra nota 324].

³³³ “[The Pearle judgement] is based on some case-specific arguments, from which the legal principles can only with great difficulty be deducted. The Court’s lack of systematic distinction between the legal interpretation of Article 87 (1) EC and its application to a concrete set of facts results in legal uncertainty, since as soon as the facts of a case are

Es más grave sin embargo que la sentencia tampoco aclare si el Tribunal consideró que las contribuciones no eran fondos estatales o bien que la medida no era imputable al Estado, o ambas. Tampoco esclarece qué relevancia tuvo el hecho de que el coste de la medida se cubriera completamente mediante las contribuciones recaudadas de los beneficiarios o que la iniciativa partiera del Estado, ni resuelve cuándo cabe estimar que las exacciones quedan a disposición de éste.

En nuestra opinión hay dos cuestiones previas a tener en cuenta al intentar identificar las motivaciones del Tribunal que dictó la sentencia: en primer lugar, no siempre resulta nítida la distinción entre el análisis de la naturaleza estatal de la ayuda y la imputabilidad de la medida al Estado. Son asuntos conexos que requieren de la Comisión y el Tribunal de Justicia particular atención y disciplina en el razonamiento para evitar mezclar los argumentos relativos a una y otra. En este caso el TJUE no prestó –o no quiso prestar– atención a este hecho y cayó de lleno en la confusión, calculada o no, entre la naturaleza estatal de la ayuda y su imputabilidad al Estado. Dicha confusión se ve acentuada por la falta de rigor al aplicar las reglas extraíbles de su jurisprudencia anterior sobre ambas cuestiones. Como veremos, en la actualidad es improbable que el Tribunal dicte una sentencia tan ambigua, ya que ha simplificado en extremo la condición de imputabilidad de la medida al Estado y desplazado todos los elementos controvertidos a la consideración de los fondos como estatales. No obstante, subsiste una grave falta de coherencia al aplicar estos dos requisitos.

slightly different, the judgment does not provide guidance". SINNAEVE, A. [Op. cit. supra nota 324], en pág.2. Véase también: GAMBOARO, E., NUCARA, A. y PRETE, L. [Op. cit. supra nota 322], en pág.3: *"The ruling appears thus far too brief on the main questions and silent on other important ones"*.

En segundo lugar, la ambigüedad de la sentencia podría deberse a que el Tribunal había decidido que la medida no constituía una ayuda de Estado, pero no quiso decantarse claramente por basar su decisión en el origen de los fondos o en la imputabilidad de la medida, por ser inciertas las consecuencias que en el futuro podría tener esta elección. La combinación del origen privado de los fondos y de la toma autónoma de la decisión de financiación por el organismo profesional, en ausencia de cualquier intencionalidad o directriz por parte de las autoridades públicas, habrían decantado la balanza del Tribunal en favor de desechar la calificación como ayuda de Estado.

La expresión clara de la no estatalidad de los fondos o de una ausencia de imputabilidad de la medida al Estado –condiciones cumulativas, necesarias ambas por tanto para decidir la existencia de una ayuda de Estado, haciendo redundante descartar las dos– implicaría que los argumentos relativos a una u otra podrían aplicarse aisladamente para sustraer la medida en cuestión del ámbito de las normas sobre control de las ayudas de Estado.

En este sentido, aunque el Tribunal citó la sentencia *Sloman Neptun* – que apuntaría al argumento de la no estatalidad de los fondos – también subrayó los elementos que diferenciaban este caso de los asuntos *Steinike y Comisión c/Francia* sobre las ayudas al sector textil francés. Estos dos casos también se referían a una medida financiada por un fondo de promoción que obtenía recursos – en el primer caso solo parcialmente – a través de la imposición de exacciones obligatorias sobre los productores. El TJUE concluyó, empero, que, al contrario que en los otros dos casos, la medida en el asunto *Pearle*, no constituía una ayuda de Estado: principalmente porque, mientras que en el caso *Pearle* la medida no perseguía la realización de una política dirigida por el Estado, en los otros dos casos sí. Este elemento

aparentemente vincula la decisión a la imputabilidad de la medida.³³⁴ El Tribunal hubiese podido además quedar satisfecho con hacer valer que los fondos no eran estatales, si ésta era su opinión. El hecho de que no terminara su análisis tras constatar que la campaña publicitaria no había sido financiada mediante recursos puestos a disposición de las autoridades nacionales –es decir, mediante fondos estatales– sin crear una carga suplementaria para el Estado, sino que comprobara a continuación de quién partió la iniciativa de la medida y su absoluta independencia de cualquier política gubernamental, es un indicador adicional de que el Tribunal basó su decisión en la no imputabilidad de la medida al Estado, algo en lo que coincide la inmensa mayoría de la doctrina.³³⁵

Pese a ello, en sentencias posteriores, cada vez que el Tribunal ha citado la sentencia Pearle ha tenido buen cuidado de citar de manera conjunta

³³⁴ Veremos que, posteriormente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk Noord* [2008] Rec.p. I-5497 (apartados 73 y 75) se ha asociado el examen de la intencionalidad de la medida al ámbito de la estatalidad de los fondos.

³³⁵ Véase HANCHER, L. “Editorial – A Pearl of Wisdom”, en *State aid Law Quarterly*, Issue 3, 2004, pág.363 y BIONDI, A. [Op.cit.supra nota 153], en pág. 1446: “As correctly observed by Judge Vesterdorf, although the judgment seems to suggest that the relevant criteria for excluding State imputability had to be considered, the fact that the measure had been taken at the initiative of a private association, should, in reality, be irrelevant. Otherwise the Court’s findings in *Preussen Elektra* – a case dealing with a measure introduced by legislation – would be called into question. The Pearle case should, therefore, be understood in terms of imputability. The initiative of the measure (public or private) does of course give to be taken into consideration, but only insofar as it is one of the factors to be taken into account when deciding whether or not the measure is imputable on the State”.

El Abogado General Mengozzi, en su opinión sobre el asunto *Essent Netwerk*, consideró que “entre los varios elementos utilizados por el Tribunal de Justicia ... [en el asunto Pearle] (indisponibilidad de los fondos por parte del colegio profesional, papel de este último limitado a la recaudación de las contribuciones, atribución de una ventaja sin la carga correspondiente para el Estado o para el organismo público implicado), la circunstancia de que la iniciativa de promover la campaña publicitaria... [procediera] del sector comercial afectado y no de las autoridades públicas asume, en mi opinión... un carácter decisivo en la medida en que resulta idónea para excluir la propia posibilidad de referir la medida controvertida al Estado”. Conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas el 24 de enero de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk*. Apartado 110.

todos los argumentos contenidos en ella, evitando decidirse claramente por una de las dos opciones.

En la sentencia **Essent Netwerk Noord** el Tribunal examinó si el pago de una compensación por los costes de transición a la competencia –costes hundidos que no podrían recuperarse tras la liberalización del sector– reconocidos a las empresas productoras de electricidad constituía una ayuda de Estado.³³⁶

El sistema de compensación se canalizaba a través de los gestores de la red eléctrica, que cobraban de sus clientes el suplemento de tarifa fijado por el gobierno para sufragar las compensaciones por los costes de transición a la competencia. A continuación, el importe del suplemento era traspasado a una sociedad designada por el legislador, filial de las empresas productoras. La sociedad designada informaba al Ministerio del importe cobrado remitiéndole un informe de auditoría que garantizaba la exactitud de los datos proporcionados. En caso de que el importe total cobrado fuera superior a la compensación fijada, la sociedad designada debía abonar al Ministerio el importe que excediera de dicha cantidad.

El Tribunal distinguió este sistema del examinado en el asunto *Pearle*, llegando a la conclusión que en este caso la medida sí que se había financiado

³³⁶ Estos costes correspondían a inversiones realizadas por las cuatro empresas regionales productoras activas en los Países Bajos antes de la liberalización, en parte promovidas por los poderes públicos, motivadas por consideraciones de seguridad de aprovisionamiento y de suministro, así como de utilización sostenible de las fuentes de energía. De manera general, antes de la liberalización estas empresas tenían encomendado por ley el mandato de velar conjuntamente por el funcionamiento fiable y eficaz del suministro público de electricidad a costes lo más bajos posibles y de forma socialmente justificada. Una comisión de expertos determinó los “costes no conformes con el mercado” incurridos por las empresas y que debían ser compensados, limitándolos a los costes no conformes con el mercado que él mismo había provocado: diversos proyectos de calefacción urbana y una instalación experimental y ecológica de gasificación del carbón. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk Noord* [2008] Rec.p. I-5497.

por el Estado o mediante fondos estatales. Las diferencias consistían, en primer lugar, en que el Estado controlaba las cantidades pagadas a través del suplemento del precio, que a juicio del Tribunal constituía un impuesto: la sociedad designada no tenía ninguna posibilidad de utilizar el producto del impuesto para afectarlo a finalidades distintas de las previstas por la ley y además su labor estaba sujeta a un control estricto instrumentado a través de una auditoría que certificara el descuento de las cantidades percibidas y transferidas.³³⁷ Ello remite a la decisión Stardust Marine, en la que el Tribunal afirmó que *“aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de Hacienda, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales”*.³³⁸

Por el contrario, en el caso Pearle, como señaló el Tribunal, las sumas recaudadas por el organismo profesional en ningún momento quedaban bajo el control del Estado, puesto que habían sido recaudados por el organismo profesional de sus afiliados beneficiarios de la campaña, mediante exacciones afectadas obligatoriamente a la organización de dicha campaña.

Además, en el caso Pearle, al contrario que en el asunto Essent Netwerk Noord, no existía una carga adicional para el Estado.³³⁹

³³⁷ “[M]ientras [la] sociedad designada no se haya atribuido el importe [fijado por el gobierno], momento a partir del cual tiene la libre disposición de [éste], dicha suma sigue estando bajo control público y, por lo tanto, a la disposición de las autoridades nacionales, lo que es suficiente para calificarlas de fondos estatales”. *Ibíd.*, apartado 70.

³³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartado 37.

³³⁹ “Los fondos controvertidos en [el asunto Pearle], utilizados para una campaña publicitaria, habían sido recaudados por un organismo profesional de sus afiliados beneficiarios de la campaña, mediante exacciones afectadas obligatoriamente a la organización de dicha campaña. Por lo tanto, no se trataba ni de una carga para el Estado ni de fondos que quedaban bajo el control del Estado, a diferencia de la cantidad percibida

Finalmente, el Tribunal destacó que en el asunto Pearle, “*si bien los fondos eran recaudados por un organismo profesional, la campaña publicitaria era organizada por una asociación privada de ópticos... y no formaba parte, en absoluto, de una política fijada por las autoridades. En cambio, en el asunto [Essent Netwerk Noord], la atribución de la cantidad de 400 millones de NLG a la sociedad designada fue decidida por el legislador*”.³⁴⁰

De manera similar en el caso **Doux Élevage**,³⁴¹ relativo al igual que el caso Pearle a una exacción obligatoria,³⁴² el TJUE se refirió al conjunto de argumentos esgrimidos en este caso –incluida la referencia a la intención de las autoridades–, llegando a la misma conclusión, es decir, que no se cumplía la primera condición del artículo 107.1 TFUE:

“[E]n ... la sentencia Pearle ... el Tribunal de Justicia, al examinar las cargas impuestas por un organismo profesional a sus miembros para financiar una campaña publicitaria, llegó a la... conclusión [que la medida no suponía ninguna transferencia directa o indirecta de fondos estatales], constatando en particular que, dado que los gastos

por SEP, que tiene su origen en un impuesto y no puede tener otra afectación que la prevista por la ley”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk Noord* [2008] Rec.p. I-5497, apartado 72.

³⁴⁰ *Ibíd.*, apartado 73.

³⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 en el asunto C-677/11, *Doux Élevage*, [2013] Rec.p.348.

³⁴² El litigio principal se refería al recurso presentado por Doux Élevage SNC, filial del primer productor europeo de aves de corral, y una cooperativa agrícola contra una cotización obligatoria, impuesta de acuerdo con la ley que la creaba y que regulaba sus actividades, por una organización interprofesional agrícola del mercado del pavo - *Comité interprofessionnel de la dinde française* (CIDEF). Dicha cotización era percibida a cargo de cada uno de los miembros de las profesiones representadas. Las actividades que podían financiarse con las cotizaciones estaban tasadas por ley, y consistían en “acciones de comunicación específicas de la carne de pavo «dirigidas a mejorar la imagen y promover las ventas», acciones de promoción comunes a la carne de ave de corral, acciones de relaciones exteriores, de representación ante las autoridades francesas y europeas, de participación en la asociación europea de aves de corral, de adquisición de estudios y de encuestas de consumidores con el fin de medir los niveles de compras, acciones de apoyo a las acciones de investigación y de garantía de calidad y acciones para defender los intereses del sector”. *Ibíd.*, apartado 20.

en que incurrió dicho organismo público a efectos de la citada campaña estaban compensados en su totalidad por las contribuciones percibidas de las empresas beneficiarias de aquélla, su intervención no iba dirigida a crear una ventaja constitutiva de una carga adicional para el Estado o para dicho organismo.

El Tribunal de Justicia también determinó... que la iniciativa para la organización y la ejecución de la campaña publicitaria objeto del litigio principal emanaba de una asociación privada de ópticos, y no del organismo público que únicamente sirvió de instrumento para la percepción y la afectación de recursos recaudados en favor de un objetivo puramente comercial fijado previamente por el sector profesional de que se trata y que no formaba parte en absoluto de una política definida por las autoridades públicas”.

En el más reciente caso **Vent de Colère!**³⁴³ el Tribunal solventó de manera expeditiva un caso relativo al pago de compensaciones de sobrecostes incurridos por empresas de distribución de electricidad por la obligación de compra de electricidad producida de fuentes renovables, abrazando una interpretación muy extensiva de las condiciones relativas al origen estatal de la ayuda y a la imputabilidad de la medida al Estado.

Este asunto nació a raíz de la impugnación por varios particulares y una asociación –Vent de Colère!– dedicada a combatir la proliferación de campos eólicos ante los jueces nacionales franceses del sistema de compra obligatoria por precios superiores a los de mercado, de energía producida por fuentes renovables, entre ellas la eólica, impuesta a los distribuidores de electricidad. Más concretamente, los demandantes denunciaron el mecanismo de compensación de los sobrecostes soportados por las empresas

³⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 en el asunto C-262/12, *Association Vent De Colère!* [2013] Rec.p.851, apartado 29.

distribuidoras por la citada obligación de compra obligatoria. Éste consistía en la imposición de una tasa a los consumidores finales, cobrada por las propias compañías distribuidoras. Cualquier cantidad cobrada en exceso de los sobrecostos incurridos era posteriormente transferida a la Caisse des Dépôts et Consignations, un organismo público,³⁴⁴ que utilizaba los excedentes recibidos para cubrir los eventuales sobrecostos soportados por las empresas distribuidoras que éstas no hubiesen cubierto por completo con las tasas cobradas a los usuarios.

En esta sentencia, posterior a la dictada en el asunto Pearle, el Tribunal de Justicia resolvió de manera sorprendentemente escueta la cuestión de la imputabilidad de la medida:

*“En primer lugar, por lo que se refiere al requisito de la imputabilidad de la medida, procede examinar si debe considerarse que las autoridades públicas intervinieron en la adopción de dicha medida... A este respecto, es preciso observar que el mecanismo de compensación de que se trata en litigio principal fue instituido por la loi n° 2000 108 y debe, por tanto, considerarse imputable al Estado”.*³⁴⁵

El Abogado General Jääskinen, en su opinión sobre este caso también zanjó la cuestión de la imputabilidad forma expeditiva, sin que fuera impedimento el hecho, reconocido por el propio Abogado General, de que *“la jurisprudencia ha pasado de un enfoque institucional de la imputabilidad a*

³⁴⁴ “La Caisse des dépôts et consignations es una persona jurídica de Derecho Público, instituida por la loi sur les finances (Ley de finanzas) de 1816. Su director general, que es el órgano ejecutivo, es nombrado en Consejo de Ministros por el Presidente de la República. Su Comisión de Vigilancia y los comités especializados constituidos dentro de esta última están compuestos por personas nombradas por la Asamblea Nacional, el Senado y otras instituciones públicas. El presidente de su Consejo de Vigilancia es elegido por éste entre sus miembros. En la práctica, el presidente es un miembro de la Asamblea Nacional o del Senado”. *Ibíd.*.

³⁴⁵ *Ibíd.*, apartado 17.

*un planteamiento según el cual la imputabilidad no puede presumirse y, por lo tanto, deducirse de la mera circunstancia de que la medida de que se trate haya sido adoptada por una empresa pública”.*³⁴⁶ Tras plantear el Estado de la cuestión de manera así de tajante, el Abogado General se contentó con constatar, como lo haría el Tribunal más tarde, que “*los elementos que obran en autos ponen de manifiesto que la fijación de la contribución controvertida fue el resultado de un comportamiento imputable al Estado francés. En efecto, dado que la contribución cobrada a los consumidores finales fue establecida mediante [ley] es lícito considerar que son los poderes públicos los que crearon el régimen objeto de impugnación*”.³⁴⁷

La satisfacción de la imputabilidad a través de la mera constatación de que el mecanismo por el que se otorga la financiación está regulado por ley, que se ha mantenido por el Tribunal en este caso y otros posteriores, como el criterio aplicable, implica una simplificación con respecto a la condición tal y como había sido formulada en Stardust Marine.

A su vez, toda la complejidad de la cuestión se ha trasladado al examen de la calificación como estatales de los fondos utilizados para financiar la medida. Para determinar si la medida estaba financiada con fondos estatales en el caso *Vent de Colère!* el TJUE constató lo siguiente: en primer lugar, la financiación de la compensación era soportada por los consumidores finales, fijando anualmente por el Ministerio competente en materia de energía el importe correspondiente a cada consumidor. Además, éstos estaban sujetos por ley a sanciones administrativas en caso de incumplimiento. Por último, el Tribunal tomó en cuenta el hecho de que la financiación se canalizaba a través de un organismo público, sobre el que

³⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, presentadas el 11 de julio de 2011 en el asunto C-262/12, *Vent de Colère!*, apartado 31.

³⁴⁷ *Ibíd.*, apartado 32.

recaía la obligación de recaudar por un lado las compensaciones excesivas obtenidas por las empresas distribuidoras, y, por otro, usar dichos fondos para pagar cualquier sobrecoste que no hubiese sido compensado con las tasas impuestas a los usuarios finales.

De todo ello el Tribunal dedujo que los fondos gestionados por la *Caisse des dépôts et consignations* permanecían bajo control público y, dado que había deducido que la medida era imputable al Estado por haberse implantado el sistema de compensación por ley, concluyó que se cumplía la primera condición del artículo 107.1 TFUE.

El TJUE llegó a la misma conclusión en el caso Elcogás en relación al sistema de pagos que la Ley sobre el Sector Eléctrico español preveía para sufragar los denominados *costes permanentes del sistema* que incluía pagos, extraordinarios, en favor de las sociedades titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica que atravesaran dificultades financieras que pusieran en peligro el desarrollo normal de las actividades de la empresa.³⁴⁸ Estos pagos se financiaban a través de la tarifa eléctrica aplicada a los consumidores de electricidad y a los usuarios de redes de transporte y distribución. La tarifa eléctrica, además del coste del consumo, contenía dichos *costes permanentes del sistema* –actualmente costes del sistema.³⁴⁹ A partir del 1 de julio de 2006, dichos costes permanentes incluyeron pagos acordados por el Consejo de Ministros en favor de Elcogás, “*sociedad titular de una central de producción térmica de energía eléctrica generada mediante*

³⁴⁸ Apartado 1 de la disposición adicional vigésima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, *del Sector eléctrico*, Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 1997, núm. 285, p. 43876.

³⁴⁹ Art.2 b) Disposición transitoria primera, Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*, Boletín Oficial del Estado, 27 de diciembre de 2013, núm. 310, p. 105198.

*la gasificación de carbón y otros combustibles alternativos*³⁵⁰, que reunía las condiciones para beneficiarse de los pagos extraordinarios mencionados anteriormente.

Los pagos de los consumidores para cubrir los costes permanentes del sistema son recaudados por las empresas distribuidoras, que deben ingresar dichos fondos en las cuentas que indique la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, quien calcula y liquida, en función de las normas vigentes y sin ningún margen de discrecionalidad, las cantidades que corresponden a cada beneficiario del sistema, incluido, entre 2006 y 2011, Elcogás. En principio los pagos a esta empresa habían sido acordados por un periodo de diez años, pero el Estado español excluyó anticipadamente a Elcogás del sistema de pagos, posiblemente a raíz de los intercambios con la Comisión, a la que notificó el plan de viabilidad de Elcogás para obtener una aprobación que la Comisión no daría, ya que el Estado español retiró la notificación.

Elcogás recurrió la decisión, y su recurso llegó hasta el Tribunal Supremo, que remitió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, en la que planteaba las dudas que pesaban sobre la calificación como ayuda de Estado de los pagos a Elcogás, y más concretamente sobre el origen estatal de los fondos transferidos.

Estas dudas nacían “*en particular del hecho de que el mecanismo de financiación considerado no pertenec[ía] en sentido estricto a las categorías de impuesto, exacción fiscal o tasa parafiscal, sino que se asemeja a un coste adicional del sistema eléctrico*”.³⁵¹ Obviamente, este criterio formal ligado además exclusivamente al sistema legal interno no podía tener ninguna

³⁵⁰ Auto del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2014, en el asunto C-275/13, *Elcogás* [2014] Rec.p.2314, apartado 9.

³⁵¹ *Ibíd.*, apartado 14.

incidencia en el examen de la calificación como ayuda de Estado de la medida. El Tribunal de Justicia no se molestó siquiera en dictar sentencia, sino que resolvió el caso mediante un auto³⁵² en el que respondió al Tribunal Supremo “*que el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituyen una intervención del Estado o mediante fondos estatales los importes atribuidos a una empresa privada productora de electricidad que se financian por el conjunto de los usuarios finales de la electricidad establecidos en el territorio nacional y que se distribuyen a las empresas del sector eléctrico por un organismo público conforme a criterios legales predeterminados*”.³⁵³ Es decir, el Tribunal recurrió tanto al carácter público de la entidad que formalmente realizaba el pago –la Comisión Nacional de la Energía– como al establecimiento por ley de los criterios empleados para justificar el carácter estatal de los fondos.

El Tribunal ha tenido ocasión de recapitular y detallar su jurisprudencia sobre la calificación como estatales de los fondos empleados por entidades interpuestas y de la imputabilidad de tales medidas al Estado en su sentencia **ENEA** de 13 de septiembre de 2017,³⁵⁴ en la que llegó a la conclusión contraria a la de la sentencia *Vent de Colère!*. No obstante, la medida en cuestión era, en cierto modo, similar a la examinada en los asuntos *Essent Netwerk* y *Vent de Colère!*: de nuevo se trataba de una obligación de compra impuesta a las empresas comercializadoras de electricidad, polacas en este caso, que debían adquirir al menos un 15% del total de sus ventas de

³⁵² “*Con arreglo al artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial puede deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado. Procede aplicar esta disposición procesal en el presente asunto.*” Auto del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2014, en el asunto C-275/13, *Elcogás* [2014] Rec.p.2314, apartado 20.

³⁵³ *Ibíd.*, apartado 20.

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017 en el asunto C-329/15, *Enea* [2017] Rec.p.671.

electricidad producida en plantas de cogeneración. ENEA, una empresa comercializadora de electricidad pública, incumplió dicha obligación y tras ser sancionada, recurrió la sanción alegando que la obligación constituía una ayuda de Estado.

El Tribunal solventó nuevamente la cuestión de la imputabilidad de la medida refiriéndose simplemente a la adopción por ley del sistema de compensación.³⁵⁵ En cuanto a la financiación de la medida mediante fondos estatales, el Tribunal distinguió la situación en la que los fondos están bajo control público –constituyendo fondos estatales– de aquélla en “*que las empresas, mayoritariamente privadas, no han sido encargadas por el Estado miembro de gestionar un recurso estatal, sino que únicamente tienen una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros*”.³⁵⁶

A diferencia del caso Vent de Colère!, en el que las empresas sujetas a la obligación de compra repercutían el sobrecoste provocado por dicha obligación por entero sobre los consumidores, en este caso los precios máximos de venta de electricidad a los consumidores finales eran fijados por el Presidente de la Oficina de Regulación de la Energía de Polonia sin tener en cuenta la obligación de adquisición, de modo que las empresas no podían sistemáticamente repercutir el sobrecoste que implicaba dicha obligación.³⁵⁷

³⁵⁵ “En primer lugar, a los efectos de apreciar si una medida es imputable al Estado, debe analizarse si las autoridades públicas intervinieron en la adopción de esa medida. A este respecto, basta con señalar que la obligación de abastecerse de electricidad generada mediante cogeneración, examinada en el litigio principal, fue instaurada en virtud de la Ley sobre la Energía, de modo que tal medida debe considerarse imputable al Estado.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017 en el asunto C-329/15, *Enea* [2017] Rec.p.671, apartados 21 y 22.

³⁵⁶ *Ibíd.*, apartado 26.

³⁵⁷ De hecho, al fijar los precios máximos, el Estado se aseguraba de que no se repercutiera todo el sobrecoste sobre los consumidores: “Debo destacar, a este respecto, que la fijación de un precio máximo para la venta de electricidad a los consumidores finales tenía por objeto arbitrar entre los intereses de las empresas suministradoras de electricidad y los de los consumidores finales, como alegó el Gobierno polaco en la vista oral, al evitar que las

El Tribunal dedujo de ello que “*las empresas suministradoras no estaban encargadas por el Estado de gestionar un recurso estatal, sino que financiaban la obligación de compra que les incumbía con sus propios recursos*”.³⁵⁸

Una última alegación presentada por ENEA, consistió en que las obligaciones de adquisición de energía producida por cogeneración debían considerarse financiadas por fondos estatales por ser públicas la inmensa mayoría de las compañías sobre las que recaía la obligación de compra. Es decir, el foco al intentar identificar la entidad que otorgaba la ayuda debía ponerse no en el Estado como legislador por haber impuesto la adquisición de electricidad producida por cogeneración, sino en las empresas públicas que, al cumplir con la obligación, transferían fondos públicos a las empresas propietarias de las plantas de cogeneración. ENEA quiso también hacer valer la imputabilidad de la medida con base en la instauración por ley del sistema de adquisición obligatoria, para dar por satisfecha la condición relativa al origen de los fondos del artículo 107.1 TFUE.

El Tribunal rechazó estas alegaciones basándose en que nada indicaba que la intervención del Estado miembro desarrollada en calidad de legislador tuviera una influencia dominante en el seno de la empresa de la que era accionista mayoritario.³⁵⁹ Entendemos que el Tribunal quiso disociar claramente la función del Estado como legislador de su función como accionista mayoritario de las empresas: la actuación de las empresas públicas,

primeras repercutieran íntegramente sobre los segundos los sobrecostes derivados de la obligación de abastecimiento de electricidad generada mediante cogeneración.” Conclusiones del Abogado General Henrik Saugmandsgaard Øe presentadas el 22 de marzo de 2017 en el asunto C-329/15, *Enea*, apartado 110.

³⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017 en el asunto C-329/15, *Enea* [2017] Rec.p.671, apartado 30.

³⁵⁹ *Ibíd.*, apartado 35.

la adquisición de la electricidad producida por cogeneración, no vino determinada por el ejercicio efectivo del control que ostentaba sobre las entidades públicas, sino simplemente por el cumplimiento de la normativa establecida por el poder legislativo del Estado. Por tanto, la medida no se podía considerar como financiada por el Estado o mediante fondos estatales y, en consecuencia, tampoco se podía calificar como una ayuda de Estado.

Resumiendo esta extensa jurisprudencia que siguió a la introducción de la condición de imputabilidad en la sentencia *Stardust Marine*, es indiscutible que el cumplimiento de la primera condición del artículo 107.1 TFUE requiere, por una parte, que las medidas sean financiadas mediante fondos estatales –es decir, que constituyan una carga adicional para el Estado– y, por otra, que le sean imputables.

Respecto al segundo elemento, la existencia de una carga adicional para el Estado a resultas de una medida de financiación requiere que, o bien el Estado la conceda directamente, por ejemplo, a través de una subvención otorgada por una administración, o lo haga a través de un organismo público o privado, creado o designado por él para gestionar la ayuda.³⁶⁰

Para considerar que el Estado ha delegado en un organismo público o privado la concesión de la ayuda no es preciso que los fondos empleados pertenezcan de modo permanente al patrimonio del Estado, pero sí que han de permanecer constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes.

Este parece ser un elemento clave en que se ha basado el Tribunal de Justicia para diferenciar los casos en que la financiación por entidades que no

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk Noord* [2008] Rec.p. I-5497, apartados 68 a 75.

forman parte propiamente del Estado cumple con la primera condición del artículo 107.1 TFUE de aquéllos en los que no se cumple dicha condición: los fondos utilizados para sufragar la compensación de los costes de transición a la competencia de las empresas productoras de electricidad, en el caso Essent Netwerk, y de los sobrecostes derivados del sistema de compra obligatoria de energía producida por fuentes renovables, en el caso Vent de Colère!, se mantuvieron bajo control del Estado al haber fijado éste por ley el importe y destino que había de darse a los fondos.³⁶¹ Nótese que ese argumento –la instauración del sistema de canalización de la ayuda mediante ley– se utilizó igualmente para juzgar que la medida era imputable al Estado, en una muestra más del solapamiento entre los dos requisitos.

Otro elemento tomado en cuenta, y que algunos autores consideran el que realmente determina la calificación como estatales de los fondos, es quién sufraga la medida: ésta es precisamente la diferencia más evidente en el caso Vent de Colère! con respecto a PreussenElektra. Como hemos señalado anteriormente, el Tribunal de Justicia consideró en este último caso que “*el reparto de la carga financiera derivada para estas empresas privadas suministradoras de electricidad de dicha obligación de compra entre ellas y otras empresas privadas [no constituía] una transferencia directa o indirecta de recursos estatales.*”³⁶² Por tanto, “*las empresas privadas no estaban encargadas por el Estado miembro en cuestión de gestionar un recurso*

³⁶¹ “[En el caso Pearle] *no se trataba ni de una carga para el Estado ni de fondos que quedaban bajo el control del Estado, a diferencia de la cantidad percibida por SEP, que tiene su origen en un impuesto y no puede tener otra afectación que la prevista por la ley.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk Noord* [2008] Rec.p. I-5497, apartado 72.

³⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2001, en el asunto C-379/98, *PreussenElektra*, [2001] Rec.p.I-2099, apartados 60 y 61.

estatal, sino que tenían una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros".³⁶³

Por el contrario, en el caso *Vent de Colère!*, los sobrecostos se compensaban *“mediante las contribuciones de los consumidores finales de electricidad establecidos en el territorio nacional, cuyo importe se calcula[ba] en proporción a la cantidad de electricidad consumida y [era] fijado por el Ministerio competente en materia de energía a propuesta de la [Comisión Nacional de la Energía]”*. El Abogado General Jääskinen dedujo de ello que el sistema equivalía a *“un impuesto sobre el consumo de electricidad que se financia[ba] mediante una contribución general con arreglo a normas establecidas de forma uniforme por el Estado y que afecta[ba] al conjunto de los consumidores de electricidad en el territorio nacional”*.³⁶⁴

En su sentencia sobre el caso ENEA, el TJUE resumió este aspecto relativo al origen estatal de los fondos afirmando que *“a falta de una repercusión íntegra de ese sobrecoste sobre el consumidor final, de alguna contribución obligatoria impuesta por el Estado miembro para financiarlo, o incluso de un mecanismo de compensación íntegra procede considerar... que las empresas suministradoras no estaban encargadas por el Estado de gestionar un recurso estatal, sino que financiaban la obligación de compra que les incumbía con sus propios recursos”*.³⁶⁵

³⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 en el asunto C-262/12, *Association Vent De Colère!* [2013] Rec.p.851, apartado 35.

³⁶⁴ Conclusiones del Abogado General Sr.Niilo Jääskinen, presentadas el 11 de julio de 2011 en el asunto C-262/12, *Vent de Colère!*, apartado 54.

³⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017 en el asunto C-329/15, *Enea* [2017] Rec.p.671, apartado 30.

A su vez, en los asuntos *Pearle*, *Doux-Elevage* y *PreussenElektra*, el papel de las autoridades públicas se reducía a dotar de carácter obligatorio a las contribuciones u obligaciones de compra financiadas con fondos de las empresas privadas. El Tribunal consideró que dicha intervención del Estado no era suficiente para que los fondos quedaran bajo control público.

En nuestra opinión el Tribunal nuevamente incurre en imprecisiones que complican sobremanera la identificación de un hilo conductor lógico que permita encontrar acomodo a las distintas soluciones dadas en los casos descritos en los principios formulados por el propio Tribunal cuando formuló el principio de imputabilidad en la sentencia *Stardust Marine*.

En primer lugar, como ya hemos mencionado, el requisito de que los fondos sean estatales por un lado, y que sean imputables al Estado por otro, no están claramente delimitados y separados uno de otro: la imputabilidad de la medida requiere que las autoridades públicas intervengan en la adopción de la misma, orientando la utilización de los fondos. En teoría, y leyendo la sentencia *Stardust Marine*, este requisito es fácilmente distinguible del de estatalidad de los fondos: mientras los fondos se considerarán estatales desde el momento en que queden bajo el control del Estado y éste pueda potencialmente orientar su uso, la imputabilidad de la medida requiere que el Estado ejerza de manera efectiva su control sobre la entidad que concedió la ayuda. Es decir, en teoría la categorización de los fondos como estatales es un prerrequisito para la imputación de la medida al Estado.

Pero pese a que esta construcción teórica proviene del propio Tribunal de Justicia y es perfectamente lógica, el Tribunal se ha desviado de ella al considerar en la sentencia *Vent de Colère!* que la mera institución por ley del mecanismo por el que la entidad intermediaria obtuvo y transfirió los fondos,

cumplía con la exigencia de imputabilidad.³⁶⁶ Más grave aún, en el caso *Doux-Elevage*, siguiendo la doctrina enunciada en *PreussenElektra*,³⁶⁷ el TJUE consideró que la medida no era imputable al Estado, pese a que la organización interprofesional que impuso la cotización litigiosa derivaba su autoridad de la ley y que el Estado podía negarse a la extensión del acuerdo que impuso la cotización a la empresa que inició el contencioso.³⁶⁸

En definitiva, el Tribunal no ha aplicado en sus decisiones más recientes el razonamiento descrito en el asunto *Stardust Marine* para diferenciar la estatalidad de los fondos de la imputabilidad de la medida. En su lugar, ha centrado el análisis de la primera condición del artículo 107.1 TFUE en determinar si los fondos usados permanecen constantemente bajo control público.

Aquí surge la segunda contradicción con los principios fijados inicialmente por el Tribunal: en lugar de examinar si los fondos se encontraban bajo control público, en los casos *Pearle*, *Doux-Elevage*, *Essent Netwerk*,³⁶⁹ *Vent de Colère!* y *ENEA* se basó en el origen de los fondos para establecer si eran o no estatales. Si los fondos no pasaban en ningún momento por el presupuesto del Estado, y en ausencia de una repercusión íntegra del coste de la medida sobre el consumidor final o de una garantía de cobertura íntegra del coste por el Estado,³⁷⁰ el Tribunal ha estimado que las entidades

³⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 en el asunto C-262/12, *Association Vent De Colère!* [2013] Rec.p.851, apartado 17.

³⁶⁷ “*En estas circunstancias, el hecho de que la obligación de compra esté impuesta por la ley y confiera una ventaja indiscutible a determinadas empresas no le confiere el carácter de ayuda de Estado*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2001, en el asunto C-379/98, *PreussenElektra*, [2001] Rec.p.I-2099, apartado 61.

³⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 2013 en el asunto C-677/11, *Doux Élevage*, [2013] Rec.p.348, apartados 38 y 39.

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, en el asunto C-206/06, *Essent Netwerk Noord* [2008] Rec.p. I-5497, apartado 74

³⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2017 en el asunto C-329/15, *Enea* [2017] Rec.p.671, apartado 30

intermediarias no estarán encargadas de gestionar un recurso estatal, sino que únicamente tendrán una obligación de compra utilizando sus propios recursos financieros. En esos casos, por lo tanto, no se cumple con la primera condición del artículo 107.1 TFUE y la medida no constituye una ayuda de Estado.

Finalmente, la última incongruencia en la que incurre el Tribunal es tomar en consideración de quién parte la iniciativa para establecer si la medida está o no financiada con fondos estatales, en lugar de incluirlo como parte del análisis de la imputabilidad de la misma al Estado. Ello puede crear grandes dificultades cuando, por ejemplo, la ventaja en favor de un sector o de determinadas empresas se derive de una exención fiscal que resulta de la trasposición al ordenamiento interno de los Estados de una directiva de la UE. En este caso, los fondos son sin lugar a dudas estatales, y el sistema de recaudación –o exención de recaudación en este caso– está regido por ley, por lo que, siguiendo la jurisprudencia *Vent de Colère!*, sería imputable al Estado. No obstante, dichas medidas no deberían considerarse ayudas de Estado en ningún caso, ya que el Estado no tiene margen de maniobra alguno y así ha venido decidiéndolo el propio TJUE.³⁷¹

³⁷¹ “[C]omo ha declarado el Tribunal de Justicia, [el artículo 4, apartado 1, número 3, letra a), de la MinöStG aplica el artículo 8, apartado 1, letra b), de la Directiva 92/81] *impon[iendo] a los Estados miembros una obligación clara y precisa de no gravar con el impuesto especial armonizado el combustible utilizado para la navegación aérea comercial... Al adaptar el Derecho interno a la exención, los Estados miembros se limitan a ejecutar disposiciones comunitarias conforme a las obligaciones que en virtud del Tratado les incumben. De ello se deduce que la disposición controvertida no es imputable al Estado alemán, sino que se deriva, en realidad, de un acto del legislador comunitario.*

La demandante subraya que la exención se concedió mediante fondos estatales. No obstante, la imputabilidad de una ayuda a un Estado es distinta de la cuestión de si la ayuda se otorgó mediante fondos estatales. En efecto, según la jurisprudencia, se trata de requisitos distintos y acumulativos.” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006, en el asunto T-351/02, Deutsche Bahn AG, [2006] Rec.p.104, apartados 102 y 103.

Vincular la iniciativa de la medida a su imputabilidad al Estado parece ciertamente más coherente que hacerlo a la consideración de los fondos como estatales. El principal obstáculo que explicaría, aunque no justificaría, que el Tribunal procure pasar de puntillas por encima de la imputabilidad de la concesión de fondos por el Estado, es que, al tiempo que formuló el principio en su sentencia *Stardust Marine*, el Tribunal admitió que pudiera presumirse su cumplimiento de acuerdo con indicios que fácilmente concurrirán en un gran número de casos. Así, entre los indicios nombrados por el Tribunal se encuentra, por ejemplo, “*lo improbable de [la] falta de intervención [del Estado] en la adopción de la medida, habida cuenta... del alcance de ésta, de su contenido o de las condiciones que establezca.*”³⁷² No obstante, estas circunstancias tan solo aspiran a determinar de una manera racional y fiable, si el Estado es o no el responsable de la adopción de la medida, que es un requisito que, de por sí, aplica una interpretación restrictiva del artículo 107.1 TFUE.

Aprovechando las sinergias conceptuales existentes entre la imputabilidad de la medida al Estado y la estatalidad de los fondos, el Tribunal habría optado pues por dar por satisfecha la primera de manera casi automática, dirimiendo todas las cuestiones más o menos espinosas en el contexto del examen de la calificación de los fondos como estatales. Y en este punto, son las consideraciones acerca del sujeto sobre el que recae la carga financiera última de la medida y aquéllas relativas a quién es el responsable último de la adopción de la medida las que han sido tomadas en cuenta por el Estado para decidir si la medida estaba o no “financiada por el Estado o mediante fondos estatales”.

³⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397, apartado 56.

Los principales reproches que pueden hacerse a esta jurisprudencia derivan del enfoque holístico dado a la cuestión de la financiación de una medida por el Estado o mediante fondos estatales: para resolver si se cumple esta primera condición del artículo 107.1 TFUE, el Tribunal se basa en el papel del Estado –su intención, de hecho– por encima de su capacidad de influir sobre la medida, el origen de los fondos u otras consideraciones. Si bien puede alegarse que seguramente esa fuera la intención de los Estados al introducir el actual artículo 107.1 TFUE en el Tratado de Roma, el resultado es una jurisprudencia que no provee suficiente seguridad jurídica y que valora de manera distinta circunstancias que, si se abstrae el contexto más amplio en el que se encuadran, son idénticas, como la regulación por ley del sistema que subyace a la financiación litigiosa.

En nuestra opinión hubiese sido preferible que el Tribunal mantuviese su jurisprudencia *Stardust Marine*, que ofrece una solución más intuitiva y sistemática para esta cuestión: según esta sentencia, los fondos serían considerados estatales desde el momento en que potencialmente el Estado pudiera determinar su destino en aplicación del marco normativo existente, es decir, sin necesidad de adoptar nuevas normas o modificar las existentes. Este requisito se vería satisfecho, por ejemplo, cuando el Estado dispusiera de una participación de control en la empresa que otorgara la financiación. Una vez constatado que los fondos son estatales, se analizaría si la medida concreta de financiación es imputable al Estado. Ello exigiría que el Estado influyera en la adopción de la medida, a través del ejercicio efectivo del control sobre la entidad interpuesta. Dicho ejercicio efectivo podría deducirse de diversos indicios, que incluirían, desde luego, la intención del Estado, pero también otros como la disconformidad de la medida con el principio del

inversor en una economía de mercado.³⁷³ Sin embargo, el Tribunal de Justicia se ha alejado de esta opción. Siendo una jurisprudencia que no se ha consolidado completamente, es previsible que el Tribunal al menos la pule y detalle en el futuro, resolviendo las contradicciones que lleva aparejada en la actualidad.

³⁷³ Waelbroeck, tras señalar que la sentencia *Stardust Marine* no es muy claro sobre cómo ha de determinarse la imputabilidad de la medida, también propone que el baremo sea el cumplimiento o no del principio del inversor en una economía de mercado: si se incumpliera dicho principio la medida se consideraría imputable al Estado, admitiendo, eso sí, la prueba en contrario. WAELBROECK, D. [Op.cit.supra nota 206], en pág.781.

2.3.3 Medidas financiadas por entidades internacionales y supranacionales. Los fondos europeos

La cuestión de si los fondos provenientes de los presupuestos de Organizaciones internacionales y supranacionales –en particular los fondos de la UE– constituyen fondos estatales en el sentido del artículo 107 TFUE ha recibido, al menos durante cierto tiempo, respuestas opuestas tanto por la doctrina, como por la Comisión Europea. El criterio aplicado inicialmente, basado en la sentencia en el caso **Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor**,³⁷⁴ fue que estos fondos no podían considerarse estatales puesto que provenían del presupuesto de la organización internacional.

En la sentencia, el TJUE respondió a tres cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal administrativo alemán en el marco de un procedimiento entre tres empresas dedicadas a la importación de carne de vacuno congelada y la Oficina Federal alemana para la Organización de los Mercados Agrícolas (Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung). Las empresas habían interpuesto un recurso contra el nuevo sistema de reparto interno de las cuotas de importación de carne adjudicadas a Alemania. La adjudicación de la cuota total se produjo a través de un Reglamento del Consejo, pero correspondía a las autoridades nacionales decidir el reparto interna de la misma. El único límite consistía en que los Estados miembros debían garantizar a todas las entidades interesadas establecidas en su territorio la posibilidad de participar en la cuota total adjudicada.³⁷⁵ El nuevo sistema

³⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 1982, en los asuntos acumulados 213 a 215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, [1982] Rec. p. 3583

³⁷⁵ “Member States are to ‘take all appropriate steps to guarantee all persons concerned, established within their territories, free access to the quota shares allocated to them’”. Council Regulation (EEC) No 2956/79 of 20 December 1979 opening, allocating and providing for the administration of a Community tariff quota for frozen beef and veal, falling

adoptado por las autoridades nacionales reservaba un menor porcentaje del contingente adjudicado a Alemania a las empresas que importaran habitualmente carne de vacuno, a las que antes se adjudicaba la práctica totalidad de la cuota, perjudicando a las demandantes.

Entre las razones alegadas por éstas para justificar la nulidad de la medida figuraba la supuesta vulneración de las normas sobre control de ayudas de Estado: según las empresas importadoras, el nuevo sistema de reparto interno de cuotas perseguía fundamentalmente sustituir a las empresas importadoras tradicionales por cooperativas agrícolas, que no era un objetivo propio de la normativa comunitaria. Siendo la intención de las autoridades alemanas el favorecer a determinadas empresas, según las demandantes la medida constituía una ayuda de Estado.

El Abogado General VerLoren en sus conclusiones sobre el caso apoyó las pretensiones de las empresas afirmando que el Tratado no prohíbe sólo las ayudas otorgadas mediante fondos estatales sino también otras ayudas conferidas por un Estado miembro, por lo que la asignación realizada de manera independiente por los Estados miembro de ventajas pecuniarias que no eran financiadas por los Estados podía entrar dentro del ámbito de aplicación del actual artículo 107.1 TFUE.³⁷⁶

El Tribunal habría podido aplicar la interpretación extensiva propuesta por el Abogado General, en un momento en el que, como hemos

within subheading 02.01 A II b) of the Common Customs Tariff (1980), OJ L 336, 29.12.1979, p. 3–4.

³⁷⁶ “Article 92 of the EEC Treaty ... not only declares aid granted “through State resources in any form whatsoever” to be incompatible with the common market, it also prohibits other aid granted by a Member State, and it is quite possible to argue that the independent grant by Member States of pecuniary advantages which are not paid for by the Member States is caught by Article 92”. Conclusiones del Abogado General VerLoren, presentadas el 9 de junio de 1982 en los asuntos acumulados 213 a 215/81, apartado 5.

visto, aún no había abrazado de manera inequívoca la versión restrictiva. Otra opción habría sido resolver la cuestión planteada recurriendo precisamente a esa interpretación restrictiva del concepto de fondos estatales, ya aplicada anteriormente en el caso Van Tiggele³⁷⁷. Habría podido así anticipar la sentencia PreussenElektra decidiendo que la medida no implicaba una carga para el Estado, y, en consecuencia, no era financiada por el Estado o mediante fondos estatales.

Sin embargo, el TJUE optó por una tercera opción, apuntada en sus alegaciones tanto por la Comisión como por las autoridades alemanas: los recursos utilizados para dotar de una ventaja financiera a los beneficiarios del nuevo sistema no constituían fondos estatales sino fondos comunitarios.³⁷⁸

La decisión ha perdido vigencia en cuanto que considera que el reparto de una cuota de importación implica el uso de recursos estatales, en este caso comunitarios. Como hemos visto, Tribunal ha juzgado expresamente que cualquier medida para ser calificada de ayuda de Estado ha de implicar una carga financiera para el Estado. En ausencia de repercusiones financieras,

³⁷⁷ “cualquiera que sea la definición que haya de darse del concepto de ayuda en el sentido [del actual artículo 107.1 TFUE], de los propios términos de la disposición se deduce que una medida que se caracteriza por la fijación de precios mínimos al por menor, con el objeto de favorecer a los distribuidores de un producto a costa exclusivamente de los consumidores, no constituye una ayuda en el sentido [del actual artículo 107.1 TFUE]”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 1978, en el asunto 82/77, *Van Tiggele*, [1978] Rec. p.25, apartado 24

³⁷⁸ “As regards the alleged breach of the prohibition of State aids, it must be noted that Articles 92 to 94 of the EEC Treaty cover ‘aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever’. The financial advantage which traders derive from receiving a share in the quota is not granted through State resources but through Community resources because the levy which is waived is part of Community resources. Although the term ‘aid granted through State resources’ is wider than the term ‘State aid’, the first term still presupposes that the resources from which the aid is granted come from the Member State”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 1982 en los asuntos acumulados 213 a 215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, [1982] Rec.p.358.

como ocurría en el caso Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor tampoco se considera que hubiese financiado la medida con recursos públicos.

Respecto a la consideración por el Tribunal de Justicia de los fondos comunitarios como fondos no estatales, hasta al menos 2003 la Comisión consideró que cualquier financiación mediante fondos comunitarios no constituía en ningún caso una ayuda de Estado. Aunque ya entonces consideraba que esta fuente de financiación debía ser tomada en cuenta cuando se examinara la proporcionalidad de la ayuda, como parte del examen de compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior.³⁷⁹

No obstante, la afirmación del Tribunal, según la cual la ventaja obtenida no había sido concedida mediante ayudas de Estado por provenir la financiación de recursos comunitarios, ha sido matizada por la Comisión Europea en consideración de la jurisprudencia posterior del propio Tribunal, relativa a la imputabilidad de las medidas potencialmente constitutivas de ayudas de Estado.

Con independencia de que los fondos provengan de manera más o menos remota de los presupuestos de organizaciones internacionales, a la hora de determinar si éstos constituyen o no fondos estatales en el sentido del artículo 107.1 TFUE, la Comisión ha seguido el análisis en dos fases aplicado

³⁷⁹ Así se desprende del trigésimo tercer informe sobre la política de competencia, de 2003, refiriéndose al documento de trabajo titulado “Directrices sobre los criterios y las modalidades de aplicación de los Fondos Estructurales en apoyo de las comunicaciones electrónicas”: “*Por lo que se refiere a la normativa de competencia, hay que señalar que las ayudas comunitarias no constituyen una ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 87, pero deben ajustarse a las mismas normas y deben ser tenidas en cuenta — cuando coinciden con ayudas de un Estado miembro— a la hora de determinar el importe de ayuda compatible*”. COMISIÓN EUROPEA, XXXIII Informe sobre la política de competencia, 2003

en la sentencia *Stardust Marine*.³⁸⁰ A partir de este análisis la Comisión ha distinguido entre fondos calificables como estatales y no estatales.

Recordemos que en la sentencia *Stardust Marine* el Tribunal de Justicia exigió por un lado que los fondos permaneciesen constantemente bajo control público, y, por otro, que la decisión de otorgar la ayuda fuese imputable al Estado.³⁸¹

Respecto a los fondos de la UE, la Comisión Europea ha establecido una distinción entre “*las situaciones en las que el presupuesto es ejecutado directamente por la Comisión o sus agencias ejecutivas, las situaciones en las que el presupuesto es ejecutado por los Estados miembros en régimen de gestión compartida y las situaciones en las que el presupuesto es ejecutado indirectamente a través de terceros*”³⁸², como el Banco y el Fondo Europeo de Inversiones.

Las normas sobre control de ayudas de Estado serán o no aplicables en función de cuál sea el tipo de ejecución presupuestaria aplicada. No se aplicarán tanto cuando el presupuesto sea ejecutado directamente por la Comisión –régimen de gestión directa–, como cuando la ejecución se lleve a cabo indirectamente a través de terceros –régimen de gestión indirecta. En estos casos, las medidas financiadas con fondos de la UE no cumplen con la primera condición del artículo 107.1 TFUE: no son financiadas por el Estado o mediante fondos estatales.

³⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, en el asunto C-482/99, *Comisión c/ Francia (Stardust Marine)*, [2002] Rec.p.I-4397. Véase supra Apartado 2.3.2.3.

³⁸¹ *Ibíd.*, apartado 52.

³⁸² Reglamento (UE, EURATOM) N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n o 1605/2002 del Consejo, apartado 22

Respecto a la gestión directa, el Reglamento general de exención por categorías ha precisado de manera redundante que los fondos ejecutados directamente por los órganos de la UE no son estatales en el caso de que no queden directa o indirectamente bajo control del Estado.³⁸³ Por definición, los fondos ejecutados directamente por los órganos de la UE no quedan bajo control de los Estados.

Sin embargo, el Reglamento sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión exige respecto a los instrumentos financieros³⁸⁴, en todo caso su “*coherencia con las normas en materia de ayuda estatal*”.³⁸⁵

Es decir, que la ejecución del presupuesto directamente por la Comisión a través de instrumentos financieros ha de ser “coherente” con las

³⁸³ “*La financiación de la Unión gestionada centralmente por las instituciones, agencias, empresas comunes u otros órganos de la Unión, que no quede directa o indirectamente bajo el control del Estado miembro no constituye ayuda estatal. En caso de que dicha financiación de la Unión se combine con ayudas estatales, únicamente deben tomarse en consideración estas últimas para determinar si se respetan los umbrales de notificación y las intensidades máximas de ayuda, siempre que el importe total de la financiación pública concedida en relación con los mismos costes subvencionables no exceda de los porcentajes máximos de financiación establecidos en la normativa europea aplicable*”. Artículo 8.2 Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, D.O.U.E. L 187 de 26.6.2014, p. 1/78. Véase también la Comunicación de la Comisión — Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, D.O.U.E. C 198, 27.6.2014, p. 1–29.

³⁸⁴ Los instrumentos financieros se definen como “*las medidas de la Unión de ayuda financiera adoptadas con carácter complementario con cargo al presupuesto para la consecución uno o varios objetivos políticos específicos de la Unión. Dichos instrumentos podrán adoptar la forma de inversiones en capital o cuasicapital, préstamos o garantías, y otros instrumentos de reparto del riesgo, y podrán, si procede, combinarse con subvenciones*”. Artículo 2 p), Reglamento (UE, Euratom) N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, D.O.U.E. 26.10.2012, L 298.

³⁸⁵ Artículo 140.2, Reglamento (UE, Euratom) N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, D.O.U.E. 26.10.2012, L 298.

normas de control de las ayudas de Estado. Por el contrario, la exigencia de coherencia no es extensible a las subvenciones financiadas con fondos de la UE cuando éstas son ejecutadas en régimen de gestión directa o indirecta y no se combinan con instrumentos financieros.

El Mecanismo “Conectar Europa”, que proporciona ayuda financiera a las redes transeuropeas –proyectos de interés común en el sector de las infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía– mediante subvenciones e instrumentos financieros administrada en régimen de gestión directa por la Comisión Europea, provee un ejemplo de la aplicación de estas reglas.³⁸⁶

El Reglamento que establece este mecanismo dicta respecto a los instrumentos financieros que “*deben reflejar las normas establecidas en el título VIII del Reglamento [financiero]*”,³⁸⁷ que incluye la obligación de garantizar la coherencia con las normas en materia de ayuda estatal mencionada anteriormente. La norma sin embargo no desarrolla cómo ha de materializarse en la práctica ese reflejo ni, en consecuencia, aclara las implicaciones de la exigencia de coherencia con las normas en materia de

³⁸⁶ “*Concesión de ayuda financiera de la Unión*”

1. *Después de cada una de las convocatorias de propuestas basadas en los programas de trabajo plurianuales o anuales a que se refiere el artículo 17, la Comisión, de acuerdo con el procedimiento de examen mencionado en el artículo 25, decidirá la cuantía de la ayuda financiera que se concederá a los proyectos seleccionados o partes de ellos. La Comisión precisará las condiciones y modalidades de su aplicación.*

2. *La Comisión notificará a los beneficiarios y a los Estados miembros interesados las ayudas financieras que vayan a ser concedidas.”*

Artículo 18, Reglamento (UE) N° 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) no 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) no 680/2007 y (CE) no 67/2010, D.O.U.E J L 348, 20.12.2013, págs. 129–171.

³⁸⁷ Apartado 51, Reglamento (UE) N° 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) no 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) no 680/2007 y (CE) no 67/2010, D.O.U.E J L 348, 20.12.2013, págs. 129–171.

ayudas de Estado a cargo de los instrumentos financieros. Por otro lado, el Reglamento no establece obligación alguna –de mayor o menor intensidad– de toma en cuenta de las normas de control de las ayudas estatales respecto a las subvenciones gestionadas directamente y concedidas por la Comisión en el marco del CEF.

En las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal, la Comisión ha detallado las implicaciones de la exigencia de coherencia con las normas sobre las ayudas de Estado. La Comisión considera que este requisito corresponde en la práctica a la aplicación de dichas normas como si se tratara de fondos estatales:

*“Puesto que los efectos económicos de una ayuda no varían en función de que la conceda en parte la Comunidad o la financie íntegramente un Estado miembro, la Comisión considera que debe existir, en principio, una coherencia entre la política de control de las ayudas estatales y la política de subvención con arreglo a la política agrícola común o a la política de desarrollo rural.”*³⁸⁸

Finalmente, nos referiremos brevemente al denominado *Plan Juncker*³⁸⁹ por el que se creó un nuevo fondo fiduciario específico –el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE)– en el seno del BEI. Para su creación se ha constituido una garantía inicial de 16 000 millones EUR con cargo al presupuesto de la UE, comprometiendo el BEI 7 500 millones EUR adicionales.³⁹⁰ El capital del FEIE está abierto a la participación también de

³⁸⁸ Apartado 3, Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal 2007-2013 (2006/C 319/01)

³⁸⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, Un plan de inversión para Europa /* COM/2014/0903 final */

³⁹⁰ “Para todo el período de inversión, la Unión debe proporcionar la garantía de la UE que, en ningún momento, debe exceder de 26 000 000 000 EUR, con el fin de permitir al FEIE

los Estados miembros y a inversores privados.³⁹¹ Pese a que el Fondo tiene su propia estructura de dirección, además de estar encuadrado en la estructura del BEI, éste ha implantado en su seno el Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión (CEAI), un órgano de asistencia técnica, destinado a apoyar a los promotores públicos y privados de proyectos y a los organismos públicos regionales y locales en la preparación y elaboración de proyectos financiados por el FEIE. Dicho apoyo incluye la prestación de asesoramiento sobre disposiciones pertinentes de la legislación de la Unión, que incluyen las normas sobre ayudas de Estado.

La financiación, en lo que respecta a la actuación del Fondo, no cumple las condiciones para ser considerada como ayuda de Estado, ya que en ningún momento queda bajo el control del Estado. Inicialmente la Comisión anunció, en la Comunicación de 2014 que puso las bases del plan Juncker, que se aplicaría una obligación de coherencia con la normativa de ayudas estatales de los proyectos que se beneficiasen de las medidas previstas por el plan. El cumplimiento con los requisitos en que se concretaría la obligación de coherencia debía eximir además a los fondos utilizados para cofinanciar dichos proyectos del cumplimiento de las normas sobre ayudas

apoyar inversiones, de las cuales deben estar disponibles un máximo de 16 000 000 000 EUR antes del 6 de julio de 2018. Según las previsiones, combinando la garantía de la UE con el importe de 7 500 000 000 EUR que aportará el BEI, el apoyo del FEIE debe generar 100 000 000 000 EUR de inversión adicional del BEI y del FEI. Se espera que el importe de 100 000 000 000 EUR respaldado por el FEIE genere al menos 500 000 000 000 EUR de inversiones adicionales de aquí a 2020.” Reglamento (UE) 2017/2396 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2017, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1316/2013 y (UE) 2015/1017 en lo que se refiere a la ampliación de la duración del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas y a la introducción de mejoras técnicas para este Fondo y para el Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión, D.O.U.E. L 345 de 27.12.2017, p. 34/52, apartados 19 y 20.

³⁹¹ Apartado 2.1, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, Un plan de inversión para Europa /* COM/2014/0903 final */

de Estado que les serían de otro modo aplicables.³⁹² Este anuncio, sin embargo, no se ha plasmado en las normas que rigen el funcionamiento del fondo³⁹³ y la Comisión expresamente ha excluido que se aplique dicho principio al FEIE.³⁹⁴ No obstante, los proyectos beneficiados por el FEIE pueden recibir apoyo financiero adicional en forma de cofinanciación por los Estados miembros, y, de hecho, esa será la regla. En estos casos, las normas sobre control de ayudas de Estado serán aplicables respecto a la financiación con fondos estatales, incluidos, los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos. La Comisión se ha comprometido a llevar a cabo el examen de

³⁹² ““A fin de asegurar que las inversiones en infraestructuras y proyectos que reciben apoyo en el marco de esta iniciativa son coherentes con la normativa de ayudas estatales, los proyectos deberían abordar necesidades no satisfechas (p. ej., no duplicar infraestructuras existentes), recurrir en la mayor medida posible a la financiación privada y evitar desplazar los proyectos financiados con capital privado. Los proyectos apoyados deberían, en general, estar abiertos a todos los usuarios, incluidas las empresas competidoras, en condiciones equitativas, razonables y apropiadas, a fin de evitar la creación de obstáculos a la entrada. Para maximizar el impacto de tales inversiones, la Comisión formulará un conjunto de principios fundamentales, a efectos de las evaluaciones de las ayudas estatales, que los proyectos tendrán que cumplir para poder optar a una ayuda en el marco del Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas. Si un proyecto cumple estos criterios y recibe apoyo del Fondo, cualquier apoyo nacional complementario se evaluará con arreglo a un marco simplificado y acelerado de evaluación de ayudas estatales, en virtud del cual la única cuestión adicional que deberá verificar la Comisión será la proporcionalidad del apoyo público (ausencia de compensación excesiva).” 7ª nota a pie de página, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, Un plan de inversión para Europa /* COM/2014/0903 final */.

Véase también pregunta 27 del documento sobre preguntas frecuentes sobre el FEIE: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/efsi_qa_en.pdf [Consulta: 21 de marzo de 2018]

³⁹³ Reglamento (UE) 2015/1017 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2015, relativo al Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, al Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión y al Portal Europeo de Proyectos de Inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) no 1291/2013 y (UE) no 1316/2013 — el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, D.O.U.E. L 169, 1.7.2015, pp. 1–38.

³⁹⁴ “EFSI-supported EIB interventions do not constitute State aid and are not subject to State aid consistency controls.” European Structural and Investment funds and European Fund for Strategic Investments complementarities, Ensuring coordination, synergies and complementarity, European Commission, February 2016, pág.16. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/thefunds/fin_inst/pdf/efsi_esif_compl_en.pdf [Consulta: 21 de marzo de 2018]

dichas ayudas con carácter prioritario³⁹⁵ y ya ha tenido ocasión de adoptar decisiones sobre medidas cofinanciadas por el FEIE.³⁹⁶

La Comisión, en su Comunicación de 2014, había anunciado también que establecería condiciones específicas para asegurar la coherencia con las normas sobre las ayudas de Estado. Lamentablemente, no será posible examinar la concreción de esta condición, toda vez que no se materializó el anuncio de que se exigiría la coherencia con las normas sobre ayudas de Estado. Cabe deducir de la Comunicación, sin embargo, que la Comisión tenía en mente aplicar un examen sui generis, que incluía la exigencia de que se recurriera “*en la mayor medida posible a la financiación privada*”.

Esta exigencia no sólo no es parte del examen sobre la existencia –o incluso compatibilidad con el mercado interior– de las ayudas de Estado, sino que infringiría el principio general que figura en el artículo 345 TFUE, según el cual “*los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”.

Con independencia de si se producen incongruencias entre la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado y las situaciones en que normas de derecho secundario exigen coherencia con estas mismas normas, cabe plantearse si es legítima esta extensión del artículo 107 TFUE a situaciones que no entran en su ámbito de aplicación. Éste establece una serie de condiciones para establecer que una medida constituye una ayuda de Estado, entre las que se incluye que la financiación de la misma provenga del

³⁹⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Informe sobre la política de competencia 2015, Bruselas, 15.6.2016, COM(2016) 393 final, pág.3.

³⁹⁶ State Aid SA.41539 (2016/N) – Lithuania, *Investment aid for high-efficiency cogeneration power plant in Vilnius, UAB Vilniaus kogeneracinė jėgainė*, Brussels, 19.9.2016 C(2016) 5943 final.

Estado o de fondos estatales. Como se ha discutido anteriormente, esta condición pretende evitar que el conjunto de la actividad económica de los Estados quede sometida a la supervisión de la Comisión y las normas dictadas la UE. Pero al contrario que ocurre con el concepto de *medida equivalente a una ayuda de Estado*,³⁹⁷ la exigencia de *coherencia con las normas sobre el control de las ayudas de Estado* respecto a fondos gestionados por la propia UE en beneficio de los Estados miembros no puede considerarse realmente más que una autolimitación –legítima, eso sí– que se ha impuesto la Comisión para asegurar el uso más eficiente y beneficioso para el mercado interior de los fondos que gestiona.

Respecto al régimen de gestión compartida, por su volumen y los ámbitos materiales y geográficos de su actuación, son particularmente relevantes al analizar la financiación de infraestructuras, los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos,³⁹⁸ y en particular el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Al igual que en el caso del FEIE, dentro de sus ámbitos de actuación destaca la cofinanciación de infraestructuras.³⁹⁹

³⁹⁷ Véanse las Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 26 de octubre de 2000, en el asunto C-379/98, *Preussen-Elektra*, [2000] Rec.p.585, apartados 180 y ss.

³⁹⁸ Los «Fondos Estructurales y de Inversión Europeos» - «Fondos EIE» comprenden el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo de Cohesión, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), y los Fondos del sector marítimo y de la pesca (FEMP). El Reglamento (UE) No 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, págs. 320–469 establece disposiciones comunes a todos ellos. La Iniciativa de Empleo Juvenil (IEJ), si bien no es parte de los FEIE, se aplica de acuerdo con las normas que rigen el FSE.

³⁹⁹ “El FEDER concederá ayudas a las siguientes actividades... c) inversiones en infraestructuras que presten servicios básicos al ciudadano en los ámbitos de la energía, el medio ambiente, el transporte y las tecnologías de la información y de la comunicación; d) inversiones en infraestructura social, sanitaria, de investigación, de innovación, empresarial y educativa; e) inversión en el desarrollo del potencial endógeno a través de la inversión fija en bienes de equipo e infraestructuras de pequeña envergadura, incluidas pequeñas infraestructuras culturales y de turismo sostenible, servicios a las empresas, ayudas a organismos de investigación e innovación e inversión en tecnología e investigación aplicada en las

A su vez, de los aproximadamente 37400 millones de euros asignados a España para el período 2014-2020 en el marco de la política de cohesión de la UE, más de 19000 millones provinieron del FEDER:

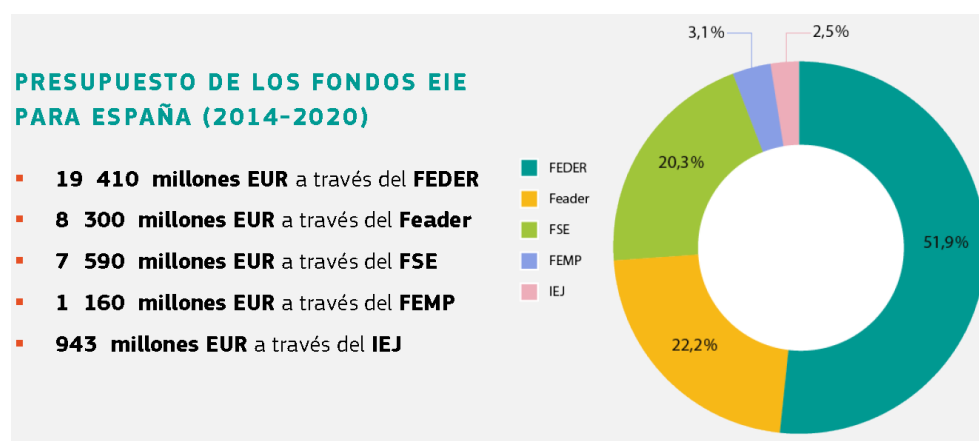


Fig.7 Presupuestos de los Fondos EIE para España (2014-2020)⁴⁰⁰

Estos datos dan una idea de la relevancia, a efectos de la aplicación del artículo 107.1 TFUE, de la calificación como fondos estatales de la financiación mediante el FEDER.

Pese a que se trata de fondos sometidos a gestión compartida, y que la práctica consolidada de la Comisión, como veremos, considera que la financiación mediante Fondos Estructurales y de Inversión Europeos cumple en todo caso con la condición de financiación por el Estado o mediante fondos

empresas;”. Artículo 3, Reglamento (UE) N° 1301/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 sobre el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y sobre disposiciones específicas relativas al objetivo de inversión en crecimiento y empleo y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1080/2006

⁴⁰⁰ Comisión Europea, Dirección General de Política Regional, Ficha informativa, Fondos Estructurales y de Inversión Europeos – España. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/es/information/publications/factsheets/2016/european-structural-and-investment-funds-country-factsheet-spain [Consulta: 21 de marzo de 2018]

estatales del artículo 107.1 TFUE, el Reglamento sobre disposiciones comunes relativas a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos los trata como si fueran fondos sometidos a gestión directa o indirecta: aunque “[I]os Fondos EIE se utilizarán para proporcionar ayuda en forma de subvenciones, premios, asistencia reembolsable e instrumentos financieros, o una combinación de estos”,⁴⁰¹ el reglamento solo prevé expresamente la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado respecto a los instrumentos financieros,⁴⁰² lo que puede llevar a equívoco, ya que dichas reglas son aplicables a cualquier uso de los fondos.

Esta distinción y la mención expresa de las normas sobre ayudas de Estado, aplicables en teoría al uso de los Fondos a través de instrumentos financieros, es una novedad respecto a anteriores versiones del Reglamento sobre disposiciones comunes relativas a los FEIE. Éstas se conformaban con exigir la observancia de las normas del Tratado y de las normas de derecho

⁴⁰¹ Artículo 66, Reglamento (UE) N° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo.

⁴⁰² “Cuando los instrumentos financieros concedan ayuda a la financiación a empresas, incluidas las pyme, dicha ayuda...podrá incluir inversiones en activos tanto materiales como inmateriales, así como capital de explotación dentro de los límites que establezca la normativa aplicable de la Unión en materia de ayudas de Estado”. Párrafo 4º, Reglamento (UE) N° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo. Compárense también el artículo 69, sobre Normas de subvencionabilidad (sic.) específicas aplicables a las subvenciones y a la asistencia reembolsable, y el artículo 119 sobre asistencia técnica de los Estados miembros, donde no se menciona el cumplimiento de las normas sobre ayudas de Estado, y el artículo 37, relativo a los instrumentos financieros, en varios de cuyos apartados se menciona la obligación de respetar las normas sobre control de ayudas de Estado.

secundario de la UE.⁴⁰³ Una provisión similar se mantiene en el actual Reglamento,⁴⁰⁴ por lo que la inclusión de una referencia al respeto de las normas sobre ayudas de Estado limitada a los instrumentos financieros únicamente, además de equívoca era innecesaria: las normas del Tratado y el derecho secundario sobre las ayudas de Estado son, como veremos, aplicables a los FEIE con independencia de la forma en que se empleen los fondos, sea a través de instrumentos financieros, a través de subvenciones o en cualquier otra forma.

La Comisión, en una práctica ya consolidada, ha juzgado que la financiación a través del FEDER implica en todo caso un uso de fondos estatales. Se ha basado para ello en el mecanismo de asignación de los fondos –transferencia al Estado miembro que será el encargado de realizar los pagos al beneficiario– y en el papel que ejercen los Estados miembros en la selección de los proyectos que se beneficiarán de la cofinanciación. Sirva como ejemplo la financiación de una nueva terminal de carga en el perímetro del Puerto de la Bahía de Cádiz, objeto de una decisión de la Comisión Europea sobre la compatibilidad del proyecto con las normas sobre control de las ayudas de Estado:

⁴⁰³ Artículo 9, apartado 5 del Reglamento (CE) N°1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006 por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) n° 1260/1999 y artículo 12 del Reglamento (CE) No 1260/1999 del Consejo de 21 de junio de 1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales.

⁴⁰⁴ “*Las operaciones apoyadas por los Fondos del EIE cumplirán el Derecho de la Unión aplicable y el Derecho nacional relativo a su aplicación («Derecho aplicable»).*” Artículo 6 Reglamento (UE) N° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo.

“España solicitó a la UE una cofinanciación de 60,06 millones EUR para este proyecto. Los recursos de la UE (fondos del FEDER) de los que se dispondrá para cofinanciar este proyecto se han puesto a disposición de las autoridades españolas, por lo que constituyen recursos estatales.

*En lo que se refiere a la imputabilidad al Estado de la financiación pública, se ha constatado que las autoridades españolas gozan de un elevado grado de control al seleccionar a nivel nacional los proyectos de esta naturaleza que se van a financiar. El Estado español eligió directamente el proyecto notificado. Por ello, la medida notificada es imputable al Estado”.*⁴⁰⁵

Cabe sin embargo preguntarse si realmente las dos condiciones exigidas por el Tribunal de Justicia para calificar los fondos como estatales se cumplen cuando la medida se financia a través del FEDER.

La Comisión ha tomado en cuenta, en primer lugar, que los fondos FEDER se transfieren desde el presupuesto de la UE a los respectivos Estados miembros,⁴⁰⁶ siendo éstos quienes realizan los pagos a los beneficiarios. En una decisión reciente, la Comisión se ha referido así al artículo 77 del Reglamento 1303/2013 sobre disposiciones comunes a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, que tan solo contiene una vaga referencia al pago de los Fondos EIE a cada programa,⁴⁰⁷ como base legal

⁴⁰⁵ Decisión de la Comisión Europea en el caso SA.36953 (2013/N) *España, Ayuda a la inversión al Puerto de la Bahía de Cádiz*, de 18 de septiembre de 2013, C(2013) 5824 final

⁴⁰⁶ “The ERDF resources that shall be made available for co-financing this project are placed at the disposal of the Greek authorities, and in particular the relevant Managing Authority” State aid SA.35738 (2012/N) – Greece – Aid for the upgrading of Katakolo port, 19.06.2013 C(2013) 3548 final, apartado 44

⁴⁰⁷ “Normas comunes en materia de pagos

1. La Comisión pagará la contribución de los Fondos EIE a cada programa de acuerdo con créditos presupuestarios y en función de la financiación disponible. Cada pago se hará con cargo al compromiso presupuestario abierto más antiguo del Fondo de que se trate.

2. Los pagos relacionados con los compromisos de la reserva de rendimiento no se realizarán antes de la asignación definitiva de la reserva de rendimiento, de conformidad con el artículo 22, apartados 3 y 4.

para fundamentar la conclusión de que los fondos en cuestión eran estatales.⁴⁰⁸

La disposición equivalente contenida en el anterior Reglamento sobre disposiciones comunes relativas al FEDER, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión era más explícita al establecer que “[l]os pagos revestirán la forma de prefinanciaciones, pagos intermediarios y pagos de saldo final. Se abonarán al organismo designado por el Estado miembro”.⁴⁰⁹ El sistema sin embargo no ha variado, y los fondos transitan a través de los Estados miembros – que presentan las solicitudes de pago correspondientes a la Comisión – antes de ser transferidos a los beneficiarios finales.⁴¹⁰

3. *Los pagos revestirán la forma de prefinanciación, pagos intermedios y pago del saldo final.*

4. *En cuanto a las formas de ayuda conforme al artículo 67, apartado 1, párrafo primero, letras b), c) y d), y a los artículos 68 y 69, los costes calculados en función de la base aplicable se considerarán gasto subvencionable.*” Artículo 77 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469.

⁴⁰⁸ Staatliche Beihilfe SA.38674 (2014/N) – Deutschland Nachrangdarlehen für KMU – Sachsen, 25.11.2014, C(2014) 8771 final, apartado 42.

⁴⁰⁹ Artículo 76.2 del Reglamento (CE) N° 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006 por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) no 1260/1999, D.O.C.E. L 210, 31.7.2006, p. 25–78

⁴¹⁰ “*El Estado miembro se asegurará de que al cierre del programa operativo, como muy tarde, el importe del gasto público pagado a los beneficiarios sea como mínimo igual a la contribución de los Fondos pagada al Estado miembro por la Comisión.*” Artículo 129 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469

El segundo elemento del análisis, la cuestión de la imputabilidad al Estado de la financiación de una medida a través de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, es más controvertido, si aplicamos la interpretación dada a este requisito en la sentencia *Stardust Marine*.⁴¹¹

Al margen de los casos en que la Comisión se ha conformado con constatar que los fondos debían considerarse estatales sin entrar en el análisis de la imputabilidad de la medida al Estado⁴¹² por norma general la Comisión Europea se ha referido simplemente al control ejercido por el Estado sobre los fondos transferidos, sin detallar en qué consistiría ese control.⁴¹³ En las raras ocasiones en que sí se ha parado a examinar la cuestión ha procurado, aparentemente, alejarse de afirmaciones de carácter general conformándose con constatar que el proyecto financiado había sido seleccionado por el Estado miembro.⁴¹⁴

⁴¹¹ Si se aplica la jurisprudencia *Vent de Colère!*, las dudas subsistirían, pero se referirían a la condición de estatalidad de los fondos y no a la de imputabilidad de la medida.

⁴¹² Véase *Staatliche Beihilfe SA.38674 (2014/N) – Deutschland Nachrangdarlehen für KMU – Sachsen*, 25.11.2014, C(2014) 8771 final.

⁴¹³ “*The measure is partly financed with European structural funds, which qualify as state resources once they come under the control of a Member State, and partly by resources of the South Yorkshire authorities. Hence, state resources are involved*”. Apartado 29, *State Aid n° N 157/2006 - United Kingdom South Yorkshire Digital Region Broadband Project*, Brussels, 22.XI.2006, C(2006)5492 final.

Véase también apartado 51, *State aid N 629/2009 Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks*, Brussels, 17.XII.2010, C (2010) 9470

⁴¹⁴ “*In the case at hand, at all material times the State exercises (indirect) control over the resources under consideration. The funding provided by the Greek authorities (cash or in-kind) to the JHFG and then provided by the JHFG (cash or in-kind) to the UDFs is financed out of the State budget, i.e. the ERDF and the national contributions. The decision to provide these State resources is imputable to the State, as the Greek authorities have decided to set up the JHFG to deploy the public funding via the UDFs for the purposes of financing eligible urban projects.*” *State aid SA. 34405(2012/N) – Greece, JESSICA Holding Fund*, Brussels, 19.12.2012 C(2012) 9466 final, apartado 226.

“*As regards imputability to the State of the public financing, it is noted that the Italian authorities enjoy a high degree of control in the selection at national level of the projects of this nature to be financed. The notified project was directly chosen by the Italian State. Therefore, the notified measure is imputable to the State*”. *State aid SA.36621 (2013/N) —*

Se echa en falta en estas decisiones un análisis más profundo de una cuestión que, en principio, reviste una gran trascendencia.

El presupuesto de la UE atribuido a los Fondos se ejecuta a través de programas cuya gestión es compartida por los Estados Miembros y la Comisión.⁴¹⁵ En concreto, corresponde a los Estados Miembros elaborar los programas que servirán de base para la financiación de los proyectos.⁴¹⁶ Esta regla respalda la consideración de los FEIE como fondos estatales a efectos de las normas sobre control de las ayudas de Estado. Pero el Reglamento sobre disposiciones comunes establece también determinadas limitaciones al libre uso de los fondos por los Estados miembros: en primer lugar, dicta que “[l]os Estados miembros concentrarán las ayudas, de acuerdo con las normas específicas de los Fondos, en las intervenciones que aporten el mayor valor añadido en relación con la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador teniendo en cuenta los retos territoriales

Italy Investment Aid to the Port of Capo D'Orlando, Brussels, 18.12.2013 C(2013) 9104 final, apartado 29.

⁴¹⁵ Artículos 14.1 y 26 del Reglamento (CE) N° 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006 por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión y se deroga el Reglamento (CE) no 1260/1999, D.O.C.E. L 210, 31.7.2006, p. 25–78 y artículo 4.7 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469

⁴¹⁶ “*Los Estados miembros al nivel territorial apropiado, de acuerdo con su marco institucional, jurídico y financiero y los organismos designados por ellos al efecto deben ser los responsables de concebir y ejecutar los programas.*” Artículo 4.4 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469

*clave de los diferentes tipos de territorios en consonancia con el Marco Estratégico Común.*⁴¹⁷

La Comisión puede además solicitar a los Estados miembros la revisión de los programas, pudiendo proponer al Consejo la suspensión de los pagos si el Estado no sigue sus indicaciones.⁴¹⁸

El control e influencia de la Comisión es particularmente intenso en relación a los grandes proyectos, que, por su definición,⁴¹⁹ serán casi siempre proyectos de infraestructuras.

⁴¹⁷ Artículo 18 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469

⁴¹⁸ “La Comisión podrá solicitar a un Estado miembro que revise y proponga modificaciones de su acuerdo de asociación y de los programas pertinentes cuando sea necesario ... para maximizar el impacto de los Fondos EIE sobre el crecimiento y la competitividad en aquellos Estados miembros que reciban ayuda financiera. [Y en este caso] [c]uando el Estado miembro no adopte medidas eficaces en respuesta a una solicitud realizada..., la Comisión podrá..., proponer al Consejo que se suspenda parte o la totalidad de los pagos a los programas o prioridades afectados. En su propuesta, la Comisión indicará los motivos por los que concluye que el Estado miembro no ha adoptado medidas eficaces... El Consejo decidirá acerca de dicha propuesta por medio de un acto de ejecución. Dicho acto de ejecución solo se aplicará a las solicitudes de pago presentadas después de su fecha de adopción.” Artículos 23.1 y 23.6 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469

⁴¹⁹ “Se trata de tarea indivisible de una naturaleza económica o técnica precisa con objetivos claramente definidos, y para la cual el coste subvencionable total sea superior a 50 000 000 EUR y, en el caso de las operaciones que contribuyan al objetivo temático previsto en el artículo 9, párrafo primero, punto 7, cuando el coste subvencionable total sea superior a 75 000 000 EUR («gran proyecto»). Los instrumentos financieros no se considerarán grandes proyectos”.

Si bien corresponde a las autoridades nacionales la elección de los grandes proyectos que incluirán en el respectivo programa operativo, la Comisión ha de evaluar dichos proyectos individualmente y decidir si está justificada la contribución financiera solicitada por la autoridad nacional de gestión. De la aprobación por la Comisión depende en consecuencia que los fondos se liberen. Es por ello dudoso que pueda considerarse realmente que la decisión de financiar a través del FEDER un proyecto de infraestructuras sea imputable al Estado.

La postura de la Comisión es firme, pero lo cierto es que ningún Estado miembro o empresa interesada la ha desafiado ante el Tribunal de Justicia hasta la fecha. Argumentos jurídicos suficientes existen, pero apenas ha habido casos en los que la Dirección General de la Competencia no haya aprobado algún proyecto cofinanciado por los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos que hubiese sido sometido a su supervisión,⁴²⁰ por lo que la cuestión rara vez se plantea y, cuando lo hace, generalmente no tiene ninguna incidencia, ya que la calificación como ayuda de Estado de las medidas no impide su ejecución.

Es posible que sea a raíz de estas dudas que, en otros ámbitos las normas de la UE no realizan un mero reenvío a las “normas aplicables en materia de ayudas de Estado” sino que ha introducido el concepto de

Artículo 100 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, p. 320–469.

⁴²⁰ Ayuda estatal SA.29427, *Proyecto medioambiental para la central eléctrica de Delimara*, 17.11.2010 C 32/10 (ex N 520/09), 2011/C 52/03.

coherencia con las normas sobre control de ayudas estatales. Sea como fuere, este es un aspecto –uno más– del control de las ayudas de Estado que presenta fisuras lógicas y sistemáticas que quedan en cierto modo encubiertas por una práctica razonablemente consistente y uniforme de la Comisión y el TJUE.

2.4 Objetivo y causas de las ayudas

Mientras que el artículo 107.1 TFUE establece expresamente tan solo que la prohibición de la concesión de ayudas de Estado se aplica las medidas financiadas por el Estado o mediante fondos estatales, *con independencia de su forma* sin referirse a la causa y los objetivos de las ayudas, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido clara y rotunda al respecto desde una época muy temprana:

“[El actual artículo 107] *no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos*”.⁴²¹

Si bien en apariencia la cuestión queda así rápidamente resuelta, veremos que hay que matizar estas respuestas y que la interpretación de la expresión “ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales”, examinada en los apartados anteriores, influye directa y decisivamente en la determinación de las posibles finalidades y causas de las ayudas de Estado.

El Abogado General Jacobs, en sus conclusiones al caso *Preussen-Elektra* señaló que la expresa admisión de cualquier forma para que una medida constituya potencialmente una ayuda de Estado “*sugiere una interpretación extensiva del concepto de ayuda de Estado*”.⁴²² No obstante, la forma de la ayuda es tan sólo uno de los varios aspectos que definen a las ayudas de Estado. Hemos visto que en todo caso éstas deben estar financiadas mediante fondos estatales y suponer una carga financiera para el Estado, y

⁴²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, en el asunto 173/73, *Italia c/Comisión*, [1974] Rec. p. 709, apartado 27.

⁴²² Conclusiones del Abogado General Jacobs, presentadas el 26 de octubre de 2000, en el asunto C-379/98, *Preussen-Elektra*, [2000] Rec.p.585, apartado 137. Véase en el mismo sentido, las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, presentadas el 22 de diciembre de 2010, en el asunto C-279/08, *NOx* [2010] Rec.p.799, apartado 63.

esta circunstancia puede resultar determinante para identificar los objetivos y causas que pueden perseguir, así como las formas que pueden adoptar las ayudas de Estado.

El Tribunal de Justicia ha incurrido aparentemente en contradicciones a la hora de valorar la relevancia del objetivo y causa de medidas que pudiesen constituir ayudas de Estado.

La indiferencia sobre las causas u objetivos de las intervenciones estatales implica “*que el mero hecho de que una medida estatal persiga objetivos de política económica, estructural, social o medioambiental no basta por sí solo para evitar la calificación de ayuda en el sentido de la citada disposición*”.⁴²³ Tampoco excluye la calificación como ayuda de Estado el que la medida persiga contrarrestar ayudas concedidas a empresas en otros Estados miembros o, en general, equilibrar las condiciones de mercado en el Estado miembro que lo concede en relación con otro u otros Estados miembros.⁴²⁴

La ausencia de efectos sobre la calificación como ayuda de Estado de la causa y objetivo de la medida es extensible al estatuto jurídico de la medida según el Derecho nacional, y, de manera más general, a la intención de la autoridad pública que concede la ayuda y a la del beneficiario, que, no sólo

⁴²³ Opinión Abogado General Mengozzi, C-279/08, *NOx* [2010] Rec.p.799, apartado 63.

⁴²⁴ “*Considerando que el posible incumplimiento por parte de un Estado miembro de una obligación que le incumbe en virtud del Tratado, en relación con la prohibición del artículo 92, no puede justificarse por el hecho de que otros Estados miembros incumplan igualmente dicha obligación; que el efecto de varias distorsiones de la competencia sobre los intercambios entre los Estados miembros no puede neutralizarse recíprocamente, sino que al contrario, es de naturaleza acumulativa, lo cual aumenta sus consecuencias perjudiciales para el mercado común*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike*, [1977] Rec.p.141, apartado 24

no bastan por sí solas para justificar la inexistencia de una ayuda de Estado, sino que en principio no deberían tener influencia sobre este análisis.

Los Tribunales nacionales, al ejercer su competencia de control sobre el artículo 108.3 TFUE, han en ocasiones ignorado este principio fundamental que rige el sistema de control de las ayudas de Estado,⁴²⁵ formulado por primera vez por el Tribunal de Justicia en el caso ya discutido relativo a la exoneración de cargas sociales concedida a la industria textil italiana.⁴²⁶

Hay que precisar, sin embargo, que no es cierto, o no lo es del todo, que el concepto de ayuda de Estado se defina por sus efectos. Como hemos visto, por un lado el artículo 107.1 TFUE introduce también una condición formal relativa al origen de las ayudas, que han de provenir del Estado o ser financiadas mediante fondos estatales.

⁴²⁵ “‘When the provisions of Articles [107 and 108] are looked at as a whole, the misapplication of a fiscal provision by Revenue Officials does not appear to be what the language is seeking to deal with. It is an inapt application of State legislation which if properly applied should not give rise to an aid’. The learned judge went on to find that the Commission’s task would be impossible if it had to investigate whether fiscal legislation which should not constitute an aid was being administered in such a manner as inadvertently to give rise to an aid. He concluded ‘Even if the Revenue were to benefit the oil companies by adopting a wrong valuation, this would not be a matter which could be remedied by reliance upon Article [108(3)] because no aid would be involved. On the footing that the learned judge was confining himself to the inadvertent adoption of a wrong valuation, I for my part, entirely agree with his analysis’”.

Reg. v. Attorney-General, Ex parte Imperial Chemical Industries Plc. (1986) 60 T.C.1, 64G, per Lord Oliver of Aylmerton, citada en [1987] 1 CMLR 72, p.103, paras.93 y 97-100. Sentencia también citada por PLENDER, R. “Definition of Aid” en *The law of state aid in the European Union*, Ed. A.Biondi, P.Eeckhout, J.Flynn, New York, Oxford University Press, 2004, en p.25. y por HANCHER, L.; OTTERVANGER, T.; SLOT, P.J.; *EC State Aids*, Chancery Law Publishing, 1993, en p.20

⁴²⁶ “[E]l [actual artículo 107.1 TFUE] no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos; que, por consiguiente, ni el carácter fiscal ni el fin social que pueda tener la medida controvertida son suficientes para situarla fuera del ámbito de aplicación del artículo [107]”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, en el asunto 173/73, *Italia c/Comisión*, [1974] Rec. p. 709, apartados 27 y 28

Además de esta excepción de carácter general, y a pesar de lo categórico de la fórmula, el Tribunal y la Comisión también han tenido muy presente el objetivo y la finalidad de ciertas medidas, generalmente regulatorias, para determinar si a través de ellas se instrumentaban ayudas de Estado.

Hemos visto cómo en el caso *Sloman Neptun*, relativo a la exención a las empresas navieras del cumplimiento de los convenios colectivos vigentes en Alemania al contratar a marineros no residentes, el Tribunal de Justicia juzgó que “*el régimen de que se [trataba] no [tendía], ni por su finalidad, ni por su sistema general, a crear un beneficio que [constituyera] una carga suplementaria para el Estado... y no [constituían] una forma de conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas.*”⁴²⁷

El Tribunal, se basó así en la causa y objetivo de la medida para determinar si constituía una carga adicional para el Estado y por tanto estaba financiada con fondos estatales. A juicio del Tribunal, en una apreciación además insuficientemente sustanciada, la finalidad de la medida no era crear un beneficio que constituyera una carga, suplementaria, para el Estado, y en consecuencia la medida no implicaba el uso de fondos estatales.

Melchior Wathelet y Philippe-Emmanuel Partsch comentaron al respecto que esta decisión podía causar perplejidad, y que la toma en cuenta del objetivo de la norma era difícilmente conciliable con la jurisprudencia del Tribunal según la cual el carácter de ayuda de Estado de la medida se determina en función de sus efectos.⁴²⁸

⁴²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Sloman Neptun*, [1993] Rec.p.I-887, apartado 21

⁴²⁸ “*Cette jurisprudence peut laisser perplexe le lecteur, eu égard à la définition très large de la notion d’aide d’État et au fait que le transfert de ressources publiques peut prendre la*

Pero, de hecho, son muchas las excepciones en las que el análisis de la existencia de una ayuda de Estado exige la toma en cuenta del objetivo y la causa de la medida, sobre todo en relación al examen de la segunda condición del artículo 107.1 TFUE, y en concreto a la existencia de una ventaja selectiva.

El Tribunal de Primera Instancia aplicó un razonamiento similar al del TJUE en *Sloman Neptun*, pero respecto a la condición de selectividad, en el asunto sobre las emisiones de óxido de nitrógeno (NO_x) en los Países Bajos.⁴²⁹ Recordemos⁴³⁰ que este caso tiene su origen en la impugnación ante el Tribunal una decisión de la Comisión Europea que declaraba que el sistema de limitación de emisiones de NO_x constituía una ayuda de Estado. Si bien todas las instalaciones industriales de los Países Bajos estaban sometidas a limitaciones individuales de emisiones de NO_x, cuya infracción daba lugar a fuertes sanciones, las grandes instalaciones industriales, en torno a 250 empresas, podían cumplir con el nivel máximo de emisiones impuesto mediante la adquisición de derechos de emisión de otras empresas.

Al igual que el TJUE en el caso *Sloman Neptun*, el Tribunal de Primera Instancia fijó su atención en el objetivo de la medida para determinar si constituía una ayuda de Estado –en este caso para determinar si la medida era selectiva o no– a pesar del principio general según el cual el objetivo y la causa de la ayuda son irrelevantes a la hora de calificar una medida como

forme d'une perte de recettes. Sur ce point, la prise en considération de la finalité de la législation se concilie mal avec la jurisprudence de la Cour selon laquelle une aide se détermine en fonction de ses effets.” WATHELET, M. y PARTSCH, P. « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », en *Les aides d'Etat en droit communautaire et en droit national*, Faculté de droit de l'Université de Liège (Seminario organizado en Lieja el 14 y 15 de mayo de 1998) Éditions Bruylant, Bruselas, 1999, p.27

⁴²⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 10 de abril de 2008, en el asunto T-233/04, Reino de los Países Bajos c/Comisión, [2008] Rec.p.II-591

⁴³⁰ Véase supra pág.113.

ayuda de Estado. Su conclusión fue que, dado que el objetivo era reducir las emisiones contaminantes, el tratamiento particular acordado a las grandes instalaciones industriales que tuviesen una potencia instalada superior a 20 MWt estaba justificado por ser conforme con la finalidad perseguida.⁴³¹

Tras ser recurrida la sentencia, el Tribunal de Justicia resolvió en sentido contrario al tribunal inferior, si bien haciendo también referencia al supuesto objetivo de protección medioambiental, a la naturaleza y la *economía general* de la medida, que según el Tribunal no justificaban el trato distinto otorgado a las grandes instalaciones industriales:

“[La] diferenciación entre empresas basada en un criterio cuantitativo, es decir, el criterio de la capacidad térmica total instalada superior a 20 MWt, no puede considerarse inherente a un régimen destinado a reducir la contaminación de origen industrial y, por tanto, justificada únicamente por consideraciones de orden ecológico... [E]l criterio de la distinción utilizado por la normativa nacional en cuestión, es decir, la capacidad térmica superior a 20 MWt de las instalaciones, no se justifica ni por la naturaleza ni por la economía general de la misma, de modo que no puede privar a la medida de que se trata de su carácter de ayuda de Estado.”⁴³²

Existen muchos otros ejemplos en que se han tomado en consideración el objetivo y la causa de la medida al analizar si la medida

⁴³¹ “[T]odas las grandes instalaciones industriales [estaban] sujetas al techo de emisión de NOx fijado por la medida de que se trata[ba] y [podían] beneficiarse de la ventaja que [ofrecía] en el marco del mismo la posibilidad de negociar los derechos de emisión. El criterio de aplicación de la medida de que se trata [era], por tanto, objetivo, sin consideración alguna de tipo geográfico o sectorial. Por cuanto la medida de que se trata [estaba] dirigida a las empresas más contaminantes, dicho criterio objetivo [era], además, conforme con la finalidad perseguida, a saber, la protección del medio ambiente, y con la lógica interna del régimen.” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 10 de abril de 2008, en el asunto T-233/04, Reino de los Países Bajos c/Comisión, [2008] Rec.p.II-591, apartado 88

⁴³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-279/08 P, *Comisión c/Países Bajos*, [2011] Rec.p. 551, apartado 76.

provee una ventaja selectiva. Por ejemplo, la figura de la compensación por la prestación de servicios de interés económico general exige que el servicio prestado tenga como objetivo cumplir con una misión de interés público. Veremos en el siguiente capítulo que, en ese caso, y a condición de que se cumplan determinadas exigencias formales, el Estado podrá cubrir con fondos estatales el coste neto del servicio, sin que ello constituya una ayuda de Estado.

Como señala acertadamente Conor Quigley, es erróneo afirmar que las ayudas de Estado se definen únicamente en función de sus efectos. Lo que en realidad se quiere expresar con esta afirmación es que el objetivo de una medida no podrá nunca, por sí mismo, excluir su calificación como ayuda de Estado.⁴³³

Igualmente, como veremos en el siguiente capítulo, el cumplimiento del principio del inversor privado en una economía de mercado excluye la existencia de una ayuda de Estado. Este principio no se basa en los efectos de la medida, sino que usa como referencia un examen apriorístico sobre las perspectivas de rentabilidad del uso de los fondos. Éstas deben corresponder a las que un inversor privado perspicaz, a saber, un inversor que desea maximizar sus beneficios sin correr demasiados riesgos en relación con los demás participantes del mercado, reclamaría a la hora de calcular la remuneración adecuada que espera obtener de su inversión.⁴³⁴

⁴³³ “It is...more accurate to say that measures that fulfil the criteria of State aid do not fall outside of the scope of Article 87(1) EC merely because they might seek to achieve some other social or economic objective”. QUIGLEY, C. “European State aid Law and Policy”, Second Edition, Hart Publishing, Oxford, 2009, p.11.

⁴³⁴ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003 en los asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Estado federado de Renania del Norte-Westfalia c/Comisión*, [2003] Rec.p.II-435, apartado 255. Véase infra Apartado 3.2.1.

Al margen de estas excepciones, es al aplicar la Comisión Europea las normas sobre control de las ayudas de Estado, más que al interpretarlas, cuando el objetivo de la ayuda cobra mayor relevancia, en especial en casos políticamente sensibles.

Obviamente, pocas veces estos comportamientos *de facto* de la Comisión trascienden a la opinión pública o se reflejan en sus decisiones y, cuando lo hacen, es respetando todos los requisitos formales que rigen la adopción de decisiones. En ocasiones, empero, incluso estos requisitos formales son vulnerados por la Comisión, como por ejemplo durante su tramitación de varias denuncias contra equipos profesionales de fútbol españoles: la defensora del pueblo europeo, tras investigar una denuncia contra la Comisión por el comportamiento de ésta en relación con una de las denuncias, vertió graves acusaciones de conflicto de interés contra nada menos que el propio Comisario europeo de la competencia. En concreto, acusó a la Comisión de haber paralizado injustificadamente la investigación de la denuncia, tardando cuatro años en abrir el proceso de investigación formal, pese a que el Código de Buenas Prácticas establecía que debería haberlo hecho en el plazo de un año, y no haber ofrecido explicaciones convincentes de su comportamiento.⁴³⁵ A raíz de la decisión de la defensora del pueblo europeo, y tras anunciarlo anticipadamente el propio Ministro de Asuntos Exteriores español, el 18 de diciembre de 2013 la Comisión abrió tres procesos de investigación formal relacionados con denuncias cuya tramitación había estado paralizada durante varios años. Le siguieron declaraciones de altos responsables políticos españoles criticando a la

⁴³⁵ Decision of the European Ombudsman closing the inquiry into complaint 2521/2011/(MF)JF against the European Commission

Comisión Europea y a la defensora del pueblo, incluido el actual comisario europeo Miguel Arias Cañete:

“‘Estamos pagando que tenemos dos clubes extraordinarios [Madrid y Barcelona] y una selección que arrasa’, lamentó Miguel Arias Cañete, el ministro de Agricultura, en Antena 3, donde apuntó que los eurodiputados españoles podrían ‘buscar el origen de la denuncia planteando preguntas muy focalizadas al Ejecutivo comunitario...La Unión Europea (UE)’, explicó luego Arias Cañete, el ministro de Agricultura; ‘funciona a base de denuncias, sobre todo en Competencia. Los que no han ganado en el terreno deportivo y no tienen una Liga como la española quieren ganar por esa vía (leyes de la competencia)’, se lamentó.”⁴³⁶

Son estas omisiones de la Comisión a la hora de investigar ayudas concedidas a determinados sectores o con objetivos particulares, más que sus propias acciones, las que evidencian esta actitud tendenciosa que, en última instancia, responden a la toma en cuenta del objetivo del Estado miembro al conceder ayudas de Estado.

Pese a carecer la Comisión de unabase jurídica para este comportamiento, gracias a la amplia discrecionalidad de la que goza a la hora de decidir qué medidas sospechosas de constituir ayudas de Estado examina y las dificultades y limitaciones que sufren los denunciantes para beneficiarse de los exiguos derechos procesales que tienen reconocidos, ha podido esquivar la prohibición de toma en consideración del objetivo de las medidas.

Es evidente que la Comisión Europea es un ente muy permeable a las injerencias políticas y, siendo el uso de fondos estatales un instrumento

⁴³⁶ MATEO, J.J. “España se revuelve contra Europa” artículo publicado en El País, 19 de diciembre de 2013. Disponible en: http://deportes.elpais.com/deportes/2013/12/19/actualidad/1387476498_073025.html [Consultado el 20 de enero de 2018]

fundamental de la acción gubernamental, no debe sorprender este hecho. En relación a la financiación de infraestructuras, a menudo éstas se benefician no sólo de fondos estatales nacionales, sino también de fondos europeos, provenientes bien de los propios presupuestos de la UE o del BEI, lo que da una dimensión política adicional en relación a otras ayudas de Estado. Tomando como referencia la financiación pública de aeropuertos, por ejemplo, la Comisión ha examinado en total 120 casos de ayudas de funcionamiento o de inversión a aeropuertos, casi todos ellos tras la sentencia en el caso Leipzig-Halle.⁴³⁷ Pues bien, ni uno solo de estos casos tiene su origen en una investigación iniciada *motu proprio* por la Comisión.

De los 120 casos, 78 fueron correctamente notificados por los Estados miembros antes de conceder la ayuda en cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 108.3 TFUE. Los restantes 42, constitutivos de ayudas ilegales, tuvieron todos ellos su origen bien en denuncias presentadas por competidores de los beneficiarios u otras partes interesadas, o bien en notificaciones realizadas a posteriori por el Estado miembro, en infracción por tanto del artículo 108.3 TFUE. Ni un solo caso ha sido iniciado por la propia Comisión a través de una investigación *ad hoc*.⁴³⁸ Y de los 39 casos de ayuda ilegal solo en dos la Comisión concluyó que las ayudas además de

⁴³⁷ Datos recabados de la base de datos sobre casos de ayudas de Estado de DG COMP a fecha de 1 de noviembre de 2017. Base de datos disponible en: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=3

⁴³⁸ En los casos SA.27339 *State aid to Zweibrücken Airport* Brussels, 01.10.2014 C(2014) 5063 final, y SA.26190 *Saarbrücken Airport* Brussels, 01.10.2014 C(2014) 5062 final, iniciados mediante decisiones de 25 de febrero de 2015 y 10 de marzo de 2015 respectivamente, si bien formalmente constituyen casos abiertos *ad hoc*, la Comisión reaccionó a preguntas planteadas por una parlamentaria europea sobre las ayudas en cuestión.

ilegales eran incompatibles con el mercado interior y debían ser recuperadas.⁴³⁹

Con independencia de estas salvedades, el principio de irrelevancia de las causas y objetivos tiene importantes implicaciones prácticas. Para quien no está familiarizado con las normas sobre control de las ayudas de Estado – que incluye a la mayoría de beneficiarios de estas ayudas y a un gran número de autoridades– resulta además intuitivamente difícil de asumir que el objetivo de la financiación no se tome en cuenta a la hora de determinar si ésta constituye una ayuda de Estado o no. Es por ello por lo que beneficiarios y autoridades que no manejan de manera habitual estas normas tienden a referirse a objetivos como la financiación de servicios provistos por el Estado, o la persecución de objetivos medioambientales, educativas, de sanidad pública u otros objetivos de interés general o de carácter social, para justificar que una medida financiera no constituye una ayuda de Estado.

Por supuesto, la causa y el objetivo de la medida son relevantes, determinantes incluso, a la hora de establecer la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior: ésta exige en todo caso que la medida persiga un objetivo de interés común. Cualquier medida que constituya una ayuda de Estado y persiga otros objetivos, no podrá ser ejecutada o, si hubiese la ayuda hubiese sido ya desembolsada, habrá de recuperarse.⁴⁴⁰ Pero este

⁴³⁹ Las decisiones de recuperación se dictaron en los casos *State aid SA.35388 (2013/C, ex 2013/NN, ex 2012/N) – Poland, Setting up the Gdynia-Kosakowo airport*, Brussels, 2.7.2013, C(2012) 4045 final y *Commission Decision of 01.10.2014 on the State Aid SA.27339 (2012/C) (ex 2011/NN) implemented by Germany for Zweibrücken airport and airlines using the airport*, Brussels, 01.10.2014, C(2014) 5063 final y SA.27339, *State aid to Zweibrücken Airport*, mediante decisión de 1 de octubre de 2014.

⁴⁴⁰ La obligatoriedad de que las ayudas de Estado se dirijan a la obtención de objetivos de interés general se deriva de la interpretación que hace la Comisión europea, a través de la denominada “prueba de sopesamiento” (balancing test) – del artículo 107.3.c) TFUE que dispone que “[p]odrán considerarse compatibles con el mercado interior... las ayudas

análisis no se produce sino en una segunda fase de la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, una vez se ha constatado que existe una ayuda, que no es objeto de este trabajo.

destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”.

CAPÍTULO 3 – LA VENTAJA SELECTIVA CONCEDIDA A UNA EMPRESA

La segunda condición que contiene el artículo 107.1 TFUE para identificar la existencia de una ayuda de Estado se refiere al beneficiario de la ayuda:

*“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**”.*

Esta condición se compone de tres elementos distintos: la calificación del beneficiario como empresa, la concesión a ésta de una ventaja y su carácter selectivo.

En primer lugar, la medida ha de tener como efecto el conceder una ventaja.

Éste se puede considerar el núcleo sustancial en torno al cual giran los demás elementos, contingentes, del sistema de control de las ayudas de Estado. Es la ventaja la que ha de estar financiada con fondos estatales, la que ha de ser selectiva y la que ha de distorsionar la competencia y afectar al comercio entre los Estados miembros. Los demás requisitos modulan la exigencia principal que impone el artículo 107.1 TFUE. Puede considerarse que todos los demás elementos responden a decisiones de carácter político, por las que se ha impuesto que las ayudas de Estado deban financiarse con fondos estatales y ser selectivas, que únicamente se consideren ayudas de Estado las ventajas que beneficien a las empresas y que se exija que

distorsionen la competencia y afecten al comercio entre los Estados miembros. Consideramos que todas estas características podrían variar o incluso desaparecer por completo y no se perdería la esencia de las ayudas de Estado.

En segundo lugar, la ventaja ha de beneficiar a una empresa.

Pese a que el artículo 107.1 TFUE se refiera al favorecimiento a determinadas “empresas o producciones”, la ventaja a una producción determinada, o a un sector económico más o menos restringido, que es de lo que se trata, es equivalente a la concesión de varias ventajas individuales a una pluralidad de empresas. El efecto de la referencia al favorecimiento de determinadas producciones es meramente el incluir en el ámbito de la noción de ayuda de Estado las ventajas que se conceden no a una empresa individualmente, sino a todas las empresas de un sector, siempre y cuando la medida sea selectiva. El supuesto de la concesión de una ventaja a una producción queda subsumido en el del otorgamiento de una ventaja a varias empresas. Su incidencia se refiere por tanto a la condición de selectividad y en concreto a la distinción entre medidas selectivas y medidas generales y no implica una excepción a la exigencia de que el beneficiario o los beneficiarios de la medida sean empresas.⁴⁴¹

Por último, examinaremos en este capítulo la selectividad de la ventaja. Este elemento es ciertamente el que conceptualmente es más difícil de concretar y el que acarrea aun hoy el mayor grado de incertidumbre de entre los componentes de la noción de ayuda de Estado. Si bien estas incertidumbres se concentran mayoritariamente en las medidas de carácter

⁴⁴¹ Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 28 de octubre de 2004 en el asunto C-172/03, *Heiser*, C:2004:678, apartado 43.

fiscal, veremos que en ocasiones se extienden también a la consideración de la ayuda de Estado en favor de los usuarios de las infraestructuras.

3.1 La calificación de los beneficiarios como empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE

Para que una medida que implica el uso de fondos estatales pueda calificarse como ayuda de Estado deberá favorecer a una o varias empresas. El conjunto del derecho de la competencia de la UE tiene como sujeto exclusivamente a las empresas, pues no se aplica a los individuos, a los que no se permite ni ser parte en el procedimiento de control, más allá de como fuente de información, ni interponer denuncias formales ante la Comisión, potestad que está reservada a los competidores del potencial beneficiario.

El concepto de empresa, como tantos otros utilizados en el marco del control de las ayudas de Estado, tiene en este ámbito una definición funcional.

Su definición, común a las demás áreas del derecho de la competencia de la UE y de las libertades de circulación, se desvía radicalmente del significado dado al término empresa en otros ámbitos y de su uso corriente, ya que atiende únicamente a la actividad económica que realiza, en el caso de las ayudas de Estado, el beneficiario de la medida:

*“Según jurisprudencia reiterada, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.*⁴⁴²

A su vez, es económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado⁴⁴³ a cambio de un precio. Y

⁴⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, en el asunto C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze* [2006] Rec.p.8, apartado 107.

⁴⁴³ *Ibíd.*, apartado 108. La condición de que el beneficiario pueda ser calificado como una empresa se solapa parcialmente con la exigencia de que la medida distorsione la competencia entre los Estados miembros, analizada en el siguiente capítulo. En ambos casos se exige la

aunque el precio que cobre la entidad no sea pagado por los beneficiarios o usuarios, ni se fije de acuerdo con criterios de libre mercado⁴⁴⁴ ni a un nivel suficiente para cubrir los costes del bien o servicio, ello no impedirá que se estime que el receptor de los fondos estatales es una empresa.⁴⁴⁵

Nicolaidis considera por el contrario que el precio debe cubrir, al menos, los costes para que la entidad sea considerada una empresa.⁴⁴⁶ Ello llevaría sin embargo al absurdo de que una medida de financiación no pudiera conceder al mismo tiempo una ventaja al operador de una infraestructura y a los usuarios: éstos solo obtendrán una ventaja si no pagan un precio de

existencia de un mercado competitivo para que se cumpla con el respectivo requisito de la existencia de las ayudas de Estado.

Es frecuente que partes del análisis de cada una de las condiciones del artículo 107.1 TFUE coincida con el análisis de otras. Ya hemos visto otros ejemplos de ello y veremos más. Todos ellos responden a la ausencia de una definición propiamente dicha del concepto de ayuda de Estado, así como, en menor medida, a la interpretación funcional dada a los conceptos del artículo 107.1 TFUE.

⁴⁴⁴ Este es el caso en particular de los proyectos de financiación de redes de transporte de energía. Las tarifas de transporte en este caso son fijadas por el Estado y, en ocasiones, su modulación asegura que en principio el beneficio de la medida se traslade a los usuarios particulares. No obstante, incluso en ese caso, la Comisión considera que existe una ventaja y que el operador de la infraestructura realiza una actividad económica y constituye una empresa. State aid N 629/2009, Romania – *Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks*, Brussels, 17.XII.2010, C (2010) 9470, apartados 62 a 95.

Véase en sentido contrario State aid SA.39078 (2014/N) – Denmark *Financing of the Fehmarn Belt Fixed Link project*, Brussels, 23.07.2015 C(2015), 5023 final, apartado 79.

⁴⁴⁵ “[D]ebe considerarse que los cursos que imparten centros de enseñanza financiados esencialmente con fondos privados que no proceden del propio prestador de los servicios constituyen servicios, puesto que el objetivo perseguido por tales centros consiste, en efecto, en ofrecer un servicio a cambio de una remuneración. No es necesario que el servicio sea pagado fundamentalmente por los alumnos o por sus padres, en la medida en que el carácter económico de una actividad no depende del hecho de que el servicio sea pagado por sus beneficiarios”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartados 48 y 49.

⁴⁴⁶ Véase, en defensa de esta teoría errónea, NICOLAIDES, P. *Even the Catholic Church Is not Absolved from State Aid Rules: The Essence of Economic Activity - PART I*. Disponible en: <http://www.stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/8940> [Consulta: 6 de abril de 2018]: “The Court could have added at this point that even if the entity in question is non-profit, the prices charged must still cover its costs, otherwise it will have to exit the market. As the Court has noted in other cases, prices charged by non-profit entities are still regarded as “consideration” for the value of the goods or services they provide.”

mercado por el uso de la infraestructura,⁴⁴⁷ pero, en ese caso, el operador de la misma no estaría percibiendo un precio de mercado, por lo que, siguiendo la teoría de Nicolaidis, no sería una empresa. Asimismo, el operador de cualquier infraestructura cuya operación no fuera autosuficiente no podría nunca considerarse una empresa y las ventajas que obtuviera no podrían calificarse de ayudas de Estado, cuando la conclusión ha de ser, en general, precisamente la opuesta.

Una entidad que no ejerce actividad económica alguna, es decir, que no ofrece bienes y servicios en un mercado a cambio de un precio, no es una empresa a efectos del Derecho de la competencia.

No existe un *numerus clausus* de actividades no-económicas. Sería de hecho muy difícil, o incluso imposible, elaborar una lista de este tipo.⁴⁴⁸ El principio sin embargo es claro: si la actividad no es remunerada, y solo si no es remunerada, no será considerada económica. La única excepción aplicada por el TJUE a esta regla se refiere al ejercicio de prerrogativas de poder público, que el Tribunal no considera en ningún caso como económicas, aplicándoles, en nuestra opinión injustificadamente, un régimen exorbitante.⁴⁴⁹

Por otra parte, la práctica de la Comisión ha desarrollado, respecto a la financiación de las infraestructuras, el concepto de infraestructuras

⁴⁴⁷ Véase infra Apartados 3.2.1 y 3.3.2.

⁴⁴⁸ “Puesto que la distinción entre actividades económicas y no económicas depende hasta cierto punto de decisiones políticas y de la evolución económica de un Estado miembro determinado, no se puede hacer una lista exhaustiva de actividades que a priori nunca serían económicas. Una lista así no aportaría verdadera seguridad jurídica y, por lo tanto, sería de escasa utilidad.” Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E. C 262, 19.7.2016, p. 1–50, apartado 15.

⁴⁴⁹ Véase infra Apartado 3.1.1.

generales, que por definición excluyen la calificación de sus propietarios y operadores como empresas. Tanto las prerrogativas de poder público como las infraestructuras generales serán tratadas individualmente más adelante.

Nuestra tesis sobre este aspecto de la noción de ayuda de Estado es que no deberían admitirse excepciones al principio de la calificación como empresa del potencial beneficiario de una ayuda de Estado sobre la base de la realización de una actividad económica, definida ésta a su vez en función de la remuneración de la actividad.

Habrá además de atenderse a cada actividad desempeñada por el beneficiario por separado. El hecho de que la actividad principal de una entidad no sea económica no significa que una medida de financiación en su favor no pueda beneficiar a una actividad diferente, secundaria, que sí sea económica. En ese caso, la entidad será tratada como una empresa respecto a esa actividad.

La sentencia Leipzig-Halle introdujo en este sentido una aparente excepción al vincular la calificación como económica de la construcción de una infraestructura al carácter económico de su uso posterior:

“[E]l Tribunal General consideró que no procedía disociar la actividad consistente en la construcción de la nueva pista sur del uso posterior que se hiciera de la misma... En efecto, ... para determinar si la Comisión podía calificar la construcción de la nueva pista sur de actividad económica, el Tribunal General... procedió a examinar dicha actividad e investigó cuál era su naturaleza. A este respecto, no presumió, sino que determinó, teniendo en cuenta las circunstancias concretas y sin incurrir en error de Derecho, que dicha actividad no podía disociarse de la explotación... de las infraestructuras aeroportuarias, que constituyen una actividad económica, puesto que, por lo demás, la construcción de la nueva pista sur como tal no

*guarda relación, por su naturaleza o su objeto, con el ejercicio de prerrogativas de poder público.*⁴⁵⁰

La teoría según la cual no es posible disociar la actividad consistente en la construcción o la ampliación de una infraestructura del uso posterior que se haga de la misma, y que el carácter económico o no del uso posterior de la infraestructura construida determina la naturaleza de la actividad de construcción es en nuestra opinión infundada y, tal y como la formuló el TJUE y ha sido retomada desde entonces en multitud de decisiones de la Comisión,⁴⁵¹ errónea. La conclusión a la que llegó el Tribunal en el caso Leipzig-Halle es correcta –la financiación con fondos estatales de la construcción de la pista de aterrizaje constituía una ayuda de Estado en favor del operador y propietario del aeropuerto, pero no lo era respecto a las infraestructuras dedicada al ejercicio de poderes públicos–, pero la explicación ofrecida es en nuestra opinión incorrecta.

En primer lugar, la construcción de una infraestructura es una actividad económica respecto al constructor con independencia del uso posterior, económico o no, que se le dé. El constructor ofrece un bien a cambio de un precio, lo que le define como empresa y como potencial beneficiario de una ayuda de estado. Si se vinculara a todos los efectos la calificación como actividad económica de la construcción a su uso posterior, en caso de una infraestructura puesta a disposición de los usuarios

⁴⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 en el asunto C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle*, [2012] Rec.p.821, apartado 44.

⁴⁵¹ State aid No SA.33045 (2013/NN) (ex 2011/CP) – Germany – Alleged unlawful aid in favour of Kristall Bäder AG, Brussels 23.07.2014, C(2014) 393, apartado 33, State aid SA.35720 (2014/NN) (ex 2012/PN) – United Kingdom Liverpool City Council Cruise Liner Terminal, Brussels, 11.03.2014 C(2014) 1289 final, apartado 44, State aids SA.36558 (2014/NN) and SA.38371 (2014/NN) – Denmark State aid SA.36662 (2014/NN) – Sweden, Aid granted to Øresundsbro Konsortiet, Brussels, 15.10.2014, C(2014) 7358 final, apartado 66.

gratuitamente, el pago excesivo a la empresa constructora no podría calificarse como ayuda de Estado, lo cual es erróneo y absurdo.

Cuestión distinta es el análisis de la existencia de una ayuda de Estado al nivel del propietario y del operador de la infraestructura. Es exclusivamente a la existencia de una ayuda a este nivel a lo que se refiere, sin decirlo y quizás sin pensarlo, el Tribunal de Justicia. Pero es incorrecto afirmar que no procede disociar la construcción de la infraestructura de su uso posterior. Al contrario, ambas han de disociarse: la construcción de la infraestructura incide en la cuestión de la existencia de una ventaja, en tanto que el uso de la misma ha de examinarse en el contexto de la calificación del beneficiario como empresa. El uso de la infraestructura puede ser económico o no dependiendo principalmente de si su uso es o no es de pago. La ventaja en favor del propietario de la infraestructura o de su operador requiere que se alivie una carga que debería normalmente recaer sobre el presupuesto de la empresa. Si bien en el caso concreto examinado en el asunto Leipzig-Halle la conclusión es la correcta, es grave que el Tribunal utilice un atajo en el razonamiento para llegar a la conclusión de que la ayuda a la construcción de una infraestructura no utilizada para actividades económicas no otorgaba una ayuda de Estado.

Imaginemos, por ejemplo, que la legislación nacional obligue a sufragar el gasto de construcción de las instalaciones asociadas al servicio de extinción de incendios en los aeropuertos a los operadores del mismo. Estas actividades no se consideran económicas,⁴⁵² por lo que, en relación a las mismas, el operador no sería considerado una empresa. Siguiendo

⁴⁵² Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 225.

estrictamente la lógica del Tribunal, una exención de dicha obligación exclusivamente en favor de un operador concreto no podría considerarse una ayuda de Estado, ya que no procedería disociar la construcción del uso posterior de la infraestructura. Dado que el uso de la infraestructura no sería económico, el operador del aeropuerto no sería considerado una empresa respecto a esta medida y la exención no podría considerarse una ayuda de Estado. Sin embargo, si se disocia la condición de la existencia de una ventaja de la actividad económica de la entidad beneficiaria, no sería difícil justificar que la exención del pago de las instalaciones, que constituyen infraestructuras que no son utilizadas para realizar actividades económicas, da lugar a una ayuda de Estado, que es la respuesta correcta a dicha situación.⁴⁵³

El matiz, además de por las implicaciones prácticas ilustradas con este ejemplo, es también importante para guardar la coherencia en un ámbito en el que ésta no sobra, sino que a menudo más bien brilla por su ausencia.

De la interpretación funcional del término empresa resulta también que la naturaleza jurídica, pública o privada,⁴⁵⁴ el modo de financiación, e incluso la naturaleza no lucrativa⁴⁵⁵ o el objetivo de interés general⁴⁵⁶ de las actividades no afectan la calificación como empresa del sujeto que las realiza. Se ha de prestar atención únicamente a las características de la actividad que

⁴⁵³ Véase, mutatis mutandis, en relación con la existencia de una ayuda de estado en favor de los usuarios de la infraestructura en una situación como la hipótesis presentada, Commission Decision of 15.10.2014 on State aid, SA.26500 - 2012/C, *implemented by Germany for Flugplatz Altenburg-Nobitz GmbH and Ryanair Ltd.*, Brussels, 15.10.2014 C(2014) 7369 final, apartado 174.

⁴⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartado 42 a 47.

⁴⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2008, en el asunto C-49/07, *MOTOE* [2008] Rec.p.376, apartado 27 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartado 46.

⁴⁵⁶ Véase infra Apartado 3.2.3.

desempeñe la entidad y a la que beneficia la medida, y, en concreto, a su carácter económico, entendido como la percepción de un pago como contraprestación a la actividad.⁴⁵⁷

Ello permite englobar en el concepto de empresa todo tipo de entidades, con independencia de cualquier otro tipo de consideración.

Individuos, empresas públicas, organizaciones sin ánimo de lucro, administraciones locales y regionales o incluso el Estado central serán empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE si ofrecen un bien o un servicio en un mercado determinado a cambio de un precio.

El argumento acogido en ocasiones por la Comisión,⁴⁵⁸ según el cual la transferencia de fondos de un ente público a otro constituye una operación neutra y sin efectos en términos del control de las ayudas de Estado, es grave

⁴⁵⁷ El Tribunal de Justicia ha establecido en la sentencia *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* que, respecto a las actividades sin ánimo de lucro, que no solo se requiere el pago de una contraprestación, “sino que la entidad que efectúa tales operaciones en el mercado deb[e] ser considerada una empresa cuando dicha oferta compita con las de otros operadores con ánimo de lucro”. Si bien es una matización sin efectos prácticos en la inmensa mayoría de los casos, conviene tenerlo en cuenta. La cuestión es si puede existir un mercado si no hay ninguna empresa proveyendo el servicio o bien con ánimo de lucro. En nuestra opinión la respuesta es que sí es posible, y que el Tribunal debería ceñirse a exigir la condición de remuneración, sin más.

Además, la solución del Tribunal en este caso contradice su jurisprudencia en el caso *MOTOE*, en la que aceptó expresamente la posibilidad de que entidades sin ánimo de lucro sean consideradas empresas basándose meramente en la competencia recíproca entre ellas ya que “el éxito o la supervivencia económica de estas asociaciones depende, a largo plazo, de su capacidad para imponer en el mercado afectado las prestaciones que ofrecen, en detrimento de las que propone el resto de operadores”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2008, en el asunto C-49/07, *MOTOE* [2008] Rec.p.376, apartado 28.

⁴⁵⁸ “When the land is being redeveloped by local public authorities, these are the direct recipients of public funds under the measure. The transfer of resources from the Federal Republic of Germany and the federal states to the budget of the local authorities for carrying out land development projects represents an intrastate financial transfer between public authorities and therefore does not constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.” SA.36346 (2013/N) – Germany – GRW land development scheme for industrial and commercial use, Brussels, 27.03.2014, C(2014) 1811 final, apartado 35.

y fundamentalmente erróneo. La naturaleza pública o privada del receptor de los fondos estatales es irrelevante. Hay que atenerse al carácter económico de sus actividades, y basar exclusivamente en dicho carácter económico su designación como empresa.⁴⁵⁹

Es cierto que no es en absoluto intuitivo el admitir la posibilidad de que una administración pública pueda ser beneficiaria de fondos estatales y ser calificada como empresa, pero una vez se asume plenamente la definición funcional del término, se es consciente que ésta es la única respuesta válida.

Por ejemplo, en el caso **Liverpool City Council Cruise Liner Terminal**, la Comisión decidió que la construcción de una terminal portuaria financiada por el gobierno británico y la UE, y gestionada y explotada comercialmente por el ayuntamiento directamente, convertía a éste en una empresa a efectos de las normas sobre ayudas de Estado.⁴⁶⁰

En la sentencia **Leipzig-Halle**, comentada en el primer capítulo de esta tesis, las demandantes alegaron que el organismo encargado de la explotación del aeropuerto no constituía una empresa. El operador del aeropuerto, *Flughafen Leipzig/Halle GmbH*, es una sociedad pública de responsabilidad limitada, participada únicamente por diversas administraciones locales y regionales.

⁴⁵⁹ “La intención de las autoridades...es desplegar una red de nueva generación para conectar todas las sedes de la Administración Pública dependientes de la Generalitat... [E]l hecho de que una autoridad pública establezca su propia red pública para satisfacer sus necesidades de conectividad a internet (en lugar de adquirir tales servicios a operadores privados) no supone una ventaja económica para los beneficiarios, siempre que éstos no ejerzan una actividad económica”. Ayuda de Estado n° N 407/2009 – España, *Fibra óptica en Cataluña (Xarxa Oberta)* Bruselas, 11.08.2010, C(2010)5696, apartados 82 y 83.

⁴⁶⁰ State aid SA.35720 (2014/NN) (ex 2012/PN) – United Kingdom *Liverpool City Council Cruise Liner Terminal*, Brussels, 11.03.2014, C(2014) 1289 final, apartado 54.

La empresa matriz del operador, también una empresa pública, y las autoridades alemanas alegaron ante el Tribunal General que la construcción de la pista sur no constituía una actividad económica. Para ello emplearon diferentes argumentos:

En primer lugar, ningún inversor privado invertiría en un aeropuerto regional como el de Leipzig-Halle, ya que no existía ninguna perspectiva de rentabilidad de la inversión. Al no poder repercutirse los gastos de construcción sobre los usuarios a través de las tasas, que no eran fijadas libremente sino aprobadas por la autoridad aeroportuaria del Land, era imposible obtener un retorno normal de mercado para una inversión de este tipo.

Las tasas recaudadas además no constituirían, según las demandantes, una contrapartida por la construcción de la nueva pista, lo que sería otra prueba más de la ausencia de carácter económico de la construcción. Tampoco el objeto de los aeropuertos regionales sería la realización de una actividad económica en un hipotético mercado competitivo por los servicios aéreos regionales. En su lugar, esta actividad respondería a consideraciones propias de la política de transportes y de desarrollo regional, que son objetivos y funciones de índole política, y no económica.

Tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia rechazaron esta argumentación, que mezcla elementos relativos a la intención de las autoridades que concedieron la ayuda y la ausencia de rentabilidad de la actividad.

Ninguno de los dos argumentos es válido cuando se trata de determinar la calificación de una entidad como empresa. Ambos tribunales consideraron que el operador del aeropuerto desarrollaba una actividad

económica, que se beneficiaría de la construcción de la pista, por lo que ambas serían indisociables, permitiendo calificar como empresa al beneficiario de la medida.⁴⁶¹

Otros, un último, ejemplo de calificación como empresa de una entidad pública lo encontramos en el examen de la reconstrucción de un **teleférico en el Monte Sněžka**, propiedad del ayuntamiento Pec pod Sněžkou en la República Checa, y operado por una empresa de derecho privado participada en un 71% por el ayuntamiento. La Comisión calificó en este caso al ayuntamiento como una empresa haciendo valer el pago de un canon por parte de la empresa pública al ayuntamiento, en cuanto propietario del teleférico.⁴⁶²

Las personas físicas en principio quedarán excluidas del concepto de empresa, ya que, si bien consumirán bienes y servicios en el mercado, normalmente su papel estará limitado a ser un consumidor, y no proveerán bienes y servicios en un mercado competitivo, que es el elemento definitorio de la empresa. No obstante, al ser el concepto de empresa funcional, cabe la posibilidad – y existen precedentes de ello⁴⁶³– de que un individuo sea

⁴⁶¹ Véase supra Apartado 1.4 y 1.5.

⁴⁶² “By constructing the new cableway, the municipality is engaged in the provision of transport infrastructure. The municipality provides this transport infrastructure, against remuneration, to the operator of the cableway, which is to be chosen by a public tender. The municipality therefore offers a service on the market, and the Court has accordingly qualified the provision of transport infrastructure as an economic activity. The municipality is hence to be regarded as an undertaking.” State aid N 702/2009 – Czech Republic Aid for the reconstruction of a cableway on Mount Sněžka, 29.09.2010, apartado 21.

Finalmente, la Comisión rechazó la calificación de la medida de financiación como ayuda de Estado basándose en la ausencia de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.

⁴⁶³ “In the case at hand the income tax exemption in respect of awards in the cultural sphere will be applicable both to natural and legal persons. Private individual beneficiaries of certain artistic or R&D awards will generally not be considered as undertakings carrying out economic activities in respect of the activities that are supported under the present notification. This may be different in the case of legal or natural persons being the beneficiary of specific types of artistic awards, as they will usually have an economic activity and may thus have to be qualified as

calificado como empresa si realiza actividades económicas consistentes en ofrecer bienes y servicios por un precio. Además, las ayudas a los particulares, cuando están sujetas a condiciones como el uso que ha de hacerse de la ayuda, pueden resultar en una ventaja indirecta en favor de una o varias empresas.⁴⁶⁴

Si atendemos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las entidades dedicadas a la prestación de servicios educativa y de protección de la salud están sujetas a un régimen particular.

Los hospitales pueden ser, y serán generalmente, empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE. La Comisión ha establecido al respecto que la prestación remunerada de servicios de salud se considerará una actividad económica. En este sentido, como hemos mencionado antes, es indiferente si el pago proviene de los pacientes o de otras fuentes.

El Tribunal ha impuesto en los dos ámbitos referidos, educación y cuidado de la salud, una limitación, que se resume básicamente en que es necesario que exista una relación entre el pago y los servicios prestados para que la actividad sea económica.

Este vínculo será establecido fácilmente cuando sea el paciente o un seguro privado el que sufrague el gasto hospitalario, pero probablemente no se dé cuando es el Estado el que corre con los gastos del hospital, independientemente, si no por completo, sí en gran medida, de los servicios

undertakings.” State aid NN 44/2007 (ex N 32/2006) – Czech Republic Income tax exemption on awards and donations in the cultural sphere, 30.09.2009, C (2009)7375, apartado 21.

⁴⁶⁴ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2011, en el asunto C-403/10 P, *Mediaset* [2011] Rec.p.533.

concretos prestados.⁴⁶⁵ Podría argumentarse para defender la ausencia de actividad económica propiamente dicha, que una cosa es que la remuneración no tenga necesariamente que reflejar el coste del servicio, y otra cosa es que ni tan siquiera refleje el pago por un servicio.⁴⁶⁶

No obstante, la Comisión no comparte aparentemente esta opinión, y ha juzgado que tanto la existencia de pagos de los pacientes y sus seguros privados, como de la seguridad social y las transferencias del Estado permiten calificar como empresa a la entidad gestora del hospital, con independencia de si es pública o privada.⁴⁶⁷

El hecho de que el servicio prestado sea un servicio público o de interés económico general no altera la calificación como empresa del beneficiario, pero se podrá descartar la existencia de una ventaja, y con ella la presencia de una ayuda de Estado, si se cumplen las condiciones *Altmark*,⁴⁶⁸ tratadas más adelante en este mismo capítulo.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ En el caso *IRIS*, por ejemplo, las transferencias presupuestarias en favor del hospital tomaban en cuenta principalmente el número de días de tratamiento de los pacientes atendidos, pero el cálculo incluía otras variables. Véase Commission Decision of 5.7.2016, on State aid SA.19864 - 2014/C (ex 2009/NN54) implemented by Belgium, *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, Brussels, 5.7.2016, C(2016) 4051 final, apartado 46 (a)

⁴⁶⁶ “En el presente caso, ha quedado acreditado que el SNS, gestionado por los ministerios y demás entidades a que se refiere la denuncia presentada por la demandante, se rige por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, mediante cotizaciones sociales y otras contribuciones estatales, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal. Por lo tanto, dichos organismos no actúan como empresas en su actividad de gestión del SNS.” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de marzo de 2003, en el asunto T-319/99, *FENIN* [2003] Rec.p.50, apartado 39.

⁴⁶⁷ Commission Decision of 5.7.2016, on State aid SA.19864 - 2014/C (ex 2009/NN54) implemented by Belgium, *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, Brussels, 5.7.2016, C(2016) 4051 final.

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747.

⁴⁶⁹ Véase infra Apartado 3.2.3.

Respecto al sector educativo, el Tribunal de Justicia ha considerado, en el asunto **Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania**,⁴⁷⁰ que las actividades educativas pueden ser económicas, aun cuando sean realizadas por una Congregación religiosa:

“El hecho de que el eje de la actividad de las iglesias sea normalmente el desempeño de una labor religiosa, espiritual y social no excluye por sí solo que haya actividades concretas de las iglesias que puedan, no obstante, considerarse actividades económicas, ya que la calificación de actividad económica o no económica debe hacerse de manera separada para cada actividad desempeñada por una determinada entidad”.⁴⁷¹

En consecuencia, la financiación de un inmueble dedicada a dichas tareas educativas –o a cualquier otra actividad que se pueda considerar económica– puede implicar una ventaja, siendo la Congregación religiosa propietaria del inmueble en este caso considerada una empresa a efectos del artículo 107.1 TFUE.

Pero, al igual que respecto a las prestaciones sanitarias, surge la cuestión de si la financiación de las tareas educativas constituye bajo cualquier circunstancia una actividad económica.

Según el Tribunal, no es el caso:

“[N]o cabe afirmar [que constituye una actividad económica] por lo que respecta a los cursos impartidos por determinados centros que forman parte de un sistema público de enseñanza y que se financian, total o parcialmente, con cargo a fondos públicos. En efecto, al

⁴⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496.

⁴⁷¹ Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 16 de febrero de 2017 en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.135, apartado 38.

*establecer y mantener tal sistema público de enseñanza, financiado por lo general con cargo a fondos públicos y no por los alumnos o por sus padres, el Estado no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple su misión hacia la población en los ámbitos social, cultural y educativo.*⁴⁷²

Sorprende, o al menos debería sorprender, la referencia a la intención de los poderes públicos. Siendo la definición de empresa funcional, y dado que la actividad económica es un concepto objetivo, basado en el ofrecimiento de bienes o servicios a cambio de un precio, debería ser irrelevante la intención de las autoridades. El Tribunal, en nuestra opinión, debería haberse ceñido al análisis de la actividad beneficiada por la medida.

Como hemos señalado anteriormente, si existe un pago por un servicio, aunque el pago no cubra todo su coste, desde el momento en que exista un vínculo de causalidad –los fondos estatales se transfieren bien para que se preste el servicio, o bien porque se presta el servicio– se debería calificar la actividad como económica. La toma en cuenta de otros factores o elementos de juicio conllevaría una enorme inseguridad jurídica y dejaría al arbitrio de la Comisión el decidir, caso por caso, si sigue la regla o se desvía de ella para tomar en cuenta otros elementos como la intención de las autoridades u otras aún más inadecuadas.

El Tribunal se ha referido en su decisión, también erróneamente en nuestra opinión, al cumplimiento por el Estado de su misión hacia la población en los ámbitos social, cultural y educativo. Con ello hace referencia al concepto de ejercicio de prerrogativas de poder público, aplicado por el TJUE con el efecto de permitir que actividades remuneradas no se consideren económicas, pero que en nuestra opinión no debería tener cabida en el sistema

⁴⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartado 50.

de control de las ayudas de Estado, como argumentaremos en el siguiente apartado.

3.1.1 El ejercicio de prerrogativas de poder público

La característica más destacada de la noción de ejercicio de prerrogativas de poder público es que, como señaló en su día el Abogado General Tesauro, el Tribunal de Justicia no ha definido este concepto de modo abstracto.⁴⁷³ Esta afirmación hecha en 1993 sigue siendo válida a día de hoy.

Como ocurre con el concepto de ayuda de Estado, la noción de poder público está sujeta a cambios y ha de adaptarse a la realidad de cada momento. Es por ello que el Tribunal ha analizado hasta ahora caso por caso y en base a un examen ad hoc la cuestión de si una actividad deriva del ejercicio del poder público del Estado o es, por el contrario, una actividad comercial.

El Abogado General Mayras, en sus conclusiones al caso *Reyners*, definió la autoridad pública como “*aquella que deriva de la soberanía, del imperium del Estado; implica, para el que la ejerce, la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público, poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos*”.⁴⁷⁴

A su vez, el TJUE se ha referido, como elementos que han de tomarse en cuenta a la hora de identificar una actividad como propia del ejercicio de poderes públicos, a la naturaleza, el objeto y las normas a las que está sujeta.⁴⁷⁵ Sin embargo, el Tribunal no ha definido claramente esos tres elementos, sino que ha desarrollado una serie de indicios utilizados para

⁴⁷³ Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesauro, presentadas el 10 de noviembre de 1993, en el asunto C-364/92, *Eurocontrol* [1993] Rec.p.878, apartado 9.

⁴⁷⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Henri Mayras, presentadas el 28 de mayo de 1974 en el asunto 2/74, *Reyners* [1974] Rec.p.59, apartado III.1

⁴⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994, en el asunto C-364/92, *Eurocontrol* [1994] Rec.p.43, apartado 30.

determinar que una actividad deriva del ejercicio de los poderes públicos del Estado. Entre estos indicios se incluyen los siguientes⁴⁷⁶:

- el otorgamiento de poderes coercitivos a la entidad que ejerce la actividad;⁴⁷⁷
- la regulación de la actividad como un monopolio natural;
- la consideración de la competencia en relación con la actividad como indeseable e imposible;
- la ausencia de ánimo de lucro;⁴⁷⁸
- la imposibilidad de que la actividad sea realizada por una empresa privada con ánimo de lucro
- la incapacidad de fijar el nivel de remuneración de la actividad por la entidad que la realiza;⁴⁷⁹
- la obligación de realizar la actividad en beneficio de todos los usuarios o beneficiarios, con independencia de circunstancias tales como el incumplimiento de una obligación de pago obligatorio.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ La Comisión se ha referido en el pasado a otros indicios, que sin embargo han quedado obsoletos o bien el Tribunal de Justicia ha desautorizado la interpretación de la Comisión. Por ejemplo, en la decisión sobre las subvenciones en Bélgica a las autoridades portuarias por el ejercicio de actividades de poder público consideró que la imposibilidad práctica y teórica de obtener ingresos por la actividad era un requisito para considerarla un ejercicio de un prerrogativa de poder público. La sentencia Eurocontrol invalidó esta tesis, por lo demás bastante acertada y que se alinea con la lógica de la definición de actividad económica como una actividad remunerada. Aide d'État n° N 438/2002 - Belgique *Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique* Bruxelles, le 16.10.2002 C(2002)3763fin.

⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, en el asunto C-138/11, *Compass-Datenbank* [2012] Rec.p.449, apartado 40.

⁴⁷⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Giuseppe Tesauero, presentadas el 10 de noviembre de 1993, en el asunto C-364/92, *Eurocontrol* [1993] Rec.p.878, apartado 9.

⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, en el asunto C-138/11, *Compass-Datenbank* [2012] Rec.p.449, apartado 39.

⁴⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994, en el asunto C-364/92, *Eurocontrol* [1994] Rec.p.43, apartado 28.

La Comisión, en su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal, ha identificado en la jurisprudencia del Tribunal y en sus propias decisiones una serie de actividades como ejemplos de ejercicio de prerrogativas de poder público y, por tanto, de actividades no económicas, a las que se puede añadir algunas más extraídas de su práctica. Nótese que en ningún caso ha de tomarse esta lista o cualquier otra como un *numerus clausus*:

- las actividades del ejército y la policía;
- la seguridad y el control de la navegación aérea;
- el control y la seguridad del tráfico marítimo;
- la vigilancia anticontaminación;
- la organización, financiación y ejecución de las penas de prisión;
- el desarrollo y revitalización de suelo público por parte de las autoridades públicas;
- la recopilación de datos para ser utilizados con fines públicos, basada en una obligación legal de declaración de dichos datos impuesta a las empresas en cuestión;
- las medidas de lucha contra incendios;
- los servicios meteorológicos;⁴⁸¹
- el control de pasaportes y aduanas,⁴⁸²
- las operaciones de dragado,⁴⁸³ y

⁴⁸¹ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 262 de 19.7.2016, p. 1/50, apartado 17.

⁴⁸² State aid SA.35738 (2012/N) – Greece – *Aid for the upgrading of Katakolo port*, Brussels, 19.06.2013, C(2013) 3548 final, apartados 39 a 43.

⁴⁸³ State aid SA.35720 (2014/NN) (ex 2012/PN) – *United Kingdom Liverpool City Council Cruise Liner Terminal*, Brussels, 11.03.2014 C(2014) 1289 final, apartados 66 a 69. Aunque, en sentido contrario cuando el drenaje está directamente relacionado con actividades económicas, se considerará también una actividad económica (State Aid SA.42538 (2015/N)

- el estudio de viabilidad y de impacto medioambiental de una infraestructura que una vez construida será explotada comercialmente.⁴⁸⁴

Además, en consideración de la sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, debería añadirse a esta lista las actividades educativas que se insertan en el sistema público de enseñanza primaria y secundaria, aun cuando se trate de enseñanza concertada.⁴⁸⁵

Todas estas actividades están por lo demás sujetas a los demás principios tratados anteriormente, como la disociación de las distintas actividades realizadas por la entidad beneficiaria para determinar, respecto a

– Latvia *Dredging of the Port of Ventspils*, Brussels, 25.11.2015, C(2015) 8224 final, apartado 34). Véase infra pág.265.

⁴⁸⁴ Statsstøttesag N 157/2009 – Danmark, *Finansiering af planlægningsfasen for den faste forbindelse over Femern Bælt*, Bruxelles, den 13.7.2009, K(2009) 5513 endelig, apartados 28 a 30. En nuestra opinión esta decisión no ha de tomarse como un precedente. Véase, en sentido opuesto, State aid SA. 34940 (2012/N) – *Port of Augusta* – Italy, Brussels, 19.12.2012 C(2012) 9468 final, apartados 44 a 47.

⁴⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartados 55 y 56. La “*educación pública organizada dentro del sistema nacional de educación, financiada predominantemente o enteramente por el Estado y supervisada por este*” figura en la Comunicación de la Comisión que contiene el *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación* (D.O.U.E. C 198 de 27.6.2014, p. 1/29) entre las actividades que “*suelen ser de naturaleza no económica*”. También lo son las actividades de I+D independiente para mejorar los conocimientos y la comprensión y la difusión de forma no discriminatoria ni exclusiva de los conocimientos.

En nuestra opinión, sin embargo, ello constituye un error y en ningún caso debe considerarse que la enseñanza concertada es parte del ejercicio de prerrogativas de poder público. La educación financiada con fondos públicos podrá, a lo sumo, considerarse un servicio de interés económico general, que en el ámbito de las ayudas de Estado presupone la existencia de una empresa⁴⁸⁵ y requiere el cumplimiento de condiciones muy precisas, en particular respecto a los límites a la compensación del servicio.

cada una de ellas por separado, si se ven afectadas o no por la medida potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado.⁴⁸⁶

Haciendo abstracción de la práctica del Tribunal y la Comisión, que excluyen sin más la calificación como económico del ejercicio de prerrogativas de poder público, en nuestra opinión, la definición de empresa como una entidad que ofrece bienes y servicios en un mercado determinado a cambio de un precio no debería verse alterada en ningún caso.

De hecho, el propio Tribunal de Justicia ha contrapuesto las actuaciones del Estado “*ejerciendo la autoridad pública a las actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado*”.⁴⁸⁷ Es decir, que el ejercicio de la actividad pública no será una actividad económica si no implica la oferta de bienes y servicios en un mercado.

El ejercicio de prerrogativas de poder público, de acuerdo con esta interpretación, no constituiría por tanto una excepción a la regla general que vincula actividad económica y calificación como empresa, sino que sería un tipo concreto de aplicación del principio de base.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en el caso **Eurocontrol**,⁴⁸⁸ obvió la norma general.

⁴⁸⁶ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo, de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartados 222 a 233.

State aid SA.35738 (2012/N) – Greece – *Aid for the upgrading of Katakolo port*, Brussels, 19.06.2013, C(2013) 3548 final, apartados 17 a 19 y 39 a 43.

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987, en el asunto 118/85, *Comisión/Italia*, [1987] Rec.p.283, apartado 7.

⁴⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994, en el asunto C-364/92, *Eurocontrol* [1994] Rec.p.43. El caso se refería a un posible abuso de posición dominante por parte de Eurocontrol, y no tiene relación directa con el ámbito del control de las ayudas

Eurocontrol es una organización internacional, con competencia para establecer y recaudar tarifas, fijadas por cada Estado miembro, de los usuarios del espacio aéreo. Una vez recaudados dichos tributos, el importe es transferido a los Estados, previa deducción de una cantidad destinada a cubrir sus gastos de recaudación. El Tribunal reseñó, en su sentencia sobre este caso, que Eurocontrol estaba obligada a realizar sus actividades de control de la navegación en el espacio aéreo en beneficio de toda aeronave que efectuara un vuelo sobre el territorio de los Estados miembros, incluso cuando la aeronave no hubiese pagado las tarifas correspondientes.

Siguiendo las normas generales, la conclusión debería haber sido que Eurocontrol ejercía una actividad económica, consistente en la prestación de un servicio –la actividad de control de la navegación aérea – a cambio de una remuneración –las tarifas cobradas de las compañías aéreas.

De hecho, el Tribunal reconoció que las *“tarifas no son sino la contrapartida, exigida a los usuarios, por la utilización obligatoria y exclusiva de las instalaciones y servicios de control de la navegación aérea”*⁴⁸⁹ y que *“Eurocontrol asegura de este modo, por cuenta de los Estados contratantes, misiones de interés general cuyo objeto es contribuir al mantenimiento y a la mejora de la seguridad de la navegación aérea”*.⁴⁹⁰

El Tribunal ha puesto especial énfasis en el hecho de que, pese a que las prerrogativas de poder público pueden ser remuneradas, ello no permitirá calificar sin más la actividad como económica y a la entidad como empresa,

de Estado. Pero esto es irrelevante, dado que, como ya hemos dicho, el concepto de empresa es común al conjunto del derecho de la competencia, por lo que las soluciones adoptadas en cada una de sus subcategorías son aplicables a las demás, incluida a la de las ayudas de Estado

⁴⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994, en el asunto C-364/92, *Eurocontrol* [1994] Rec.p.43, apartado 16.

⁴⁹⁰ *Ibíd.*, apartado 27.

si se trata de una remuneración prevista por la ley, y no determinada, directa o indirectamente, por el organismo que realiza la actividad.

Como hemos visto, el hecho de que no sea la propia entidad la que fije la remuneración de sus servicios no debería tener sin embargo ningún efecto sobre la calificación de los mismos como económicos, del mismo modo que no la tiene el hecho de que la remuneración no cubra los costes del servicio o la naturaleza no lucrativa de la entidad.

La existencia de una remuneración y la referencia por el Tribunal a *misiones de interés general* abogan claramente, desde la perspectiva del sistema de control de las ayudas de Estado, por considerar la actividad como económica, y, concretamente, un servicio de interés económico general.⁴⁹¹

En la sentencia *Aéroports de Paris*, el Tribunal de Justicia intentó identificar las características que diferencian el ejercicio de prerrogativas de poder público de las actividades económicas.

En este caso, las actividades examinadas consistían en “*organizar, explotar y desarrollar... instalaciones de transporte civil aéreo... destinadas a facilitar la llegada y salida de los aviones, guiar la navegación, garantizar el embarque, desembarque y conducción a tierra de los viajeros, mercancías y correo transportados por avión, así como todas las instalaciones anejas*”.⁴⁹²

En primer lugar, el Tribunal disoció la existencia de prerrogativas de poder público respecto a una parte de las actividades de la entidad con la calificación inmediata de la entidad como no empresarial. Confirmó además la distinción establecida por el Tribunal de Primera Instancia “*entre, por una*

⁴⁹¹ Véase infra Apartado 3.2.3.

⁴⁹² Sentencia de 24 de octubre de 2002 en el asunto C-82/01P, *Aéroports de Paris* [2002] Rec.p. I-9297, apartado 2.

*parte, las actividades puramente administrativas [del gestor aeroportuario], en particular las funciones de policía, y, por otra parte, las actividades controvertidas de gestión y explotación de los aeropuertos..., remuneradas mediante tasas comerciales que varían según el volumen de negocios realizado”.*⁴⁹³

También quiso distinguir este asunto del caso Eurocontrol, en el que las “*actividades de la entidad correspondiente estaban vinculadas, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que estaban sujetas, al ejercicio de prerrogativas que son típicas del poder público, y [en el] que ninguna de dichas actividades era disociable de las demás*”,⁴⁹⁴ circunstancias que no se daban en este otro caso.

Si bien intuitivamente se pueden identificar las diferencias entre las funciones de control del tráfico aéreo examinadas en el caso Eurocontrol de aquellas como el embarque y desembarque de pasajeros, consideradas económicas en el caso Aéroports de Paris, se echa en falta un criterio estable que permita sobre todo anticipar qué actividades serán consideradas prerrogativas de poderes públicos y cuáles no, pero además también valorar adecuadamente la conveniencia o no de retener esta figura jurídica.

La jurisprudencia descrita ha sido traspuesta al control de las ayudas de Estado, pero tampoco en este ámbito han definido el Tribunal o la Comisión el concepto de “*prerrogativas típicas del poder público*”.

En la sentencia Leipzig-Halle, el Tribunal de Primera Instancia confirmó la decisión de la Comisión en cuanto a que “*determinados costes [financiados a través de las medidas examinadas] se encuadran en el ámbito*

⁴⁹³ *Ibíd.*, apartado 76.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, apartado 81.

*del ejercicio de funciones públicas. Estos costes corresponden a las funciones de seguridad y policía, las medidas de lucha contra incendios y seguridad pública, seguridad operativa, el Servicio Meteorológico alemán y el Control del tráfico aéreo. Así pues, la Comisión concluyó en... la Decisión que, en la medida en que se encuadren en el ámbito del ejercicio de funciones públicas, los costes en cuestión no pueden ser considerados ayuda estatal*⁴⁹⁵.

Aunque es indiscutible que dichos servicios deben ser financiados por el Estado, la cuestión es si se ha de considerar que quedan completamente al margen de los mecanismos de control –y en particular del control de proporcionalidad y la prevención de financiación cruzada con otras actividades– previstos por estas normas.

El riesgo de una expansión aleatoria de la exención basada en el ejercicio de prerrogativas de poder públicos no es meramente hipotética, y encontramos ejemplos en la práctica de la Comisión de decisiones que se contradicen a la hora de calificar un servicio como económicos o bien como ejercicio de un poder público.

El caso del saneamiento de terrenos contaminados es una actividad respecto a la que puede dudarse razonablemente que constituya una actividad económica o el ejercicio de un poder público. La Comisión y el TJUE no solo no han resultado esta duda, sino que la han acrecentado.

En el caso **Diego Cali**, relativo a una alegación de abuso de posición dominante contra la sociedad Servizi ecologici porto di Genova (SEPG) por los pagos impuestos por ésta a la demandante en concepto de servicios de

⁴⁹⁵ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en los asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 225.

prevención de la polución y de descontaminación, el Abogado General consideró “*la protección del medio ambiente y, en concreto, las actividades de supervisión y control de la aplicación efectiva de la legislación y las prácticas encaminadas a prevenir los accidentes que atentan contra el medio ambiente, constituyen actividades de los poderes públicos, es decir, de las autoridades públicas*”.⁴⁹⁶

En la correspondiente sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó la opinión del Abogado General:

“*[L]a vigilancia anticontaminación que SEPG debe llevar a cabo en el puerto petrolero de Génova constituye una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado en materia de protección del medio ambiente en el dominio marítimo.*

De este modo, tal actividad de vigilancia, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, se vincula al ejercicio de prerrogativas relativas a la protección del medio ambiente, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado.”⁴⁹⁷

Recientemente,⁴⁹⁸ la Comisión también ha considerado que el saneamiento de terrenos para su posterior desarrollo urbanístico, industrial y comercial no era una actividad económica, sino que constituía una expresión de las obligaciones o tareas públicas del Estado (*public duties/public tasks*),

⁴⁹⁶ Conclusiones del Abogado General George Comas, presentadas el 10 de diciembre de 1996, en el asunto C-343/95, *Diego Cali* [1997] Rec.p.482, apartado 60.

⁴⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997, en el asunto C-343/95, *Diego Cali* [1997] Rec.p.1547, apartados 22 y 23.

⁴⁹⁸ SA.36346 (2013/N) – Germany – *GRW land development scheme for industrial and commercial use*, Brussels, 27.03.2014, C(2014) 1811 final.

concretamente, de ordenación urbana. Ha de entenderse la mención de las obligaciones públicas como referida a prerrogativas de los poderes públicos.

En este caso, la Comisión valoró, para descartar que existiera una ayuda de Estado, la obligación que recaía sobre los propietarios, tanto públicos como privados de los terrenos, de reembolsar cualquier beneficio que obtuvieran a raíz de la venta de los terrenos saneados. Este elemento no se tuvo en cuenta en el asunto Leipzig-Halle, en el que se descartó la existencia de una ventaja directa constitutiva de una ayuda de Estado respecto a la financiación de la infraestructura dedicada a las tareas de poder público desarrolladas en el aeropuerto, pero no se exigió que los usuarios del mismo pagaran una contraprestación por dichas actividades.

También encontramos situaciones en las que la posible ayuda a las empresas beneficiarias indirectas de la medida ha sido descartada por la Comisión por la ausencia de selectividad de la ventaja indirecta obtenida.⁴⁹⁹

Mientras tanto, en otros casos se ha adoptado una tercera solución, intermedia, en que los usuarios han simplemente de ser tratados todos en igualdad de condiciones, por lo que, si bien no se exige en principio el pago por los servicios calificados como de poder público, ello será obligatorio para

⁴⁹⁹ “However, the dredging in question is to be regarded as public works in the general interest, which cannot be regarded as conferring a selective economic advantage to any particular operator in the Mersey estuary... The Commission therefore concludes that in the present case dredging is a public work aimed at maintaining access to maritime routes for the benefit of the maritime community as a whole. As such it appears to be expenditure incurred by the State in the framework of its responsibilities for planning and developing a maritime transport system in the interest of the general public and hence does not benefit a particular undertaking. Against this background, the Commission concludes that the grant awarded to MDHC for dredging the River Mersey does not constitute state aid.” State aid SA.35720 (2014/NN) (ex 2012/PN) – United Kingdom Liverpool City Council Cruise Liner Terminal, Brussels, 11.03.2014 C(2014) 1289 final, apartados 66, 68 y 69.

proteger el principio de igualdad, si algunos de los usuarios pagan por dichos servicios.⁵⁰⁰

A estas contradicciones se suma una de mucha mayor enjundia, y es que la Comisión ha considerado las actividades de saneamiento, en otras ocasiones, como actividades económicas, demostrando la inestabilidad del concepto de ejercicio de prerrogativas de poder público:

En el año 2002, despachó con dos frases la cuestión de si el apoyo financiero prestado mediante fondos estatales para el saneamiento de terrenos contaminados y terrenos abandonados constituía una ventaja selectiva en favor de una empresa.⁵⁰¹

Más relevante aun, en las actuales Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía, adoptadas en 2014, la Comisión ha regulado explícitamente “*las ayudas para el saneamiento de*

⁵⁰⁰ “*At an airport, activities such as air traffic control, police, customs, firefighting, activities necessary to safeguard civil aviation against acts of unlawful interference and the investments relating to the infrastructure and equipment necessary to perform these activities are considered in general to be of a non-economic nature...Therefore, if in a given legal system it is normal that airlines or airport operators bear the costs of certain services, whereas some airlines or airport operators providing the same services on behalf of the same public authorities do not have to bear those costs, the latter may benefit from an advantage, even if these services are themselves considered to be non-economic.*” Commission Decision of 15.10.2014 on State aid, SA.26500 - 2012/C, implemented by Germany for Flugplatz Altenburg-Nobitz GmbH and Ryanair Ltd., Brussels, 15.10.2014 C(2014) 7369 final, apartados 173 y 174.

⁵⁰¹ “*The ‘Dereliction Aid Grant’ involves the use of State resources as UK public funding is made available for the remediation of contaminated land, brownfield land and derelict land. The measure is selective, as it is limited to undertakings engaging in the remediation of contaminated land, brownfield land and derelict land. The measure has the potential to affect trade between Member States as it cannot be excluded that enterprises benefiting from the measure will be engaged in activities which are subject of trade between Member States.*” State Aid N 385/2002 – United Kingdom Support for Land Remediation, Brussels, 11-06-2003 C(2003) 1741fin, apartado 5.2.1. Véase también sobre esta decision PIEKÉ, W. Y GHOREISHI, A. “State aid control and regeneration: rubber stratjacket or passepartout?” en Competition Policy Newsletter, Number 3, Autumn 2003, págs.17 a 20.

*terrenos contaminados*⁵⁰², lo que, dado que su financiación es calificada como ayuda de Estado, implica que dichas actividades se consideran económicas.

Las Directrices definen además los terrenos contaminados como terrenos en los que “*se ha confirmado la presencia, provocada por el hombre, de tal nivel de sustancias peligrosas que suponen un riesgo significativo para la salud humana o el medio ambiente, teniendo en cuenta el uso actual del terreno y su futuro uso aprobado*”.⁵⁰³ Dado que incluyen los casos más graves de contaminación, es inverosímil que deba diferenciarse entre las actividades de descontaminación cubiertas por las Directrices y otras distintas vinculadas a los poderes exorbitantes de la administración, que, hipotéticamente, no se considerarían económicas.

Similares contradicciones se dan en la práctica del Tribunal sobre las operaciones de drenaje, que en ocasiones han sido consideradas expresión del ejercicio de prerrogativas de poder público⁵⁰⁴ y, en otras, operaciones comerciales corrientes⁵⁰⁵, sin que existan razones convincentes que justifiquen una u otra elección. Esta diversidad de pareceres parece responder simplemente a un cambio de opinión de la Comisión, guiada por una percepción más crítica de los efectos de estas medidas sobre la competencia.

⁵⁰² Comunicación de la Comisión — Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020, D.O.U.E. C 200 de 28.6.2014, p. 1/55, apartado 18 d).

⁵⁰³ Comunicación de la Comisión — Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020, D.O.U.E. C 200 de 28.6.2014, p. 1/55, apartado 19.29.

⁵⁰⁴ State aid SA.35720 (2014/NN) (ex 2012/PN) – *United Kingdom Liverpool City Council Cruise Liner Terminal*, Brussels, 11.03.2014, C(2014) 1289 final, apartado 54.

⁵⁰⁵ State Aid SA.42538 (2015/N) – *Latvia Dredging of the Port of Ventspils*, Brussels, 25.11.2015 C(2015) 8224 final y State aid SA.38302 (2014/N) — *Italy Investment Aid to the Port of Salerno*, Brussels, 27.03.2014, C(2014) 1865 final.

En definitiva, la jurisprudencia y las decisiones de la Comisión demuestran que el concepto de prerrogativas de los poderes públicos es un ente extraño que no se adapta con soltura al sistema de control de las ayudas de Estado. La definición funcional de la noción de empresa se ve completamente relegada por apreciaciones formales, en lo que es una desviación evidente, y en nuestra opinión injustificada y peligrosa, de la regla. Ésta existe con el objetivo, claro y coherente, de evitar una aplicación divergente del derecho de la UE en función de las diferentes formas jurídicas que adoptan estas entidades en cada Estado miembro.⁵⁰⁶

Siguiendo esta misma lógica, no deberían aplicarse soluciones distintas según cuáles sean las prerrogativas que se otorguen a los potenciales beneficiarios de las ayudas de Estado en cada sistema jurídico nacional. Esta circunstancia no excluye ni atenúa los potenciales efectos distorsionadores de la medida y, al contrario que respecto, por ejemplo, a los servicios de interés económico general, no existe ni tan siquiera una excepción expresa en relación al ejercicio de los poderes públicos en los Tratados.

Consecuencia de ello, nos encontramos con una práctica indecisa⁵⁰⁷ que incurre en contradicciones con los principios fundamentales que rigen

⁵⁰⁶ SCHWEITZER, H. “Services of General Economic Interest: European Law’s Impact on the Role of Markets and of Member States”, en *Market Integration and Public Services in the European Union* Cremona M (ed), Oxford University Press, Oxford, págs.11 a 62, en pág.20.

⁵⁰⁷ Véase State aid N 110/2008 – Germany – Port infrastructure - *Public financing of the JadeWeserPort Project*, 10.12.2008, C 137/2009, apartados 52 a 64, en particular apartado 53, en los que la Comisión expresa sus dudas sobre la consideración de dos compañías que desarrollaban actividades económicas en forma de alquiler de terrenos públicos a los operadores portuarios y la construcción de infraestructuras portuarias, constituían o no una empresa. Las dudas surgían por el hecho de que la Comisión consideró estas actividades como un ejercicio de poder público:

“The Commission notes that the question whether entities such as JIB and JWPR are engaged in an economic activity is complex and may give rise to diverging interpretations... As far as JIB is concerned, the Commission notes that its activities... are limited to the ownership of the ground and to the supervision of the rent agreement that it has signed with JWPR...”

dicho sistema, pero también en contradicciones internas, con decisiones incompatibles sobre medidas análogas. Esta situación es aprovechada por los Estados miembro para alegar con fruición el ejercicio de sus potestades de poder público a fin de evitar la legítima aplicación de las normas de control de las ayudas de Estado sobre sus actos; y es respondida por la Comisión con un uso a veces arbitrario del enorme margen de discrecionalidad del que dispone en esta materia.

Paradójicamente, sea cual fuere la finalidad con la que el Tribunal de Justicia concibió la transposición de esta figura jurídica al ámbito del control de las ayudas de Estado, sus efectos podían y pueden alcanzarse sin dificultades a través de otras vías más ortodoxas.

Éstas consistirían en la declaración de la ausencia de distorsión de la competencia, en los casos en que la actividad no se desarrolle en el marco de un mercado competitivo, o de la ausencia de una ventaja en favor de los beneficiarios directos e indirectos, cuando el servicio no constituye una carga que debería normalmente recaer sobre el presupuesto de las empresas. En ambos casos, la medida no sería declarada una ayuda de Estado sin necesidad de rechazar su carácter económico, derivado del pago de una remuneración.

E incluso, si por razones excepcionales no pudiese rechazarse la existencia de un mercado para el servicio y de una ventaja para el beneficiario

Against this background, it might be argued that JIB can primarily be regarded as acting on behalf of the State for the creation of a general infrastructure in the economic interest of the society, which is also an argument that counters any assumption of advantage for JIB. JWPR will construct terminal related infrastructure, in particular the quays and the reinforcement of the embankments necessary for the operation of the container terminal. The tariffs paid by Eurogate to JWPR, ... are integral part of the concession contract. In the light of the above, the Commission notes that it might be argued that JWPR can primarily be regarded as acting on behalf of the State for the creation of a general infrastructure in the economic interest of the society.”

directo, siempre podría diseñarse la financiación del servicio de forma que cumpliera con las condiciones aplicables a las compensaciones por la prestación de un servicio de interés económico general, que, como veremos, reúne muchas de las características que el TJUE ha aplicado a las prerrogativas de poder público.

Creemos por las razones expuestas que el análisis de la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado al ejercicio de prerrogativas de poder público debería repensarse, y que fruto de esa reflexión debería alinearse con la aplicación de las normas generales, de manera análoga a lo sucedido con la financiación de infraestructuras a partir de la sentencia Leipzig-Halle.

3.1.2 Las infraestructuras generales y la exclusión de la calificación como empresa de sus propietarios y operadores

En el anterior apartado hemos defendido que una entidad que ejerza la autoridad pública, si es en forma de actividad remunerada, debe ser considerada una empresa a efectos del artículo 107.1 TFUE. Inversamente, siguiendo con la misma lógica, las actividades que son prestadas sin recibir remuneración por ellas no son económicas y las entidades que las prestan no son empresas.

En el caso de las infraestructuras financiadas con fondos estatales, éstas pueden ser puestas a disposición de los usuarios de manera gratuita.

Las infraestructuras cuyo uso no es objeto de remuneración por los usuarios ni beneficia selectivamente a ninguno de ellos, se denominan, en el ámbito del control de las ayudas de Estado, *infraestructuras generales*. Se puede encontrar también el término *infraestructura pública* para referirse a estas infraestructuras, especialmente en las decisiones que preceden a la sentencia Leipzig-Halle.⁵⁰⁸ Este término es sin embargo equívoco, puesto que, como hemos señalado, la titularidad pública o privada es irrelevante a estos efectos: podrán, por tanto, existir infraestructuras públicas cuyo uso es de pago, que no serán *infraestructuras generales*.

⁵⁰⁸ Commission Decision of 12.X.2006 on the State aid n° C 11/2005 (ex N 21/2005) *planned by Germany for the construction of an ethylene pipeline in Bavaria*, Brussels, 12.X.2006, C (2006)4386 final, apartado 43.

La Comisión ha confundido en no pocas ocasiones la construcción y operación por el Estado de *infraestructuras generales* con el ejercicio de poderes públicos por el Estado.⁵⁰⁹

Como hemos visto en el anterior apartado, el ejercicio de los poderes públicos implica la facultad de usar prerrogativas que se desvían del Derecho común, tratando en ocasiones el Tribunal de Justicia y la Comisión, sin un criterio claro, estas actividades como no económicas, con independencia de la remuneración o no del servicio.

Las *infraestructuras generales*, por el contrario, se definen por la ausencia de remuneración por su uso. Es por ello posible que coincidan la construcción u operación de una infraestructura con el ejercicio de prerrogativas de poder público, pero la existencia de prerrogativas de poder público u otras consideraciones tomadas en cuenta por el Tribunal y la Comisión, distintas de la existencia de una remuneración deberían ser intrascendentes. En decisiones recientes la confusión entre ambas figuras ha quedado superada.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ SA.36019 (2014/NN) – Belgium, *Financing of road infrastructure in the vicinity of a real estate project* – Uplace, Brussels, 08.01.2016, C(2016) 9678 final.

Commission Decision of 19 July 2006 on the measure n° C 35/2005 (ex N 59/2005), *which the Netherlands are planning to implement concerning broadband infrastructure in Appingedam*, Brussels, C (2006) 3226 final, apartado 33.

State aid SA.35738 (2012/N) – Greece – *Aid for the upgrading of Katakolo port*, Brussels, 19.06.2013, C(2013) 3548 final, apartados 39 a 43.

State aid n° N 284/2005 – *Ireland Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (“MANs”)*, phases II and III, Brussels, 08.III.2006, C(2006)436 final, apartados 35 y 36.

⁵¹⁰ “According to the case-law, activities that normally fall under State responsibility in the exercise of its powers as a public authority are not of an economic nature and do not fall within the scope of the State aid rules... Moreover, public funding of general infrastructure that is not meant to be commercially exploited, such as public roads, bridges or canals, is in principle excluded from the application of the State aid rules, provided it is made available for public use without consideration.” State aid SA. 39177(2015/N) — Hungary, *The*

En el caso de las *infraestructuras generales*, el propietario y el operador de la infraestructura financiada no recibirán ninguna remuneración ni, por tanto, realizarán actividad económica alguna en relación con la infraestructura, por lo que no serán considerados empresas.

Como veremos, esta financiación puede, no obstante, dar lugar a una ventaja selectiva al nivel de los usuarios.

Cuando los usuarios sean personas físicas que no realizan ninguna actividad económica a través del uso de la infraestructura, tampoco ellos serán considerados empresas y cualquier ventaja en su favor será irrelevante desde el punto de vista de las normas sobre control de las ayudas de Estado. Si las personas físicas o cualquier entidad usuaria de la infraestructura desempeña actividades económicas por medio de la infraestructura, podrán también quedar exentos de la consideración de beneficiarios de una ayuda de Estado si la ventaja en su favor no es selectiva. Este supuesto será tratado al final de este capítulo.

La Comisión, antes de la adopción de la sentencia Leipzig-Halle, se había fijado fundamentalmente en los efectos de la infraestructura sobre los usuarios para identificar las *infraestructuras generales* –o públicas, como las denominó en algunas de estas decisiones. En consecuencia, el énfasis en estos casos recaía sobre la condición de selectividad, y no sobre la consideración del propietario u operador como empresas.⁵¹¹

Intermodal Development of the Port of Baja, Brussels, 21.8.2015, C(2015) 5803 final, apartado 41.

⁵¹¹ “*The advantage must be considered to be selective and the pipeline cannot be regarded as ‘public infrastructure’*. *State funding for the construction or management of transport infrastructure is not always regarded as aid within the meaning of Article 87(1)...* *In the case at hand, unlike ports, airports and motorways, the infrastructure is not for the general public, but for business only. It favours solely some undertakings, namely*

En la actualidad el examen de la calificación como *infraestructura general* es mucho más sistemático. Mientras sigue analizándose dicha calificación respecto a los usuarios, descartándose la ausencia de una ventaja selectiva cuando la infraestructura se considere dedicada,⁵¹² se ha incluido por sistema el análisis de una ayuda al nivel del propietario y del operador de la infraestructura.

A éstos no les será imputable el ejercicio de una actividad económica vinculada a dicha infraestructura cuando su uso sea gratuito. Ello descartará por tanto la calificación como empresa de esas entidades y la existencia de una ayuda de Estado a dicho nivel.

El ejemplo más ilustrativo de una *infraestructura general* es sin duda el de las carreteras: si una carretera no es de peaje, su financiación no dará lugar a una ventaja en favor del propietario y operador de la misma. Si, por el contrario, se financia con fondos estatales una autopista de peaje, el operador y el propietario de la misma constituirán empresas y, como tales, potenciales beneficiarios de una ayuda de Estado.

En la decisión en el caso Network Rail, muy anterior a la sentencia Leipzig-Halle, la Comisión ya estableció que en general, la financiación de la construcción y gestión de las infraestructuras de transporte no ha de considerarse una ayuda en el sentido del artículo 107.1 TFUE, si el acceso a la infraestructura está abierto de forma no discriminatoria a todos los usuarios potenciales. Pero precisó también que, si el gestor de la infraestructura

a very limited number of players of one particular branch of the chemical industry in one part of one Member State.” Commission Decision of 12.X.2006, on the State aid n° C 11/2005 (ex N 21/2005) planned by Germany for the construction of an ethylene pipeline in Bavaria, Brussels, 12.X.2006. C (2006) 4386final, apartado 44.

State aid No N 657/1999 – *UNITED KINGDOM Business Infrastructure Development*, Brussels, 12.01.2001, SG(2001) D/ 285044, pag.5.

⁵¹² Véase infra Apartado 3.3.2.2.

desarrolla una actividad económica, habrá de examinarse si la financiación con fondos estatales a esa entidad implica la concesión de una ayuda de Estado, ya que dicha financiación puede otorgarle una ventaja competitiva.⁵¹³

En el caso de las carreteras, la condición de desarrollo de una actividad económica se traduce en que su financiación será potencialmente relevante a efectos del control de la concesión de ayudas de Estado únicamente si su utilización por el usuario no es gratuita, sino que conlleva el pago de peajes o tasas.⁵¹⁴ Solo en ese caso se considerará que la infraestructura es objeto de una actividad económica lo que dará lugar a que el operador y el propietario sean calificados como empresas.⁵¹⁵

⁵¹³ “The Commission holds the view that, in general, State funding for the construction or management of transport infrastructure is not to be regarded as aid within the meaning of Article 87.1 of the Treaty, if access to the infrastructure is open to all potential users on non-discriminatory terms. However, if the body managing the infrastructure is pursuing an economic activity, any State grant to that body has to be examined for State aid implications, as the grant may provide a potential competitive advantage to the beneficiary”. State aid No N 356/2002 – United Kingdom Network Rail, Brussels, 17.07.2002 C(2002)2622fin. Véase también State aid N° N 649/2001 – United Kingdom, Freight Facilities Grant (FFG), Brussels, 20.12.2001 C(2001)4512 final, apartado 46.

⁵¹⁴ En España dicha posibilidad está prevista en el artículo 22.2 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, Boletín Oficial del Estado, 30 de septiembre de 2015, núm. 234, p. 88476.

⁵¹⁵ “The Concessionaire is a private law company, which is responsible for constructing and subsequently operating and exploiting the infrastructure in question. According to established Court jurisprudence, whenever an entity is engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed, it can be considered as an undertaking for the purposes of EU competition law. According to the Leipzig-Halle judgment, the construction of an infrastructure which shall be commercially exploited constitutes an economic activity. Since this is the case for the Aegean motorway, the funding of the construction and subsequent operation of such infrastructure falls within the scope of EU state aid rules. Since the Aegean motorway will be commercially exploited by the Concessionaire, the latter is therefore considered to be an undertaking for the purposes of state aid assessment”. State aid SA.36877 (2013/N) – Greece – Reset of Greek Motorway concession projects - Aegean Motorway S.A. – Brussels, 13.12.2013 C(2013) 9275 final.

Por el contrario, la construcción o mantenimiento de una carretera de uso gratuito no tiene relevancia desde el punto de vista de las ayudas de Estado.

Esa fue la conclusión, por ejemplo, respecto a la los enlaces con el *Hinterland*, el área adyacente, construida como parte del **enlace fijo de Fehmarn**.⁵¹⁶ El enlace fijo consistía en un túnel excavado bajo el estrecho de Fehmarn que uniría la isla homónima en Alemania y la de Lolland en Dinamarca, proporcionando una conexión directa por ferrocarril y carretera.⁵¹⁷ El diseño, la construcción y la operación del enlace fijo sería llevado a cabo por una empresa pública danesa (Femern A/S) creada *ex profeso* para realizar dichas actividades.

Para financiar el proyecto, la empresa contrataría préstamos en los mercados internacionales, beneficiándose de las garantías que le prestaría el estado danés. La empresa también financiaría la conexión del enlace fijo con la infraestructura adyacente –una autopista que enlaza las localidades de Rødbyhavn y Sakskøbing en territorio danés, que sería acondicionada y administrada por el gobierno danés. Dicha conexión sería puesta a disposición de los usuarios de manera gratuita, en tanto que el acceso al enlace fijo requeriría el pago a Femern A/S, como operador, de un peaje fijado por el ministro de transporte de Dinamarca. Los ingresos por dichos pagos serían empleados por Femern A/S para reembolsar los préstamos contraídos.

⁵¹⁶ State aid SA.39078 (2014/N) – Denmark Financing of the Fehmarn Belt Fixed Link project, Brussels, 23.07.2015, C(2015) 5023 final. Un enlace fijo una infraestructura que une dos masas de tierra separadas por un cuerpo de agua, como un estrecho.

⁵¹⁷ Véase RUSSIÑOL MUSSONS, M. “La política europea de transportes: análisis de los efectos territoriales de los enlaces fijos”, Universitat Politècnica de Catalunya. Departament d'Infraestructura del Transport i del Territori, 2008-06. Disponible en: <https://upcommons.upc.edu/handle/2099.1/5869> [Consulta: 7 de abril de 2018]

La Comisión concluyó que la financiación de la infraestructura de acceso gratuito que unía el enlace fijo con la autopista no favorecía de la realización de ninguna actividad económica, por lo que Femern A/S no constituiría una empresa en lo que respecta exclusivamente al diseño y la construcción de dicha infraestructura.⁵¹⁸

Con respecto a la ventaja lograda a través de la garantía del estado danés para obtener la financiación que permitiera la construcción de la autopista que uniría a Alemania con Dinamarca a través del enlace fijo, al ser de peaje, debería haberse considerado a Femern S/A como una empresa, con independencia de cualquier otro factor o característica del proyecto. Así se desprende de la definición de empresa y de las actividades económicas descrita más arriba y aplicada en una práctica consolidada en relación con las infraestructuras viarias y, en particular, las autopistas de peaje.⁵¹⁹

La Comisión sin embargo expresó dudas sobre la consideración de Femern S/A como una empresa debido a que las tarifas del peaje no eran fijadas por el operador de la autopista sino por el Estado directamente a través del ministerio de transporte.

⁵¹⁸ “The road hinterland connection is made available free of charge to all users and provides a benefit to the population as whole. As they are not commercially exploited and as there is not a market in Denmark for the operation of public roads, the Commission considers that A/S Femern Landanlæg is not engaged in economic activity when it plans, construct and operates the road hinterland connections and therefore does not constitute an undertaking for the purposes of Article 107 (1) of the Treaty”. State aid SA.39078 (2014/N) – Denmark Financing of the Fehmarn Belt Fixed Link project, Brussels, 23.07.2015, C(2015) 5023 final, apartado 52.

⁵¹⁹ “The Concessionaire is a private law company, which is responsible for constructing and subsequently operating and exploiting the infrastructure in question... Since the Aegean motorway will be commercially exploited by the Concessionaire, the latter is therefore considered to be an undertaking for the purposes of state aid assessment”. State aid SA.36877 (2013/N) – Greece – Reset of Greek Motorway concession projects - Aegean Motorway S.A. – Brussels, 13.12.2013 C(2013) 9275 final, apartado 41.

La Comisión contrapuso esta situación a la que regía la operación del enlace fijo de Øresund, que une mediante un puente de peaje las ciudades de Copenhague y Malmö. La comisión había adoptado tan solo unos meses antes una decisión sobre las garantías prestadas por los gobiernos danés y sueco para la construcción y operación del puente por un consorcio creado conjuntamente por ambos gobiernos.⁵²⁰ En este caso, por lo demás idéntico al del enlace fijo de Fehmarn, la Comisión concluyó que el consorcio no constituía una empresa con respecto a las infraestructuras de acceso gratuito que conectaban el puente con la red vial en Suecia y Dinamarca, pero sí lo era en relación a la construcción y explotación del puente de peaje. En este caso, el consorcio podía fijar el importe del peaje, sujeto únicamente a la obligación de maximizar los beneficios y cancelar así sus deudas cuanto antes.⁵²¹

En el caso de la infraestructura germano-danesa, la Comisión consideró que la fijación del precio directamente por el Estado, y sin margen de maniobra en favor del operador para variarlo lo más mínimo, era una situación atípica. Basándose en la jurisprudencia relativa al ejercicio de los poderes públicos,⁵²² la Comisión consideró que, aunque el operador no ejerciera una actividad vinculada al ejercicio de poderes públicos, el mero hecho de que se aplicara un precio al uso de la infraestructura no era suficiente para concluir que la actividad tenía carácter económico si el importe lo fijaban

⁵²⁰ State aids SA.36558 (2014/NN) and SA.38371 (2014/NN) – Denmark, State aid SA.36662 (2014/NN) – Sweden, *Aid granted to Øresundsbro Konsortiet*, Brussels, 15.10.2014, C(2014) 7358 final.

⁵²¹ *Ibid.*, apartados 68 a 72.

⁵²² “[L]a circunstancia de que un producto o servicio prestado por un organismo público y vinculado al ejercicio por éste de prerrogativas de poder público se preste a cambio de una remuneración prevista por la ley, y no determinada, directa o indirectamente, por dicho organismo, no basta por sí misma para calificar a la actividad ejercida de actividad económica, y al organismo que la ejerce de empresa.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2012, en el asunto C-138/11, *Compass-Datenbank GmbH* [2012] Rec.p.449, apartado 39.

directamente las autoridades.⁵²³ No quiso sin embargo pronunciarse claramente sobre la cuestión, amparándose en que en todo caso la posible ayuda cumplía las condiciones de compatibilidad con el mercado interior, por lo que sería aprobada con independencia de su consideración o no como ayuda de Estado.

Es criticable el uso que ha hecho en este caso la Comisión de la jurisprudencia Eurocontrol, que es de por sí censurable.⁵²⁴ Es únicamente en el contexto del ejercicio de los poderes públicos –y con las salvedades y críticas ya expresadas– que cabe justificar que el pago por un bien o servicio no determina su consideración como actividad económica, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Este intento de aplicar sin base alguna la excepción a la norma de vinculación entre el pago y la existencia de una actividad económica es una prueba más de lo desacertada y nociva que es la postura adoptada por el Tribunal, ignorando una norma que, en nuestra opinión, debería ser inamovible. Dado que la decisión ha sido recurrida ante el TJUE,⁵²⁵ es deseable que éste se pronuncie claramente sobre la cuestión y, confiemos, disipe todas las dudas sobre esta cuestión.

En cualquier caso, y al margen de la pequeña incertidumbre que supone esta decisión, la regla general es que únicamente los operadores y propietarios de infraestructuras que no sean explotadas económicamente no

⁵²³ “While it is not apparent that Femern A/S exercises an activity connected to the exercise of public powers, it follows from the case-law that, were this to be the case, the mere fact that it charges a fee for the provision of goods or services does not necessarily suffice to conclude that this provision is an economic activity in situations where the level of the consideration is set directly by public authorities”. State aid SA.39078 (2014/N) – Denmark Financing of the Fehmarn Belt Fixed Link project, Brussels, 23.07.2015, C(2015) 5023 final, apartado 79.

⁵²⁴ Véase infra Apartado 3.2.1.

⁵²⁵ Asuntos pendientes T-630/15 - *Scandlines Danmark*, T-631/15, *Stena Line Scandinavia* y T-890/16 - *Scandlines Danmark*.

serán considerados empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE.⁵²⁶ La financiación de dichas infraestructuras será por tanto irrelevante a efectos de las normas sobre control de las ayudas de Estado.

Esta conclusión es extensible no solo a las carreteras libres de peaje, sino a cualquier otra infraestructura cuyo acceso sea ofrecido gratuitamente a los usuarios.

La rehabilitación de las **fortificaciones militares de Przemyśl** ofrece un ejemplo de la aplicación en un sector distinto del de las infraestructuras de transporte.⁵²⁷ Este proyecto, cofinanciado con fondos europeos y nacionales, consistía en la rehabilitación de diversos edificios militares y caminos que los unen, así como su adaptación para fines turísticos.

Las fortificaciones que se rehabilitarían datan de la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, y fueron construidas por el imperio austrohúngaro alrededor de la ciudad de Przemyśl, en la Galicia polaca. Las tropas del imperio ruso sometieron a la ciudad durante 133 días al sitio más largo de toda la Primera Guerra Mundial. Desde entonces, y como resultado del sitio y de las batallas entre los imperios austrohúngaro, prusiano y ruso, las fortalezas estaban en ruinas.

La mayoría de los fondos serían utilizados para la creación de una atracción turística al aire libre, de acceso libre y gratuito, dirigida a los visitantes interesados en la historia y la cultura.⁵²⁸ Ello incluía el acondicionamiento de caminos y carreteras que unen las distintas

⁵²⁶ State aid SA. 39177(2015/N) — Hungary *The Intermodal Development of the Port of Baja*, Brussels, 21.8.2015 C(2015) 5803 final, apartado 42.

⁵²⁷ State aid SA.34891 (2012/N) – Poland, *State support to Związek Gmin Fortecznych Twierdzy Przemyśl*, Brussels, 20.11.2012, C (2012) 8258 final.

⁵²⁸ *Ibíd.*, apartado 28.

fortificaciones y la creación de varias rutas didácticas. Dado que esta parte del proyecto únicamente servía para mejorar la accesibilidad a una infraestructura que no era explotada comercialmente, la financiación dedicada a estas actuaciones no tenía implicaciones desde el punto de vista de las ayudas de Estado.⁵²⁹

El proyecto sin embargo preveía también la rehabilitación de varios edificios históricos que sí serían explotados comercialmente: en el palacio Humniccy en Bircza, del siglo XVIII, se crearían salas de conferencias, y en la casa solariega del siglo XIX en Babice, un hotel. Pese a que la capacidad de ambas infraestructuras era extremadamente limitada – 20 personas de aforo por sala y 20 camas, respectivamente – y de que el gran número de alternativas en la zona hacían que no pudiese apreciarse que la medida tuviese un efecto sobre el comercio intracomunitario, ello careció de importancia a la hora de calificar como empresa al operador de la infraestructura.⁵³⁰

La conclusión es por tanto sencilla: si la infraestructura es explotada comercialmente, lo que se traduce en el cobro por su uso, y con independencia de la cuantía del precio, el operador y el propietario tendrán la consideración de empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE. Si, por el contrario, el acceso es libre y gratuito, la medida no constituirá una ayuda de Estado a esos dos niveles, sin perjuicio de la posible existencia de una ayuda de Estado en favor

⁵²⁹ “*Since in this regard the renovation financed by public money will serve the improved accessibility of an infrastructure which will be visited without any limitation and totally free of charge and this part of the project is not connected with any business activity, the Commission considers that this public funding will not support the conduct of any economic activity and therefore not benefit any undertaking within the meaning of EU competition law. Therefore, this financing does not constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.*” *Ibíd.*, apartado 29.

⁵³⁰ *Ibíd.*, apartados 30 a 32.

de los usuarios, cuestión que analizaremos más adelante, en el marco del análisis de la condición de selectividad.⁵³¹

3.1.3 La realización simultánea de actividades económicas y no económicas

En coherencia con la definición funcional del concepto de empresa, en el caso de que una entidad desarrolle tanto actividades económicas como no económicas, habrá de atenderse a la naturaleza de la actividad o actividades concretas que se beneficien de la potencial ventaja.⁵³²

Es frecuente que una infraestructura se emplee tanto para actividades económicas como no económicas. Las infraestructuras de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i) ofrecen un buen ejemplo de ello.

La Comisión ha perfeccionado su análisis en este ámbito a través de un gran número de casos, reflejándose este refinamiento en el Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, publicado en 2014.⁵³³

El arrendamiento de equipos o laboratorios a empresas, o las actividades de investigación por cuenta de empresas constituyen actividades a todas luces económicas. Por el contrario, la denominada investigación

⁵³¹ Véase infra Apartado 3.3.2.

⁵³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartados 59 a 64.

⁵³³ Comunicación de la Comisión, *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*, D.O.U.E. C 198 de 27.6.2014, págs. 1-29

fundamental⁵³⁴ o las tareas educativas que se lleven a cabo sin obtener remuneración por ellas, no son actividades económicas.

Una medida de financiación no constituirá una ayuda de Estado si la ventaja favorece únicamente a las actividades no económicas desarrolladas por el beneficiario.⁵³⁵ En base a la vinculación establecida en la sentencia Leipzig-Halle entre la construcción de la infraestructura y su uso posterior, la construcción de una infraestructura de investigación en la que no se vayan a realizar actividades económicas tampoco constituirá en sí misma una actividad económica.

Para garantizar que las actividades económicas no se benefician de la medida, es necesario que estén claramente separadas de las no económicas y que no haya ningún tipo de financiación cruzada en favor de las actividades económicas. Ello requerirá en general que la empresa lleve una contabilidad

⁵³⁴ La investigación fundamental se define como “trabajos experimentales o teóricos emprendidos con el objetivo primordial de adquirir nuevos conocimientos acerca de los fundamentos subyacentes de los fenómenos y hechos observables, sin perspectivas de aplicación o utilización comercial directa” Entendemos que la ausencia de perspectiva de utilización comercial directa implica que no pueda el resultado de la investigación no pueda ser objeto de explotación comercial, por lo que la actividad no será económica.

Comunicación de la Comisión, *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*, D.O.U.E. C 198 de 27.6.2014, págs. 1-29, apartado 15-M.

⁵³⁵ “Si... el órgano jurisdiccional remitente considerase que las actividades de enseñanza de la Congregación no subvencionadas por el Estado español constituyen una «actividad económica», tendría aún que comprobar si el salón de actos del colegio «La Inmaculada» se dedica a un uso que corresponda exclusivamente a una u otra de tales actividades de enseñanza, o a un uso mixto. En efecto, si el uso del salón de actos estuviese reservado únicamente a las actividades de enseñanza subvencionadas por el Estado español que [no se consideren económicas de acuerdo con los criterios fijados por el Tribunal], la exención fiscal controvertida en el litigio principal no podría estar comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 107 TFUE, apartado 1.” Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartados 59 y 60.

separada, de manera análoga a la división de cuentas exigida con respecto a los servicios de interés económico general.⁵³⁶

La Comisión lo ha codificado su práctica en varios instrumentos de derecho indicativo, como por ejemplo la guía analítica sobre infraestructuras hidráulicas,⁵³⁷ o el ya mencionado Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación:

*“Cuando la misma entidad desempeña actividades tanto de carácter económico como no económico, no se aplicará a la financiación pública de las actividades no económicas lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado, siempre y cuando quepa distinguir con claridad entre ambos tipos de actividades y entre sus respectivos costes, financiación e ingresos, de manera que se evite efectivamente la subvención indirecta de la actividad económica. La prueba de la adecuada distribución de costes, financiación e ingresos puede consistir en los estados financieros anuales de la entidad relevante.”*⁵³⁸

Esta norma es extensible a las situaciones en que es la infraestructura misma la que se utiliza para realizar tanto actividades calificables como

⁵³⁶ Véase infra Apartado 3.2.2.

⁵³⁷ *“If water infrastructure is used for both economic and non-economic activities, public funding for its construction will fall under the State aid rules only insofar as it covers the costs linked to the economic activities in question. In such cases, Member States have to ensure that the public funding provided for the non-economic activities cannot be used to cross-subsidize the entity's economic activities. This can notably be ensured by limiting the public funding to the net cost (including the cost of capital) of the non-economic activities, to be identified on the basis of a clear separation of accounts”* Infrastructure Analytical Grid for Water Infrastructures, [Disponible en:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_water_en.pdf Consultado el 25 de marzo de 2018]

⁵³⁸ Comunicación de la Comisión, *Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*, D.O.U.E. C 198 de 27.6.2014, págs. 1-29, apartado 18.

Véase Ayuda estatal N 318/2008 – España *Plan Nacional de I+D 2008-2011: Cooperación entre los sectores público y privado en los ámbitos del transporte y las infraestructuras*, Bruselas, 6.X.2008, C(2008)5725, apartado 34.

económicas como otras que no lo son. También en estos casos *“los Estados miembros tienen que garantizar que la financiación pública aportada para las actividades no económicas no podrá utilizarse para subvencionar de forma cruzada las actividades económicas. Esto puede garantizarse sobre todo limitando la financiación pública al coste neto (incluido el coste del capital) de las actividades no económicas, que se identificarán sobre la base de una clara separación de las cuentas.”*⁵³⁹

El Tribunal ha aplicado este principio en el caso de la Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, visto anteriormente, y que trata sobre la financiación de la reforma y ampliación del salón de actos de un colegio en el que se desarrollaban tanto actividades económicas como, potencialmente, no económicas:

“En este contexto, no se descarta que un mismo centro pueda ejercer diversas actividades, económicas y no económicas al mismo tiempo, siempre que mantenga una contabilidad separada por lo que respecta a la diferente financiación recibida, de modo que se excluya todo riesgo de subvención «cruzada» de sus actividades económicas mediante fondos públicos de los que se beneficia en relación con sus actividades no económicas”.⁵⁴⁰

Esta solución es coherente con la interpretación funcional de la noción de empresa, que toma en cuenta únicamente la naturaleza de la actividad favorecida por la medida, obviando cualquier otra consideración.

⁵³⁹ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E. C 262, 19.7.2016, p. 1–50, apartado 206.

⁵⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartado 51. Véase también *State aid No N 543/2006 – Cyprus, Creation of the Energy, Environment and Water Research Center (EEWRC)*, Brussels, 25.V.2007 C(2007) 2311, apartados 15 a 18.

La Comisión se ha desviado sin embargo de esta lógica, al permitir que se ignoren las ventajas incidentales en favor de lo las actividades, económicas, puramente accesorias (*ancillary activities*).

Esta excepción tiene una presencia destacada en el campo de la financiación de infraestructuras, donde la reciente comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda de Estado, ha consagrado su aplicación:

*“Si, en casos de uso mixto, la infraestructura se utiliza casi exclusivamente para una actividad no económica, la Comisión considera que su financiación podrá quedar excluida en su totalidad del ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales, siempre que el uso económico sea puramente accesorio, es decir, una actividad que esté relacionada directamente con el funcionamiento de la infraestructura y sea necesaria para el mismo, o que esté estrechamente vinculada a su principal uso no económico.”*⁵⁴¹

El principio de la divisibilidad de las actividades, expuesto anteriormente, queda en este caso relegado por razones puramente prácticas, de simplificación del sistema de control y de reducción de la carga de trabajo de la Comisión.

Inicialmente, el concepto de uso puramente accesorio de las actividades económicas había sido aplicado por la Comisión bien a medidas distintas de la financiación de infraestructuras⁵⁴² o bien, en este ámbito, con

⁵⁴¹ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E. C 262, 19.7.2016, p. 1–50, apartado 207.

⁵⁴² *“Through their work in the establishments the disabled persons produce goods and provide services (e.g. laundry services; tourism (pensions); manufacturing of craft (artistic) objects; honey production; green areas maintenance; food catering; etc.) which are later offered on the (predominantly local) market. This ancillary economic activity of the sectors is therefore instrumental to the main purpose of carrying out of the task of rehabilitation, social integration and offering occupation to disabled”*. Case N 558/2005 –

un propósito distinto al de esquivar la calificación como no económicas de las actividades accesorias:

La Comisión ha empleado este concepto al analizar la financiación de infraestructuras culturales –museos, por ejemplo– a efectos de determinar la compatibilidad de la medida con el mercado interior. Ha distinguido en estos casos las actividades principales, culturales y económicas, de las actividades accesorias, también económicas, pero no culturales. La financiación de infraestructuras culturales constituirá normalmente una ayuda de Estado. En el momento en que, por ejemplo, un museo organice actividades de pago, con independencia de si tienen carácter cultural o no, éstas se considerarán económicas. Es al analizar la compatibilidad con el mercado interior, cuando entra en juego la eventualidad de que la financiación repercute principalmente en beneficio de las actividades culturales y tan solo accesoriamente en las actividades no culturales. Si ese es el caso, entonces se analizará la compatibilidad de la medida en su conjunto bajo el artículo 107.3 (d) TFUE, que es una base específica aplicable a las ayudas culturales.

De hecho, la Comisión no solo había aplicado el razonamiento sobre las actividades accesorias con otro propósito, sino que, en decisiones anteriores a la publicación de la Comunicación sobre la noción de ayuda de Estado, había rechazado considerar que las actividades económicas accesorias realizadas en la infraestructura fueran subsumibles en las actividades principales, no económicas.

Así, en el caso de la reconstrucción de tres estadios deportivos en Belfast, decidió que, aun cuando los estadios fueran a utilizarse

Poland Support to Establishments of Professional Activity, Brussels, 27.06.2007 C(2007) 255, apartados 17 y 18.

predominantemente para actividades no profesionales –escolares, deporte amateur, etc.– con el objetivo de combatir el sectarismo en Irlanda del Norte, la mera existencia de un uso marginal del estadio para eventos profesionales era suficiente para que la explotación se calificara como económica.⁵⁴³

La cuestión está ahora sin embargo claramente regida por las disposiciones, detalladas, de la Comunicación de la Comisión sobre la noción de ayuda de Estado.

Ésta ampara la calificación de toda la infraestructura como no económica,⁵⁴⁴ siempre y cuando las actividades económicas accesorias a las, principales, no económicas, empleen los mismos insumos –es decir, que no haya divisiones en la infraestructura para las diferentes actividades– y no se dedique más de un 20% de la capacidad de la infraestructura a las actividades económicas.⁵⁴⁵ Posibles ejemplos serían una cafetería en un museo de acceso gratuito, o un parking de pago integrado en un edificio dedicado a actividades administrativas no comerciales. Además, las actividades económicas han de estar relacionadas directamente con las actividades principales y han de ser necesarias para garantizar la sostenibilidad financiera de la infraestructura.⁵⁴⁶

Si no se cumplen estas condiciones, y las actividades económicas y no económicas no están suficientemente separadas tal y como hemos descrito

⁵⁴³ State aid SA.37342 (2013/NN) – *United Kingdom Regional Stadia Development in Northern Ireland*, Brussels, 9.4.2014 C(2014) 2235 final, apartados 33,34, 51, 52, 68, 69 y 79.

⁵⁴⁴ Ello conllevará que ni el propietario ni el operador sean considerados empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE.

⁵⁴⁵ Según el caso, este 20% se podrá calcular en base a la superficie utilizada, o al tiempo dedicado a usos relacionados a las actividades económicas.

⁵⁴⁶ La Comisión proporciona el ejemplo de un organismo de investigación que ocasionalmente alquile sus equipos y laboratorios a socios industriales. Véase Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 262 de 19.7.2016, p. 1/50, apartado 207.

más arriba, se considerará al propietario y al operador de una infraestructura usada para ambos tipos de actividades como empresas potencialmente beneficiarias de una ayuda de Estado. Por el contrario, si ambas pueden separarse y se garantiza la ausencia de financiación cruzada entre las distintas actividades, la financiación únicamente de las actividades no económicas no dará lugar a la calificación ni de la operadora ni de la propietaria de la infraestructura como empresa, por lo que dicha medida no constituirá una ayuda de Estado.

3.2 La concesión de una ventaja a través de la financiación de infraestructuras

El vínculo que une la existencia de una ventaja y su selectividad a la calificación del beneficiario como empresa es meramente lógica, y no metodológica.

Es lógica, puesto que no puede haber una ventaja –objeto– sin un sujeto –la empresa beneficiaria que aprovecha dicha ventaja–, pero ambas condiciones están sujetas a condiciones y análisis completamente distintos que no presentan ningún punto de interacción. Sí que existen puntos de intersección entre la noción de ventaja y la condición de financiación por el Estado o con fondos estatales, ya que ésta exige que haya “*un vínculo suficientemente directo entre, por una parte, la ventaja concedida al beneficiario y, por otra, una mengua [o un riesgo concreto de mengua] del presupuesto estatal*”.⁵⁴⁷ También existen coincidencias entre el análisis de la existencia de una ventaja y el requisito de que la medida distorsione la competencia entre los Estados miembros, examinado en el próximo capítulo, ya que dicha distorsión presupone que el beneficiario obtenga una ventaja –y que ésta sea selectiva.

El Tribunal de Justicia ha definido la ventaja de diferentes maneras en su jurisprudencia.

En la sentencia SFEI, el Tribunal estableció que “[p]ara apreciar si una medida estatal constituye una ayuda, debe... determinarse si la empresa

⁵⁴⁷ No es preciso, sin embargo, que el importe de tal mengua se corresponda exactamente con el de la ventaja, pudiendo ambos ser distintos. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013, en los asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, Bouygues SA [2013] Rec.p.175, apartados 109 y 110.

*beneficiaria recibe una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado”.*⁵⁴⁸

Esta resolución enfocó la existencia de una ventaja a partir de la premisa de que una transacción, en condiciones normales de mercado, no otorga una ventaja a ninguna de las partes. Este principio ha sido aplicado en infinidad de ocasiones para descartar la existencia de una ayuda de Estado, y se ha institucionalizado a través del concepto del principio del operador en una economía de mercado, analizada en el siguiente apartado.

Esta es una definición negativa, que básicamente describe una situación, no la única, en la que no se existirá una ventaja. Su utilidad en el caso de la financiación de infraestructuras es además limitada, ya que éstas rara vez son financiadas por el mercado, por lo que la comparación con las condiciones normales de mercado requerida no siempre es materialmente posible.⁵⁴⁹

Una definición más general, y precisamente por ello más acertada, es la que parte de los requisitos asociados a la condición, distinta, de financiación de la medida con fondos estatales para abarcar todas las posibles variantes de ventajas en favor de una empresa. Como hemos visto, la financiación con fondos estatales *“comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones*

⁵⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, en el asunto C-39/94, *SFEI* [1996] Rec.p.285, apartado 60.

⁵⁴⁹ VON WENDLAND, B. *“State aid and public funding for Universities and other Research Organisations”*, en *Competition Policy Newsletter*, Number 2 – 2010, págs. 54 a 62, en págs. 61 y 62

*que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa”.*⁵⁵⁰

El alivio de una carga que normalmente recae sobre el presupuesto de una empresa puede emplearse como sinónimo de la concesión de una ventaja. Es así como se ha llegado a la definición de la ventaja como la reducción de “*los costes normalmente incluidos en el presupuesto de una empresa y que hayan de considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en las condiciones normales de mercado*”.⁵⁵¹

Esta definición se adecúa mejor a las circunstancias que rodean la financiación de infraestructuras. Por ejemplo, si se financiaran con fondos estatales las instalaciones de protección contra incendios en un aeropuerto, se estaría dotando de una ventaja selectiva al propietario si tomamos como criterio para la concesión de una ventaja económica que no hubiese podido ser obtenida en condiciones normales de mercado. Por el contrario, si el criterio para que se otorgue una ventaja es que se reduzcan los costes normalmente incluidos en el presupuesto de una empresa, se podría legítimamente excluir la existencia de una ventaja en favor de los usuarios, ya que éstos normalmente no deben correr con los costes de los servicios de poder público.

Vemos pues que la distinta definición del concepto puede tener un impacto significativo en el análisis de la existencia de ayudas de Estado en

⁵⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, en el asunto C-387/92, *Banco Exterior de España* [1994] Rec. p. I-877, apartado 13.

⁵⁵¹ Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016, en el asunto T-143/12, *Deutsche Post* [2016] Rec.p.406, apartado 110. Véase también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2006 en el asunto C-237/04, *Enirisorse* [2006] Rec.p.197, apartado 48 y la Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2004, en el asunto T-157/01, *Combus* [2004] Rec.p.76, apartado 57.

los proyectos de infraestructura, en especial respecto a los usuarios de las mismas.

De manera más general, la definición de la ventaja basada en la reducción de los costes normalmente soportados por las empresas permite también considerar que la compensación con fondos estatales de los sobrecostes de la prestación de un servicio de interés económico general no implica una ventaja,⁵⁵² pese a que el prestador no habría obtenido dicha compensación en condiciones normales de mercado.⁵⁵³

La regla general según la cual las ayudas de Estado se definen según sus efectos y no los objetivos de la financiación es plenamente aplicable también al análisis de la existencia de una ventaja.

La existencia de una ventaja no se ve por tanto afectada por el objetivo de la medida, por legítimo que éste sea. Por ejemplo, la financiación con fondos estatales otorgada a determinadas empresas para poner en pie de igualdad la tecnología que utilizan con otras con las que compiten no impide

⁵⁵² Véase infra Apartados 3.2.3 y en particular 3.2.3.3.

⁵⁵³ En otros ámbitos, sin embargo, esta interpretación del concepto de ventaja ha dado lugar a que el Tribunal se excediera en su interpretación restrictiva de la condición de existencia de una ventaja. En la sentencia *Combus*, por ejemplo, consideró que el pago con fondos estatales de una compensación a los empleados de una empresa pública con estatus funcional, antes de proceder a su conversión en una sociedad anónima de propiedad estatal, para que aceptaran renunciar a su estatus y pasar a ser personal laboral no confería una ventaja a la sociedad pública. Ésta adquirente de la empresa privatizada. Dicho adquirente debía, sin embargo, correr con los gastos de personal de todos los empleados de la empresa, tanto del personal funcional como del laboral. Es por tanto dudoso que no se le concediera una ventaja, aunque el Tribunal lo justificó porque “*la medida en cuestión tenía por objeto cambiar el régimen privilegiado y costoso de los funcionarios que trabajaban en Combus por un régimen de personal laboral comparable al de los trabajadores de otras empresas de transporte en autobús competidoras de Combus. Se trataba, pues, de liberar a Combus de una desventaja estructural con respecto a sus competidores privados.*” Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2004, en el asunto T-157/01, *Combus* [2004] Rec.p.76, apartado 57.

que dicha medida conceda una ventaja selectiva a los beneficiarios.⁵⁵⁴ Tampoco “*el hecho de que un Estado miembro se proponga aproximar, mediante medidas unilaterales, las condiciones de competencia en un determinado sector económico a las existentes en otros Estados miembros... desvirtúa el carácter de ayudas de estas medidas*”.⁵⁵⁵

Por el contrario, no concurrirá una ventaja si la empresa beneficiaria podía obtener la misma financiación puesta a su disposición mediante fondos estatales en condiciones normales del mercado, apreciación que se realiza aplicando en principio el criterio del inversor u operador privado en una economía de mercado.⁵⁵⁶

Las ventajas podrán además ser directas o indirectas.⁵⁵⁷ En el caso de la financiación de infraestructuras, y este es un punto que hemos mencionado ya de soslayo, es necesario examinar por eso la existencia de una ayuda de Estado a todos los posibles niveles en que pueda haberse concedido una ventaja directa o indirecta en favor de una empresa.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ State aid SA.36740 (2013/NN) – Lithuania, *Aid to Klaipėdos Nafta – LNG Terminal* Brussels, 20.11.2013, C(2013) 7884 final, apartado 87.

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, en el asunto C-372/97, *Italia c/ Comisión* [2004] Rec.p.234, apartado 67.

⁵⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2012, en el asunto C-124/10 P, *EDF* [2012] Rec.p.318, apartado 78.

⁵⁵⁷ Comunicación de la Comisión — Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, D.O.U.E C 198, 27 de junio de 2014, p.1, apartado 22.

Véase, descartando la ayuda indirecta al nivel del usuario: State aid SA.35720 (2014/NN) (ex 2012/PN) – *United Kingdom Liverpool City Council Cruise Liner Terminal*, Brussels, 11.03.2014 C(2014) 1289 final, apartados 66, 68 y 69.

⁵⁵⁸ State aid N 566/2007 – Greece – *Road infrastructure – Public financing of the Korinthos – Tripoli – Kalamata Motorway and of the Lefktro – Sparti Branch* Brussels, 30.01.2008 C(2008) 312, apartado 62.

3.2.1 Los distintos niveles de existencia de una ventaja y el Principio del Inversor en una Economía de Mercado.

Hemos señalado en el anterior apartado que, a efectos del control de las ayudas de Estado, el concepto de empresa no distingue en función de la naturaleza pública o privada de la misma.

Ello responde al principio enunciado en el artículo 345 TFUE, según el cual “[l]os Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.”

La igualdad de trato entre el sector público y el privado es otra emanación de esta regla. En virtud de este principio, no podrá considerarse que un ente público conceda ventaja alguna cuando utiliza fondos del mismo modo que lo haría cualquier otro inversor u operador en condiciones normales de mercado. En eso consiste en esencia el denominado Principio del Inversor o del Operador en una Economía de Mercado (PIEM y POEM respectivamente). En origen, el PIEM se aplicó para descartar que la participación del Estado en el capital de una empresa concediera a dicha empresa una ventaja si estaba guiada por la perspectiva de obtener una rentabilidad adecuada.

La financiación de una infraestructura con fondos estatales se otorga normalmente al propietario o al operador de la infraestructura.⁵⁵⁹ La entidad que recibe esta financiación será la potencial receptora de una ventaja directa. Pero la medida de financiación puede dar lugar a ventajas inducidas, o indirectas, en favor de empresas distintas de las receptoras inmediatas de los

⁵⁵⁹ A menudo, de hecho, coincidirán las funciones de operador y propietario, estando disociadas, por ejemplo, en el caso de las concesiones. State aid SA.39078 (2014/N) – Denmark *Financing of the Fehmarn Belt Fixed Link project*, Brussels, 23.07.2015 C(2015), 5023 final, apartados 2, 7 y 10.

fondos estatales. En particular, en favor del operador, si es distinto del propietario,⁵⁶⁰ y de los usuarios de la infraestructura.⁵⁶¹

Solo en casos excepcionales podrá descartarse la posible ventaja a cualquiera de los niveles de análisis, beneficiarios directos e indirectos, basándose en que la medida cumple con el principio del operador o inversor en una economía de mercado.

Ello se explica porque la financiación de infraestructuras por las administraciones no busca normalmente la obtención de rentabilidad, sino que responde a la voluntad de paliar una deficiencia de mercado, cuya mano además de invisible, permanecerá en este caso inmóvil, sin que sus mecanismos proporcionen la infraestructura requerida por la sociedad.⁵⁶²

⁵⁶⁰ Cabe también la posibilidad de que se considere al operador como si fuera propietario, aunque a efectos de la existencia de una ventaja sería irrelevante, pues en cualquier caso existiría una ventaja: “*As regards the possible existence of aid at the level of the port manager, although Freeport is not the owner of the new infrastructure, it does have the right to use the improved infrastructure until the end of its concession period – i.e. until 2080. As a result, Freeport will be able to handle more goods and benefit from the improved intermodal capabilities of the FoB.*” State aid SA.37402 (2013/N) — Hungary *The intermodal development of the Freeport of Budapest* Brussels, 18.12.2013, C(2013) 8992 final, apartado 42.

⁵⁶¹ Excepcionalmente, puede ocurrir que el operador y usuario de una infraestructura sufragada con fondos estatales sean la misma entidad, beneficiada indirectamente por la financiación, sin que ello tenga implicaciones relevantes a efectos del análisis de la existencia de una ayuda, que en principio debería seguir haciéndose a cada nivel por separado. Commission Decision of 15.10.2014 on State aid SA.20580 (C 31/2007) (ex NN 17/2007) *implemented by Ireland for Córás Iompair Éireann Bus Companies (Dublin Bus and Irish Bus)*, Brussels, 15.10.2014, C(2014) 7275 final

⁵⁶² “*Sweden has acknowledged that the municipality had initially hoped that private investors would finance the realisation of the arena, but it is not feasible to carry out the project without public funding. Consequently, the SEK 150 million grant for the construction of the arena gives an economic advantage to its owner, the Property Company, as it is necessary for the construction of the arena that would not have been built on market terms.*” Commission Decision, of 02.05.2013 on State aid SA.33618 (2012/C), which Sweden is planning to implement for *Uppsala arena*, Brussels, 02.05.2013, C(2013) 2362 final, apartado 36. Véase igualmente Commission Decision of 15.05.2013 on State aid SA.33728 (2012/C), which *Denmark is planning to implement for the financing of a new multiarena in Copenhagen* Brussels, 15.05.2013, C(2013) 2740 final, apartado 35.

No obstante, la transacción cumplirá en algunos casos con el PIEM o el POEM, neutralizando la posible ventaja respecto al propietario, operador, usuario u otros beneficiarios potenciales, como los constructores.

El Tribunal de Justicia y la Comisión han aceptado dos vías alternativas para que el Estado demuestre que el uso de los fondos estatales respeta el PIEM: bien probando que la infraestructura financiada ofrece una rentabilidad adecuada, o bien probando que la actuación del Estado es equivalente a la de otros inversores guiados por el ánimo de lucro.

La selección mediante un proceso competitivo de los beneficiarios directos o indirectos de la ayuda –propietarios, operadores, usuarios– no es suficiente para demostrar que la transacción está motivada por consideraciones estrictamente empresariales.

Asimismo, determinados instrumentos a través de los cuales se puede instrumentar la transferencia de fondos estatales son, por su propia naturaleza, incompatibles con el cumplimiento del PIEM.

Veamos a continuación ejemplos de todos estos principios, extraídos de decisiones de la Comisión y relativos a cada uno de los niveles en que es posible la presencia de una ayuda.

Como ya hemos señalado, normalmente la financiación en favor del propietario de una infraestructura no cumple con este principio, sino que, por el contrario, alivia una carga que normalmente debería haber recaído en el presupuesto del propietario.⁵⁶³ Así será, por ejemplo, cuando el proyecto es

⁵⁶³ “The Commission notes that the public financing to be provided for the project from Union and national sources clearly confers an economic advantage on Mahart insofar as the measure partially covers the investment costs that the latter would otherwise have had to bear to carry out the project. The Commission also notes that the financial assessment of the

financiado con Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, haciendo en ese caso inútil invocar el PIEM para evitar la calificación como ayuda de Estado:

Si la infraestructura genera ingresos netos,⁵⁶⁴ “[l]os gastos subvencionables de la operación que vayan a cofinanciarse con cargo a los Fondos EIE se reducirán por anticipado tomando en consideración el potencial que tenga la operación de generar ingresos netos a lo largo de un período específico de referencia que cubra tanto la ejecución de la operación como el período posterior a su finalización”.⁵⁶⁵

Es decir, a contrario, si la infraestructura fuera autosuficiente desde el punto de vista financiero, no podría beneficiarse de los FEIE. Y si no lo fuera, podrá obtener financiación de los FEIE, pero no podrá considerarse que la autoridad, al asignar los fondos, haya actuado como un inversor prudente en una economía de mercado, guiado por el anhelo de obtener un beneficio financiero: si bien el proyecto cofinanciado por la UE ha de ser financieramente sostenible, es habitual que el valor neto del proyecto sea

project included in the cost-benefit analysis... shows that the project has a negative funding gap, which makes it unlikely that Mahart could have obtained the necessary financing for this investment on the market without any State support. It therefore follows that the measure confers an economic advantage on Mahart.” State aid SA.37402 (2013/N) — Hungary, The intermodal development of the Freeport of Budapest, Brussels, 18.12.2013, C(2013) 8992 final, apartados 34 a 36.

⁵⁶⁴ Si no generara ingresos netos, con más razón habrá de descartarse que pudiera considerarse su financiación como compatible con el PIEM, dado que la ausencia de ingresos inmediatamente imposibilita la obtención de beneficios, que es en esencia lo que requeriría un inversor en una economía de mercado.

⁵⁶⁵ Artículo 61.2 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo, D.O.U.E. L 347, 20.12.2013, págs. 320–469

negativo, no cubriéndose los gastos operativos con los ingresos generados, a pesar de la subvención.⁵⁶⁶ También se exige que los proyectos financiados con FEIE no den lugar a un rendimiento excesivo del capital del promotor del proyecto, lo que garantiza por un lado la proporcionalidad de la ayuda,⁵⁶⁷ pero además descarta que pueda considerarse que un inversor prudente hubiese realizado la inversión, por lo que la financiación no cumplirá con el PIEM.⁵⁶⁸

Esta lógica ha de aplicarse también a cualquier subvención, que por naturaleza no ofrecerá a la entidad que la otorga una rentabilidad suficiente, ni permitirá, por lo tanto, excluir la concesión de una ventaja al propietario de la infraestructura en base al PIEM.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Guide to Cost-Benefit Analysis of Investment Projects Economic appraisal tool for Cohesion Policy 2014-2020, pág.49. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/cba_guide.pdf [Consulta: 15 de marzo de 2018]

⁵⁶⁷ *Ibíd.*

⁵⁶⁸ “[T]he Guide to cost-benefit analysis of investment projects..., places particular emphasis on two financial indicators to evaluate the financial sustainability of the investment, i.e. the financial net present value (FNPV) and the financial internal rate of return (FRR). The indicators measure the present amount of the net benefits flow generated by the investment and the capacity of the net revenues to remunerate the investment cost, respectively. In this case, the financial data shows a negative value of the FNPV, i.e. the generated revenues do not cover the investment costs of the projects. Given the result of the financial analysis submitted by the Lithuanian authorities, such investment would not have been carried out by a private investor. The Commission thus concludes that in the case at stake the State did not act in conformity with the market economy investor principle and that the measure in question confers an economic advantage to the port authority.” State aid No SA.30742 (N/2010) – Lithuania – Construction of Infrastructure for the Passenger and Cargo Ferries Terminal in Klaipėda, Brussels, 22.2.2012, C(2012) 939 final, apartado 50. Ayuda estatal SA.36953 (2013/N) — España, Ayuda a la inversión al Puerto de la Bahía de Cádiz, Bruselas, 18.09.2013, C(2013) 5824 final, apartado 35.

⁵⁶⁹ “The public funding will be provided through grants. A grant is a non-refundable financial instrument which bears no financing cost. At market terms, no such financing instrument in the form of a grant would be available to the beneficiary. Therefore, the public funding for the notified measure confers an economic advantage on the beneficiary.” State aid SA. 39177(2015/N) — Hungary The Intermodal Development of the Port of Baja,

Cabe sin embargo que la financiación en forma de inyección de capital o a través de instrumentos financieros⁵⁷⁰ sí cumpla con este principio, excluyendo con ello la existencia de una ayuda de Estado.

Para que así suceda, la decisión de proveer fondos ha de fundarse en “*evaluaciones económicas comparables a las que, en las circunstancias del caso, habría efectuado un inversor privado racional que se hallara en una situación lo más similar posible a la [de la entidad que transfiere los fondos], antes de llevar a cabo dicha inversión, con el fin de determinar la rentabilidad futura de ésta*”.⁵⁷¹ La prueba de la rentabilidad adecuada de la inversión con fondos estatales en una infraestructura requiere generalmente un análisis financiero de la medida muy detallado ya que “*la conformidad de una inversión pública con las condiciones de mercado debe probarse de manera exhaustiva*”.⁵⁷²

La primera de las dos vías admitidas para probar el cumplimiento del PIEM es la demostración de que el proyecto provee a la administración o a la entidad interpuesta que suministra la financiación una tasa de rendimiento sobre la inversión (*Return on investment, ROI*) que sería aceptable para un inversor en condiciones normales de mercado.

Brussels, 21.8.2015 C(2015) 5803 final, apartado 49. Véase también State Aid SA.42538 (2015/N) – Latvia *Dredging of the Port of Ventspils*, Brussels, 25.11.2015, C(2015) 8224 final, apartado 39.

⁵⁷⁰ Respecto a las garantías, véase sección 3ª de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía D.O.U.E. C 155, 20.6.2008, págs. 10–22.

⁵⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de junio de 2012, en el asunto C-124/10 P, *EDF* [2012] Rec.p.318, apartados 84 y 85.

⁵⁷² 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*, D.O.U.E. C 25, 26.1.2013, págs. 1–26

En la decisión sobre la financiación concedida al Puerto de Santa Cruz de Tenerife para la construcción de una sección portuaria de mercancías para el PSCT en Granadilla de Abona, en la costa sudoriental de la isla, la Comisión siguió las directrices contenidas en la Guía del análisis costes-beneficios de los proyectos de inversión de la Comisión, a la que nos hemos referido anteriormente.

El análisis financiero del proyecto mostraba un valor actual neto financiero negativo (-150.8 millones de euros) y, consecuentemente, la tasa interna de rendimiento financiero era notablemente baja (- 1.58%), haciendo que la previsión de ingresos no cubriera los costes de inversión del proyecto.⁵⁷³ Estos datos demostraban que la financiación no se dio en circunstancias que hubieran sido aceptables para un inversor privado, por lo que la medida confería una ventaja económica al Puerto de Santa Cruz de Tenerife, propietario de la nueva infraestructura y beneficiario directo de la medida.⁵⁷⁴

En el caso de la financiación de los estudios cinematográficos Ciudad de la Luz, de Alicante, la Comisión examinó la inversión en dichos estudios realizada por la Generalitat de Valencia. La Comisión, tras criticar los sonrojantes intentos de ocultación de datos y las informaciones falsas facilitadas por las autoridades españolas,⁵⁷⁵ tomó también en este caso como

⁵⁷³ Ayuda estatal SA.36223 (2013/N) – España, *Ayuda a la inversión concedida al Puerto de Santa Cruz de Tenerife*, Bruselas, 05.06.2013, C (2013) 3167 final,

⁵⁷⁴ *Ibíd.*

⁵⁷⁵ “Las autoridades españolas no habían facilitado estos estudios antes de que la Comisión adoptara su Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal en materia de ayudas estatales en relación con el proyecto. Los datos que figuran en la Decisión de incoación de 22 de febrero de 2008 procedían de un estudio (elaborado por Consultia) que, según las autoridades españolas habían asegurado a la Comisión, se realizó en 2002. No obstante, después de la Decisión de incoación, España informó a la Comisión de que este estudio se había realizado en 2004.” Ayuda estatal SA.22668 (C 8/2008 (ex NN 4/2008)) –

referencia la tasa interna de rentabilidad del proyecto y lo comparó con el coste medio ponderado de oportunidad del capital (*weighted average cost of capital, WACC*). La finalidad era comprobar si el rendimiento de la inversión era superior al coste de obtención del capital, ajustándose la inversión, si así fuera, al PIEM. Pero la conclusión de la Comisión fue que del plan de negocio propuesto por Ciudad de la Luz al adoptar la Generalitat la decisión de financiar el proyecto, resultaba que la tasa interna de rentabilidad era del 5,74 %, en tanto que el coste de oportunidad del capital era de al menos el 14 %. Por tanto, “*un inversor privado no habría llevado a cabo esta inversión en Ciudad de la Luz, ya que su tasa interna de rentabilidad [era] inferior al coste de oportunidad del capital.*”⁵⁷⁶ La decisión fue recurrida ante el Tribunal de Justicia, cuestionando las autoridades nacionales y la empresa Ciudad de la Luz S.A.U. la metodología utilizada por la Comisión. El Tribunal rechazó todas las alegaciones, sirviéndose como base de sus argumentos del hecho de que “*la aplicación del criterio del inversor privado... no pretende determinar cuál podría ser la rentabilidad máxima obtenida por un inversor en un sector específico o en el conjunto de la actividad económica, sino determinar si un inversor privado comparable habría realizado, en las circunstancias del caso de autos, la inversión en cuestión*”.⁵⁷⁷ Es por ello que, en el caso particular, no era preciso que la

España, *Ayuda concedida a Ciudad de la Luz SA*, Bruselas, 08.05.2012, C (2012) 3025 final, apartado 23

⁵⁷⁶ *Ayuda estatal SA.22668 (C 8/2008 (ex NN 4/2008))* – España, *Ayuda concedida a Ciudad de la Luz SA*, Bruselas, 08.05.2012, C (2012) 3025 final, apartado 78.

⁵⁷⁷ Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2014, en los asuntos acumulados T-319/12 y T-321/12, *Ciudad de la Luz* [2014] Rec.p.604, apartado 42.

Comisión examinara la tasa de rendimiento medio del sector,⁵⁷⁸ que de todas formas no en sí mismo suficiente para justificar el cumplimiento del PIEM.⁵⁷⁹

El sistema alternativo para acreditar el cumplimiento del PIEM respecto al propietario de la infraestructura consiste en el denominado test de concomitancia: si la inversión con fondos estatales tiene lugar al mismo tiempo y en condiciones similares a una inversión significativa realizada por un inversor privado, en principio no se transferirá una ventaja al propietario.⁵⁸⁰ Pero el Tribunal de Justicia ha declarado que el cumplimiento del test de concomitancia es meramente un indicio de que los fondos estatales se han usado en condiciones normales de mercado, y no puede aplicarse de manera estricta ni en un sentido –para descartar la existencia de una ventaja si se cumple– ni en otro –para considerar que no puede descartarse una ventaja si no se cumple.⁵⁸¹

En una de las pocas decisiones en que se ha considerado que la financiación en favor del propietario de una infraestructura cumplía con el PIEM, la Comisión se basó en la concomitancia de la inversión de la administración pública con la de diversos inversores privados.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2014, en los asuntos acumulados T-319/12 y T-321/12, *Ciudad de la Luz* [2014] Rec.p.604, apartado 46.

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2014, en los asuntos acumulados T-319/12 y T-321/12, *Ciudad de la Luz* [2014] Rec.p.604, apartado 45.

⁵⁸⁰ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94, *Air France* [1996] Rec. p. II-2109, apartados 148 y 149 y de 12 de diciembre de 2000 en el asunto T-296/97, *Alitalia* [2000] Rec. p. 299, apartado 80.

⁵⁸¹ Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2012, en el asunto T-565/08, *Corsica Ferries* [2012] Rec.p.415, apartado 118.

⁵⁸² Commission Decision of 11.XII.2007, on the State aid case C 53/2006 (ex N 262/2005, ex CP 127/2004), *Investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the home (FttH) network*, apartado 119. Véase en sentido opuesto Aide d'Etat N 315/2004 – Belgique, *Apport en capitaux au profit de la société O.C.A.S. NV Bruxelles*, le 20.X.2004, C(2004)3914fin.

El proyecto consistía en la instalación de una red de fibra óptica a domicilios en Ámsterdam por parte de un consorcio compuesto por accionistas privados y el ayuntamiento de la ciudad. La Comisión examinó si todos los accionistas habían realizado inversiones concomitantes. Para ello respondió a una serie de cuestiones previas, en concreto, si los inversores privados actuaban guiados únicamente por sus intereses empresariales, si sus inversiones podían considerarse económicamente significativas, si la inversión pública y las inversiones privadas fueron concomitantes en el tiempo y realizadas en los mismo términos y condiciones y si existían relaciones entre los inversores al margen de la inversión, como pudiera ser una garantía del Estado en favor de uno de los inversores privados, que invalidaran la utilización de la concomitancia como indicio.⁵⁸³ La Comisión en este caso concreto examinó también la rentabilidad del proyecto, comparando la tasa interna de rentabilidad del proyecto y el coste medio ponderado de oportunidad del capital con los de otros proyectos comparables. La conclusión fue que tanto la equivalencia entre las participaciones de los inversores privados y la del Ayuntamiento, como la semejanza con otros proyectos en términos de rentabilidad, demostraban que la entidad pública había actuado como un inversor de mercado prudente y que no se había otorgado ninguna ventaja al consorcio.

En relación, en segundo lugar, a los operadores de la infraestructura, éstos pueden ver limitada su función en el proyecto a la mera explotación de la infraestructura cuya propiedad retiene otra entidad, o puede abarcar otras funciones; desde ser al mismo tiempo propietarias y operadoras de la infraestructura, a diseñar, construir y operar (*design build and operate*

⁵⁸³ Commission Decision of 11.XII.2007, on the State aid case C 53/2006 (ex N 262/2005, ex CP 127/2004), *Investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the home (FttH) network*, apartados 91 a 94.

(*DBO*) o construir, operar y traspasar (*design, build, transfer (DBT)*) la infraestructura, etc. En cualquier de estos casos, si la entidad administrativa o la entidad interpuesta no actúan de acuerdo con el PIEM al financiar el proyecto, concederán normalmente una ventaja no solo al propietario, sino también el operador de las infraestructuras.

Los mismos razonamientos relativos a la exigencia de una rentabilidad adecuada, o, alternativamente, la equivalencia de la actuación del Estado a la de otros inversores descritos respecto a los propietarios de las infraestructuras, son extensibles a sus operadores.

Podrá, en consecuencia, descartarse dicha ventaja si el operador paga al propietario una tarifa o canon que equivalga a un precio de mercado por el uso de la infraestructura permitiendo al propietario obtener una rentabilidad equivalente a la que exigiría un inversor diligente.⁵⁸⁴ La Comisión ha analizado la cuestión empleando los mismos indicadores que utiliza respecto al propietario, principalmente la tasa interna de rentabilidad y el coste de oportunidad del capital empleado por el propietario.⁵⁸⁵ También cabría descartar la existencia de una ventaja si el pago del operador al propietario se fija comparando las contraprestaciones que establecen los propietarios de

⁵⁸⁴ “According to the... independent valuer, the concession fees and other revenues of the Port Authority would ensure recovery of the infrastructure investment costs and a certain rate of return in 25 years. The Port Authority decided to set the concession fee for the dry cargo terminal... substantially above the value recommended by the expert. Therefore, the actual return expected by the Port Authority is substantially higher than the value calculated by the expert. Therefore, the Commission concludes that the concession fee and the other revenues of the Port Authority enable it to recover the entire infrastructure investment costs, including dredging and access railways costs, and earn a return which is in line with the return a private investor would require. In addition, the Commission notes that there is no indication in this case that the Port Authority has set the concession fees at a level that would not maximise its revenues.” Commission Decision of C 39/2009 (ex N 385/2009) – Latvia Public financing of port infrastructure in Ventspils Port, Brussels, 25/08/2011 C (2011) 6043 final, Brussels, 25/08/2011, C (2011) 6043 final, apartados 84 a 87.

⁵⁸⁵ State aid SA.35738 (2012/N) – Greece – Aid for the upgrading of Katakolo port Brussels, 19.06.2013 C(2013) 3548 final, apartados 48 a 50.

otras infraestructuras comparables a sus operadores. Esta fórmula arroja sin embargo resultados inciertos, siendo la Comisión proclive a rechazar el cumplimiento del PIEM sobre esta base, en especial cuando no se ha adjudicado la operación de la infraestructura mediante concurso público.⁵⁸⁶

Dos cuestiones muy espinosas y complejas que surgen en este contexto son, en primer lugar, saber precisamente si la selección mediante concurso público del operador de la infraestructura satisface en todo caso los requisitos del PIEM para descartar la existencia de una ventaja; y, en segundo lugar, bajo qué condiciones la modificación de las condiciones posterior a la adjudicación, por ejemplo, a través de una renegociación, puede suponer una ventaja para el operador.

El Tribunal de Justicia ha considerado que *“el hecho de que haya existido un procedimiento de licitación previo... se considera normalmente suficiente para excluir que dicho Estado miembro pretendiese otorgar una ventaja a una empresa determinada”*.⁵⁸⁷ No obstante, no siempre la selección mediante licitación pública descarta la existencia de una ventaja.

Las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha exigen para aprobar una medida de este tipo que, *“cuando las autoridades adjudicadoras seleccionen un operador tercero para desplegar y explotar la infraestructura subvencionada, el proceso de selección se reali[ce]*

⁵⁸⁶ State aid No SA.30742 (N/2010) – Lithuania – *Construction of Infrastructure for the Passenger and Cargo Ferries Terminal in Klaipėda*, Brussels, 22.2.2012, C(2012) 939 final, apartados 56 a 58 y Commission Decision of C 39/2009 (ex N 385/2009) – Latvia *Public financing of port infrastructure in Ventspils Port*, Brussels, 25/08/2011 C (2011) 6043 final, Brussels, 25/08/2011, C (2011) 6043 final, apartados 80 a 83.

⁵⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003 en los asuntos acumulados T-116/01 y T-118/01, *P & O European Ferries* [2003] Rec.p.II-2957, apartado 118.

ateniéndose al espíritu y a los principios de las Directivas de la UE sobre contratación pública".⁵⁸⁸ Pero las propias directrices no permiten deducir la ausencia de una ventaja, sino únicamente que se ha reducido el coste para el presupuesto, minimizando, pero no eliminando, la potencial ayuda estatal.

Solo se puede descartar la ventaja si el procedimiento de licitación permite que la oferta económicamente más ventajosa iguale el valor de mercado de la concesión, ajustándose los derechos de concesión resultantes a los precios de mercado. Para ello, la Comisión ha recurrido, nuevamente, al criterio de la rentabilidad obtenida por el propietario por su inversión y a la comparación con las contraprestaciones abonadas por servicios similares por los operadores en situación comparable. Pero dado que los ingresos por la operación de las infraestructuras financiadas con fondos estatales durante su vida útil generalmente no cubrirán los gastos operativos y de amortización de la infraestructura, no podrá considerarse que el canon que pague el operador al propietario descarte la ventaja a favor del primero.⁵⁸⁹

Yendo un paso más allá, la Comisión también ha deducido la existencia de una ventaja en favor del operador del mero hecho de que la infraestructura no se habría construido en condiciones normales de mercado.⁵⁹⁰ El razonamiento en este caso es que, si no existiera la

⁵⁸⁸ 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, D.O.U.E. C 25, 26.1.2013, págs. 1–26, apartado 78 c).

⁵⁸⁹ State aid SA.43206 (2015/N) – *The Project on Vilnius Concerts and Sports Palace Reconstruction and Arrangement to Congresses, Conferences and Cultural Events (The Vilnius Congress Centre project)* – Lithuania, Brussels, 22.1.2016 C(2016) 217 final, apartado 16.

⁵⁹⁰ “*Although [the operator of a toll-road] has been chosen and granted the concession following a public tender procedure... the Commission also notes that the State funding enables [the operator] to carry out an economic activity on conditions which would otherwise not have been available on the market. This equally constitutes an advantage to [the operator]*”. State Aid N 462/09 – Poland – *Aid for the construction and operation of the*

infraestructura, el operador no podría realizar una actividad con la que se lucra, obteniendo de ese modo una ventaja de la que no dispondría en condiciones normales de mercado.

Esta postura es coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual “*una medida estatal en favor de una empresa no puede, por el simple hecho de que las partes se comprometan a realizar prestaciones recíprocas, ser excluida a priori del concepto de ayuda de Estado*”. En particular, “*el mero hecho de que un Estado miembro compre bienes y servicios en las condiciones habituales de mercado no basta para que esta operación constituya una transacción comercial realizada en unas condiciones que un inversor privado hubiera aceptado o, en otras palabras, una transacción comercial normal, si resulta que el Estado no tenía necesidad real de tales bienes y servicios.*”⁵⁹¹

Trasladado a la financiación de las infraestructuras, cabe la posibilidad de que tanto el operador como el constructor de la misma reciban una ventaja aun cuando, tomados de forma aislada, los contratos celebrados entre ellos o entre ellos y el propietario estén sujetos a condiciones normales de mercado.

Si la administración no puede acreditar que la infraestructura responde a una necesidad real y está destinada a satisfacer necesidades efectivas de la población, deberá concluirse, en nuestra opinión, que se ha concedido una ventaja no solo a la propietaria de la infraestructura, sino también a las empresas constructora y operadora la infraestructura.

A2 Motorway, Świecko – Nowy Tomyśl section, Brussels, 02.12.2009 C (2009) 9353 final, apartados 27 y 29.

⁵⁹¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003, en los asuntos acumulados T-116 y 118/01, *P & O European Ferries* [2003] Rec.p.II-02957, apartado 137.

Así se desprende de la sentencia P&O Ferries, en la que el Tribunal General determinó que la Diputación Foral de Vizcaya no había demostrado que *“la adquisición de una serie de bonos de viaje respondía en todo o al menos en parte a una necesidad real y que su comportamiento era similar al de un inversor privado que actuara en las condiciones normales de una economía de mercado. Resulta[ba] de ello que la Comisión podía concluir lícitamente que el nuevo acuerdo, considerado globalmente, atribuía [a la empresa naviera que ofrecía el servicio] una ventaja de la que no hubiera disfrutado en condiciones normales de mercado y que todas las cantidades pagadas con arreglo al acuerdo de compra constituían una ayuda de Estado.”*⁵⁹² Y ello con independencia de que el precio satisfecho fuese el mismo que pagaban todos los demás usuarios del servicio.

En vista de esta jurisprudencia, si una administración financia la construcción de una infraestructura, un aeropuerto por ejemplo, cuya infrautilización indica que no satisface una necesidad real de la población, aun cuando el constructor haya sido seleccionado mediante un proceso competitivo y el pago recibido por sus servicios no exceda los costes incurridos más un beneficio razonable, de todas maneras habrá recibido una ventaja, potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado. Y lo mismo es aplicable al operador de la infraestructura.

No nos consta que la Comisión hasta ahora haya aplicado este razonamiento para neutralizar el dispendio de recursos estatales que supone la financiación de infraestructuras que no responden a las necesidades ni a los intereses de la población. A menudo estas actuaciones están motivadas por la

⁵⁹² Véase, por ejemplo, Commission Decision of 23 July 2003 on the State aid C 61/2002 which the United Kingdom is planning to implement for a newsprint reprocessing capacity support under the WRAP programme (2003/814/EC), apartados 90 a 93.

corrupción de las autoridades o funcionarios que participan en la toma de decisiones, pero, aunque no fuera ese el caso, ello es irrelevante desde el punto de vista del control de las ayudas de Estado. El hecho es que dicha financiación permite tanto a la empresa constructora como a la operadora aumentar su actividad y, con ello, sus ingresos. Es por tanto obvia la ventaja que obtienen, así como el hecho de que no habrían disfrutado de la misma en condiciones normales de mercado, es decir, si la administración hubiese actuado como un inversor prudente en una economía de mercado.

En otro orden de cosas, cabe también que se favorezca con una ventaja al constructor u operador de la infraestructura a raíz de la modificación de las condiciones previstas inicialmente en un contrato tal y como resultaban de los pliegos en un proceso de licitación. Que se aprecie o no una ventaja depende de las motivaciones y circunstancias de la modificación.

El principio general que rige, también, estas situaciones, ya ha sido discutido y es aplicable de manera idéntica a cualquier medida y en cualquier circunstancia: la modificación de los contratos dará una ventaja a la parte beneficiada por el cambio si ésta no habría obtenido tal modificación en condiciones normales de mercado o si la modificación reduce los costes normalmente incluidos en el presupuesto de la empresa en condiciones normales de mercado. La respuesta a la cuestión se remite por tanto a la obligación o no a cargo de las autoridades de modificar el contrato en favor de la otra parte. Ello dependerá de las normas que rigen el contrato, que son en gran medida, normas nacionales.

Las modificaciones de las condiciones del contrato intentan ser justificadas a menudo en base al propósito de mantener o restablecer el equilibrio económico del contrato.

En el caso de las concesiones, el ordenamiento interno en España prevé que “*las obras objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional*”,⁵⁹³ en particular “*el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.*”⁵⁹⁴ Los riesgos soportados por el concesionario “*deben suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*”.⁵⁹⁵

La Comisión no ha dudado en rechazar la interpretación dada por las autoridades nacionales a sus disposiciones internas para modificar un contrato en beneficio de una empresa cuando las razones presentadas no han sido convincentes. Así ha ocurrido en el caso **Real Madrid C.F.** en el que determinó que el ayuntamiento de la capital había otorgado una ventaja a dicho club de fútbol mediante una concatenación de permutas de terrenos que produjo un perjuicio para el ayuntamiento equivalente al beneficio obtenido por la empresa. En el origen de la permuta controvertida se encontraba la pretendida obligación del ayuntamiento de compensar al club de fútbol por un aparente incumplimiento de un convenio⁵⁹⁶ y aunque la Comisión no

⁵⁹³ Artículo 265. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado, 9 de noviembre de 2017, núm. 272, p. 12902

⁵⁹⁴ *Ibíd.* artículo 14.4

⁵⁹⁵ *Ibíd.*

⁵⁹⁶ “Según las autoridades españolas, debido a la imposibilidad jurídica de cumplir su obligación, prevista en el convenio de ejecución de 1998, de ceder al Real Madrid [una] parcela..., el Ayuntamiento de Madrid se vio obligado con arreglo al Derecho español a compensar al Real Madrid por su incumplimiento contractual con el valor actual del terreno en cuestión... [asumiendo] el Ayuntamiento de Madrid... la plena responsabilidad jurídica de su incumplimiento...y compens[ando] por ello al Real Madrid con un importe de 22 693 054,44 EUR”. Decisión de la Comisión de 4.7.2016, relativa a la Ayuda Estatal SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN), concedida por España al Real Madrid CF, Bruselas, 4.7.2016, C(2016) 4080 final, apartado 91.

consideró más que indiciariamente que tal obligación no existía, ello fue suficiente para declarar que el comportamiento de la administración local no se ajustaba al que habría adoptado un operador diligente:

“[S]i un Estado miembro alega que una operación está en consonancia con el POEM, cuando haya dudas, debe aportar pruebas que demuestren que la decisión de realizar la operación fue adoptada, en aquel momento, sobre la base de sólidas evaluaciones económicas comparables a las que, en circunstancias similares, un operador privado racional (de características similares a las del organismo público en cuestión) habría realizado para determinar la rentabilidad o las ventajas económicas de la operación... Desde el punto de vista de un operador en una economía de mercado, que la celebración de dicho convenio sea acorde con las condiciones de mercado depende de dos factores: en primer lugar, la probabilidad de ser considerado responsable de la incapacidad de cumplir sus obligaciones contractuales (origen de la controversia) y, en segundo lugar, el grado máximo de su exposición financiera resultante de la declaración de responsabilidad...”

Al aplicar ambos factores al presente asunto, la Comisión considera que un operador en una economía de mercado en una situación comparable a la del Ayuntamiento de Madrid no habría celebrado el convenio [por el que se obligaba a compensar al club]. En primer lugar, habida cuenta de las incertidumbres jurídicas existentes en 2011 en torno a la cuestión de si el Ayuntamiento de Madrid era responsable de compensar al Real Madrid por no entregar [una parcela concreta] en virtud [de un convenio previo], un operador en una economía de mercado en la misma situación que el Ayuntamiento de Madrid habría recabado asesoramiento jurídico antes de suscribir el [convenio por el que se obligaba a compensar al club], con el fin de establecer la probabilidad de ser efectivamente declarado responsable de ese incumplimiento, algo que el Ayuntamiento de Madrid no hizo. En segundo lugar, un operador en una economía de mercado en una situación similar a la del Ayuntamiento de Madrid no habría aceptado pagar al Real Madrid una indemnización de 22 693

*054,44 EUR en virtud de tal convenio, puesto que esta cantidad supera con creces el grado máximo de su responsabilidad jurídica por incumplimiento de la obligación de ceder la parcela”.*⁵⁹⁷

Por el contrario, la Comisión sí consideró que estaba justificada la modificación de los términos de una concesión en relación a la explotación de una autopista de peaje en Polonia. La causa de la modificación fue una revisión legislativa por la que se eximía del pago del peaje a los vehículos pesados. Los términos de la concesión trasladaban el riesgo derivado de cambios normativos a la administración, por lo que la revisión, que únicamente compensaba por la pérdida de ingresos causada por la enmienda legislativa, no daba lugar a una ventaja.⁵⁹⁸

Esta situación ha de distinguirse, en nuestra opinión, de las prórrogas de concesiones por la administración sin la obtención de una contraprestación adecuada, que sí otorgan una ventaja al operador. Estas operaciones se justifican alegando a menudo supuestas cargas adicionales impuestas por la actuación y voluntad de la autoridad pública, que ésta ha de compensar. Sin embargo, a falta de una clara obligación legal que se lo exija, basada en informes jurídicos concluyentes que demuestren no solo la legitimidad de la extensión, sino su proporcionalidad en relación a la obligación de compensación, ese argumento no será válido, ya que en condiciones normales

⁵⁹⁷ Decisión de la Comisión de 4.7.2016, relativa a la Ayuda Estatal SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN), *concedida por España al Real Madrid CF*, Bruselas, 4.7.2016, C(2016) 4080 final, apartados 89 y 93.

⁵⁹⁸ Pero si la compensación excede lo necesario para compensar por las pérdidas provocadas por el cambio legislativo, la medida concederá una ventaja al operador. Commission Decision of 25.8.2017 on the State aid SA.35356 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2012/N) *implemented by Poland for Autostrada Wielkopolska S.A.*, Brussels, 25.8.2017 C(2017) 5818 final

de mercado un operador no habría accedido a extender una concesión sin una contraprestación adecuada.⁵⁹⁹

Por descontado, lo mismo cabe decirse del rescate de una concesión: con la salvedad de que estas operaciones acarreen un evidente desequilibrio entre las obligaciones de las partes, reflejando una falta de reparto equitativo del riesgo e imponiendo a la administración una carga que un operador prudente de mercado no asumiría. Con independencia de si el rescate se basa en un contrato o en una norma reglamentaria o legislativa, dichos rescates otorgarán una ventaja al operador y a cualquier otra empresa que se beneficie de la medida.

Por último, ha de examinarse si existe una ventaja en favor de los usuarios de la infraestructura.

En primer lugar, si se trata de una *infraestructura dedicada*, es decir, si su construcción favorece específica y selectivamente a un usuario o grupo de usuarios, con independencia de que éstos paguen un precio de mercado, la medida les otorgará una ventaja.⁶⁰⁰

Si es una *infraestructura general*, y no dedicada, los usuarios obtendrán una ventaja que no obtendrían en condiciones normales de mercado —el uso gratuito de una infraestructura— pero esta ventaja, como veremos, no será selectiva en ningún caso, por lo que la financiación de la infraestructura no dará lugar a una ayuda de Estado en favor de los usuarios.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Véase, mutatis mutandis, State aid SA. 36894 (2013/N) – *Reset of Greek Motorway concession projects - Ionia Odos S.A.* – Greece, Brussels, 13.12.2013, C(2013) 9254 final apartados 44 a 48.

⁶⁰⁰ Ayuda estatal SA.36628 (2015/NN-2) (ex 2013/CP) — *España, Fred Olsen*, Bruselas, 08.12.2015, C(2015)8655 final. Véase infra Apartado 3.3.2.

⁶⁰¹ Véase infra Apartado 3.3.2.2.

Tampoco será relevante la ventaja que se conceda a través del uso de la infraestructura a los particulares, ya que, al no ser empresas esa ventaja no resultará en una ayuda de Estado.

Si no es una *infraestructura dedicada*, el pago de un precio de mercado por los usuarios será la única manera de descartar la existencia de una ventaja en su favor. El operador no debe además, discriminar entre los diferentes usuarios, o, de lo contrario, los favorecidos disfrutarán de una ventaja selectiva.⁶⁰²

Al igual que ocurre respecto a las empresas propietarias, operadoras y constructoras de las infraestructuras, la Comisión admite dos métodos válidos para determinar un precio de mercado: bien el precio cobrado a los usuarios equivale al que habría establecido un operador prudente para obtener una remuneración adecuada por la explotación de la infraestructura, o bien el precio aplicado a los usuarios es comparable al que aplican otros operadores de infraestructuras similares que no se benefician de ayudas de Estado.

Esta última opción no es viable cuando, por la estructura del mercado de que se trate, no existen referentes válidos, es decir, infraestructuras que sean operadas en términos estrictos de mercado.⁶⁰³ Pero de lo contrario, será un método aceptable para descartar la ventaja al nivel de los usuarios.⁶⁰⁴ La

⁶⁰² Cabe sin embargo que el operador aplique diferentes tarifas por razones puramente comerciales. En ese caso no se tratará de una ventaja, sino de un trato diferenciado en línea con las condiciones normales de mercado. State aid No SA.31953 (2011/N) - *Construction of regasification LNG terminal in Świnoujście*, Brussels, 5.10.2011, C (2011) 7242 final, apartados 30 y 31.

⁶⁰³ Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the *alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH*, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartado 174.

⁶⁰⁴ “The information provided by the Latvian authorities shows that the fees charged to the port users correspond to the level of fees charged in comparable ports and, therefore, constitute market prices. Port users shall also enjoy equal and nondiscriminatory access to

otra opción permisible es que el precio refleje el coste del servicio más un margen adecuado que permita al operador obtener un beneficio razonable.⁶⁰⁵ Éste será establecido generalmente por referencia a los habitualmente aplicados por empresas en el sector en cuestión.⁶⁰⁶

Además de a través del cumplimiento de las condiciones normales de mercado, se puede excluir la existencia de una ventaja en base a la calificación de la financiación como una compensación por la prestación de un servicio de interés económico general (SIEG). Si bien se trata a priori de categorías opuestas, ya que se parte de la premisa de que los servicios para ser de interés económico general no pueden ser prestados de manera satisfactoria por el mercado, veremos que en ciertos aspectos se asemejan.

the infrastructure. Thus, the Commission concludes that no advantage will be granted to the port users and that there is, therefore, no aid granted to those users”.

⁶⁰⁵ Véase en el ámbito de la financiación de infraestructuras portuarias:

“With regard to the end users of the new infrastructure, the Commission observes that they shall enjoy equal and non-discriminatory access to the new infrastructure. Moreover, the Concessionaire will have to base its pricing policy vis-à-vis end users on economic considerations, so as to obtain sufficient revenues enabling it to pay for the concession fee and also make a profit. In the light of these elements, the potential advantage for the users, if any, will be the minimum necessary to ensure the actual use of the infrastructure, while ensuring the profitability of the concessionaire”. State aid SA.36621 (2013/N) — Italy, Investment Aid to the Port of Capo D’Orlando, C(2013) 9104 final, apartado 40. Véase también State Aid SA.42701 – (2016/N) – Germany Port of Kiel Brussels, 18.11.2016, C(2016) 7574 final, apartado 7.

⁶⁰⁶ *“Por lo que se refiere a la explotación del CEATF, España confirmó que toda empresa interesada en el uso del nuevo centro de ensayos gozaría de acceso abierto al mismo y que ningún usuario recibiría acceso preferencial. Por regla general, las autoridades españolas indicaron que las tasas de usuario consistirán en costes íntegros más un margen del 6 % con arreglo a la Ley española de Contratos del Sector Público. Sin embargo, la SPE gozará de libertad para negociar los precios con los usuarios, según el tipo de servicio y la evolución de la oferta y la demanda. Las autoridades españolas indicaron que la SPE estará obligada a justificar las tasas de usuario con un estudio comparativo de las aplicadas en instalaciones comparables de Europa.”* Ayuda estatal SA.37185 (2015/C) (ex 2013/N) – España Centro de ensayos de alta tecnología ferroviaria de Antequera (CEATF), Bruselas, 23.03.2015, C(2015) 1901 final, apartado 26.

3.2.2 Los Servicios de Interés Económico General: cuestiones generales y marco regulatorio.

Si hay un ámbito de la actividad de los Estados miembros en el que la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado podría preverse susceptible de crear rechazo e incompreensión social, ese es el de la financiación de los servicios públicos o de interés económico general (SIEG).⁶⁰⁷ La razón de ser de estos servicios es garantizar a toda la población una serie de prestaciones mínimas (sanidad, educación, suministro de bienes de primera necesidad como agua, electricidad, transporte y vivienda, etc.) con independencia de la capacidad financiera de cada individuo, debiendo el Estado proveer los fondos necesarios para ello cuando sea preciso⁶⁰⁸ –momento en el que las normas sobre ayudas de Estado entrarán en juego.

A efectos de la aplicación de las normas sobre control de ayudas de Estado, la figura de los SIEG será irrelevante siempre que las entidades que proveen los servicios no reciban fondos estatales. Los servicios públicos

⁶⁰⁷ Los Servicios de Interés Económico General deberían denominarse, en puridad, Servicios Económicos de Interés General, ya que se refieren a servicios que son económicos, en el sentido de que el servicio es remunerado y como tal entra en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia, y es el interés el que es general. Hablar de “interés económico” o “interés económico general” resulta absurdo, en opinión de este autor. El Tribunal de Justicia, si bien ha usado continuamente la expresión Servicio de Interés Económico General, ha confirmado no obstante que de lo que se trata es de servicios de interés general. En cuanto a la doctrina, si bien en general usan sin ningún reparo el término Servicio de Interés Económico General, en algunos casos aplican el término Servicios Públicos. Véanse respectivamente la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994 en el caso C-393/92, *Gemeente Almelo*, [1994] Rec.p.I-1477 y BACON, K. et al.: *European Union Law of State aid*, Oxford University Press, Second Edition 2013, págs..53 a 57.

⁶⁰⁸ “Para que algunos servicios de interés económico general funcionen con arreglo a principios y en condiciones que les permitan cumplir su cometido, puede resultar necesario un apoyo financiero del Estado que asuma total o parcialmente los costes específicos derivados de las obligaciones de servicios público.” Comunicación de la Comisión 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 (2012/21/UE), apartado 2.

constituyen una base fundamental de nuestros Estados sociales de derecho y cualquier retroceso en su funcionamiento tiene, afortunadamente, una respuesta política y, sobre todo, social contundente.

Ello conlleva una serie de riesgos, al ser acogida con suspicacia, tanto por las administraciones nacionales como por gran parte de la sociedad, cualquier injerencia exterior en este ámbito –y el Derecho de la UE puede ser, y de hecho es en ocasiones, percibido como tal.⁶⁰⁹

Es fundamental por eso no sólo que las normas sobre control de las ayudas de Estado no entorpezcan el correcto funcionamiento de estos servicios, sino que contribuyan en su ámbito de acción a garantizar su mantenimiento. Pocas esferas de actividad del derecho de la UE –ninguna relacionada con el control de las ayudas de Estado– han recibido tanta atención, reflejada en una gran cantidad de documentos destinados a regular y clarificar el régimen jurídico de estos servicios. Este proceso normativo ha culminado en 2012 con el denominado paquete SIEG que agrupa una serie de instrumentos de diverso valor jurídico y que conforman un sistema de normas exhaustivo.⁶¹⁰

Probablemente anticipándose a los citados riesgos, y en particular a fin de evitar que el control de las ayudas de Estado pudiese resultar en

⁶⁰⁹ “A pesar de los efectos positivos de la liberalización, han continuado manifestándose ciertas inquietudes referentes a los servicios de interés general y a la actividad comunitaria. Una de éstas, planteada por los ciudadanos y ligada a los cambios tecnológicos y al marco reglamentario general, así como a la evolución de la demanda de los consumidores, consiste en la posibilidad de que la calidad de los servicios de interés general se deteriore. Partiendo de esta inquietud, los proveedores tradicionales y los poderes públicos que los apoyan reivindican que la aplicación del Derecho comunitario podría poner en peligro las estructuras de prestación de tales servicios, que han probado su valía durante mucho tiempo, y con ellas la calidad de los servicios prestados al público.” Comunicación de la Comisión — Los servicios de interés general en Europa, DOUE n° C 017 de 19/01/2001 pp. 4 – 23, apartado 5

⁶¹⁰ Véase infra las explicaciones en este mismo apartado.

determinadas circunstancias nocivo para los SIEG, el Tratado de la Comunidad Europea en su versión original firmada en Roma en 1957, introdujo el siguiente precepto en el artículo 90.2 en el Tratado, que ha permanecido inalterado hasta hoy figurando en el actual artículo 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.”

Es decir, el ordenamiento de la UE supedita la aplicación de sus normas a que no se impida, de hecho o de derecho, el funcionamiento de los servicios de interés económico general, y más concretamente, “el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

En otros ámbitos, el Tratado también establece limitaciones a la aplicación de sus normas, pero lo hace respecto a de determinadas disposiciones, no todas ellas, y en base a razones tasadas y limitadas generalmente a la protección del orden, salud y seguridad públicos.⁶¹¹

En 1996 la Comisión publicó una comunicación titulada “Los servicios de interés general en Europa” que precedió y adelantó algunos de los cambios adoptados a través de la reforma de los Tratados en Ámsterdam al año siguiente. La comunicación contiene una defensa cerrada de los servicios de interés económico general como principios fundamentales y

⁶¹¹ Los artículos 45, 52 y 65 TFUE admiten restricciones a las diversas libertades de circulación justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

esenciales para la identidad europea,⁶¹² en contraste quizás con su mayor tibieza actual, reflejo del cuestionamiento por muchos gobiernos de la conveniencia de financiar estos servicios al nivel que se ha venido haciendo en el pasado:

“La solidaridad y la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión económica y social. Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad... La función aglutinadora de la sociedad que asume estos servicios supera el mero nivel de las preocupaciones materiales, y adopta una dimensión simbólica: los servicios de interés general ofrecen referencias a la colectividad y desempeñan la función de vínculo de pertenencia de los ciudadanos a ésta. De esta forma, suponen un elemento de identidad cultural para todos los países europeos...”

Las misiones asignadas a los servicios de interés general y los derechos especiales que pueden resultar derivan de consideraciones de interés general tales como, especialmente, la seguridad del abastecimiento, la protección del medio ambiente, la solidaridad económica y social, la ordenación del territorio y el fomento de los intereses de los consumidores... Las particularidades económicas de las actividades en cuestión también han de tenerse en cuenta. Estas actividades tienen importantes efectos indirectos en el conjunto de la economía o de la sociedad, y exigen a veces recursos excepcionales o

⁶¹² Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las regiones *que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo* [COM(2007) 725 final], en particular su segundo apartado:

“Los servicios de interés económico general... son esenciales para la vida cotidiana de los ciudadanos y las empresas, y reflejan el modelo de sociedad europeo.”

*importantes inversiones a largo plazo. Derivan de ahí algunos principios esenciales de funcionamiento: continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia. En el núcleo de estas consideraciones figura el interés del ciudadano, cuyo ejercicio exige en nuestras sociedades la garantía de acceso a servicios esenciales, y la persecución de objetivos prioritarios. Los servicios de interés general están de esta forma al servicio del conjunto de la sociedad y por lo tanto, de todos los ciudadanos.”*⁶¹³

Más tarde, el Tratado de Ámsterdam insertaría en 1997 el artículo 7 D en el TCE, precepto que se mantiene en el actual artículo 14 TFUE. Siguiendo la línea marcada por la Comunicación del año anterior y en coherencia con lo establecido en ella⁶¹⁴, reforzó la protección de los servicios públicos⁶¹⁵ en el ordenamiento comunitario, estableciendo un mandato de garantía de los servicios públicos dirigido no sólo a las instituciones comunitarias sino ampliándolo a los Estados miembros:

“Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 77 [actual artículo 93 TFUE], 90 [actual artículo 106 TFUE] y 92 [actual artículo 107 TFUE] 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

⁶¹³ “Los Servicios de interés general en Europa”, Comunicación de la Comisión, 26.9.1996, (96/C 281/03).

⁶¹⁴ “En esta óptica, la Comisión pretende fomentar servicios de interés general a nivel europeo en tres aspectos : aprovechar al máximo las acciones emprendidas en aras del mercado interior y la competitividad europea ; reforzar la solidaridad y la coordinación europea y movilizar los instrumentos comunitarios. Estas medidas podrían incluirse en el Tratado, con ocasión de los trabajos de la Conferencia intergubernamental.” *Ibíd.* apartado 59.

⁶¹⁵ Se utilizarán en este trabajo indistintamente los conceptos de servicios públicos y servicios de interés económico general, puesto que tanto el Tribunal de Justicia como el legislador de la UE los utilizan indistintamente. Véase en contra del uso como sinónimos de los dos conceptos, FIEDZIUK, N., “Putting Services of General Economic Interest up for Tender: Reflections on applicable EU rules”, *Common Market Law Review* 50, 2013, pp.87–114, en p.88.

*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.*⁶¹⁶

En 2007 de nuevo y anticipándose a la reforma de los Tratados que se aprobaría ese año en Lisboa, la Comisión aprobó una nueva comunicación en la que declaró expresamente su convicción de la compatibilidad entre la existencia de los SIEG y el normal funcionamiento del mercado interior.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Artículo 7 D del Tratado de la Comunidad Europea, establecido por el Artículo 2.8 del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

⁶¹⁷ “[L]a Comisión considera que los objetivos de crear servicios de interés económico general de calidad, accesibles y asequibles son compatibles con el de lograr un mercado interior abierto y competitivo, y deben respaldarse mutuamente... Las autoridades locales y los pequeños proveedores pueden a veces carecer de conocimientos e información sobre las normas de la UE, lo que puede provocar malentendidos y una incorrecta aplicación de las normas sobre el terreno. Concretamente, los poderes públicos y los proveedores de servicios en el ámbito social son a veces menos conscientes que los de otros sectores de las disposiciones específicas del [actual artículo 106], apartado 2, presentadas anteriormente. La aplicación del artículo [actual artículo 106], apartado 2, requiere de los Estados miembros el respeto de algunas condiciones básicas que se han desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal y ha descrito la Comisión, especialmente en los textos sobre la ayuda estatal adoptados tras la sentencia *Altmark*, que en la práctica exime de notificación a la gran mayoría de servicios prestados a nivel local.” Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» - Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, COM(2007), 724 final, apartado 2.2.

En el Informe al Consejo Europeo de Laeken de 2001 sobre los servicios de interés económico general, la Comisión se había mostrado algo más escéptica sobre la capacidad del mercado de proveer servicios de interés económico general por sí mismos: “La propia dinámica del mercado permite ofrecer a un público amplio numerosos servicios de interés general. En ocasiones, sin embargo, los mercados se muestran insensibles de cara a objetivos sociales deseables, por lo que los servicios prestados resultan insuficientes. Esta situación puede deberse, por ejemplo, (i) al hecho de que el particular o el mercado no llegan a apreciar en su justo valor todas las ventajas a largo plazo o generadas para la sociedad en su conjunto (por ejemplo, en el caso de la educación), (ii) a la voluntad de la sociedad de promover la oferta y el uso de bienes para élites o círculos restringidos («merit goods» y «club goods»), por ejemplo, los museos, o (iii) a la aspiración social de garantizar a todos los ciudadanos, incluso los más pobres, el acceso a ciertos servicios de calidad adecuada. En estos casos, puede ser necesaria la intervención del sector público.” Informe de la

Si bien esta aparente equiparación entre SIEG y mercado interior no debe ser interpretada necesariamente como un retroceso en la preeminencia de los SIEG sobre el resto del ordenamiento de la UE, sí que parece ser una declaración ideológica que prejuzga una decisión que, en última instancia, depende de la definición que haga cada Estado miembro haga del particular SIEG de que se trate. Se trata por tanto de una declaración que está fuera de lugar y que, de hecho, no se ha reproducido como tal en las posteriores comunicaciones de la Comisión⁶¹⁸ ni, por supuesto, se ha incorporado a los Tratados.

El Tratado de Lisboa de 2007 añadiría un más claro reconocimiento de la amplia autonomía de los Estados miembros en el diseño de los servicios públicos, incluida su financiación, introduciendo el protocolo número 26 sobre los servicios de interés general y agregando al actual artículo 14 TFUE el siguiente párrafo:

“El Parlamento Europeo y el consejo establecerán [los] principios y condiciones [que permitan a los SIEG cumplir su cometido] 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.”⁶¹⁹

Comisión Europea al Consejo Europeo de Laeken, Los servicios de interés general, de 17.10.2001, COM(2001) 598 final, apartado 3

⁶¹⁸ La propia Comunicación así lo reconoce en su sección 2:

“Aunque su alcance y organización varíen perceptiblemente según la historia y cultura de la intervención estatal, los servicios generales pueden definirse como los servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Ello significa que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel que corresponda, decidir la naturaleza y el alcance de un servicio de interés general”

⁶¹⁹ Artículo 14 TFUE.

A su vez, el protocolo sobre los servicios de interés general, retoma en sus dos artículos, en primer lugar, la doctrina de la diversidad de los SIEG, de acuerdo a la cual un servicio será calificado como SIEG en función de las necesidades y preferencias de los usuarios y, en segundo lugar, la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales en la definición de los SIEG y el compromiso de la UE con 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.”*⁶²⁰

Por último, el protocolo distingue entre servicios de interés general y servicios de interés *económico* general. Solo los segundos podrán verse afectados por las normas del Tratado, incluidas las relativas al control de las ayudas de Estado, que, como hemos visto, se aplican exclusivamente a las empresas en el sentido del artículo 107.1 TFUE y, por tanto, a las actividades económicas.

La prudencia a la hora de intervenir sobre los SIEG se ha mantenido tanto en la normativa sobre ayudas de Estado como en la práctica de la Comisión Europea y del TJUE. En aras, en nuestra opinión, de respetar la autonomía de los Estados en este ámbito, y también para no atarse de manos antes la posible evolución del mercado,⁶²¹ ni el Tratado, ni el Tribunal de

⁶²⁰ Artículo 1, Protocolo (nº 26) sobre los servicios de interés general, D.O. nº 115 de 09/05/2008 p. 308

⁶²¹ Así lo reconoció la comisión explícitamente por ejemplo en su Comunicación de 2001: *“Desde 1996, los mercados, la tecnología y las necesidades de los usuarios han continuado desarrollándose a ritmo acelerado. Se ha adquirido experiencia en aquellos sectores que entonces estaban en vías de liberalización conforme al programa del mercado único. La liberalización prosiguió a nivel comunitario, asegurando, y en ciertos casos mejorando, un nivel satisfactorio de calidad y de protección para los usuarios. A medida que se profundizaba en el mercado interior surgían nuevos problemas relativos a la delimitación de ciertos servicios que antes se prestaban fundamentalmente sin que existiera competencia, pero que ahora interesan o pueden interesar a los competidores. Por otra parte, los avances tecnológicos y en especial el advenimiento de la sociedad de la información llevan a la conclusión de que el planteamiento territorial de algunos de estos servicios es anticuado y*

Justicia, ni la Comisión Europea han delimitado con precisión la figura jurídica de los servicios de interés económico general, dejando de este modo, nominalmente como veremos, un amplio grado de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de establecer qué servicios consideran que deben recibir esta cualificación:

*“Es preciso señalar que, en Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, 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”.*⁶²²

Así ha quedado patente también en las diversas Comunicaciones de la Comisión sobre los SIEG, que se han sucedido en un muy corto periodo de tiempo, reflejando las reformas de los Tratados y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia:

Como afirmó la Comisión en su Comunicación de 1996, “[l]a concepción, ámbito y modos de organización de los servicios de interés general varían... de un Estado miembro a otro o de un sector a otro, en función de tradiciones o técnicas diferentes. Más recientemente, los cambios

que deberían ser considerados desde una perspectiva transfronteriza”. Comunicación de la Comisión — Los servicios de interés general en Europa, DOUE n° C 017 de 19/01/2001 pp. 4 – 23. Véanse también las diversas explicaciones que presentan ØLYKKE, G.S. Y MØLLGAARD, P. *What is a service of general economic interest?*, en *European Journal of Law and Economics* (2016) 41, págs.205 a 241, en pág.208.

⁶²² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-289/03, *BUPA*, [2008] Rec.p. 79, apartado 165.

*tecnológicos, la globalización de la economía y la variación de las expectativas de los usuarios exigen adaptaciones en consecuencia”.*⁶²³

A continuación, la Comisión introdujo una definición de SIEG que, pese a incurrir la Comisión en una evidente tautología, identifica la existencia de obligaciones específicas de servicio público como el elemento definitorio de estos servicios.⁶²⁴

Las posteriores comunicaciones de la Comisión sobre los SIEG no contienen variaciones sustanciales respecto a la definición de SIEG – o, mejor dicho, respecto a su ausencia o ambigüedad⁶²⁵ –, si bien la Comunicación de 2007 puso en el centro de la cuestión como elemento determinante la imposición por el Estado de obligaciones de servicio público:

“Los servicios de interés general abarcan una amplia gama de actividades, que va desde las grandes industrias de red como la energía, las telecomunicaciones, el transporte, la retransmisión audiovisual y los servicios postales, a la educación, el suministro de agua, la gestión de los residuos, la salud y los servicios sociales... Aunque su alcance y organización varíen perceptiblemente según la historia y cultura de la intervención estatal, los servicios generales pueden definirse como los servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Ello significa que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel

⁶²³ “Los Servicios de interés general en Europa”, Comunicación de la Comisión, *Los Servicios de interés general en Europa*, 26.9.1996, (96/C 281/03)

⁶²⁴ “*Servicios de interés económico general: Mencionados en el Tratado en el artículo 90 [actual artículo 106 TFUE], designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación*”. Comunicación de la Comisión, *Los Servicios de interés general en Europa*, 26.9.1996, (96/C 281/03)

⁶²⁵ “*This regulatory abstention [to adopt legislation on the basis of Article 14 TFEU] can be explained by the ambiguity of the concept of SGEI in itself*”. FIEDZIUK, N [Op.cit.supra nota 615], en p.87.

que corresponda, decidir la naturaleza y el alcance de un servicio de interés general.”⁶²⁶

Actualmente, 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 (Comunicación SIEG) se limita esencialmente a constatar la ausencia de una definición en el ordenamiento de la UE del concepto de SIEG y a resaltar la amplia autonomía de los Estados en este ámbito:

*“El concepto de servicio de interés económico general es un concepto cambiante que depende, entre otras cosas, de las necesidades de los ciudadanos, la evolución tecnológica y del mercado y a las preferencias sociales y políticas en el Estado miembro en cuestión... Al no existir unas normas de la Unión que definan el alcance de la existencia de un SIEG, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SIEG y de conceder una compensación al proveedor del servicio.”*⁶²⁷

No obstante, y como veremos más adelante en este capítulo, pese a la ausencia de una definición de SIEG en el ordenamiento de la UE y el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados, éstos deben respetar una serie de limitaciones a la hora de calificar en su ordenamiento interno un servicio como de interés económico general y que esta calificación sea reconocida a efectos de la aplicación de las normas sobre control de las ayudas de Estado.

⁶²⁶ Sección 2, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las regiones que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, COM(2007) 725 final

⁶²⁷ *Ibíd.*, apartado 45.

3.2.2.1 La posible consideración de la compensación por prestación de SIEG como ayuda de Estado

La cuestión de si el pago a una empresa que presta un SIEG constituye o no una ayuda de Estado fue objeto de una jurisprudencia inconsistente del Tribunal de Justicia hasta la adopción de la sentencia *Altmark* del año 2003.⁶²⁸

Este hecho puede resultar sorprendente si se tiene en cuenta que ya en 1997 las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo contenían muchos de los elementos – algo rudimentarios, al tiempo que muy detallados – que retendría finalmente la sentencia *Altmark* sobre esta cuestión:

“[L]a Comisión suele considerar que el reembolso de las pérdidas de explotación directamente derivadas del cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público no constituyen ayuda de Estado a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del [actual artículo 107] del Tratado. Por consiguiente, no se requiere la notificación que establece el apartado 3 del [actual artículo 108], siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- ... que se recurra a licitaciones públicas, ya que la elaboración y aplicación de estos regímenes ha de ser transparente y no ha de impedir la competencia;

- las licitaciones deberán ser objeto de una publicidad adecuada y todos los requisitos sobre nivel y frecuencia del servicio, capacidad, precios y normas de obligado cumplimiento deberán especificarse de forma clara y transparente para garantizar que todas las compañías comunitarias con derecho de acceso a una ruta determinada (de conformidad con la normativa comunitaria) tengan igualdad de oportunidades;

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747.

- a continuación, el Estado miembro podrá conceder un contrato al licitador seleccionado (es decir, salvo en casos excepcionales y debidamente justificados, al que solicita la menor compensación financiera) y reembolsar los costes adicionales incurridos por el operador por la prestación de este servicio. Estos costes deberán estar directamente relacionados con el déficit que efectivamente haya registrado el operador. Deberá contabilizarse por separado cada uno de estos servicios, para poder comprobar que no haya compensaciones excesivas o subvenciones cruzadas y para evitar que el sistema permita una gestión y unos métodos de explotación inadecuados. Si un Estado miembro concede una subvención sobre esta base y dicha subvención no supera el importe de los costes adicionales incurridos (y el rendimiento del capital invertido es razonable), el régimen no se considerará ayuda de Estado.

La duración de los contratos de servicio público debe limitarse a un plazo razonable (en principio, no deberá superar cinco años), ya que con contratos mucho más largos existe el peligro de crear un monopolio (privado). Al expirar el contrato, deberán ser objeto de una nueva licitación de conformidad con el procedimiento descrito anteriormente.”⁶²⁹

Como señalaban las propias Directrices, “*la Comisión [solía] considerar que el reembolso de las pérdidas de explotación directamente derivadas del cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público no constitu[ían] ayuda de Estado”.*

El abogado general Tizzano, en sus conclusiones presentadas en el caso *Ferring* en 2001, reiteró que “*durante mucho tiempo, la Comisión ha estimado que las ayudas financieras otorgadas por los Estados miembros con el fin de compensar las obligaciones especiales de servicio público no*

⁶²⁹ Sección 9, Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo, D.O.U.E 1997, C 205, p. 5

constituyen ayudas de Estado”⁶³⁰ para, a continuación, remarcar el cambio en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia efectuada a partir de la sentencia FFSA.⁶³¹

En la sentencia **FFSA** de 1997, el Tribunal de Primera Instancia examinó la bonificación del 85% de las bases impositivas de la fiscalidad local concedida al servicio de Correos francés para compensar costes adicionales del servicio público, consistente en la obligación de mantener una presencia universal en el territorio, concluyendo que esa medida constituía una ayuda de Estado. Aunque declararían la ayuda compatible con el mercado interior bajo el actual artículo 106 TFUE, el Tribunal había ya modificado su postura previa, adoptando una postura más restrictiva respecto a la compensación de los servicios de interés económico general.⁶³²

Tres años más tarde, en la sentencia **SIC**⁶³³, el propio Tribunal de Primera Instancia elaboró en más detalle su razonamiento sobre la consideración como ayudas de Estado del pago de compensaciones por los

⁶³⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 8 de mayo de 2001 en el asunto C-53/00, *Ferring*, [2001] Rec.p.253, apartado 56.

⁶³¹ *Ibíd.*, apartado 57.

⁶³² “*La competencia de la Comisión para apreciar, con arreglo al [actual artículo 107 del Tratado], la compatibilidad de las ayudas se extiende igualmente a las ayudas de Estado concedidas a las empresas a que se refiere el apartado 2 del [actual artículo 106], en particular a aquellas a las que los Estados miembros han encargado la gestión de servicios de interés económico general... De la redacción [del actual apartado 2 del artículo 106 TFUE], ... se desprende que, en el supuesto de que pueda invocarse el apartado 2 del [actual artículo 106], una medida estatal podrá considerarse compatible con el mercado común aun cuando esté incluida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del [actual artículo 107 del Tratado]... Aunque se trate de una ayuda de Estado en el sentido de esta última disposición, el efecto de las normas sobre competencia puede restringirse en este caso..., de modo que la prohibición de la concesión de una ayuda nueva, derivada del [actual artículo 106] en relación con los apartados 2 y 3 del [actual artículo 107], puede declararse inaplicable.*” Auto de 25 de marzo de 1998 en el asunto C-174/97 P, *FFSA*, [1998] Rec. p. I-1303, apartados 165 y 172.

⁶³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2000 en el asunto T-46/97, *SIC c/Comisión*, [2000] Rec. p. II-2125

sobrecostes ligados a la prestación de servicios de interés económico general:⁶³⁴

“El hecho de que, en virtud de la Decisión, la concesión de dichas dotaciones tenga por único objeto compensar los costes adicionales de las obligaciones de servicio público asumidas por RTP no puede excluirlas de la calificación de ayudas con arreglo al [actual artículo 107] del Tratado. En efecto, el [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos... De ello se deduce que el concepto de ayuda es un concepto objetivo que está en función (sic.) únicamente de si una medida estatal confiere o no una ventaja a una o varias empresas... Resulta de esta jurisprudencia, en particular, que la circunstancia de que las autoridades públicas concedan una ventaja financiera a una empresa para compensar los costes generados por las obligaciones de servicio público que supuestamente le incumben no impide que esta medida pueda calificarse de ayuda con arreglo al [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado, sin perjuicio de que esta circunstancia se tenga en cuenta a la hora de examinar la compatibilidad de la ayuda de que se trata con el mercado común, de conformidad con el [actual artículo 106], apartado 2, del Tratado.”⁶³⁵

El TPI se remitió por tanto a la doctrina, asentada, aunque matizada, como hemos visto anteriormente, de la definición de las ayudas de Estado en función únicamente de sus efectos para rechazar que se pudiese considerar que la compensación pagada mediante fondos estatales para cubrir los

⁶³⁴ En el caso en cuestión se trataba de las medidas adoptadas a favor de la Radio Televisión Portuguesa, consistentes en la concesión de dotaciones financieras abonadas en concepto de indemnizaciones compensatorias de 1992 a 1995, de exenciones fiscales, de facilidades de pago del canon para la utilización de la red de teledifusión y de un aplazamiento de la deuda contraída con la Seguridad Social Portuguesa, junto con la exención de los intereses de demora.

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2000 en el asunto T-46/97, *SIC c/Comisión*, [2000] Rec. p. II-2125, apartado 82.

sobrecostes de la prestación de servicios de interés económico general no constituye una ayuda de Estado.

Lo cierto es que el Tribunal de Justicia se había pronunciado anteriormente en el sentido contrario en la sentencia **ADBHU**. En este caso, el Tribunal examinó una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Grande Instance de Créteil sobre la validez de la Directiva 75/439/CEE relativa a la gestión de los aceites usados. Esta Directiva autorizaba a las administraciones nacionales a conceder una indemnización a las empresas encargadas del servicio de recogida y gestión de aceites usados, que no debía “*superar los costes anuales no cubiertos y comprobados realmente de las empresas, teniendo en cuenta un beneficio razonable*”.⁶³⁶ El Tribunal confirmó la conclusión de la Comisión, que había considerado que la compensación no constituía una ayuda de Estado sino una contrapartida por los servicios prestados consistentes en la recogida y eliminación de los aceites usados.⁶³⁷ A ello el Tribunal añadió que, de acuerdo con el artículo 13 de la Directiva, “[d]ichas compensaciones no deberán crear distorsiones significativas en la competencia ni crear corrientes artificiales de intercambios de productos”.⁶³⁸

Podría haberse dirimido la calificación como ayuda de Estado de las compensaciones a una empresa por la prestación de un SIEG, siguiendo las reglas generales sobre las ayudas de Estado, en base a la existencia o no de una ventaja, con independencia de la causa u objetivo del pago. Si éste no provee una ventaja, la medida no constituirá una ayuda de Estado. Una vez

⁶³⁶ Artículo 13, Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, D.O.U.E. n° L 194 de 25/07/1975 pp.23 – 25.

⁶³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1985 en el asunto 240/83, **ADBHU**, [1985] Rec. p. 531, apartado 18.

⁶³⁸ Artículo 13, Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, D.O.U.E. n° L 194 de 25/07/1975 pp.23 – 25.

que el Tribunal hubiese decidido, como en el caso *ADBHU*, que la compensación constituye una contraprestación por un servicio prestado, que no excede el precio de mercado – y como tal ha de considerarse el coste del servicio incrementado por un margen de beneficio razonable –podría haber concluido que la medida no cumplía con las condiciones cumulativas del artículo 107.1 TFUE y que no constituía una ayuda de Estado.

Sin embargo, el Tribunal en la sentencia *ADBHU* añadió a la ausencia de una ventaja, la exigencia prevista en la propia Directiva, de ausencia de distorsión significativa de la competencia y de los intercambios comerciales entre los Estados miembros para determinar la inexistencia de una ayuda de Estado – algo aparentemente innecesario una vez constatada la ausencia de una ventaja en favor de la empresa. La razón para no descartar inmediatamente la existencia de una ventaja cuando el pago únicamente refleja una contraprestación ajustada a las condiciones normales de mercado, sería que el Estado no actúa, pese a pagar un precio de mercado, como un inversor u operador guiado por puro ánimo de lucro. Por el contrario, su propósito es proveer a la población un servicio que el mercado no provee por su ausencia de rentabilidad.

En su opinión en el caso **Ferring**, en el que se examinaba si la regulación del gravamen impuesto por el gobierno francés sobre las ventas directas de medicamentos, del que quedaban exentos los mayoristas distribuidores, el abogado general Tizzano analizó si dicha regulación infringía las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. El objetivo de la exención era reequilibrar las condiciones de competencia con el otro circuito existente de distribución de medicamentos –el de los laboratorios farmacéuticos– sujeto, este sí, al gravamen. Según el legislador francés en ausencia de ese reequilibrio la competencia se vería falseada, como

consecuencia de la imposición de obligaciones de servicio público que recaían exclusivamente sobre los mayoristas distribuidores.

El abogado general afirmó en primer lugar que *“parece claro que si el Estado impone determinadas obligaciones de servicio público a una empresa, la cobertura de los costes suplementarios derivada del cumplimiento de las citadas obligaciones no supone ventaja alguna para la empresa de que se trata, sino que sirve para evitar una situación de desventaja para (sic. léase “con respecto a”) sus competidoras... debe deducirse de ello que, en el supuesto que se considera, la intervención de las autoridades públicas termina por ser económicamente neutral para la empresa interesada, por cuanto ésta no obtiene por este motivo ni una ventaja ni una desventaja”*.⁶³⁹

No obstante, a continuación el abogado general realizó un excurso en el que entró a valorar el objetivo de la medida, que en principio debería considerarse de todo punto irrelevante a los efectos de juzgar si la financiación constituía o no una ayuda de Estado: *“[d]icho de otra forma, no se pueden considerar separadamente la imposición de la obligación y la concesión de la compensación, dado que se trata de dos caras de una misma intervención pública encaminada, en su conjunto, a garantizar la satisfacción de unos intereses de importancia fundamental para la colectividad”*.⁶⁴⁰

Y así lo estima expresamente en la conclusión de su razonamiento el abogado general, para quien, en coherencia con el inicio de su reflexión, *“la exigencia de compensar unas obligaciones especiales de servicio público no se limita a representar la causa ni la finalidad de las medidas de que se trata,*

⁶³⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 8 de mayo de 2001 en el asunto C-53/00, *Ferring*, [2001] Rec.p.253, apartado 61.

⁶⁴⁰ *Ibíd.*, apartado 61.

sino que repercute necesariamente también sobre los efectos de éstas, dado que hace económicamente neutral la intervención pública y evita que ésta pueda provocar distorsiones injustificadas de la competencia. Por consiguiente, una alteración de las condiciones normales de competencia sólo será posible en el supuesto de unas compensaciones que superen el coste suplementario neto derivado del cumplimiento de las obligaciones de servicio público.”

Es decir, únicamente cuando la compensación exceda la suma del coste del servicio y un beneficio razonable, podrá, lógicamente, considerarse que se estará otorgando una ventaja potencialmente constitutiva de ayuda de Estado a la empresa que efectúa el servicio. Por tanto *“las medidas públicas estrictamente necesarias para compensar el coste suplementario neto derivado del cumplimiento de unas obligaciones de servicio público no constituyen ayudas de Estado en el sentido del [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado.”*⁶⁴¹

El Tribunal de Justicia confirmaría las conclusiones del abogado general en su sentencia sobre el caso Ferring.⁶⁴²

Quedaba así resuelta temporalmente la cuestión, en favor de considerar que las compensaciones pagadas por la prestación de un SIEG no

⁶⁴¹ *Ibíd.*, apartado 63.

⁶⁴² *“Procede, pues, responder que el [actual artículo 107] del Tratado debe interpretarse en el sentido de que una medida como la prevista en el artículo 12 de la Ley n. 97-1164, en la medida en que grava únicamente las ventas directas de medicamentos realizadas por los laboratorios farmacéuticos, tan sólo constituye una ayuda de Estado a los mayoristas distribuidores si la ventaja que éstos obtienen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos sobrepasa los costes adicionales que tales mayoristas soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional.”* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00, *Ferring*, [2001] Rec.p.627, apartado 29.

constituían ayudas de Estado, siempre y cuando no se excediera el coste neto del servicio más un beneficio razonable.⁶⁴³

Tan solo dieciséis días antes de dictarse la sentencia en el caso *Ferring* se había celebrado la audiencia correspondiente al caso **Altmark**, relativo también al pago de compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general: este caso ante el TJUE tenía su origen en la cuestión prejudicial remitida por el Bundesverwaltungsgericht alemán en relación a un litigio que enfrentaba a la empresa Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH con la empresa Altmark Trans GmbH, concesionaria del servicio de transporte de viajeros en líneas regionales en el Landkreis (distrito) de Stendal.⁶⁴⁴ La primera alegó contra la adjudicación de las licencias a la segunda que “*la concesión de las licencias era ilegal porque, sin las subvenciones públicas que recibía, Altmark era incapaz de subsistir en el plano económico*”.⁶⁴⁵ Tras haber anulado un tribunal inferior la concesión de licencias por infringir las normas sobre compatibilidad con el mercado interior de las ayudas de Estado, el tribunal superior planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia. En ella, el tribunal remitente se limitaba a preguntar si “*debido a su alcance regional, [había] de*

⁶⁴³ La solución *Ferring* despertó grandes recelos entre la doctrina en el momento de su adopción:

“*Something falling outside the EC Treaty in the first place requires neither notification nor justification against Treaty criteria. If is this facet of the Ferring judgment that has caused consternation in some quarters.*” Ross, M. Decentralization, *Effectiveness and Modernization: Contradiction in Terms?*, en *The law of state aid in the European Union*, Ed. A.Biondi, P.Eeckhout, J.Flynn, New York, Oxford University Press, 2004, en p.87

⁶⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747, apartado 19.

⁶⁴⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, presentadas el 19 de marzo de 2002 en el asunto C-280/00, *Altmark*, [2002] Rec.p.188, apartado 23.

*considerarse que a priori tales subvenciones no [podían] afectar al comercio entre Estados miembros”.*⁶⁴⁶

El Tribunal de Justicia consideró que la sentencia dictada en el caso Ferring tras la audiencia justificaba la reapertura de la fase oral del procedimiento, siendo ésta acordada mediante auto de 18 de junio de 2002, habiendo el abogado general emitido ya las que serían sus primeras conclusiones en las que ya había tomado en cuenta la sentencia Ferring. La segunda vista oral se celebró el 15 de octubre de 2002 y el abogado general formuló sus segundas conclusiones el 14 de enero de 2003. Éstas reiteraban la opinión expresada en las primeras conclusiones, lo cual era coherente puesto que nada había cambiado. Finalmente, el Tribunal dictó sentencia el 24 de julio de 2003.

Tanto la reapertura de la fase oral como la actuación del Tribunal en pleno, es decir, integrado por los quince jueces que lo componían, atestiguan de la extraordinaria relevancia que el Tribunal acordó al asunto. Acertadamente, como han demostrado los hechos posteriores y en particular la vigencia de la jurisprudencia Altmark hasta la actualidad.

El abogado general Léger propuso en sus primeras conclusiones y reiteró en las conclusiones dictadas tras la reapertura de la fase oral, que el Tribunal no siguiera el razonamiento de la sentencia Ferring. Recordemos que, al dictarse la sentencia Altmark en pleno, el abogado general en esencia estaba solicitando a los cinco jueces que unos meses antes habían dictado la sentencia Ferring que rectificaran su decisión.

⁶⁴⁶ *Ibíd.*, apartado 56.

El abogado general consideró que la sentencia Ferring entraba en contradicción con la lógica inherente al sistema de control de las ayudas de Estado: en primer lugar recordó que el Tratado no distingue según las causas o los objetivos de las medidas estatales, sino que las define únicamente en función de sus efectos a la hora de calificarlas como ayudas de Estado. El Tribunal en Ferring sin embargo denegó el carácter de ayuda de Estado de la medida “*en razón de las obligaciones concretas de servicio público impuestas a los mayoristas distribuidores*”⁶⁴⁷, es decir, basándose en el objetivo de la misma.

En segundo lugar, subrayó que la sentencia Ferring admitía únicamente dos tipos de situaciones dependiendo de si la compensación concedida al proveedor de servicios de interés económico general excedía o no los costes netos del servicio: si no excedían los costes netos del servicio, la medida no constituiría una ayuda de Estado. Por el contrario, si excediera dichos costes, se consideraría inmediatamente incompatible con el mercado interior. Esta dicotomía despojaría de cualquier efecto al actual artículo 106 TFUE –que regula la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior–, ya que el Tribunal no daba opción a que la compensación pudiese constituir una ayuda de Estado, y por extensión tampoco daba opción a que constituyera una ayuda de Estado compatible con el mercado interior. Se denegaría así a la Comisión cualquier control sobre estas medidas, contradiciendo la postura previa del Tribunal de Justicia expresada en el asunto *Banco Exterior de España*.⁶⁴⁸

⁶⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00, *Ferring*, [2001] Rec.p.627, apartado 23.

⁶⁴⁸ “[E]l Tratado, al establecer en su [actual artículo 107 TFUE] el examen permanente y el control de las ayudas por la Comisión, persigue que el reconocimiento de la posible incompatibilidad de una ayuda con el mercado común resulte, bajo control del Tribunal de Justicia, de un procedimiento adecuado, de cuya aplicación es responsable la Comisión.

A ello el abogado general sumó otras críticas, como que no se exigiera que las obligaciones que justificarían el pago compensatorio fuesen definidas de manera suficientemente precisa, estuviesen referidas específicamente a la empresa proveedora del servicio y presentaran un nexo suficiente con el objeto del servicio de interés general, siendo necesarias para el cumplimiento del SIEG.

Consecuentemente, el abogado general exhortó al Tribunal a que retomara la jurisprudencia SIC, mencionada anteriormente, y considerara que la compensación pagada a la empresa proveedora por la administración constituía una ayuda de Estado, sin perjuicio de su posible aprobación como compatible con el mercado interior.

Durante el proceso, los gobiernos alemán y español en particular, abogaron por el contrario por mantener la sentencia Ferring.⁶⁴⁹

El Tribunal de Justicia se decantó por la segunda interpretación, que la compensación no constituía una ayuda de Estado, pero matizándola

Esta competencia de la Comisión se extiende igualmente a las ayudas de Estado concedidas a las empresas a que se refiere el apartado 2 del [actual artículo 106 TFUE], en particular a aquellas a las que los Estados miembros han encargado de la gestión de servicios de interés económico general.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994 en el asunto C-387/92, Banco Exterior de España, [1994] Rec. p. I-877, apartados 16 y 17.

⁶⁴⁹ “*Altmark Trans, el Regierungspräsident, Nahverkehrsgesellschaft y los Gobiernos alemán y español propusieron, en esencia, confirmar los principios sentados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Ferring... Así, consideran que la financiación estatal de servicios públicos no constituye una ayuda... si las ventajas concedidas por las autoridades públicas no exceden del coste generado por la prestación de las obligaciones de servicio público. A este respecto, alegan fundamentalmente que el concepto de ayuda... sólo se aplica a las medidas que proporcionan una ventaja financiera a una o varias empresas. Ahora bien, una subvención pública que se limita a compensar el coste derivado de la prestación de servicios públicos obligatorios no proporciona ventaja efectiva alguna a la empresa beneficiaria. Además, en tal caso no se falsea la competencia, porque toda empresa puede beneficiarse de la subvención pública siempre que preste los servicios públicos de transporte impuestos por el Estado.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, Altmark Trans, [2003] Rec. p. I-7747, apartados 71 y 72.*

mediante la formulación de una serie de condiciones, que pasarían a denominarse criterios Altmark.

En primer lugar el Tribunal recordó las sentencias ADBHU y Ferring, concluyendo que *“si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado.”*⁶⁵⁰

Vemos que el Tribunal se refiere a la ausencia tanto de una ventaja como del efecto sobre la competencia para justificar la ausencia de ayuda de Estado. Pero una vez confirmado este punto de la jurisprudencia Ferring, a continuación formuló la mencionada matización a esta jurisprudencia en forma de cuatro condiciones cumulativas que determinarían la calificación o no como ayuda de Estado de la compensación pagada a la empresa proveedora de un SIEG:

“[P]ara que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, debe cumplirse una serie de requisitos.

En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar, por tanto, si las obligaciones de servicio público impuestas a Altmark Trans se

⁶⁵⁰ *Ibíd.*, apartado 95.

derivan claramente de la legislación nacional y/o de las licencias controvertidas.

En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras.

Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado... la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.

En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los

*ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.”*⁶⁵¹

El Tribunal de este modo supeditó la exclusión del ámbito de las ayuda de Estado de la financiación concedida mediante fondos estatales a una empresa que ejecuta un SIEG al cumplimiento de cuatro condiciones:

1. La existencia de un acto de atribución de un genuino servicio de interés económico general;

2. El establecimiento previo de parámetros objetivos y transparentes de compensación:

3. La prevención del pago de una compensación excesiva; y

4. La selección de la empresa proveedora mediante un procedimiento de licitación pública o, alternativamente, la limitación de los costes de la empresa a los correspondientes a los de una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada.

Esta solución a la cuestión se podría considerar intermedia entre las dos líneas de razonamiento seguidas hasta entonces por los tribunales de la UE. Por un lado, admite que los pagos compensatorios por la prestación de servicios de interés económico general no constituyen ayudas de Estado –en línea con la jurisprudencia Ferring– pero a su vez introdujo tres condiciones adicionales. Como tal, había sido anticipada de manera más rudimentaria por el abogado general Jacobs en el asunto GEMO, siendo esta opinión de gran ayuda para entender la razón de ser de las condiciones Altmark:

⁶⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747, apartados 89 a 93.

“De acuerdo con la distinción que propongo, la primera categoría estaría constituida por aquellos asuntos en los cuales las medidas de financiación tienen por objeto claramente servir de quid pro quo a obligaciones de interés general claramente definidas o, en otras palabras, en los que la relación entre la financiación concedida por el Estado, por un lado, y las obligaciones de interés general claramente definidas, por otro, es directa y manifiesta. El ejemplo más claro de una relación directa y manifiesta de este tipo entre la financiación del Estado y obligaciones claramente definidas son los contratos públicos de servicios adjudicados en el marco de procedimientos de licitación pública: en un mismo contrato se definen las obligaciones de las empresas a las que se encomiendan los servicios de interés general de que se trate y la remuneración que recibirán a cambio. En mi opinión, los asuntos comprendidos dentro de esta categoría deberían analizarse aplicando la solución compensatoria. [Es decir, descartando que constituyan ayudas de Estado].

La segunda categoría está integrada por asuntos en los que no está claro desde un principio que la financiación del Estado pretenda servir de quid pro quo a obligaciones de interés general claramente definidas. En tales asuntos, o bien la relación entre la financiación del Estado y las obligaciones de interés general impuestas no es directa o manifiesta, o bien no están claramente definidas las obligaciones de interés general. Un buen ejemplo de esta categoría es el asunto Banco Exterior de España, en el que la legislación española eximía a todos los bancos públicos del pago de impuestos. La legislación no indicaba que dicha ventaja pretendiera servir de compensación por el cumplimiento de obligaciones de interés general, ni definía exactamente cuáles eran esas obligaciones. Sólo ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno español alegó que la exención era necesaria para que los bancos públicos cumplieran su función de «gestión del crédito oficial». En mi opinión, los asuntos comprendidos en esta segunda categoría deberían analizarse con arreglo a la solución de la ayuda de Estado [por lo que deberían ser notificadas con arreglo al actual apartado 3 del artículo 108 TFUE y

examinada su compatibilidad con el mercado interior en base al artículo 106 TFUE]”⁶⁵².

Jacobs también trató en su opinión la cuestión de la compensación excesiva del SIEG, que obligará a calificar el pago al prestador del servicio como ayuda de Estado, pero refiriéndose directamente al principio del inversor privado en una economía de mercado.⁶⁵³

El Tribunal aplicaría en Altmark un criterio más laxo respecto a la cuestión de la ausencia de compensación excesiva que el propuesto por Jacobs en el asunto GEMO, admitiendo que se puedan realizar pagos por el importe de todos los costes incurridos por la empresa en el desempeño del SIEG y un beneficio razonable, sin tomar en cuenta la rentabilidad obtenida por el Estado por los fondos puestos a disposición del proveedor del SIEG.

⁶⁵² Conclusiones del Abogado General Sr. F.G. Jacobs, presentadas el 30 de abril de 2002 en el asunto C-126/01, *Gemo*, [2002] Rec.p.273, apartado 120.

⁶⁵³ “*Cuando el Estado presta dinero a una empresa, sólo habrá ayuda si y en la medida en que no exija una rentabilidad apropiada del mismo modo que lo haría un inversor privado. En mi opinión, el mismo análisis global debe prevalecer cuando la relación entre la financiación del Estado y las obligaciones de interés general claramente definidas impuestas sea tan directa y manifiesta que la financiación y la obligación deban considerarse como una única medida.*” Conclusiones del Abogado General Sr. F.G. Jacobs, presentadas el 30 de abril de 2002 en el asunto C-126/01, *Gemo*, [2002] Rec.p.273, apartado 122.

3.2.2.2 Las normas aplicables a los servicios de interés económico general: los paquetes legislativos de la Comisión Europea

Los *criterios Altmark* han quedado fijados como un decálogo que rige no solo la propia calificación del pago compensatorio como ajeno al concepto de ayuda de Estado, sino que ha sido utilizado por la Comisión europea como base para evaluar la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior en base al artículo 106 TFUE.⁶⁵⁴

La sentencia *Altmark* fue también el detonante y la piedra angular del primer paquete legislativo aprobado por la Comisión europea en 2005 sobre la aplicación de las normas relativas al control de las ayudas de Estado a los servicios de interés económico general.

Este primer paquete, denominado *paquete Altmark* o *paquete Monti-Kroes* en referencia a los comisarios bajo cuyo mandato se adoptaron las normas que lo componían, se estructuraba –al igual en esencia que el segundo paquete que lo sustituiría– en una decisión de exención de la obligación de notificación de las ayudas estatales en forma de compensación por servicio

⁶⁵⁴ No obstante, conviene tener en cuenta que las condiciones *Altmark* y el artículo 106 TFUE tienen diferente naturaleza: “*En diversos asuntos juzgados por el Tribunal General, las partes han puesto de relieve una cierta similitud entre los requisitos para la aplicación del artículo 106 TFUE, apartado 2, y algunos de los requisitos formulados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Altmark, ... Sin embargo, no cabe olvidar que, aunque los requisitos para calificar de compatible con el mercado interior una medida de ayuda presentan una cierta similitud con los requisitos de la sentencia Altmark, citada en el apartado 7 supra (EU:C:2003:415), debe tenerse en cuenta que, en el caso de la aplicación del artículo 106 TFUE, apartado 2, se trata de responder a una cuestión sustancialmente diferente, que presupone ya una respuesta afirmativa a la cuestión planteada en la sentencia Altmark, citada en el apartado 7 supra, (EU:C:2003:415), que es distinta de la cuestión de la compatibilidad con el mercado interior de la ayuda de que se trate y corresponde a un momento anterior*”. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2015, en el asunto T-125/12, *Viasat Broadcasting*, [2015] Rec.p.687.

público⁶⁵⁵ y un marco comunitario que definía las condiciones de compatibilidad con el mercado interior de las compensaciones que constituyeran ayudas estatales y que quedaran fuera del ámbito de la decisión debiendo, por tanto, ser notificadas a la Comisión.⁶⁵⁶ El paquete incluía también una Directiva relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, que sigue vigente.⁶⁵⁷

El 20 de diciembre de 2011 la Comisión adoptó un nuevo paquete legislativo, denominado en ocasiones como “paquete Almunia”, en referencia a su aprobación bajo el mandato del comisario Joaquín Almunia en 2012, que regula hasta el día de hoy la aplicación de las normas sobre control de las ayudas de Estado a los SIEG. En sentido estricto está compuesto por tres instrumentos normativos, una Comunicación Marco (Marco SIEG)⁶⁵⁸, una Comunicación (Comunicación SIEG)⁶⁵⁹ y una Decisión revisada (Decisión SIEG).⁶⁶⁰

⁶⁵⁵ 2005/842/CE: Decisión de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE 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, D.O.U.E. L 312, 29.11.2005, pp. 67–73

⁶⁵⁶ Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, D.O.U.E C 297, 29.11.2005, pp. 4–7.

⁶⁵⁷ 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

⁶⁵⁸ Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22.

⁶⁵⁹ Comunicación de la Comisión 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 (2012/21/UE) 2012/C 8/02, D.O.U.E. C8, 11.01.2012, pp. 4-14

⁶⁶⁰ 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10

La adopción estuvo precedida de amplias consultas, previstas en los propios instrumentos legislativos adoptados en el paquete de 2005, que incorporaban un mandato de evaluación de impacto a cargo de la Comisión, en base a la información que los Estados debían remitir sobre la aplicación de las normas del *Paquete Monti-Kroes*.⁶⁶¹ En 2010 la Comisión realizó una consulta pública, seguida de otra consulta sobre los proyectos de los nuevos instrumentos normativos, con el propósito de aglutinar opiniones de las entidades implicadas en la provisión de los SIEG. Las conclusiones de la comisión se reflejaron en un documento de trabajo⁶⁶² y una comunicación⁶⁶³ que propugnaban una reforma que simplificara la normativa⁶⁶⁴ y que tuviera en cuenta en mayor medida consideraciones relativas a los efectos sobre la competencia.

El resultado final fueron los tres instrumentos mencionados, que se complementan de manera sistemática y lógica y cubren la totalidad de supuestos de financiación pública de SIEG:

⁶⁶¹ Artículo 9 de la Decisión 2005/842/CE: Decisión de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE 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, D.O.U.E. L 312, 29.11.2005, pp. 67–73

⁶⁶² Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, La aplicación de las normas sobre ayudas estatales de la UE a los servicios de interés económico general desde 2005 y el resultado de la consulta pública
Bruselas, 23.03.2011 SEC(2011) 397

⁶⁶³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general. COM(2011) 149. 23.3.2011.

⁶⁶⁴ “[E]l objetivo de la reforma es establecer un marco jurídico claro, simple y efectivo de modo que se facilite su observancia por parte de las autoridades nacionales, regionales y locales, así como fomentar[a] la prestación eficiente de los SIEG mediante la promoción de una economía inteligente, sostenible e inclusiva”. *Ibíd.*, apartado 5.2

En primer lugar figura la Comunicación SIEG⁶⁶⁵ cuyo objetivo declarado “*es aclarar los conceptos clave subyacentes a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las compensaciones por servicio público*”.⁶⁶⁶ De hecho, la Comunicación consta de dos partes:⁶⁶⁷ en la primera la Comisión realiza un somero análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de su propia práctica decisoria en relación a los conceptos de empresa y de actividad económica, fondos estatales y efectos sobre los intercambios, es decir, de las condiciones contenidas en el artículo 107.1 TFUE. La segunda parte de la Comunicación tiene asimismo un efecto meramente descriptivo de los criterios Altmark, cuyo cumplimiento, como hemos visto anteriormente, llevan a la inexistencia de una ayuda de Estado aun cuando se produzca un pago por parte del Estado a una empresa que realiza una actividad económica sometida a la competencia y el comercio entre los Estados miembros.

En segundo lugar figura, desde un punto de vista sistemático⁶⁶⁸, la Decisión SIEG. Este texto, al contrario que la Comunicación, sí tiene un

⁶⁶⁵ Comunicación de la Comisión 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 (2012/21/UE) 2012/C 8/02, D.O.U.E. C8, 11.01.2012, pp. 4-14

⁶⁶⁶ Comunicación de la Comisión 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 (2012/21/UE) 2012/C 8/02, D.O.U.E. C8, 11.01.2012, pp. 4-14, apartado 3.

⁶⁶⁷ Tres si añadimos el apartado relativo a su objetivo y alcance.

⁶⁶⁸ Szyszczak considera que, sorprendentemente, la Comisión adoptó este conjunto de medidas sin precisar cómo han de interactuar unas con otras y que se ha sugerido que las relaciones entre ellas son jerárquicas. No obstante, creemos que esta afirmación es incorrecta, o cuando menos exagerada. De las descripciones del objetivo y alcance contenidas en cada una de las normas resulta evidente cuál es la lógica que rige las relaciones entre las tres normas. Véase SZYSZCZAK, E. “Modernising State Aid and the Financing of SGEI”, en *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, Vol.3, N.4, pp.332 a 343, en p.335

carácter normativo, y no meramente descriptivo, ya que establece una exención de la notificación, de otra forma obligatoria, de las compensaciones pagadas por el Estado al proveedor de un SIEG que no cumplen con los criterios *Altmark*.⁶⁶⁹

La Decisión se aplica a aquellas medidas de financiación de los SIEG en las que concurren las tres primeras condiciones *Altmark*, pero en las que el proveedor del servicio no es seleccionado a través de un procedimiento de contratación pública y el nivel de compensación no se ha basado en, o no corresponde a, los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios pertinentes.

Estas medidas quedan exentas de la obligación general de notificación, siempre y cuando entren en el ámbito de aplicación *ratione materiae* definido en el artículo 2 de la Decisión “*que no supere[n] un importe anual de 15 millones EUR por la prestación de servicios de interés económico general en ámbitos que no sean los transportes y las infraestructuras de transportes*”. En estos ámbitos, la Decisión prevé que sea aplicable únicamente “*en lo relativo a aeropuertos y puertos cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores...no hubiere superado 200 000 pasajeros en el caso de los aeropuertos y 300 000 pasajeros en el caso de los puertos*”. Además, la decisión será aplicable sin limitaciones a los

⁶⁶⁹ “La... Decisión [de 2012] sustituye a la Decisión 2005/842/CE y establece las condiciones en las que las ayudas estatales consistentes en una compensación por un servicio de interés económico general no están sujetas a la obligación de notificación previa establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado, puesto que pueden considerarse compatibles con el artículo 106, apartado 2, del Tratado.” 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10, apartado 7

hospitales, incluyendo la financiación de las actividades puramente accesorias, “especialmente en el campo de la investigación”, y “por la prestación de servicios de interés económico general que atiendan necesidades sociales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables”.⁶⁷⁰

La Decisión también establece un límite *ratione temporis*, por el cual “solo se aplicará cuando el período durante el que se ha encomendado a la empresa el funcionamiento del servicio de interés económico general no supere los diez años. Cuando el período de atribución supere los diez años, la... Decisión solo se aplicará en la medida en que se requiera una inversión importante, por parte del proveedor del servicio, que necesite ser amortizada durante un período más prolongado de conformidad con los principios contables aceptados generalmente.”⁶⁷¹

A efectos de la aplicación de la Decisión a la financiación de proyectos de infraestructura, es preciso realizar ciertas precisiones:

En primer lugar, la Decisión se refiere a un monto anual de compensación al fijar su ámbito de aplicación. En el caso de servicios de interés económico general que requieran de infraestructuras para su prestación, éstos típicamente se caracterizarán por unos muy altos costes de inversión, incurridos en un plazo inicial exiguo, y unos costes de explotación sustancialmente inferiores que se extienden durante toda la vida útil económica de la infraestructura.

⁶⁷⁰ *Ibíd.*, artículo 2.1.

⁶⁷¹ *Ibíd.*, artículo 2.2.

El segundo párrafo del artículo 2 a), así como las normas sobre duración, permiten adaptar la norma a las características particulares de las inversiones en infraestructuras para la provisión de un SIEG:

El artículo 2.1 a) permite que “[c]uando el importe de la compensación varíe mientras dure la atribución del servicio público”, lo que se producirá cuando la compensación incluya gastos de inversión en infraestructura, “el importe anual se calculará como la media de los importes anuales de compensación que está previsto que se realice durante el período de atribución”.⁶⁷² En consecuencia, la compensación inicial destinada a cubrir los costes de inversión, sumada a las eventuales ayudas operativas que recibirá el proyecto durante su vida útil, se dividirán entre los años que dure el período de atribución, y será en base al resultado de esta división que se determinará si la ayuda excede la cantidad de 15 millones de euros anuales.

La Decisión impone, asimismo, en su apartado segundo del artículo 2, una restricción temporal, limitando en principio a diez años el período máximo de atribución del servicio.

Este límite general dificultaría muy seriamente la aplicación de la Decisión⁶⁷³ a la financiación de proyectos de infraestructuras destinadas a prestar servicios de interés económico general: en caso de que el período máximo de atribución de un servicio de interés económico general fuese inferior a la duración de la vida útil de la infraestructura, no sólo impediría

⁶⁷² Artículo 2.1 a), 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10.

⁶⁷³ La inaplicabilidad de la Decisión no sería óbice en todo caso para que la financiación de infraestructuras utilizadas para la prestación de un SIEG fuese declarada compatible con el mercado interior tras ser notificada a la Comisión.

que la medida quedara exenta al no ser aplicable la Decisión, sino que una restricción en este sentido podría llevar a la inviabilidad del proyecto.

En el caso de grandes proyectos de infraestructuras generadores de ingresos netos⁶⁷⁴ financiados por los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (Fondos EIE), se añadiría una clara discrepancia de difícil resolución con las normas que rigen el desembolso de estos fondos.

Como hemos visto anteriormente⁶⁷⁵, los grandes proyectos están sujetos a un procedimiento específico de aprobación regulado en el Reglamento N° 1303/2013, que rige el uso de los Fondos EIE. En el caso de que el proyecto genere ingresos netos una vez finalizado, “[I]os gastos subvencionables de la operación que vayan a cofinanciarse con cargo a los Fondos EIE se reducirán por anticipado tomando en consideración el potencial que tenga la operación de generar ingresos netos a lo largo de un período específico de referencia que cubra tanto la ejecución de la operación como el período posterior a su finalización”.

⁶⁷⁴ “[S]e entenderá por «ingreso neto» todo aporte en efectivo que paguen directamente los usuarios en concepto de bienes o servicios prestados por la operación como, por ejemplo, las tasas abonadas directamente por los usuarios por la utilización de las infraestructuras, la venta o el arrendamiento de terrenos o edificios, o el pago de servicios, menos todos los gastos de funcionamiento y de sustitución de material de corta duración que surjan durante el período correspondiente. El ahorro en gastos de funcionamiento que produzca la operación se considerará un ingreso neto a menos que quede compensado por una reducción equivalente de las subvenciones para funcionamiento”. Artículo 61.1 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo.

⁶⁷⁵ Véase supra Apartado 2.3.3.

En caso de que las normas nacionales aplicables prevean el uso del cálculo del déficit de financiación,⁶⁷⁶ en base al artículo 15.1 y 2 del Reglamento Delegado n°480/2014 de la Comisión, de 3 de marzo de 2014, que complementa el Reglamento n° 1303/2013, los ingresos netos descontados de la operación se calcularán deduciendo los costes descontados de los ingresos descontados y, en su caso, sumando el valor residual de la inversión. A su vez, los ingresos netos descontados de la operación se calcularán sobre un período de referencia específico fijado en función del sector económico en que se inscribe la operación:

Los periodos de referencia, fijados en un anexo al Reglamento Delegado, abarcan desde los diez años, periodo mínimo de referencia para las infraestructuras empresariales, hasta los treinta para la infraestructura ferroviaria y de suministro de agua o saneamiento.

Podría por tanto darse potencialmente una situación en la que el cálculo de la ayuda a la inversión concedida a través de fondos EIE tomara en cuenta un periodo de referencia, respecto al cual se calculan los ingresos netos que ha de deducirse, superior al periodo máximo de atribución del SIEG de diez años.

Las normas que rigen el control de las ayudas de Estado admiten sin embargo excepciones a esta restricción. La Decisión SIEG permite que el

⁶⁷⁶ “El método mediante el que se deduzcan los ingresos netos del gasto de la operación incluido en la solicitud de pago presentada a la Comisión se determinará de conformidad con las normas nacionales”. Artículo 61.4 del Reglamento 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) no 1083/2006 del Consejo.

periodo de atribución se extienda más allá de los diez años, siempre y cuando esté justificado “*en la medida en que se requiera una inversión importante, por parte del proveedor del servicio, que necesite ser amortizada durante un período más prolongado de conformidad con los principios contables aceptados generalmente*”.⁶⁷⁷ La inversión en infraestructuras es un ejemplo paradigmático de tales “inversiones importantes”. Será por tanto frecuente que el acto de atribución de un servicio público que requiera inversiones en infraestructuras para garantizar que la inversión pueda amortizarse, se desvíe de la regla general de los diez años de plazo máximo que establece la Decisión SIEG, siendo ésta, pese a ello, aplicable.

En segundo lugar, la letra a) del artículo 4 excluye expresamente “las infraestructuras de transportes” del ámbito de aplicación de la Decisión SIEG. La razón para ello es la existencia de normas especiales aplicables a la financiación de los servicios –inclusive las infraestructuras requeridas para prestarlos– de transportes que reúnen las características para ser considerados servicios públicos.

El origen de esta distinción se encuentra en el actual artículo 93 TFUE, que constituye una *lex specialis* más flexible que la norma general del artículo 106 TFUE:

“Serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan

⁶⁷⁷ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 (Decisión SIEG), 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, C(2011) 9380, D.O.U.E L7, 11.1.2012, pp. 3–10

*al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público.*⁶⁷⁸

Actualmente, el Reglamento (CE) No 1370/2007 del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, regula los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. El Reglamento presenta similitudes con la Decisión SIEG: en ambos casos se exige de la obligación general de notificación de las ayudas de Estado a las medidas que cumplan con los preceptos del reglamento y la decisión respectivamente. Ambos establecen mecanismos y normas que evitan la sobrecompensación del servicio, para lo cual los pagos no deben exceder los costes netos del servicio más un beneficio razonable. El requisito de un acto de atribución –un contrato de servicio público es la denominación utilizada por el Reglamento– también es común a ambos regímenes. Por último, ambos establecen un límite temporal general de diez años⁶⁷⁹ – quince años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios – que podrá ampliarse en todo caso a quince en el caso de que sea preciso amortizar una inversión importante.

No obstante, el Reglamento presenta ciertas particularidades, que redundan en un sistema más reglamentado y estricto aplicable a la conclusión de contratos de servicio público en el ámbito del transporte de viajeros: excepto cuando el proveedor sea un operador interno, definido como una entidad sobre la que la autoridad local pública responsable de la prestación ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, o en caso

⁶⁷⁸ Artículo 93 TFUE.

⁶⁷⁹ Artículo 2.2 de la 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10, artículo 4.3 del Reglamento

de contratos de menor cuantía⁶⁸⁰, de emergencia⁶⁸¹ o de transporte ferroviario⁶⁸², la autoridad competente deberá adjudicar el contrato de servicio público con arreglo a un “procedimiento de licitación equitativo”.⁶⁸³ El régimen general previsto por la Decisión es más laxo ya que no solo no exige que la empresa que preste el servicio haya sido seleccionada mediante un procedimiento de licitación pública, que normalmente satisfaría la cuarta condición *Altmark* y exoneraría la medida no solo de ser notificada a la Comisión, sino de la calificación de ayuda de Estado.

⁶⁸⁰ “*Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de los contratos de servicio público sea cuando su valor anual medio se haya estimado en menos de 1 000 000 EUR, sea cuando tengan por objeto la prestación anual de menos de 300 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.*”

En los casos de contratos de servicio público adjudicados directamente a pequeñas y medianas empresas que no utilicen más de 23 vehículos, estos umbrales podrán aumentarse a un valor medio anual estimado en menos de 2 000 000 EUR, o en el caso de la prestación anual de menos de 600 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.”

⁶⁸¹ “*En caso de interrupción de los servicios o de riesgo inminente de tal situación, la autoridad competente podrá adoptar una medida de emergencia en forma de adjudicación directa o de acuerdo formal de prórroga de un contrato de servicio público, o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público. El operador de servicio público tendrá derecho a recurrir la decisión de imponer la prestación de determinadas obligaciones de servicio público. La adjudicación o prórroga de un contrato de servicio público como medida de emergencia, o la imposición de dicho contrato, no excederá de dos años”.* Reglamento (CE) n° 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) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo, D.O.U.E. L 315, 3.12.2007, p. 1–13, apartado 5.

⁶⁸² “*Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de los contratos de servicio público de transporte ferroviario, con la excepción de otros tipos de transporte por vía férrea, como el metro o el tranvía. A modo de excepción a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, la duración de dichos contratos no será superior a diez años, salvo cuando sea de aplicación el artículo 4, apartado 4.*” Reglamento (CE) n° 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) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo, D.O.U.E. L 315, 3.12.2007, p. 1–13, apartado 6.

⁶⁸³ Reglamento (CE) n° 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) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo, D.O.U.E. L 315, 3.12.2007, p. 1–13, apartado 15.

A la financiación de otras infraestructuras de transporte utilizadas para la prestación de un SIEG, en concreto aeropuertos y puertos marítimos y fluviales, pese a estar comprendidas en el ámbito de la Decisión y el régimen general que éste establece, se les aplica una norma particular a la hora de determinar si entran en el ámbito de aplicación de la Decisión: quedará excluida –y por tanto tendrán que ser notificadas a la Comisión europea y se les aplicarán las normas del Marco SIEG– la “*compensación por la prestación de servicios de interés económico general en lo relativo a aeropuertos y puertos cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en el que se atribuyó el carácter de servicio de interés económico general no hubiere superado 200 000 pasajeros en el caso de los aeropuertos y 300 000 pasajeros en el caso de los puertos*”.

Por lo demás, las normas contenidas en la Decisión SIEG desarrollan las tres primeras condiciones *Altmark* sin diferenciarse de manera significativa de los demás instrumentos que forman el paquete legislativo: la Comunicación SIEG⁶⁸⁴ y el Marco SIEG.

En resumen, la Comunicación SIEG describe las situaciones en que la financiación de un SIEG no constituye una ayuda de Estado, bien por cumplir con los criterios *Altmark* o porque no cumplen, al margen de los criterios *Altmark*, alguna de las condiciones del artículo 107.1 TFUE.

El tercer, y último, instrumento del paquete legislativo es el Marco SIEG, que describe los criterios que seguirá la Comisión al examinar la compatibilidad con el mercado interior de una medida de financiación de un SIEG que no cumpla con las condiciones *Altmark* ni con los requisitos de la

⁶⁸⁴ 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14

decisión SIEG y constituya por tanto una ayuda de Estado sujeta al deber de notificación y al análisis de su compatibilidad con el mercado interior de acuerdo con el artículo 106.2 TFUE. Al contrario que la Decisión y la Comunicación, el Marco SIEG contiene una sección dedicada a exigencias – adicionales a los tres primeros criterios Altmark – que la Comisión aplicará en circunstancias excepcionales con el fin de garantizar que no se distorsione la competencia al nivel de la UE de forma contraria al interés de la Unión. Entre estas circunstancias excepcionales se incluyen situaciones en que *“la ayuda permita a la empresa financiar la creación o el uso de infraestructuras que no se puedan reproducir y le permitan cerrar el mercado en el que se presta el SIEG o mercados de referencia conexos. En tales casos, podrá ser adecuado exigir que se dé a los competidores acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura en las condiciones apropiadas”*.⁶⁸⁵

En conclusión, el sistema normativo de supervisión por la Comisión europea de la financiación de los SIEG es un sistema jerárquico: en primer lugar la Comisión confrontará la medida con las cuatro condiciones *Altmark*, debiendo éstas ser interpretadas de acuerdo con la Comunicación SIEG. Si la medida no cumple con las cuatro condiciones cumulativas, el siguiente paso será considerar si se cumplen las condiciones de la Decisión SIEG. Si así fuera, la medida constituirá una ayuda de Estado pero quedará exenta de ser notificada a la Comisión y será considerada compatible con el mercado interior sin requerir una aprobación individual. Si tampoco cumpliera con las disposiciones de la Decisión SIEG, deberá seguirse el procedimiento aplicable a las ayudas de Estado no exentas, es decir, notificación previa a la Comisión, que examinará la compatibilidad de la medida con el mercado

⁶⁸⁵ Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 58.

interior. Este examen se basará en las reglas del Marco SIEG, que, sobre la base del artículo 106 TFUE, impone el cumplimiento de las tres primeras condiciones *Altmark*.

3.2.3 Los Servicios de Interés Económico General: los criterios *Altmark* y su aplicación a la financiación de infraestructuras

Como ya se ha mencionado anteriormente, el cumplimiento de las tres primeras *condiciones Altmark* –la existencia de un acto de atribución, en el que se fijen los futuros parámetros de la compensación previniendo una compensación excesiva del servicio– es inexcusable para que una medida entre en el ámbito de aplicación bien de la jurisprudencia *Altmark*, tal y como ha sido interpretada en sentencias posteriores de los Tribunales de la UE o bien de las normas del paquete legislativo SIEG. A su vez, el cumplimiento de la cuarta *condición Altmark*, la selección de la empresa proveedora mediante un procedimiento de licitación pública o, alternativamente, la limitación de los costes de la empresa a los que requeriría una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada, determinará que la compensación del servicio no se califique como ayuda de Estado.

A continuación, examinaremos cómo se aplican en la práctica las cuatro condiciones *Altmark*, prestando especial atención, como no podía ser de otro modo, a la financiación de las infraestructuras utilizadas para la prestación de servicios de interés económico general.

3.2.3.1 La existencia de un acto de atribución de un genuino servicio de interés económico general

La primera condición enunciada por el Tribunal en la sentencia Altmark tiene dos componentes, uno material y uno formal: el primero consiste en la cualificación del servicio cuya prestación es compensada como de interés económico general y el segundo en la existencia de un acto formal de atribución.

- Los servicios potencialmente calificables de interés económico general

Como hemos señalado anteriormente, el Derecho de la UE no contiene una definición precisa del concepto de servicio público o SIEG, y en consecuencia tampoco ha formulado un listado de los servicios que quedan englobados bajo estos términos. La responsabilidad y la competencia para decidir si un servicio determinado es calificado de interés económico general o no recae por tanto, esencialmente, en los Estados miembros.

No obstante, el Estado no puede ejercer esa potestad de manera arbitraria, pues de lo contrario la Comisión podrá intervenir, censurando la calificación por el Estado del servicio como de interés económico general. En ese caso, el examen por la Comisión de la financiación mediante fondos estatales del servicio se realizará fuera del marco legislativo SIEG, sobre la base del artículo 107 TFUE y las normas de derecho secundario adoptadas en base al mismo.

El Estado incurrirá en un comportamiento arbitrario únicamente en caso de que incurra en un “error manifiesto”:

*“En cuanto se refiere a la competencia para determinar la naturaleza y el alcance de una misión SIEG en el sentido del Tratado, así como al grado de control que las instituciones comunitarias deben ejercer en este contexto... los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran como SIEG y que la definición de estos servicios por parte de un Estado miembro sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto.”*⁶⁸⁶

Si bien la referencia a un error manifiesto podría entenderse como el reconocimiento de una competencia muy amplia, prácticamente ilimitada, lo cierto es que las limitaciones a las que está sujeta la definición de un servicio como de interés económico general son más estrictas de lo que la expresión “error manifiesto” connota.

Respecto a la financiación de la construcción de infraestructuras, la Comisión ha establecido explícitamente que ésta podrá considerarse “*vinculados a un SIEG [siempre y cuando la infraestructura] esté vinculada a la obligación de servicio público y sea, por tanto, necesaria para su prestación*”.⁶⁸⁷ Esto implica que si la infraestructura es utilizada para la provisión de un SIEG, los costes vinculados tanto a su construcción como a su gestión podrán ser imputados a la prestación del servicio y ser compensados de acuerdo con las condiciones establecidas en el marco del tercer criterio *Altmark* – es decir, sin incurrir en sobrecompensación de los costes.

⁶⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-289/03, *BUPA y otros/Comisión* [2008] Rec.p. II-81, apartado 166.

⁶⁸⁷ Documento de Trabajo de la Comisión, *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, pregunta 9.

La esencia de los servicios de interés económico general estriba en que se trata de actividades “*que [poseen] características específicas respecto al de otras actividades económicas*”.⁶⁸⁸ La cuestión que surge inmediatamente es cuáles son esas características específicas y hasta qué punto suponen una limitación a la potestad de los Estados miembros de definir los servicios que se considerarán de interés económico general.

En primer lugar, la Comisión exige que los servicios para ser considerados de interés económico general estén destinados a los ciudadanos o sean de interés para la sociedad en su conjunto. Este principio ha cobrado gran importancia en el sector de la financiación de infraestructuras de banda ancha, en el que la Comisión lo ha desarrollado haciendo hincapié en que no es posible calificar como SIEG un servicio ofrecido específicamente a las empresas, y no a los ciudadanos.

La Comisión publicó en este ámbito dos decisiones contrapuestas en 2004 y 2006 sobre medidas a priori similares, relativas a la financiación de la red pasiva⁶⁸⁹ de infraestructuras de banda ancha en Francia e Irlanda respectivamente, que ofrecían servicios de acceso mayorista, sin incluir servicios minoristas de comunicación a los usuarios finales.

A pesar de que el acceso mayorista a la infraestructura subvencionada era ofrecido en ambos casos únicamente a empresas, los servicios que éstas ofrecerían posteriormente en el mercado minorista variaban. En el caso de la infraestructura francesa, el concesionario del servicio debía construir,

⁶⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991, en el asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA Siderurgia Gabrielli SpA* [1991]Rec.p. I-5889, apartado 27.

⁶⁸⁹ La red pasiva se define como la red de banda ancha sin ningún componente activo; normalmente incluye infraestructura de obra civil, conducciones, fibra oscura y distribuidores en las calles.

explotar y comercializar la red de banda ancha –principalmente la red pasiva– de manera uniforme en todo el territorio delimitado en el pliego de condiciones, que abarcaba la región de Pirineos Atlánticos. En particular, la autoridad licitadora exigió que la infraestructura pasiva permitiera proveer de servicios de banda ancha a determinados edificios oficiales, sedes universitarias y hospitales. Asimismo, estableció las tarifas máximas que el concesionario podía facturar a los operadores minoristas, a los que debía garantizar el acceso a la red pasiva sin discriminaciones, y prohibió que el concesionario pudiera actuar como proveedor minorista.⁶⁹⁰

La Comisión consideró que el objetivo directo de la medida era permitir el acceso a los servicios de banda ancha al público en general, aunque fuera a través de la licitación de la construcción, explotación y comercialización de la red pasiva: el concesionario tenía la obligación de ofrecer conectividad universal y acceso a los servicios mayoristas que permitieran conectar⁶⁹¹ a todos los usuarios, residenciales y empresas por

⁶⁹⁰ Decisión de la Comisión, N 381/2004 – France, *Projet de réseau de télécommunication haut débit des Pyrénées-Atlantiques* 16.XI.2004, C (2004) 4343 fin, apartados 13 a 17

⁶⁹¹ De acuerdo con el artículo 4.1 de la *Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (D.O.L 108 de 24/04/2002 pp.51 – 77)* la obligación de servicio público en el ámbito de los servicios de banda ancha se limita a atender las solicitudes de conexión recibidas, no la conexión universal:

“Los Estados miembros velarán por que sean satisfechas todas las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red telefónica pública y de acceso a los servicios telefónicos disponibles al público desde una ubicación fija por una empresa como mínimo.”

Véanse decisión de la Comisión sobre la ayuda de Estado N 331/2008 – France, *Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine*, de 30.09.2009 C(2009) 7426 final, apartado 135, y sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 en el asunto T-19/10, *Colt Télécommunications France*, [2013] Rec.p.463, apartados 134 a 138

igual en la zona delimitada en el acto de atribución.⁶⁹² Por el contrario, en el caso irlandés, Metropolitan Area Networks (MAN), las empresas mayoristas ofrecían servicios de banda ancha, fibra oscura –alquiler de cables de fibra sin utilizar– y conductos que no estaban dirigidos al público en general y a los ciudadanos, sino que eran ofrecidos a los operadores de telecomunicaciones para que comercializaran servicios de alta velocidad a empresas. En el caso irlandés la conexión a través de las nuevas infraestructuras pasivas financiadas sería viable económicamente solo para grandes empresas situadas cerca de las mismas.⁶⁹³ La Comisión rechazó en consecuencia la calificación del proyecto como SIEG, por permitir la infraestructura de banda ancha únicamente la conexión de empresas y no de particulares.

Obviamente, el desarrollo económico general, pese a que favorece de manera directa o indirecta al conjunto de la ciudadanía, no es suficiente para considerar que se cumple con esa condición en el marco de la compensación

⁶⁹² Véase en este mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, *Syndicat national des propriétaires et copropriétaires ASBL c/gobierno flamenco*, [2013] Rec.p.288, apartados 87 y 88:

“[T]eniendo en cuenta, en particular, la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros, no se puede excluir que los servicios de vivienda social puedan calificarse de servicio público. Sobre este particular, el hecho, evocado por el órgano jurisdiccional remitente, de que la carga social no beneficie directamente a los particulares, solicitantes de viviendas sociales, sino a las empresas del sector de la vivienda social, no tiene incidencia alguna sobre la calificación del servicio en cuestión”.

⁶⁹³ “This is confirmed by the fact that the only users for which a direct connection via the MANs will be economically viable are large businesses located close to the MANs. In order to connect “mass market” end users (SMEs and residential users) operators still have to bridge the last mile using local loops of Eircom or alternative local access technologies like wireless services.

As the Commission does not concur with the analysis of the Irish authorities on the character of the measure as a Service of General Economic Interest, it does not deem necessary to assess the measure in light of the other criteria laid down in the Altmark jurisprudence”. State aid n° N 284/2005 – Ireland Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks (“MANs”), phases II and III, Brussels, 08.III.2006 C(2006)436 final, apartados 39 y 40

de los servicios de interés económico general. Por tanto, el desarrollo económico de un país o una región no es un argumento apto para calificar el servicio que se quiere financiar a través de fondos estatales como de interés económico general, ya que se trata de una característica común a cualquier actividad económica.

Sin embargo, si la medida tiene repercusiones favorables sobre el sistema educativo o de salud del Estado, la Comisión ha considerado que el servicio entraña *características específicas respecto al de otras actividades económicas* que justifican la calificación como SIEG. Cabe deducir de ello que los servicios en cuestión no deben beneficiar tan sólo a las empresas y que deben estar abiertos a todos los ciudadanos, con independencia de que, de hecho, beneficien en mayor medida a determinados grupos o personas sobre otras.

Volviendo a la financiación de infraestructuras de banda ancha, cuando la infraestructura no beneficie a todos los consumidores domésticos en un área determinada, aunque beneficie a las administraciones públicas además de a determinadas empresas, no se podrá considerar que el servicio prestado a través de la infraestructura de banda ancha constituye un SIEG.⁶⁹⁴

⁶⁹⁴ “En effet, la Commission a certes reconnu la nature de SIEG à des réseaux de communications électroniques, dans les décisions Dorsal et Pyrénées Atlantiques, mais ces deux réseaux étaient conçus pour permettre un accès au haut débit à l'ensemble des particuliers, entreprises et services publics situés dans les territoires concernés. Dans le cas présent, le réseau subventionné est destiné à des parcs d'activité spécifiques, et non à l'ensemble d'un territoire. Les utilisateurs finaux en seront exclusivement des entreprises ou établissements publics, et non des particuliers. Dans ces conditions, la Commission ne considère pas que le projet notifié constitue un SIEG au sens de l'article 86 paragraphe 2 du traité CE dans la mesure où il ne vise pas les besoins du public et des citoyens mais prend plutôt la forme d'un service aux entreprises. En effet, si la Commission a reconnu aux Etats membres un large pouvoir discrétionnaire, sujet au contrôle de l'erreur manifeste, elle n'en a pas moins toujours souligné qu'un SIEG doit essentiellement servir les intérêts des citoyens. Cette conclusion est conforme à la position de la Commission dans un cas similaire d'aide du gouvernement irlandais à la création d'un réseau de communications électroniques

En segundo lugar, los servicios de interés económico general han de ser servicios que no se pueden prestar de manera satisfactoria por el mercado.⁶⁹⁵

La prestación será satisfactoria si la actividad se efectúa o se puede “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, [por] empresas que operan en condiciones normales de mercado”.⁶⁹⁶ Las empresas operarán en condiciones normales de mercado si pueden prestar o prestan el servicio sin necesidad de ningún tipo de ayuda sin que ello implique prestarlo a pérdida; es decir, que la prosecución del servicio en el tiempo ha de ser una decisión económica y financieramente racional.

A contrario, “el encargo de una ‘misión específica de servicio público’ implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones”⁶⁹⁷ en ausencia de algún tipo de apoyo financiero por el Estado.⁶⁹⁸

essentiellement destiné à des entreprises. La décision de la Commission avait rejeté la qualification de SIEG pour ce projet, pour les mêmes raisons que celles énoncées ci-dessus.” Aide d’Etat N 890/2006 – France, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit*, Bruxelles, le 10.VII.2007, C(2007) 3235 final apartado 35.

⁶⁹⁵ “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.” State aid SA.36740 (2013/NN) – *Lithuania Aid to Klaipėdos Nafta* – LNG Terminal, Brussels, 20.11.2013 C(2013) 7884 final

⁶⁹⁶ 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14

⁶⁹⁷ *Ibid.*, apartado 47

⁶⁹⁸ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia 19 de mayo de 1993, en el asunto C-320/91, *Corbeau*, [1993] Rec. p. I-2533

Esta condición implica que no es necesario para rechazar la calificación como SIEG de un proyecto, que en la actualidad existan empresas efectivamente prestando el servicio en cuestión de manera satisfactoria en condiciones normales de mercado –lo que inmediatamente invalidaría la definición del servicio como de interés económico general– sino que basta con que las condiciones del mercado en cuestión permitan que potencialmente haya empresas que presten el servicio. Ello evidentemente implica grandes dosis de incertidumbre acerca de si el servicio es o no de interés económico general, ya que no basta con analizar la situación existente basándose en datos empíricos, sino que la mera posibilidad de que el servicio se preste potencialmente bajo condiciones normales de mercado invalidará su calificación como SIEG.

Este requisito tiene como fin que el Estado sea consecuente y eficiente: si considera que la población requiere que un determinado servicio sea prestado cumpliendo con una serie de condiciones –que pueden incluir desde precios máximos del servicio, al respeto por las empresas prestadoras del servicio de condiciones laborales y medioambientales tan estrictas como considere convenientes⁶⁹⁹– y existen empresas capaces de prestarlo sin recibir ayudas, no es aceptable que el Estado favorezca al prestador del servicio, asegurando la obtención de beneficios o incrementándolos por encima de lo que marcaría el normal funcionamiento de una economía de mercado, y distorsionando así la competencia. Sin embargo, esta condición no puede llevarse al extremo de requerir que el Estado conceda derechos exclusivos o especiales al operador encargado de una misión SIEG,⁷⁰⁰ sino que bastará

⁶⁹⁹ Siempre y cuando no vulneren las normas sobre contratación pública de la UE ni impliquen una discriminación indirecta que vulnere las disposiciones sobre el mercado interior del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE.

⁷⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2008, en el asunto T-289/03, *BUPA*, [2008] Rec.p.II-81.

con que el servicio no cubra su coste neto más un beneficio razonable sin necesidad de ayudas.

Si bien el principio parece simple, su aplicación práctica no lo es en absoluto, y en muchos casos existe gran incertidumbre sobre la cuestión de si un servicio cumple o no con las condiciones requeridas para ser calificado como de interés económico general.⁷⁰¹ Se trata de un análisis que ha de realizarse case por caso, pero que ha servido a menudo a la Comisión para identificar un *error manifiesto* en la declaración por los Estados miembros de un servicio como de interés económico general.

La Comisión aplicó esta lógica en 2003 a la financiación con fondos estatales de la transformación de una planta papelera en el Reino Unido afín de sustituir pulpa virgen como materia prima por papel usado obtenido de residuos municipales. La Comisión consideró por un lado que el proyecto cumpliría con el requisito de que los servicios, para ser considerados de interés económico general, estuviesen a disposición de cada ciudadano y fuesen necesarios para la ciudadanía, se cumpliría si el servicio consistiera en la recogida de papel usado. Pero en el caso en cuestión no se daba este presupuesto, puesto que el concurso para la selección del proyecto no estaba dirigido a la recogida de papel usado, sino al reprocesamiento de papel prensa. En este sector no existía ningún fallo de mercado, elemento indispensable para que el servicio pueda ser de interés económico general. La medida por tanto no solo beneficiaba unívocamente tan solo a la empresa adjudicataria, no al conjunto de la población, sino que además el servicio podía ser provisto

⁷⁰¹ Véase por ejemplo respecto al servicio de tratamiento de basuras: CRUZ YÁBAR, P. “*The Municipal Waste Management Program in Krakow: A case study on the exemption of State aid notification under the EU SGEI Decision*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 16 de enero de 2013, disponible en: <http://www.jaspersnetwork.org/plugins/servlet/documentRepository/downloadDocument?documentId=201> [Consulta: 16 de enero de 2018]

por el mercado sin necesidad de la intervención del Estado en favor de un operador.⁷⁰²

En el caso de la financiación con fondos estatales de la construcción de una planta nuclear en el Reino Unido, la Comisión hizo hincapié en que la generación eléctrica es una actividad considerada normalmente comercial, en general, comercialmente viable.⁷⁰³ Por tanto, la construcción de la planta nuclear no podría calificarse como un SIEG y el análisis de la compatibilidad de la medida –constitutiva de una ayuda de Estado– con el mercado interior debía realizarse sobre la base del artículo 107.3 (c) TFUE.

En tercer lugar, la Comisión Europea, interpretando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁰⁴, ha establecido el principio de que en los sectores

⁷⁰² “Services of general economic interest should be available to all citizens, and should be necessary for the citizen. This would be the case for a service consisting in the collection of waste paper. But this is not the case here, as the tender in itself was not aimed at the collection of waste paper but at the taking up of a certain amount of waste for reprocessing into newsprint. The realisation of an infrastructure, which is economically not profitable, could constitute a service of general economic interest if it does not favour one specific undertaking, if it is necessary to provide a service which the State should normally provide to the public and is limited to the needs of this service, or if the market would never be able to realise the service in the same conditions. According to the Commission, there is an abuse of the notion of SGEI when the economic activity does not present specific characteristics with regard to other economic activities, or when the economic activity in question is already carried out in a satisfactory manner by the market... The comments submitted by producers A and B showed clearly that there was no real market failure on the market of recycling of waste paper. Waste paper is a scarce resource and constitutes the state-of-the art raw material for the production of newsprint. If there were any market failure, it would be in the collection of waste paper and in the cyclical nature of prices. However, the tender was not drafted in this way: it was targeted to the production of newsprint and the successful tenderer had to be located in the United Kingdom.” Commission Decision of 23 July 2003 on the State aid C 61/2002 which the United Kingdom is planning to implement for a newsprint reprocessing capacity support under the WRAP programme, DO L 314 de 28.11.2003, p. 26/52, apartados 97 a 99.

⁷⁰³ State aid SA. 34947 (2013/C) (ex 2013/N) – United Kingdom, Investment Contract (early Contract for Difference) for the Hinkley Point C New Nuclear Power Station, Brussels, 18.12.2013, C(2013) 9073 final, apartados 107 a 111.

⁷⁰⁴ “En lo que atañe a la alegación basada en [el actual artículo 106, apartado 2, TFUE], basta con señalar que estas disposiciones no pueden invocarse en un ámbito que, como en el presente caso, es objeto de una armonización, en la que el legislador comunitario ha

armonizados a nivel de la UE no podrán establecerse obligaciones adicionales de interés económico general, si la Directiva que armoniza el sector ha tomado en cuenta los intereses generales de la población.⁷⁰⁵

Se trata en última instancia de una aplicación concreta del principio de preferencia (*principle of preemption*), cuya razón de ser es garantizar que, en ámbitos de competencias compartidas entre los Estados miembros y la UE, una vez que el legislador europeo ha ejercido su competencia, los regímenes aplicables en los distintos Estados miembros sean uniformes. Si la adopción de normas nacionales pusiera en riesgo la existencia de normas homogéneas y diera lugar a distorsiones de la competencia a nivel de la UE, el objetivo de la armonización, que en última instancia es la creación de un mercado único, se vería frustrado. Y ello es cierto aun cuando las normas nacionales

tomado en consideración los intereses generales mencionados por el Gobierno belga, cuando se invoquen en contra de las normas de dicha armonización". Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-206/98, *Comisión c/Bélgica*, [2000], Rec., p. I-3509, apartado 45.
⁷⁰⁵ "En los sectores que han sido armonizados a nivel de la Unión, y en los que se han tenido en cuenta los objetivos de interés general, el margen de maniobra de los Estados miembros no puede ser contrario a las normas de esa armonización." Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, *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*, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, pág.21, pregunta 6.

Este principio se encuentra consolidado en el ámbito de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en base al actual artículo 114 TFUE y su interacción con el actual artículo 36 TFUE, que permite la aplicación de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito, justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial:

"[C]uando por aplicación del [actual artículo 114 TFUE] las Directivas comunitarias prevén la armonización de las medidas necesarias, entre otras, para garantizar la protección de la salud de las personas y animales, y establecen los procedimientos comunitarios de control de su cumplimiento, la invocación del [actual artículo 36 TFUE] deja de estar justificada, ya que los controles adecuados deben desde ese momento ser efectuados y las medidas de protección adoptadas en el marco de la Directiva de armonización." Sentencia de 5 de octubre de 1994, en el asunto C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, [1994] Rec. p. I-5077, apartado 31

persiguen un objetivo legítimo como pueda ser imponer una mayor protección del interés promovido por la propia legislación de la UE.

Actualmente, el principio figura codificado en el artículo 2.2 TFUE:

“Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.”⁷⁰⁶

Una excepción a este principio se aplica en el caso en que la propia norma de la UE que impone la armonización no persiga una “armonización completa” y, por el contrario, admita la adopción de normas más estrictas por los Estados miembros.⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ Artículo 2.2 TFUE

⁷⁰⁷ Un ejemplo de ello son las disposiciones relativas a la política de medio ambiente contenidas en el TFUE:

“Con carácter preliminar, hay que recordar que la normativa comunitaria en el ámbito del medio ambiente no pretende alcanzar una armonización completa. Aun cuando el [actual artículo 191 TFUE] menciona determinados objetivos comunitarios que deben alcanzarse, el [actual artículo 193 TFUE] prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas de mayor protección. El [actual artículo 191 TFUE] sólo exige que tales medidas sean compatibles con el Tratado y se notifiquen a la Comisión... Con arreglo al artículo 5, apartado 1, de la [Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos] los Estados miembros deben elaborar estrategias nacionales para reducir los residuos biodegradables destinados a vertederos. A tenor de la misma disposición, estas estrategias nacionales deben incluir medidas que permitan alcanzar los objetivos contemplados en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva. Este último precepto señala que las citadas estrategias nacionales deben garantizar que la cantidad de residuos destinados a vertederos se reduzca en unos determinados porcentajes antes de unas fechas concretas. Del tenor literal y del sistema general de estas disposiciones se desprende claramente que lo que fijan es un mínimo de reducción a alcanzar por parte de los Estados miembros, y que no se oponen a la adopción por parte de éstos de medidas más rigurosas. De lo que se deduce que el [actual artículo 191 TFUE] y la Directiva prevén la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas de mayor protección superando los mínimos

El mismo razonamiento se impone cuando no es el Tratado sino una norma de derecho secundario la que admite la adopción por los Estados miembros de estándares más estrictos que los previstas en la norma.⁷⁰⁸

Y, por descontado, el principio de preferencia es aplicable respecto a las normas del Tratado sobre ayudas de Estado, que, como las normas sobre libre circulación de mercancías “*persiguen un objetivo común, consistente en garantizar la libre circulación de mercancías [y servicios] entre los Estados miembros en condiciones normales de competencia*”.⁷⁰⁹

El derecho de la competencia, incluidas las normas sobre control de las ayudas de Estado, ha ampliado gradualmente el ámbito de su aplicación material a medida que, precisamente, diversos sectores se abrían a la competencia para el desempeño de esas actividades. La Comisión ha armonizado el funcionamiento de sectores como el energético, el de las telecomunicaciones o el transporte, cuyo funcionamiento depende de la existencia de infraestructuras apropiadas. En estos sectores, la legislación secundaria ha incluido generalmente referencias explícitas a las obligaciones de servicio público que admite la legislación de la UE.

Los mercados de la electricidad y del gas natural ofrecen un buen ejemplo de cómo funciona en la práctica este principio.

establecidos por la Directiva”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de abril de 2005 en el asunto C-6/03, *Deponiezweckverband* [2005] Rec. p.I-2753, apartados 27 a 32.

⁷⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993 en el asunto C-11/92, *Imperial Tobacco*, [1993] Rec.p. I-3545 apartados 20 a 23.

⁷⁰⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1990 en el asunto C-21/88, *Du Pont de Nemours*, [1990] Rec.p. I-889, apartado 20

Las respectivas directivas sobre normas comunes para estos dos mercados contienen una norma idéntica que identifica las obligaciones de servicio público:

“En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su [actual artículo 106 TFUE], los Estados miembros podrán imponer a las [empresas eléctricas y a las compañías de gas natural], 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.”⁷¹⁰

Este artículo ha de interpretarse a la luz de los preámbulos a las Directivas, que se refiere a las obligaciones de servicio público enumeradas en los artículos 3 de las respectivas Directivas, como *“normas mínimas comunes, respetadas por todos los Estados miembros, que [deban tener] en cuenta los objetivos comunes de protección de los consumidores, seguridad*

⁷¹⁰ Artículos 3 de la 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 DOUE L 211, 14.8.2009, pp. 55–93 y de la 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, DOUE L 211, 14.8.2009, pp. 94–136. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha anticipado algunas de las circunstancias contenidas en las Directivas:

“A este respecto, procede subrayar que una empresa de este tipo debe garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica, en la totalidad del territorio asignado, a todos los consumidores, distribuidores locales o usuarios finales, en las cantidades que se demanden a cada instante, a tarifas uniformes y en condiciones que sólo pueden variar con arreglo a criterios objetivos aplicables a todos los clientes. Es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1994 en el asunto C-393/92, *Almelo y otros*, [1994] Rec. p. I-1477, apartados 48 y 49

del suministro, protección del medio ambiente y niveles equivalentes de competencia en todos los Estados miembros".⁷¹¹

A la vista de esta disposición surge la cuestión de si la referencia a normas mínimas indica que es posible imponer obligaciones de servicio público con otros objetivos que los mencionados explícitamente en el artículo 3 de la Directiva, o si éste contiene un *numerus clausus* de las causas justificativas para la declaración de un SIEG en el sector energético.

El abogado General Jarabo-Colomer ha estimado que *“el precepto detalla los tipos de acciones en que cabe materializar las mencionadas obligaciones de servicio público, y no una lista de las circunstancias que deben motivarlas, aunque ambos aspectos se hallen fuertemente relacionados”*.⁷¹² En consecuencia, al no existir un catálogo cerrado que limitaría estrictamente la discrecionalidad del Estado a la hora de definir un SIEG en el sector energético, las administraciones competentes retendrían un amplio margen de maniobra.⁷¹³

⁷¹¹ 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 DOUE L 211, 14.8.2009, pp. 55–93 y de la 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, DOUE L 211, 14.8.2009, pp. 94–136.

⁷¹² Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de octubre de 2009 en el asunto C-265/08, *Federutility*, nota a pie de página 30.

⁷¹³ *“La indeterminación de la Directiva revela el amplio margen de maniobra que el legislador comunitario ha otorgado a los Estados miembros. Así lo confirma el considerando vigésimo séptimo, que alude al establecimiento de unas «normas mínimas comunes» sobre el cumplimiento de los requisitos de servicio público, un núcleo duro que pondera «los objetivos de protección de los consumidores, la seguridad del suministro, la protección del medio ambiente y unos niveles equivalentes de competencia en todos los Estados miembros», interpretados a la luz de las particularidades de cada país, «teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y dentro del respeto del derecho comunitario»*”. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 20 de octubre de 2009 en el asunto C-265/08, *Federutility*,

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre este particular y es difícil aventurar cuál será su posición si en el futuro ha de decidir si una medida de financiación de una infraestructura gasística o eléctrica puede entrar en el ámbito de las normas sobre los SIEG, cuando el servicio que prestará cumple con todos los requisitos para ser considerado un SIEG pero no es englobable en alguno de los supuestos del artículo 3 de las Directivas para el mercado interior de la electricidad y el gas. Los precedentes y la doctrina establecida por el Tribunal en aplicación del principio de preferencia del Derecho de la UE sobre los derechos nacionales, descritos anteriormente, apuntan a que probablemente no acepte considerar la medida como un SIEG, pues con ello garantizaría la uniformidad del mercado interior.⁷¹⁴ Siguiendo esta lógica, las medidas no cubiertas expresamente por el artículo 3 de alguna de las dos Directivas no podrían considerarse como una compensación por la prestación de un SIEG. Tales medidas, si cumplieran con las cuatro condiciones del artículo 107.1 TFUE, constituirían una ayuda de Estado y tendría que examinarse su compatibilidad con el mercado interior siguiendo las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020.⁷¹⁵

En el caso menos problemático de los aeropuertos, el Reglamento sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, estableció que “[t]odo Estado miembro... podrá imponer la obligación de servicio público en relación con servicios aéreos regulares entre un aeropuerto situado en la Comunidad y un aeropuerto que sirva a una región periférica o en desarrollo de su territorio o en una ruta de baja

⁷¹⁴ Véanse en este sentido, BUENDÍA SIERRA José Luis “An Analysis of Article 86 (2) EC” en *The EC State Aid Regime: distortive effects of state aid on competition and trade*, London Cameron May 2010.

⁷¹⁵ Comunicación de la Comisión — Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020, DOUE C 200 de 28.6.2014, pp. 1/55

*densidad de tráfico que sirva a un aeropuerto de su territorio, cuando dicha ruta se considere esencial para el desarrollo económico y social de la región servida por el aeropuerto. Dicha obligación se impondrá solamente en la medida necesaria para garantizar en dicha ruta una prestación mínima de servicios aéreos regulares que cumplan determinados requisitos en materia de continuidad, regularidad precios o capacidad mínima que las compañías aéreas no asumirían si únicamente tuvieran en cuenta su interés comercial.”*⁷¹⁶

La Comisión ha deducido de esta disposición que para considerar que la construcción o gestión de un aeropuerto constituye legítimamente un SIEG, es preciso que el área de influencia del aeropuerto quede aislada en ausencia del mismo, amenazando el desarrollo económico y social de la zona. Para ello es necesario que no existan medios alternativos de transporte que satisfagan las necesidades de la población, en particular servicios de trenes de alta velocidad o conexiones marítimas. La calificación de la construcción o gestión de un aeropuerto como SIEG se dará en consecuencia principalmente en islas y regiones ultraperiféricas de la UE.⁷¹⁷

El hecho de que una norma del ordenamiento de la UE permita que determinados servicios prestados mediante infraestructuras puedan constituir servicios de interés económico general, no significa que su calificación por un Estado miembro como SIEG esté inmediatamente justificada. El Estado podrá, pese a la previsión explícita en la norma, incurrir en un *error*

⁷¹⁶ Artículo 16.1 Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, DOUE L 293, 31.10.2008, pp. 3–20

⁷¹⁷ Comunicación de la Comisión, Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas, 2014/C 99/03, apartado 72. Véase *State aid SA.38757 – Sweden, Skelleftea Airport – entrustment of a Service of General Economic Interest*, Brussels, 19.01.2016 C(2016) 112 final, apartados 59 a 84.

manifiesto. Por otro lado, cuando no existan normas de la Unión delimitando el alcance de los servicios públicos en un sector determinado, los Estados miembros dispondrán de un más amplio poder de apreciación a la hora de definir los servicios prestados a través de infraestructuras como un SIEG,⁷¹⁸ pero esta calificación también podrá ser rechazada en base a la existencia de un “error manifiesto”.

Como ya hemos reseñado, el Estado incurrirá en un error manifiesto en particular si el servicio no está destinado a todos los ciudadanos o no es de interés para la sociedad en su conjunto o si los servicios pueden ser prestados de manera satisfactoria por el mercado.

La calificación como SIEG de un servicio deberá además ser conforme a los principios generales del Derecho de la UE, en particular los principios de proporcionalidad y no discriminación. El principio de proporcionalidad, además de limitar la cuantía de la compensación máxima que la administración puede pagar por la prestación del servicio,⁷¹⁹ exige también que las obligaciones de servicio público se impongan solo en la medida necesaria y apropiada para alcanzar el objetivo de interés económico general que persiguen.⁷²⁰ Así se desprendería, según el Tribunal de Justicia,

⁷¹⁸ Véase la 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10, apartado 8.

⁷¹⁹ Véase infra. apartado 3.2.3.3.

⁷²⁰ “[L]a obligación a cargo de [los promotores o parceladores que se ven obligados, a fin de obtener una licencia de edificación o de parcelación, a someterse a un procedimiento, en cuyo marco les incumbe destinar una parte de su proyecto a la construcción de viviendas sociales o a realizar una contribución económica al municipio en el que se ejecuta dicho proyecto], en la medida en que tiene por objeto garantizar una oferta de vivienda suficiente para las personas que tienen escasos ingresos o para otras categorías desfavorecidas de la población local, puede estar justificada por exigencias vinculadas a la política en materia de vivienda social de un Estado miembro, como razón imperiosa de interés general. No obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de las circunstancias

de los propios términos del artículo 106 TFUE, y afectaría, en primer lugar, a la duración de la atribución, que debe limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue.⁷²¹

Asimismo, el método de intervención aplicado no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo de interés económico general. Si bien este requisito es un elemento esencial para determinar la compatibilidad de una medida con el mercado interior de acuerdo con los apartados (c) y (d) del artículo 107.3 TFUE,⁷²² no figura explícitamente en ninguno de los

del litigio principal, si tal obligación satisface el criterio de proporcionalidad, es decir, si es necesaria y apropiada para el cumplimiento del objetivo perseguido”.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, *Syndicat national des propriétaires et copropriétaires ASBL c/gobierno flamenco*, [2013] Rec.p.288, apartados 67 y 68.

⁷²¹ “De los propios términos del artículo 106 TFUE resulta que las obligaciones de servicio público que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/55 permite imponer a las empresas deben respetar el principio de proporcionalidad y que, por tanto, esas obligaciones sólo pueden menoscabar la libre fijación del precio del suministro del gas natural, después del 1 de julio de 2007, en la medida necesaria para alcanzar el objetivo de interés económico general que persiguen y, en consecuencia, durante un período de tiempo necesariamente limitado”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2010, en el asunto C-265/08, *Federutility*, [2010] Rec.p.205, apartado 33.

⁷²² “La evaluación de la compatibilidad de una ayuda dada pasa fundamentalmente por sopesar sus efectos negativos en los intercambios comerciales y la competencia en el mercado común con sus efectos positivos de cara a la consecución de objetivos de interés común claramente definidos. A tal fin, la Comisión ha establecido una prueba que se articula en torno a las siguientes preguntas:

1. ¿Persigue la ayuda un objetivo de interés común claramente definido?
2. ¿Está concebida la ayuda de manera que permita alcanzar el objetivo de interés común, es decir, permite la ayuda propuesta corregir el fallo del mercado o conseguir otros objetivos?
 - i. ¿Es la ayuda un instrumento apropiado para responder al objetivo contemplado?
 - ii. ¿Tiene un efecto incentivador, es decir, cambia el comportamiento de su destinatario?
 - iii. ¿Es proporcional al problema planteado, es decir, podría lograrse el mismo cambio de comportamiento con menos ayuda?
3. ¿Las distorsiones de la competencia y los efectos en los intercambios comerciales son limitados, de modo que se puede considerar que el balance global es positivo?”

Proyecto de documento sobre principios comunes para una evaluación económica de la compatibilidad de ayudas de Estado bajo el artículo 87.3 CE (*Draft common principles for an economic assessment of the compatibility of State aid under Article 87.3 EC*), 13.05.2009

instrumentos que componen el paquete SIEG. Ello no ha impedido, empero, su aplicación tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia.⁷²³

Esto se traduce, en el caso de la construcción de infraestructura para prestar un SIEG, que la construcción de la infraestructura sea la opción más conveniente, de entre todas las disponibles, para la consecución del SIEG: en la decisión adoptada respecto a la planta de cogeneración de Delimara en Malta, la Comisión consideró que la construcción de una nueva planta de ciclo combinado era proporcionada por constituir la opción más adecuada para garantizar la seguridad de suministro energético en la isla.⁷²⁴ La Comisión inició su análisis sobre este particular recordando que, si bien la seguridad de suministro energético puede justificar la atribución de un SIEG, existen diversos medios para alcanzar este objetivo, cuyos efectos sobre la competencia y el comercio pueden ser muy diversos. El aumento de la capacidad de generación energética del país debería por ello resultar del normal funcionamiento del mercado y de la adopción de medidas regulatorias, por lo que, en principio, la financiación con fondos estatales de la construcción de nuevas infraestructuras no debería ser considerada constitutiva de un SIEG. Las particulares circunstancias geográficas de la isla de Malta, así como las pequeñas dimensiones y aislamiento de su sistema eléctrico, justificaron sin embargo la calificación en este caso de la construcción de una nueva planta de cogeneración como proporcional y constitutiva de un SIEG.⁷²⁵

⁷²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de abril de 2010, en el asunto C-265/08, *Federutility*, [2010] Rec.p.205, apartados 33 a 47.

⁷²⁴ “*They are proportionate since the use of a CCGT plant, sourced by a local gas terminal, was found to be the best available option in the Maltese context to ensure security of supply*”. State Aid SA.45779 (2016/NN) – Malta, *Delimara Gas and Power Energy Project*, Brussels, 11.01.2017, C(2017) 2 final, apartado 106 (b).

⁷²⁵ State Aid SA.45779 (2016/NN) – Malta, *Delimara Gas and Power Energy Project*, Brussels, 11.01.2017, C(2017) 2 final, sección 4ª.

El principio de proporcionalidad exige también que la construcción u operación de la infraestructura no vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés económico general que persigue. El Derecho de la UE exige en principio que sea el usuario el que asuma el coste de las infraestructuras (*user-pays principle*). En consecuencia, la Comisión considera explícitamente, por ejemplo, que el medio más adecuado para financiar las infraestructuras energéticas es mediante los ingresos obtenidos de las tarifas. Ello es extensible a otras infraestructuras de carácter económico, es decir, cuyo uso no sea gratuito; en particular, las de transporte.

Una última limitación a la definición de los servicios de interés económico general es que no puede dar lugar a discriminación entre las empresas que presten el servicio. Por ejemplo, una diferencia en la cuantía de la compensación pagada a distintas empresas por la prestación deberá estar justificada por las diferentes obligaciones de servicio público contenidas en el acto de atribución concluido con cada una de ellas, que a su vez deberán responder a razones objetivas que justifiquen la distinción. De lo contrario, se incumplirá el principio general de la igualdad de trato y la ayuda deberá ser declarada inmediatamente incompatible con el mercado interior.⁷²⁶

En un caso relativo a la financiación de los hospitales públicos belgas, el Tribunal General anuló una Decisión de la Comisión que ponía término a

⁷²⁶ “[C]uando están a cargo de las entidades públicas y privadas encargadas del mismo servicio público exigencias diferentes, lo que supone un nivel diferente de los costes y de la compensación, esas diferencias deben manifestarse con claridad en sus respectivos actos de atribución del servicio, en especial para que sea posible comprobar la compatibilidad de la subvención con el principio de igualdad de trato. En efecto, la Comisión no puede declarar compatible con el mercado interior una ayuda de Estado que, debido a alguna de sus modalidades, vulnere los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de igualdad de trato”. Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2012, en el asunto T-137/10, *Coordination bruxelloise d’institutions sociales y de santé (CBI)*, apartado 95.

la fase preliminar de examen de una medida de financiación con fondos estatales que beneficiaba específicamente a los hospitales públicos en la región de Bruselas, agrupados en la entidad IRIS.⁷²⁷ La Comisión había cerrado el caso sin abrir la fase de investigación formal, es decir, sin albergar dudas sobre su compatibilidad con el mercado interior.⁷²⁸

La Comisión, en dicha decisión, consideró que los hospitales públicos tenían atribuidas misiones específicas de interés general, consistentes en “*la obligación de prestar asistencia a todo paciente en cualquier circunstancia, incluso ajena a la urgencia, y la obligación de ofrecer una actividad completa de asistencia hospitalaria en todos los centros*” y en “*la obligación claramente definida de prestar a todo paciente, a simple solicitud de éste, toda clase de servicio hospitalario, en un marco multicentro*”.⁷²⁹ A ello se sumaban obligaciones no hospitalarias impuestas exclusivamente a los hospitales públicos, concretadas en la prestación de asistencia social individual de acompañamiento a la asistencia médica a los pacientes, y la obligación, propia de todos los organismos públicos de la región de Bruselas, de ser instituciones bilingües. Estas obligaciones distinguían los hospitales públicos de los hospitales privados, justificando el diferente monto pagado en

⁷²⁷ Para un análisis detallado de la calificación como servicios de interés público de la construcción de hospitales, véase, CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in public financing of Health Care Infrastructures*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 31 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.jaspersnetwork.org/plugins/servlet/documentRepository/downloadDocument?documentId=21> [Consulta: 16 de enero de 2018]

⁷²⁸ “*Si, tras un examen preliminar, la Comisión comprueba que la medida notificada plantea dudas sobre su compatibilidad con el mercado interior, decidirá incoar el procedimiento contemplado en el artículo 108, apartado 2, del TFUE («decisión de incoar el procedimiento de investigación formal»).*” Artículo 4.4 del (UE) 2015/1589 del Consejo de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, L 248, 24.9.2015, p. 9.

⁷²⁹ Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2012, en el asunto T -137/10, *Coordination bruxelloise d’institutions sociales y de santé (CBI)*, apartado 33.

concepto de compensación por la prestación de los respectivos SIEG a ambos tipos de hospitales.

El Tribunal General expresó dudas acerca de la existencia o precisión en la definición de algunos de los servicios específicos atribuidos a los hospitales públicos,⁷³⁰ deduciendo que la Comisión debería haber albergado dudas razonables sobre el respeto del principio de igualdad de trato y, en consecuencia, sobre la compatibilidad de la medida con el mercado interior por lo que debería haber abierto el procedimiento de investigación formal.⁷³¹

La Comisión en acatamiento de la sentencia dictó en consecuencia la apertura del procedimiento de investigación formal y en su segunda decisión sobre el caso estimó, en primer lugar, que los SIEG específicos atribuidos a los hospitales públicos estaban correcta y suficientemente identificados en los actos de atribución. Respecto al cumplimiento del principio de igualdad, la Comisión tanto en la parte dispositiva como en sus conclusiones hizo énfasis, en una suerte de *obiter dictum*, en el hecho de que este principio no figura como un criterio para determinar la compatibilidad con el mercado interior en la Decisión SIEG de 2012. Este hecho en realidad tan solo pondría en evidencia a la Comisión, que fue quien aprobó la Decisión SIEG y quien tiene la obligación de garantizar el respeto y cumplimiento de los principios generales del ordenamiento de la UE: con independencia de su inclusión o no

⁷³⁰ Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2012, en el asunto T-137/10, *Coordination bruxelloise d'institutions sociales y de santé (CBI)*, apartados 168, 187, 219, 244, 265 y 278

⁷³¹ “[C]uando están a cargo de las entidades públicas y privadas encargadas del mismo servicio público exigencias diferentes, lo que supone un nivel diferente de los costes y de la compensación, esas diferencias deben manifestarse con claridad en sus respectivos actos de atribución del servicio, en especial para que sea posible comprobar la compatibilidad de la subvención con el principio de igualdad de trato.” Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2012, en el asunto T-137/10, *Coordination bruxelloise d'institutions sociales y de santé (CBI)*, apartado 95.

en los instrumentos de derecho derivado,⁷³² las instituciones de la UE tienen la obligación de cumplir los principios generales de la UE, que incluyen desde luego el principio de no discriminación.

Pese a sus observaciones, la Comisión analizó si se cumplía dicho principio, y para ello examinó si los hospitales públicos y privados de Bruselas se encontraban en una situación legal y de facto comparable o no,⁷³³ concluyendo que no se había infringido el principio de igualdad por estar el pago diferenciado entre hospitales públicos y privados justificado por las obligaciones adicionales impuestas a los primeros.

⁷³² La Comisión ha incluido expresamente algunos de los principios generales en instrumentos de derecho derivado. Asimismo, ha explicado las razones que le han llevado a no incluirlos en determinados instrumentos, no siendo éstas convincentes, ya que el cumplimiento de los principios general del Derecho de la UE ha de garantizarse en todo caso: “¿Por qué la Comisión ha introducido una disposición en el punto 20 sobre la ausencia de discriminación? ¿Por qué no se ha introducido también en la Decisión?”

Se trata de una importante disposición destinada a abordar de manera más eficaz el falseamiento de la competencia que puede producirse cuando las autoridades públicas encomiendan el mismo servicio de interés económico general a varias empresas y les compensan basándose en métodos diferentes. La Comisión ha recibido varias denuncias de este tipo de situaciones. Ya no procede aceptar dicha discriminación, dado que ahora el Marco tiene más en cuenta los aspectos relacionados con la competencia.

La Decisión no incluye una cláusula de no discriminación. Esto se debe a que se consideró que, con arreglo al enfoque diversificado y proporcional, las consideraciones de competencia deben aplicarse a los asuntos complejos, con un mayor potencial de producir un falseamiento significativo de la competencia, es decir, los casos cubiertos por el Marco, mientras que de los de pequeña envergadura y los servicios sociales deben beneficiarse de un procedimiento simplificado.”

Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión *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*, Bruselas, 29.4.2013

⁷³³ “[T]he Commission notes that the principle of non-discrimination is not mentioned as a compatibility criterion in the 2012 SGEI Decision. Nevertheless, the Commission will assess whether or not the public IRIS-H and the private Brussels hospitals are in a legally and factually comparable or different situation. In this context, when describing the content of the public service obligations that are entrusted to the IRIS-H, the Commission will indicate whether or not a comparable obligation has been entrusted to the private Brussels hospitals”. Decisión de la Comisión sobre la ayuda de Estado SA.19864 - *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, de 5 de julio de 2016 C(2016) 4051 final, apartado 161.

En definitiva, si bien los Estados miembros gozan aparentemente de un muy amplio margen de apreciación a la hora de calificar un servicio, incluyendo un servicio prestado a través de una infraestructura, como de interés económico general, esta aparente libertad está en realidad estrechamente delimitada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Éste ha establecido una serie de condiciones destinadas a evitar que se desnaturalice el concepto de SIEG y que se aplique el régimen favorable reservado a estos servicios a actividades que por su naturaleza no merecen ese trato preferente. El incumplimiento de cualquiera de ellas constituye un “error manifiesto”, que invalidará la calificación como SIEG del servicio. Éste ha de estar, en primer lugar, destinado a los ciudadanos o ser de interés para la sociedad en su conjunto, y no puede ser prestado satisfactoriamente bajo condiciones normales de mercado. La calificación como SIEG no debe suponer una infracción de ningún principio general del Derecho de la UE, en particular de los de proporcionalidad y no discriminación. Por último, si el sector en cuestión ha sido armonizado al nivel de la UE tomando en cuenta, y formulando expresamente, las situaciones o condiciones bajo las cuales se podrán establecer servicios de interés económico general, cualquier SIEG deberá atenerse a estos escenarios.

Una vez considerada la calificación de una actividad como de interés económico general, la siguiente cuestión que se plantea es qué ocurre en los casos en que la infraestructura financiada con fondos estatales es utilizada para realizar tanto servicios de interés económico general como otros servicios económicos. Se trata de una aplicación particular de la realización simultánea por el beneficiario de actividades económicas y no económicas,

analizada anteriormente en el contexto de la definición del beneficiario como empresa.⁷³⁴

Pueden darse situaciones en las que los operadores de infraestructuras provean tanto servicios de interés económico general como otros servicios que no tienen cabida en ese concepto. Esos casos han sido abordados por la Comisión dando diversas soluciones en función de los tipos de actividades y el peso que tiene cada una de ellas en la utilización de la infraestructura: en caso de que la actividad principal ejecutada por medio de la infraestructura sea el SIEG y las demás actividades se consideren accesorias, se considerará que la financiación de la infraestructura en su conjunto beneficia únicamente al SIEG. Esa ha sido la práctica de la Comisión, por ejemplo, en el caso de la financiación de hospitales.⁷³⁵

No obstante, la propia Comisión al interpretar la Decisión SIEG y su ámbito de aplicación ha formulado una solución alternativa, que se adecúa mejor a la lógica que rige el control de las ayudas de Estado:

“La referencia a las actividades accesorias en el artículo 2, apartado 1, letra b), de la Decisión significa que los hospitales entran en el ámbito de aplicación de la Decisión, independientemente del importe de la compensación, también cuando desarrollen otras actividades accesorias (como una actividad de investigación o un servicio de

⁷³⁴ Véase supra apartado 3.1.3.

⁷³⁵ Decisión de la Comisión sobre la ayuda de Estado SA.19864 - *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, de 5 de julio de 2016 C(2016) 4051 final, apartado 154:

“The Commission is satisfied that all economic activities of the IRIS-H that benefit from public funding (i.e. the range of hospital and social tasks performed by these hospitals) either qualify as genuine services of general economic interest, as argued by the Belgian authorities, or as activities purely ancillary thereto.”

*cafetería). Sin embargo, la compensación solo puede pagarse por los servicios de interés económico general.”*⁷³⁶

Es decir, por un lado, la realización de actividades económicas no calificables como SIEG pero accesorias a éstos no impide que se califique la construcción y operación de una infraestructura como parte de un SIEG. Por otro lado, sin embargo, la proporción de los costes de la infraestructura correspondiente a su uso para actividades distintas de las de interés económico general deberá financiarse sin ayuda de fondos públicos, al menos en forma de compensación por la prestación de un SIEG.⁷³⁷ Ello requiere en todo caso el establecimiento de un sistema de contabilidad separada que diferencie entre las actividades de interés económico general y las que no lo son, evitando las subvenciones cruzadas entre ambas.⁷³⁸

Si bien son indudablemente las condiciones sustantivas – el primer y tercer criterio *Altmark* – las que presentan mayores dificultades conceptuales, en la práctica sorprendentemente, en numerosos casos – sean éstos relativas a la construcción o funcionamiento de infraestructuras u otras – la Comisión ha excluido medidas de financiación del ámbito de la jurisprudencia *Altmark* y el paquete SIEG por defectos en la condición, formal, de la existencia de un acto de atribución válido del servicio.

⁷³⁶ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión *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*, Bruselas, 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 66 pregunta 92.

⁷³⁷ Véase por ejemplo la Decisión de la Comisión sobre la ayuda de Estado SA.24221 – C/2011 (ex NN/2011; CP 281/2007) – *Austria – Klagenfurt Airport – Ryanair and other airlines*, de 23 de febrero de 2012, C(2012) 1011 final, apartado 196

⁷³⁸ “*The SGEI Framework also sets out requirements aiming to ensure the absence of cross-subsidization in cases where the undertakings also carry out activities falling outside the scope of the service of general economic interest, for example by means of cost/revenue allocation mechanism or the keeping of separate accounts for SGEI and non-SGEI activities.*” State aid NN 8/2009 – *Germany, Nature conservation areas*, Brussels, 02.VII.2009, C(2009) 5080 final, apartado 83.

- *El acto de atribución del servicio de interés económico general*

La exigencia de un acto de atribución del SIEG a la empresa encargada de prestarlo figura en la sentencia *Altmark*, que requiere “*que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se [hayan] definido claramente*”.⁷³⁹

Este requisito había sido formulado ya con anterioridad por el Tribunal de Justicia en el contexto de la aplicación del actual artículo 106 TFUE a otros ámbitos del derecho de la competencia.

Este artículo no hace referencia alguna a un acto de atribución del servicio; fue el Tribunal el que estableció, en un caso de posible abuso de posición dominante, respecto a un derecho propiedad intelectual, que “*la gestión de servicios de interés económico general [debe estar encargada] en virtud de un acto de la autoridad pública; que, en consecuencia [se ha de averiguar] averiguar si el Estado miembro ha encargado efectivamente la gestión de un servicio de interés económico general a una empresa que invoca lo dispuesto en el apartado 2 del [actual artículo 106 TFUE] para acogerse a una excepción a las normas del Tratado; ...que éste no puede ser el caso de una empresa a la que el Estado no ha encargado misión alguna y que gestiona intereses privados, aun cuando se trate de derechos de propiedad intelectual protegidos por la Ley*”.⁷⁴⁰

⁷³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747, apartado 95.

⁷⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1974, en el asunto C-127/73, *BRT/SABAM*, [1974] Rec.p.313, apartados 20 a 22.

En el marco del control de las ayudas de Estado, la Comisión ha desarrollado minuciosamente los requisitos asociados a la existencia de un acto de atribución. Ello es consecuente con la finalidad última del acto de atribución, que es proveer seguridad jurídica tanto al proveedor del servicio como a sus competidores y otras entidades y personas interesadas, así como permitir la supervisión por las autoridades nacionales y europeas competentes de la provisión y compensación del servicio.

Respecto a la forma del acto de atribución, la Comisión ha adoptado de nuevo un criterio funcional, mínimamente formalista. El único requisito es que haya un acto expreso, que sea jurídicamente vinculante y que provenga de las autoridades nacionales competentes para atribuir el servicio. Por lo demás, el acto podrá adoptar la forma de una norma legislativa, reglamentaria, pero también actos no normativos como pueda ser un contrato concluido entre la autoridad competente y la empresa que prestará el servicio. La Comisión ha aceptado en el pasado actos de atribución en forma de contratos de concesión⁷⁴¹ y de servicio público⁷⁴² e instrucciones ministeriales⁷⁴³, leyes⁷⁴⁴ y actos reglamentarios, contratos anuales o plurianuales de ejecución, decretos legislativos y todo tipo de decisiones reglamentarias.⁷⁴⁵

⁷⁴¹ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 562/2005 - *Italia - Prolongación de la duración de las concesiones de sociedades de autopistas del Túnel del Montblanc (ATMB)*, DO C 90 de 25.4.2007

⁷⁴² Decisión de la Comisión relativa a la ayuda NN 51/2006 - *Italia - Compensaciones por el servicio postal universal 2000-2005*, DO C 291 de 30.11.2006

⁷⁴³ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 166/05 - *UK - Ayuda pública a Post Office Limited para la financiación de la red rural*, OJ C 141, 16.6.2006

⁷⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-289/03, *BUPA*, [2008] Rec. p. II-741, apartados 182 y 183

⁷⁴⁵ Decisión de la Comisión relativa a la ayuda N 395/05 - *HFA - Ayuda pública a Post Office Limited para la financiación de la red rural*, DO C 77 de 05.04.2007

Por otro lado, el hecho de que sea el propio proveedor el que realice la propuesta a la entidad administrativa que posteriormente le atribuye el servicio no conlleva la invalidez de la atribución del servicio.⁷⁴⁶

Con independencia de la forma del acto de atribución y de quién parta la iniciativa, la Comisión exige que éste incluya una serie de información mínima, en concreto:

- “a) el contenido y la 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”.*⁷⁴⁷

La información requerida, que podrá reunirse en un solo documento o en varios, de carácter normativo o no, evidencia que la finalidad de este

⁷⁴⁶ “La intervención del proveedor del servicio en el procedimiento mediante el que se le confiere una misión de servicio público no impide considerar que dicha misión emana de un acto del poder público, incluso si la atribución se produce a petición del proveedor del servicio. En algunos Estados miembros, no es infrecuente que las autoridades financien servicios desarrollados y propuestos por el propio proveedor. No obstante, la autoridad ha de decidir si aprueba la propuesta del proveedor antes de conceder cualquier compensación. Es irrelevante si los elementos necesarios del acto de atribución se insertan directamente en la decisión de aceptar la propuesta del proveedor o si se crea un acto jurídico aparte, por ejemplo, un contrato con el proveedor”. 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14, apartado 53.

⁷⁴⁷ 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14, apartado, apartado 52, y anteriormente, Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, D.O.U.E C 297, 29.11.2005, pp. 4–7, apartado 12.

requisito es esencialmente el facilitar la supervisión de unas medidas de financiación que, en su mayoría, quedarán exentas de ser notificadas de la Comisión, sea por cumplir con los cuatro criterios *Altmark* o por cumplir con las condiciones de la Decisión SIEG. Esta última exige incluso que se haga referencia expresa a la Decisión, a fin de garantizar la transparencia en la aplicación de la Decisión. Salvo que exista una denuncia de algún competidor o la Comisión abra *motu proprio* una investigación sobre una medida de compensación de un SIEG, normalmente estas medidas no serán examinadas por la comisión, por lo que la existencia de un acto de atribución será un pilar fundamental para supervisar estas medidas y garantizar el cumplimiento de las normas que las rigen.

Naturalmente, no es suficiente con incluir el contenido prescrito, sino que la información relativa a las condiciones en que se prestará el servicio debe respetar las condiciones sustantivas aplicables en cada caso. Por ejemplo, la duración de las obligaciones de servicio público no solo debe estar expresamente fijada en el acto de atribución, sino que debe respetar los límites descritos anteriormente, que a su vez pueden variar según cuál sea el instrumento de derecho derivado aplicable.

Respecto a la existencia de derechos exclusivos o especiales, la atribución de servicios de interés económico general no implica necesariamente la concesión de tales privilegios. Si se concedieran derechos exclusivos o especiales al prestador del servicio, tales como el derecho exclusivo de provisión de un servicio en un área determinada, éstos deberán ser tomados en cuenta al calcular la cuantía de la compensación pagada al prestador del servicio mediante fondos estatales y evaluar la potencial existencia de una sobrecompensación del servicio. Por supuesto, los demás elementos que componen la compensación – los parámetros aplicados al

cálculo de la compensación – así como las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas deben estar incluidos también en el acto de atribución, como expresamente requiere la Comisión.

3.2.3.2 El establecimiento previo de parámetros objetivos y transparentes de compensación

En relación al principio de transparencia que debe regir la atribución de los servicios de interés económico general y cuyo máximo exponente es el requisito de la existencia de un acto de atribución del servicio, la sentencia *Altmark* formuló de manera separada el requisito de establecimiento previo de parámetros objetivos y transparentes de compensación.

La sentencia se refiere tan solo al establecimiento de los parámetros de compensación, por lo que la cuantía exacta no tiene que quedar fijada de antemano. En el caso de la financiación de infraestructuras, a menudo los parámetros establecidos permiten fijar en el momento de la atribución del servicio cuál será la cuantía exacta de la compensación.

En otros casos, sin embargo, la compensación podrá modularse en función del empleo de la infraestructura. Un ejemplo de ello sería la financiación de la construcción y gestión de un hospital que queda supeditada al número de pacientes tratados en el mismo.⁷⁴⁸

⁷⁴⁸ La Comisión ha mencionado como ejemplos la financiación de centros para personas de edad avanzada y centros de apoyo a jóvenes desempleados:
“- *En caso de que una autoridad pública desee crear un centro para personas de edad avanzada, los parámetros de la compensación de costes podrían ser los siguientes: – el número de personas de edad avanzada asistentes al centro en un periodo de un año; – el número de días que pasen en el centro durante este período.*”

Por otro lado, *“el importe de la compensación puede determinarse basándose en los costes e ingresos previstos o en los costes e ingresos realmente incurridos, o en una combinación de ambos, dependiendo de los incentivos de eficiencia que el Estado miembro desee aportar desde un principio”*.⁷⁴⁹ Si la compensación ha de calcularse en base a los costes e ingresos previstos, éstos no solo deben figurar en el acto de atribución, sino que *“deben basarse en parámetros plausibles y observables relativos al entorno económico en el que se presta el SIEG”*.⁷⁵⁰ Además, deberán *“apoyarse, cuando proceda, en los conocimientos de los reguladores del sector o de otras entidades independientes de la empresa. Los Estados miembros deben indicar las fuentes en las que se basan estas previsiones [fuentes públicas de información, niveles de costes incurridos por el proveedor del SIEG anteriormente, niveles de costes de los competidores, planes empresariales, informes del sector, etc.]”*.⁷⁵¹ Por último, *“la estimación de costes tendrá que reflejar las expectativas de incremento de la eficiencia logrado por el proveedor del SIEG durante la vigencia de la atribución.”*⁷⁵²

Cuestión distinta es la de las modificaciones de los contratos públicos, tratada ya en este capítulo de manera general al analizar la concesión de una

- En caso de que una autoridad pública desee crear un centro de apoyo a jóvenes desempleados, los parámetros de la compensación de costes podrían ser los siguientes: – el número de jóvenes desempleados que hayan seguido un curso de formación en un período de un año; – el equipo utilizado y las remuneraciones de los formadores durante un período de un año.”

Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión *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*, Bruselas, 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 66

⁷⁴⁹ Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 22.

⁷⁵⁰ *Ibíd.*, apartado 23.

⁷⁵¹ *Ibíd.*

⁷⁵² *Ibíd.*

ventaja en ámbitos distintos a los de la prestación de un SIEG. La Comisión, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha considerado que “[l]as modificaciones durante el período de vigencia del contrato son posibles, siempre que no se modifiquen de forma sustancial los términos de la licitación inicial. Según el Tribunal de Justicia, una modificación de un contrato durante su vigencia puede considerarse sustancial en los siguientes casos: cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada; cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos; cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”.⁷⁵³

Además, cualquier revisión del importe de la compensación requiere su previsión en el acto de atribución y el impacto de la misma en el importe total de la compensación.⁷⁵⁴

El objetivo de estas restricciones es no tanto, o no solo, evitar una compensación excesiva – que es objeto de una condición separada, como

⁷⁵³ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión *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*, Bruselas, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, p. 98. Véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008 en el asunto C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, [2008] Rec.p. I-4401, apartado 34 y de 13 de abril de 2010 en el asunto C-91/08, *Wall AG*, [2010] Rec.p.182, apartados 37 y ss.

⁷⁵⁴ Comunicación de la Comisión 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 (2012/21/UE) 2012/C 8/02, D.O.U.E. C8, 11.01.2012, pp. 4-14, apartado 58

veremos en el siguiente apartado – como reforzar la seguridad jurídica y evitar discriminaciones entre las empresas capacitadas e interesadas en prestar el servicio.

3.2.3.3 La prevención del pago de una compensación excesiva y la obligación de recuperación de la misma

Con independencia de los defectos formales que en ocasiones invalidan la atribución de un SIEG, el elemento crítico a la hora de alinear una medida de financiación con los criterios *Altmark* o con alguno de los instrumentos que conforman el paquete legislativo, es el pago de una compensación al proveedor del SIEG que no se considere excesiva.

- El nivel de compensación adecuado y la compensación excesiva

En la sentencia *Altmark* el Tribunal de Justicia identificó los dos componentes que puede legítimamente incorporar la compensación por la prestación de un SIEG: *“la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones”*. El Tribunal también se refirió a la finalidad de evitar pagos excesivos: *“El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que*

falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva".⁷⁵⁵

La compensación no deberá superar en ningún caso los costes netos del servicio más un beneficio razonable. De lo contrario la compensación se considerará inmediatamente excesiva y, por tanto, una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior.⁷⁵⁶ Si bien el método para calcular el coste neto y el beneficio aceptable que puede sufragar el Estado debe quedar fijado ex ante en el acto de atribución, la comprobación de si ha existido un pago excesivo que daría lugar a la correspondiente recuperación ha de hacerse al término, o regularmente durante todo el periodo de atribución, sobre la base de los costes netos incurridos y la compensación pagada. En caso de que la medida de financiación deba ser notificada o se notifique en pos de la seguridad jurídica que dota la decisión de la Comisión, ello ha de realizarse con antelación a la ejecución de la medida para no infringir el artículo 108.3 TFUE. En estos casos la decisión de la Comisión evaluará las previsiones financieras del proyecto en base a las disposiciones del acto de atribución. Cuando la Comisión considere que podrían producirse desviaciones de las previsiones, exigirá al Estado miembro que realice una comprobación a posteriori de los costes netos y ajuste el nivel de compensación pagado si fuera necesario para evitar la sobrecompensación del servicio.⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747, apartado 92.

⁷⁵⁶ "Dado que la compensación excesiva no es necesaria para la prestación del SIEG, constituye ayuda estatal incompatible". Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 48.

⁷⁵⁷ "For the years 2004-06, the aid is based on the same methodology and so the Commission does not a priori expect any overcompensation... Nevertheless, in line with the Commission's general policy, overcompensation for the cost of an SGEI should be excluded not only ex ante, but also ex post. The Commission, therefore, requests the Netherlands to verify the actual costs and to adjust the aid level if necessary in order to avoid a situation in which

En cuanto a la determinación del coste neto del servicio, la Comisión no ha impuesto de manera general el método aplicable para calcular dicho coste: por un lado, en el Marco SIEG de 2012 declara explícitamente que el coste neto del servicio deberá calcularse “*utilizando el método del coste evitado neto, cuando lo exija la legislación nacional o de la Unión y en otros casos en los que sea posible*”.⁷⁵⁸ Solo de manera subsidiaria, cuando no sea posible aplicar el método del coste evitado neto, se podría recurrir al método alternativo basado en la asignación de costes. Por el contrario, en la Decisión SIEG de 2012, estableció una prelación inversa de los métodos de cálculo: “[e]l coste neto debe calcularse en tanto que diferencia entre los costes incurridos en la operación del servicio de interés económico general y los ingresos obtenidos del servicio de interés económico general o, como alternativa, la diferencia entre el coste neto de la obligación de operar el servicio público y el coste neto o la ganancia de la operación sin la obligación de servicio público”.⁷⁵⁹ Si bien, como sabemos, el Marco y la Decisión SIEG cubren distintos tipos de medidas de financiación, esta circunstancia no justifica en nuestra opinión una diferenciación a la hora de

compensation would allow AVR Nuts to earn a profit margin on its activities higher than is normal for this type of activity in this sector.” 2006/237/EC: Commission Decision of 22 June 2005 on the aid measures implemented by the Netherlands for AVR for dealing with hazardous waste (notified under document number C(2005) 1789) OJ L 84, 23.3.2006, pp. 37–59, apartado 92

⁷⁵⁸ Véanse, por ejemplo, la decisión State Aid SA.45779 (2016/NN) – *Malta Delimara Gas and Power Energy Project*, Brussels, 11.01.2017 C(2017) 2 final, apartado 143 y la decision State aid SA.36740 (2013/NN) – *Lithuania Aid to Klaipėdos Nafta – LNG Terminal*, Brussels, 20.11.2013 C(2013) 7884 final, apartado 241.

⁷⁵⁹ A este respecto, la Comisión ha confirmado expresamente que la distinción es intencionada: “*Contrariamente a lo establecido en el Marco, la Decisión no impone un método específico: los Estados miembros pueden decidir qué método es más adecuado para cada caso específico*”. Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, *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*, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, pág.21, pregunta 123.

jerarquizar los dos métodos aceptados para calcular los costes netos del servicio.

En la práctica, es el cálculo de la diferencia entre los costes incurridos y los ingresos obtenidos el que se aplica de manera generalizada al cálculo de los costes netos de servicios de interés económico general prestados a través de infraestructuras.

Las razones para ello son diversas, destacando las dificultades técnicas que conlleva el método del coste evitado neto: éste requiere considerar cuál es la diferencia entre el coste neto para el proveedor por operar con la obligación de servicio público y sin ella. En primer lugar, en muchos casos no resulta sencillo o incluso posible, establecer las consecuencias financieras de despojar a una determinada actividad de las obligaciones de servicio público y de la correspondiente compensación. En particular, en casos en que la infraestructura no tenga otro propósito que la provisión del servicio público en cuestión, la supresión del mismo equivaldría a la desaparición del objeto del proyecto, haciendo imposible la comparación con el escenario hipotético en que el servicio se prestara sin llevar asociadas obligaciones de servicio público.⁷⁶⁰ Teniendo en cuenta que la evaluación debe realizarse ex ante, es evidente que en todo caso se trata de un ejercicio que en muchos casos conllevaría demasiadas incógnitas y, consecuentemente, un gran número de conjeturas para establecer los costes e ingresos que requeriría la prestación del servicio con y sin la obligación de servicio público.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ State aid SA.38892 (2015/NN) – *Sweden, Sundsvall Timra Airport – entrustment of a Service of General Economic Interest*, Brussels, 19.01.2016, C(2016) 133 final, apartado 103

⁷⁶¹ Evidentemente existen excepciones, en particular cuando se detalla, respecto a un sector determinado, cómo ha de llevarse a cabo el cálculo del método del coste evitado neto en un instrumento de derecho secundario. Véase por ejemplo el anexo IV de la Directiva

Independientemente de las razones para ello, la Comisión ha aceptado sin ningún género de objeciones el cálculo basado en la diferencia entre los costes incurridos y los ingresos obtenidos, que ha sido aplicado en la práctica totalidad de casos de financiación de infraestructuras utilizadas para la provisión de un SIEG.

La Decisión SIEG enumera también los elementos que deben incluirse dentro de los costes del servicio, cuya cuantificación deberá en todo caso realizarse aplicando “*los principios contables aceptados generalmente*”.⁷⁶² Las dudas que pudieran existir sobre si el coste de la infraestructura debería incluirse en el cálculo del coste neto del SIEG, y de la compensación correspondiente por su prestación, han sido disipadas por la Comisión: “*los costes vinculados a inversiones, en especial los correspondientes a infraestructuras, podrán tenerse en cuenta cuando sean necesarios para el funcionamiento del servicio de interés económico general*”.⁷⁶³ Ello excluye los costes relacionados con el empleo la infraestructura para actividades que no constituyan un SIEG.

En caso de que la infraestructura se emplee para ambos tipos de actividades, “*los costes asignados al servicio de interés económico general*

2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO L 108 de 24.4.2002, p. 51. La complejidad de las instrucciones provistas en este instrumento dan fe de la complejidad que conlleva la aplicación del método de coste evitado neto.

⁷⁶² Artículo 2.2, 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10.

⁷⁶³ Artículo 5.2.d), 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10.

*podrán cubrir todos los costes directos ocasionados por la prestación del mismo y una contribución adecuada a los costes comunes del servicio de interés económico general y de otras actividades”.*⁷⁶⁴ Éstos se podrán determinar tomando como referente los precios de mercado por el uso de la infraestructura, si se dispusiera de ellos. En su defecto, el Marco SIEG indica que *“la contribución adecuada a los costes comunes puede determinarse o por referencia al nivel de beneficio razonable que se espera que obtenga la empresa de las actividades ajenas al SIEG”*⁷⁶⁵, pero permite también aplicar otros métodos sin especificar cuáles. Para ello, como en el caso de las actividades accesorias, es preciso que la contabilidad interna del proveedor distinga los costes e ingresos asociados a ambos tipos de actividades, algo por otra parte exigido también por el Marco SIEG.⁷⁶⁶

Respecto a la división de costes, encontramos ejemplos prácticos de su aplicación, entre otros, en casos de financiación de infraestructuras de banda ancha que cubren al mismo tiempo zonas en las que se puede considerar que las inversiones son suficientemente rentables bajo condiciones normales de mercado que en consecuencia no constituyen servicios de interés económico general, y zonas en las que la rentabilidad es inferior a la que un inversor aceptaría sin recibir fondos estatales.

⁷⁶⁴ Artículo 5.3, 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10

⁷⁶⁵ *Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 31.

⁷⁶⁶ *Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 44.

En el caso relativo al despliegue de una red de banda ancha en el departamento de Hauts-de-Seine, la Comisión consideró que una empresa actuando bajo condiciones normales de mercado no proveería de servicios de banda ancha a aquellas zonas en las que el coste promedio ponderado de capital la inversión en la infraestructura de banda ancha fuera inferior al 9 por ciento. La consideración de SIEG se limitó al servicio de banda ancha en esas zonas, por lo que únicamente el déficit de financiación respecto a la inversión en esa área debía tomarse en cuenta al calcular el coste neto del servicio. Por otro lado, la administración decidió que los beneficios obtenidos por las inversiones realizadas en las zonas rentables del área en el que se desplegaría la red de banda ancha fueran tomados en cuenta a la hora de establecer la compensación, deduciéndolos de los costes del servicio.⁷⁶⁷ La Comisión consideró que el beneficio obtenido por la empresa no resultaba excesivo, basándose en la selección del proveedor siguiendo un procedimiento competitivo y en que, en base a ello, el servicio se prestaba al menor coste para el público.⁷⁶⁸

⁷⁶⁷ “*En substance, le délégataire a considéré comme « non rentables » les zones dont le TRI est inférieur à 9%, le TRI moyen du projet étant de 10,63% (« TRI Projet »). A cet égard, deux autres catégories ont été distinguées: la première dont le TRI est compris entre 9% et 10,63%, et la seconde dont le TRI est supérieur ou égal à 10,63%. Il résultait que le TRI global hors subvention était de 6,57%, soit 0,57 point au-dessus du taux d'emprunt prévu au plan d'affaires du délégataire. Au total, les performances des zones dont la rentabilité est supérieure au TRI Projet (10,63 %) ne sauraient, à elles seules, compenser le manque de recettes des autres zones. Ainsi, le délégataire a sollicité un besoin de financement de €70,5 millions pour obtenir un TRI de 9 % pour l'ensemble des zones non rentables. Toutefois, lors des négociations, la contribution à dégager par les recettes des zones rentables au-delà du TRI Projet de 10,63% a été chiffrée à €11,5 millions. Par conséquent, le besoin de financement résiduel a été ajusté et la participation publique a été fixée à hauteur de €59 millions (soit 70,5 – 11,5)”. Aide d'Etat N 331/2008 – France, Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine, 30.09.2009, C (2009) 7426 final, apartado 72.*

⁷⁶⁸ Aide d'Etat N 331/2008 – France, Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications

Respecto a los ingresos, la Comisión obliga a descontar todos los ingresos procedentes del SIEG, incluidos aquéllos que no se consideren fondos estatales, y faculta, pero no obliga, a las administraciones competentes para asignar a la financiación del SIEG también, total o parcialmente, “*beneficios procedentes de otras actividades ajenas al servicio de interés económico general en cuestión*”.⁷⁶⁹ Eso fue, precisamente, lo que ocurrió en el caso Hauts-de-Seine, en el que se asignaron a la financiación del SIEG no solo los ingresos obtenidos en las áreas no rentables, sino también los beneficios provenientes de las rentables.

Si bien, como hemos señalado anteriormente, la atribución de un SIEG no requiere la concesión paralela de derechos especiales o exclusivos, en caso de que éstos estén incluidos en el acto de atribución, habrán de ser cuantificados e incluidos como parte de los ingresos del servicio. Así figura expresamente en el artículo 5, apartado 4, de la Decisión SIEG⁷⁷⁰, aunque es un principio aplicable en todo caso y a todos los servicios de interés económico general, con independencia de que entren en el ámbito de aplicación de la Decisión o no.

électroniques à très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine, 30.09.2009, C (2009) 7426 final, apartados 164 a 175

⁷⁶⁹ Artículo 5.4, 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10. Véase también el apartado 56 de la *Comunicación de la Comisión 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* (2012/21/UE), DO L 7, 11.1.2012, p. 3–10.

⁷⁷⁰ *Comunicación de la Comisión 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* (2012/21/UE), DO L 7, 11.1.2012, p. 3–10.

La compensación a la que tiene derecho la empresa que realiza el servicio y que, en el ámbito de la financiación de las infraestructuras, es propietaria y, o, explota la infraestructura, aquélla puede incluir, además de los costes netos, un “beneficio razonable”. Para ello es necesario que el acto de atribución también establezca anticipadamente cómo se calculará ese beneficio.⁷⁷¹ La Comisión exige que los Estados miembros incluyan incentivos de eficiencia objetivos y mensurables en el acto de atribución siempre que sea *factible y adecuado* y no perjudiquen la calidad del servicio. Éstos podrán afectar el nivel de beneficio considerado razonable. Según la explicación de la propia Comisión, “*este nuevo requisito [se ha introducido] para fomentar la prestación de servicio de mejor calidad a un menor coste para los contribuyentes y usuarios y con objeto de limitar el falseamiento de la competencia que podría derivarse de la subvención permanente de prestadores de servicios gravemente ineficientes.*”⁷⁷²

La razón por la que se admite el pago al proveedor de una cantidad que excede la mera compensación de los costes del servicio, es que, en condiciones normales de mercado, la empresa proveedora de un servicio exigirá un beneficio que cubra el coste de oportunidad del capital invertido, sin ser óbice que el servicio que presta sea de interés general. Al margen de cómo se reparta el riesgo entre el proveedor y la administración, es evidente que sin la perspectiva de poder ingresar un beneficio razonable, se obstruiría en muchos casos la contratación de un proveedor para el SIEG.

⁷⁷¹ 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14, apartado 57.

⁷⁷² Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, *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*, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, pág.21, pregunta 172.

Una vez aceptado que se pueda pagar a la empresa que proporciona el servicio un beneficio razonable como parte de la contraprestación, es preciso examinar el concepto mismo de beneficio “razonable”. La Comisión ha aclarado que la razonabilidad del beneficio se determina en base al coeficiente de rendimiento del capital, definido como “*la tasa interna de rentabilidad que la empresa logra sobre su capital invertido mientras dura el período de atribución*”.⁷⁷³ Sin embargo, “[c]uando esté debidamente justificado, pueden utilizarse indicadores de beneficios que no sean el coeficiente de rendimiento del capital para determinar cuál debería ser el beneficio razonable, tales como la rentabilidad media de los fondos propios⁷⁷⁴ durante el periodo de atribución, la rentabilidad de los fondos invertidos, la rentabilidad sobre activos o el rendimiento por ventas.”⁷⁷⁵ El Estado miembro deberá en cualquier caso remitir la información necesaria que acredite la ausencia de un pago excesivo cuando la Comisión lo solicite.

El beneficio será razonable siempre y cuando corresponda a lo que requeriría una empresa media teniendo en cuenta el nivel de riesgo, o la falta

⁷⁷³ Artículo 5.5 Comunicación de la Comisión 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 (2012/21/UE).

⁷⁷⁴ “En un ejercicio dado, la medida contable «rentabilidad de los fondos propios» (ROE) se define como el ratio entre el beneficio del ejercicio antes de impuestos e intereses (EBIT) y el capital de fondos propios de dicho ejercicio. Deberá computarse la rentabilidad media anual de toda la duración de la atribución aplicando como índice de actualización el coste de capital de la empresa o bien el tipo fijado por la Comisión en su Comunicación sobre el tipo de referencia aplicable, si es más adecuado” Nota a pie de página 19, Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22.

⁷⁷⁵ Apartado 34, Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22.

del mismo, del sector en cuestión, el tipo de servicio, la duración del periodo de atribución y las características del mecanismo de compensación.⁷⁷⁶

Por ejemplo, si se prevé que al término del periodo de atribución la compensación cubra la totalidad de los costes netos incurridos durante la prestación del SIEG, el beneficio deberá limitarse al mínimo que la Comisión considera como en todo caso razonable, ya que no existirá riesgo alguno que justifique un beneficio mayor. Un mecanismo de compensación de este tipo no ofrece incentivos de eficiencia al proveedor del servicio y su uso debe limitarse en consecuencia *“estrictamente a aquellos casos en los que los Estados miembros puedan justificar que no es factible o adecuado tomar en cuenta la eficiencia productiva y tener un diseño de contrato que incentive la obtención de incrementos de la eficiencia”*.⁷⁷⁷ En todos los demás casos es

⁷⁷⁶ La Comisión también ha aclarado, en pro de la seguridad jurídica de los Estados miembros y las empresas, que *“[u]n beneficio que no supere el tipo swap pertinente más 100 puntos básicos no debe considerarse irrazonable. En este contexto, el tipo swap pertinente se considera un tipo de remuneración adecuado para una inversión sin riesgo. La prima de 100 puntos básicos sirve, entre otras cosas, para compensar el riesgo de liquidez por comprometer capital para la gestión del servicio durante el período de atribución. En los casos en que la empresa a la que se ha encomendado un servicio de interés económico general no soporte un riesgo comercial considerable, por ejemplo porque los costes en los que incurre para operar el servicio se compensan íntegramente, no se considerarán razonables los beneficios que superen el tipo swap pertinente más 100 puntos básicos”*. 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10, apartado 20.

“El tipo swap pertinente es el tipo swap cuyo vencimiento y divisa correspondan a la duración y divisa del acto de atribución. Cuando la prestación de un SIEG conlleve un riesgo contractual o comercial importante, por ejemplo porque la compensación consiste en el pago de un importe fijo que cubra los costes netos previstos y un beneficio razonable y la empresa opere en un entorno competitivo, el beneficio razonable no puede exceder el nivel que corresponda a un coeficiente de rendimiento del capital que guarde proporción con el nivel de riesgo.” Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 37.

⁷⁷⁷ Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 38.

obligatorio introducir incentivos de eficiencia. La Comisión ha provisto directrices sobre cómo pueden diseñarse estos incentivos, si bien no estipula reglas de obligado cumplimiento.⁷⁷⁸ En todo caso, “[l]as retribuciones vinculadas al incremento de la eficiencia productiva deberán fijarse a un nivel que permita repartir de forma equilibrada dicho incremento entre la empresa y el Estado miembro y/o los usuarios.”⁷⁷⁹

Nótese que las normas sobre control de las ayudas de Estado si bien lo permiten, no imponen en ningún caso una obligación a cargo del Estado de pagar un beneficio razonable o, siquiera, compensar por el coste neto del servicio al prestador del SIEG. Antes al contrario, si de acuerdo con las disposiciones contenidas en el acto de atribución el servicio el cálculo de la compensación resulta en un déficit de financiación del servicio, tanto la administración como la empresa a cargo del servicio estarán sujetas a su estricto cumplimiento, pues una modificación implicaría un cambio en “el

⁷⁷⁸ “Los incentivos de eficiencia pueden diseñarse de distintas formas para adecuarse al máximo a la especificidad de cada caso o sector. Por ejemplo, los Estados miembros pueden definir desde un principio un nivel fijo de compensación que prevea e incorpore el incremento de la eficiencia que la empresa puede esperar lograr durante la vigencia del acto de atribución. De forma alternativa, los Estados miembros pueden definir unos objetivos de eficiencia productiva en el acto de atribución por los que el nivel de compensación se supedita al grado en que se alcancen dichos objetivos. Si la empresa no alcanza los objetivos, la compensación deberá reducirse con arreglo a un método de cálculo precisado en el acto de atribución. Por el contrario, si la empresa supera los objetivos, la compensación se incrementará con arreglo a un método de cálculo precisado en el acto de atribución. Las retribuciones vinculadas al incremento de la eficiencia productiva deberán fijarse a un nivel que permita repartir de forma equilibrada dicho incremento entre la empresa y el Estado miembro y/o los usuarios. Cualquier mecanismo para incentivar la mejora de la eficiencia deberá estar basado en criterios objetivos y mensurables expuestos en el acto de atribución y sujetos a una evaluación ex post transparente realizada por una entidad independiente del proveedor del SIEG. El incremento de la eficiencia deberá lograrse sin perjuicio de la calidad del servicio prestado y deberá cumplir las normas establecidas en el Derecho de la Unión.” Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 40.

⁷⁷⁹ Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22, apartado 41.

*equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”.*⁷⁸⁰ Como hemos visto en el anterior apartado, ello está explícitamente prohibido. Si se prevé “*una revisión del importe de la compensación durante el periodo en el que esté encomendado el servicio, el acto de atribución debe precisar las modalidades de dicha revisión y cualquier impacto que pueda tener en el importe total de la compensación*”.⁷⁸¹

- *La obligación de recuperación*

La esencia de la normativa sobre el control de las ayudas de Estado es evitar que se desembolsen fondos estatales injustificadamente por no ser necesarios para alcanzar un objetivo de interés económico general concreto. La sobrecompensación de un SIEG es un ejemplo evidente del tipo de situaciones que se pretende erradicar con estas normas, pues el servicio puede prestarse por un menor importe, y “[d]ado que la compensación excesiva no es necesaria para la prestación del SIEG, constituye ayuda estatal incompatible.”⁷⁸²

Al igual que en los demás casos de concesión de ayudas declaradas ilegales e incompatibles con el mercado interior, si se incurre en sobrecompensación de un SIEG, es preciso tomar las medidas necesarias para

⁷⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de junio de 2008, en el asunto C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, [2008] Rec.p.351, apartado 37

⁷⁸¹ 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14, apartado 58.

⁷⁸² Apartado 48, *Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicios públicos* (2011), D.O.C 8 de 11.1.2012, p. 15/22.

que el beneficiario pierda la ventaja obtenida y se restablezca la situación anterior. Para ello es preciso que a la devolución de la sobrecompensación se añadan los intereses devengados correspondientes al periodo durante el que el proveedor del servicio haya disfrutado de la sobrecompensación.⁷⁸³ La particularidad en el caso de los servicios de interés económico general es que se exige *ex ante* la existencia de un mecanismo previsto específicamente para recuperar la ayuda excesiva. Se evitan de ese modo los cauces administrativos o judiciales aplicables normalmente, agilizando así dicha recuperación de fondos. Además, el Estado miembro deberá garantizar que el método contenido en el acto de atribución para calcular la compensación se modifique si fuera necesario para evitar incurrir de nuevo en una compensación excesiva.⁷⁸⁴

No obstante, en el ámbito de los servicios de interés económico general cuya retribución constituya una ayuda de Estado, notificada o exenta de notificación, se aplica cierta flexibilidad al principio del restablecimiento de la situación anterior a la concesión de la ayuda excesiva: la Decisión SIEG permite que “[c]uando el importe de la compensación excesiva no supere el 10 % del importe de la compensación media anual, podrá trasladarse al año siguiente y descontarse del importe de la compensación que se debería pagar en ese período”.⁷⁸⁵ La Comisión, además de extender esta norma exorbitante

⁷⁸³ Véase art.5.2 Commission Decision of 25 January 2012, on the measure SA.14588 (C 20/2009) implemented by Belgium in favour of De Post-La Poste (now bpost), Brussels, 25.01.2012 C(2012) 178 final.

⁷⁸⁴ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión *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*, Bruselas, 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 66 pregunta 141.

⁷⁸⁵ Artículo 6.2 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 (2012/21/UE), D.O. L 7, 11.1.2012, pp. 3–10.

a la financiación de servicios de interés económico general no cubiertos por la Decisión SIEG, ha declarado expresamente que ha de acordarse una mayor flexibilidad a la obligación de recuperación de la sobrecompensación de un SIEG en comparación con otros casos de concesión de ayudas contrarias al mercado interior.⁷⁸⁶ Este trato preferencial no tiene otra explicación que la propia naturaleza de los servicios de interés económico general, y se enmarca en el conjunto de la regulación más flexible que la aplicable al control de las ayudas de Estado en general.

⁷⁸⁶ Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión *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*, Bruselas, 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, p. 66 pregunta 141.

3.2.3.4 La selección de la empresa proveedora mediante un procedimiento de licitación pública y la limitación de la compensación a la requerida por una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada

La última exigencia impuesta por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Altmark* para que la compensación pagada por el Estado por la prestación de un SIEG no constituya una ayuda de Estado ofrece una alternativa, al menos aparente, a la administración: ésta podrá bien seleccionar al proveedor del servicio a través de “*un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad*”⁷⁸⁷ o bien fijar la compensación en base a “*un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada... para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar [l]as obligaciones [de servicio público], teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.*”⁷⁸⁸ En principio, por tanto, el Derecho de la UE sobre control de las ayudas de Estado no exige que un SIEG sea atribuido mediante un procedimiento de licitación pública.

En tanto que existían precedentes de la aplicación de las tres primeras condiciones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, verbigracia en la sentencia *Ferring*, la condición del uso de un procedimiento de licitación pública, o la alternativa de limitación de la compensación a la requerida por

⁷⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark Trans*, [2003] Rec. p. I-7747, apartado 93.

⁷⁸⁸ *Ibíd.*, apartado 95.

una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada, constituye la principal novedad aportada por la jurisprudencia *Altmark*.⁷⁸⁹

La normativa específica de la UE aplicable a los contratos públicos está contenida en las Directivas 2014/24 sobre contratación pública,⁷⁹⁰ 2014/25 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales⁷⁹¹ y 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.⁷⁹²

Estas normas son aplicables únicamente a contratos públicos que excedan determinados importes. Aun cuando no entren en el ámbito de las Directivas, todo contrato público estará sujeto en todo caso al respeto de los principios contenidos en el Tratado de Funcionamiento de la UE, en particular los relativos a la libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, de los que se desprenden obligaciones de igualdad de trato entre los operadores económicos, no discriminación, proporcionalidad y transparencia.

No obstante, no todo proceso de selección que respete las Directivas o principios generales aplicables satisface la cuarta condición *Altmark*. La Comisión exige que el procedimiento de selección garantice que el servicio se presta con el menos coste posible para la administración que lo contrata. Con este principio en mente, la Comisión ha analizado en detalle qué tipos de

⁷⁸⁹ SZYSZCZAK, E., pág. 333 [Op. cit. supra nota 668].

⁷⁹⁰ 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 2004/18/CE, DO L 94 de 28.3.2014, p. 65/242

⁷⁹¹ Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, DO L 94 de 28.3.2014, p. 243/374

⁷⁹² Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, DO L 94 de 28.3.2014, p. 1/64.

procesos de selección se adecúan a las exigencias de la cuarta condición *Altmark* y cuáles no:

“[U]n procedimiento abierto con arreglo a lo establecido en las normas de contratación pública es sin duda aceptable, pero también un procedimiento restringido puede satisfacer el cuarto criterio Altmark, salvo que se impida a los operadores interesados licitar, sin motivos válidos. Por otra parte, un diálogo competitivo o un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación confieren un amplio margen de apreciación al poder adjudicador y pueden restringir la participación de operadores interesados. Por tanto, solo pueden ser considerados suficientes para satisfacer el cuarto criterio Altmark en casos excepcionales. El procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación no puede garantizar que el procedimiento lleve a la selección del licitador capaz de prestar esos servicios al menor coste para la colectividad...Por último, puede haber circunstancias en las que un procedimiento de contratación no puede hacer posible el menor coste para la colectividad ya que no suscita un (sic.) competencia suficiente abierta y genuina. Podría ser el caso, por ejemplo, debido a las particularidades del servicio en cuestión, a derechos de propiedad intelectual e industrial existentes o a que una infraestructura necesaria es propiedad de un prestador concreto del servicio. De la misma manera, en el caso de procedimientos en los que solo se presente una oferta, la licitación no puede considerarse suficiente para garantizar que el procedimiento da lugar al menor coste para la colectividad.”⁷⁹³

Por otro lado, no solo el procedimiento de selección es determinante para establecer si se cumple o no la cuarta condición *Altmark*, sino que también lo puede ser el criterio de adjudicación: “[E]l «precio más bajo» evidentemente satisface el cuarto criterio *Altmark*. También la «oferta

⁷⁹³ 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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14, apartado 66 a 68.

económicamente más ventajosa» puede considerarse suficiente, siempre y cuando los criterios de adjudicación, incluidos los medioambientales o sociales guarden relación con los servicios prestados y permitan a la oferta económicamente más ventajosa igualar el valor del mercado. Cuando concurren estas circunstancias, una cláusula de devolución puede ser adecuada para minimizar el riesgo de compensación excesiva ex ante. No se impide a la autoridad adjudicadora que fije normas cualitativas para que las cumplan todos los operadores económicos o que tenga en cuenta aspectos cualitativos relacionados con distintas propuestas en su decisión de adjudicación.»⁷⁹⁴

Alternativamente, la selección mediante un procedimiento de licitación pública tampoco se considerará que la compensación por prestación de un servicio público constituye una ayuda de Estado si, se demostrara que la compensación pagada a la empresa que presta el servicio no excede la que requeriría una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada.

Naturalmente, cuando exista un precio de mercado para el servicio prestado a través de una infraestructura, un pago que no exceda dicho precio se considerará que cumple con esta condición. No obstante, las situaciones en que un mismo servicio que requiera de una infraestructura pueda prestarse en condiciones normales de mercado y como SIEG – que precisamente requiere que el servicio no se pueda prestar de manera satisfactoria por el mercado – son anómalas.⁷⁹⁵

⁷⁹⁴ *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 C 8 de 11.1.2012, p. 4/14, apartado 67.

⁷⁹⁵ Véase no obstante la Decisión de la Comisión en el asunto C 49/06 — Italia — *Ayuda estatal C 49/06 ejecutada por Italia para remunerar a Poste Italiane por la colocación de certificados de ahorro postales*, [DO L 189 de 21.7.2009, p. 3](#), citada por la Comisión Europea en su Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia

La Comunicación SIEG contiene directrices sobre cómo interpretar la remisión a una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada. Una empresa bien equipada será aquella que disponga de los medios adecuados para cumplir con las obligaciones de servicio público de manera inmediata.⁷⁹⁶

No bastará con que la empresa que presta el servicio obtenga beneficios como resultado de sus actividades, ya que éstos pueden ser consecuencia no de su buena gestión sino de su poder de mercado o de normas sectoriales particularmente favorables. Por otro lado, la no obtención de un beneficio no descarta inmediatamente que una empresa puede servir como referencia de una empresa bien gestionada, algo que sí ocurrirá si no cumple con las exigencias cualitativas impuestas sobre el servicio por el Estado, sin importar cuáles sean sus costes y si obtiene o no beneficios.⁷⁹⁷

En todo caso, para determinar qué constituye una empresa bien gestionada han de emplearse “*criterios objetivos que sean económicamente reconocibles como representativos de una gestión satisfactoria... [como] coeficientes analíticos representativos de la productividad (tales como, volumen de negocios en relación al capital invertido, coste total en relación*

de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, 2012/C 8/02

⁷⁹⁶ Comunicación 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 76.

⁷⁹⁷ Comunicación 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 72.

al volumen de negocios, volumen de negocios por empleado, valor añadido por empleado o costes de personal en relación al valor añadido)”.⁷⁹⁸

La Comisión también ha establecido que “[l]a referencia a los costes de una empresa «media» en el sector de que se trate implica que hay un número suficiente de empresas cuyos costes pueden ser tenidos en cuenta. Estas empresas pueden estar situadas en el mismo Estado miembro o en otro distinto... Los costes que se tendrán en cuenta son todos los costes relativos al servicio de interés económico general, es decir, los costes directos necesarios para ejecutar el SIEG y una contribución adecuada a los costes indirectos comunes tanto a las actividades de SIEG como a las otras. Si el Estado miembro puede probar que la estructura de costes de la empresa encargada del SIEG corresponde a la estructura de costes media de empresas eficientes y comparables del sector en cuestión, se considerará que el importe de la compensación que permite a la empresa cubrir sus costes, incluido un beneficio razonable, cumple el cuarto criterio *Altmark*.”⁷⁹⁹

Pese a estas indicaciones aparentemente claras y concisas, la práctica de la Comisión, confirmada informalmente a este autor por varios funcionarios de la misma, es la de considerar satisfecha la cuarta condición *Altmark* únicamente cuando el prestador es seleccionado a través de un procedimiento de licitación pública.⁸⁰⁰ Existen no obstante excepciones,

⁷⁹⁸ Comunicación 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 71.

⁷⁹⁹ Comunicación 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

⁸⁰⁰ Esta comunicación informal se ve corroborada por los hechos: como señala KLASSE, la Comisión raramente ha considerado que las medidas compensatorias de un SIEG como en cumplen las cuatro condiciones *Altmark*. KLASSE, M., ‘Services of General Economic Interest’ in *European State Aid Law Handbook*, M Heidenhain (ed.), C.H. Beck/Hart/Nomos, Oxford and Munich 2010.

ninguna reciente que nos conste, en las que la Comisión sí que ha estimado que se cumplía la cuarta condición *Altmark* en ausencia de un proceso de licitación pública.⁸⁰¹ Las razones para adoptar una postura tan estricta son seguramente la imprecisión que envuelve a la opción alternativa a la selección por concurso y las dificultades prácticas que implica comprobar si realmente los costes corresponden a los que incurriría una empresa bien gestionada y adecuadamente equipada.

Con independencia de esta última circunstancia, el análisis, incluso somero, de la cuarta condición *Altmark* da pie a cuestionar su idoneidad e incluso su justificación lógica:

En primer lugar, podría estimarse, como hizo el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto *Ferring*,⁸⁰² que el pago de una compensación al prestador del SIEG que no exceda los costes netos incurridos y un beneficio razonable, no otorga una ventaja en el sentido del artículo 107.1 TFUE, y no

⁸⁰¹ “*The Trbovlje plant was not chosen on the basis of a public procurement procedure. However, the Commission notes that Slovenia has demonstrated that, in the case in question, the choice of Trbovlje was the one that led to providing the service of general economic interest at the least cost to the community, having regard to the specific factual and legal constraints prevailing in this case. In the present case the public service obligation consists in ensuring national security of supply up to 2009 by using indigenous primary energy fuel sources, to an extent not exceeding in any calendar year 15 % of the overall primary energy necessary to produce the electricity consumed in Slovenia.*” Las razones esgrimidas por la Comisión son no obstante poco convincentes, si no erróneas, en nuestra opinión: en lugar de analizar si los gastos incurridos efectivamente correspondían a los correspondientes a una empresa bien gestionada y adecuadamente equipada, consideró que se cumplía la condición en base a la ejecución de un plan de reestructuración casi dos décadas antes: “*Furthermore, the Commission notes that there is no indication that the Trbovlje plant is not operated as a well-run typical undertaking or is run in a particularly inefficient way. The Commission notes that the company already restructured its activities at the time of the economic transition in Slovenia, in particular by closing down its older and less efficient units, which were outdated, and reducing its staff. It is also noted that in any event the remuneration for the public service obligation does not include any profits.*” Decisión de la Comisión de 24 de abril de 2007, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por Eslovenia en el marco de su legislación sobre productores de energía cualificados — Asunto no C 7/2005 (2007/580/CE).

⁸⁰² Véase supra págs.331 a 334.

constituye en consecuencia una ayuda de Estado: el acuerdo entre la autoridad administrativa y el prestador del servicio establecería obligaciones sinalagmáticas que, en ausencia de beneficio excesivo, no debería considerarse que otorga una ayuda de Estado a la empresa.

No obstante, tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión consideran que la ausencia de sobrecompensación no excluye la calificación del pago de los fondos estatales como ayuda de Estado exclusión que solo se dará si se cumple la cuarta condición *Altmark*: la elección de la empresa prestadora del SIEG a través de un procedimiento de licitación pública o bien, la prueba de que la compensación recibida equivale a la que requeriría una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada.⁸⁰³

Esta postura implica considerar que existe una ventaja en favor de la empresa proveedora independientemente de que ésta no obtenga más que, a lo sumo, un beneficio razonable del pago con fondos estatales. Esta ventaja podría considerarse derivada bien de la propia existencia de un beneficio –si bien éste también se daría en caso de cumplimiento de la cuarta condición *Altmark*– o bien de la mera posibilidad de poder prestar un servicio remunerado por un precio que no necesariamente es un precio de mercado. Esta última explicación sería coherente con el hecho de que no basta con que se seleccione al prestador del SIEG a través de un proceso de licitación pública, sino que se exige que ese proceso dé como resultado que el servicio

⁸⁰³ Cuando el Estado, para garantizar la prestación de un servicio de interés económico general, abona a la empresa que proporciona ese servicio una compensación económica equivalente al precio del servicio en condiciones normales de mercado, no se trata de una ventaja que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado. Por consiguiente, en un supuesto de esa naturaleza, ni siquiera cabe hablar de ayuda de Estado, por no concurrir uno de los requisitos esenciales para calificar así a la medida.

se preste con el menor coste posible para el conjunto de la población,⁸⁰⁴ y es coherente con la práctica en el ámbito del PIEM.⁸⁰⁵

Ahora bien, resulta difícil de justificar que únicamente se exija el cumplimiento de la cuarta condición *Altmark* para excluir la existencia de una ayuda de Estado, pero no para declarar su compatibilidad con el mercado interior.

A *contrario*, se permite que se pague una ayuda de Estado a una empresa por el cumplimiento de un servicio sin haber sido seleccionada a través de un proceso de licitación pública y sin poder demostrar que sus gastos no exceden los que requeriría una empresa bien gestionada. No parece justificado el pago en esta situación de una compensación que cubra todos los gastos más un beneficio razonable y que, pese a su calificación como ayuda de Estado, podría, tras el examen de la Comisión, ser aprobada como ayuda de Estado compatible con el mercado interior. A fin de cuentas, como ya hemos señalado anteriormente, la distinción entre una ayuda de Estado compatible y una medida de financiación que no constituye una ayuda de Estado es puramente formal y procedimental, ya que en ambos casos el resultado final será que la administración podrá realizar el pago al prestador del servicio.

La causa última de estas incongruencias reside en la voluntad del legislador y, derivada de ella, del Tribunal de Justicia, de diferenciar los servicios de interés económico general del resto de medidas de financiación.

⁸⁰⁴ “Un procedimiento de contratación pública solo descarta la existencia de ayuda estatal cuando haga posible la selección del licitador capaz de prestar el servicio originando «el menor coste para la colectividad»” *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*, D.O.U.E. C 8, 11.1.2012, p. 4–14, apartado 65.

⁸⁰⁵ Véase supra apartado 3.2.1.

El objetivo sería limitar la interferencia en el funcionamiento de estos servicios sin, no obstante, excluirlos por completo y sin condiciones, de las normas sobre el control de las ayudas de Estado en línea con lo que dicta el propio TFUE, que en su artículo 106.2 establece que “[l]as 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”.

Cabe dudar de la necesidad y eficacia de aplicar normas particulares para los servicios de interés económico general en el ámbito de las ayudas de Estado: si la selección mediante licitación pública del proveedor del servicio garantiza, en el caso concreto, que se presta el servicio al menor coste para la colectividad, el pago no constituiría una ayuda de Estado en ningún caso y con independencia de que el objeto del servicio sea o no un SIEG, en aplicación del principio del Inversor en una Economía de Mercado.⁸⁰⁶

Por otro lado, si se considerara que el funcionamiento de un SIEG precisa de una compensación que cubra los costes netos y un beneficio razonable en favor del proveedor, pero no se pudiese garantizar el cumplimiento de la actual cuarta condición Altmark, la mera aplicación del artículo 107.3 TFUE permitiría realizar el pago en forma de una ayuda compatible con el mercado interior. Este enfoque evitaría asimismo que, como ocurre actualmente, se tuviese en cuenta el objetivo de la medida para aplicar una serie de normas exorbitantes, en contra del principio general expresamente formulado por el Tribunal de Justicia.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*

No se aprecia por tanto necesidad alguna de desviarse de las normas generales de control de las ayudas de Estado respecto a los SIEG. Máxime teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación del que dispone la Comisión Europea a la hora de aplicar el artículo 107.3 TFUE, que permitiría en la práctica ser más condescendiente con las ayudas en favor de los servicios de interés económico general que con otras ayudas sin necesidad de establecer una normativa paralela.

El abogado general Léger, en su opinión en el asunto *Altmark* esgrimió tres razones para sostener su opinión en contra de la sentencia *Ferring*, que el Tribunal asumió implícita- y parcialmente, imponiendo las célebres cuatro condiciones analizadas ya extensamente más arriba. En primer lugar, criticó que el Tribunal hubiese tomado en cuenta el objetivo de la medida para aplicar una solución exorbitante de las normas generales de control de las ayudas de Estado. Si bien el artículo 106 TFUE establece una norma exorbitante que toma en cuenta el objetivo de la medida, la norma se refiere a la compatibilidad de la misma con el mercado interior, y no a la calificación como ayuda de Estado. Por otro lado, nuestra propuesta precisamente evitaría tomar en cuenta el objetivo de la medida –la financiación de un SIEG– puesto que propugna simplemente la aplicación de las normas generales. La primera crítica del abogado general quedaría así neutralizada.

La segunda es que el artículo 106 TFUE se vería privado de efecto. Si bien ello es cierto, hay que precisar que se vería privado de efecto únicamente en el área del control de las ayudas de Estado. El artículo 106 TFUE tiene un ámbito mucho más amplio, ya que cubre “las normas de los Tratados” en su conjunto. Por otro lado, el artículo únicamente establece que dichas normas serán aplicables a los servicios de interés económico general “*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". En la actualidad, el artículo 106 no da carta blanca para la financiación incondicional de los servicios públicos. Ésta está sujeta a una serie de limitaciones, principalmente el respeto del principio de proporcionalidad. Si se siguiera nuestra propuesta de aplicar las reglas generales sobre control de las ayudas de Estado a la financiación de los servicios públicos, éstos estarían sujetos a similares condiciones, ya que la ponderación de los elementos positivos y negativos implica un examen similar al que exige el artículo 106 TFUE.

En la práctica, por tanto, no habría apenas diferencias entre la situación actual basada en la determinación de la existencia de una ayuda siguiendo los criterios *Altmark* y la compatibilidad con el mercado interior en base al artículo 106.2 TFUE y la aplicación de las normas generales sobre control de las ayudas de Estado. Implicaría además que el objetivo de la medida no se tuviera en cuenta a la hora de examinar su calificación como ayuda de Estado. En su lugar, el elemento determinante sería la existencia o no de una ventaja en favor del prestador del SIEG. No existiría tal ventaja –y en consecuencia tampoco una ayuda– si la empresa fuese seleccionada mediante un proceso competitivo, o si la contraprestación no excediera el coste neto del servicio más un beneficio razonable y esta suma se correspondiera con el coste que requeriría una empresa corriente, bien gestionada y adecuadamente equipada. Dicho de otro modo, el Estado estaría pagando un precio de mercado por el servicio, seleccionando al candidato capaz de prestarlo al menor coste para la colectividad, lo que en principio descarta la concesión de una ventaja.⁸⁰⁷ Como resume Kelyn Bacon, una

⁸⁰⁷ “[E]l hecho de que las sociedades estatales... fueran adquiridas... en el marco de un procedimiento de adjudicación abierto y sometido a libre concurrencia en las condiciones de mercado conduce a considerar que el elemento de ayuda del que se beneficiaron [las

transacción que implique el pago de fondos públicos no dará lugar a una ventaja si se realiza en términos de mercado y existe una necesidad genuina que justifique la adquisición de los bienes o servicios adquiridos,⁸⁰⁸ algo que no puede ponerse en discusión en el caso de la provisión de un SIEG.

Por supuesto, esta opinión y propuesta no se refiere exclusivamente a la aplicación de la jurisprudencia *Altmark* y el actual paquete legislativo SIEG a los proyectos de infraestructuras, sino que es extensible al pago compensatorio por la prestación de estos servicios en general.

Al margen de esta cuestión más bien teórica, las normas sobre compensación de los servicios de interés económico general tienen una relevancia particular en el ámbito de la prestación de servicios mediante infraestructuras, por los elevados costes asociados a su construcción y, en ocasiones, operación, que impiden que puedan ser provistas en condiciones normales de mercado, y por estar, en la mayoría de los casos, dichos servicios dirigidos al conjunto de la población.

No obstante, como hemos visto, en no pocas ocasiones las autoridades nacionales no han logrado adecuar sus proyectos a las normas aplicables a los SIEG. En algunas ocasiones ello responde a la imposición por la Comisión y el Tribunal de ciertas barreras a la discrecionalidad, en apariencia casi ilimitada, de los Estados miembros para definir un servicio como de interés

sociedades objeto de la venta] *no concurre en las empresas privadas adjudicatarias... Dado que dichas empresas adjudicatarias compraron las referidas sociedades en condiciones de competencia no discriminatorias y, por definición, a precio de mercado, es decir, al precio más elevado que un inversor privado que actúa en condiciones normales de competencia estaba dispuesto a pagar por dichas sociedades en la situación en la que se encontraban, en particular tras haber disfrutado de ayudas de Estado, el elemento de ayuda se evaluó al precio de mercado y se incluyó en el precio de compra.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, en el asunto C-390/98, *Banks* [2001] Rec.p.456, apartado 77.

⁸⁰⁸ BACON, K. et al.: *European Union Law of State aid*, Oxford University Press, Second Edition 2013, págs.51 a 53.

económico general. Pero en muchas otras, la responsabilidad última recae en la descuidada actuación de los Estados, incapaces de atribuir de manera formalmente correcta el servicio, o de su voluntad de pagar en exceso por el servicio. Sea como fuere, es evidente que lejos de suponer una ilegítima intromisión en la facultad de los Estados miembros de prestar servicios públicos a su población, la correcta aplicación de las normas sobre control de los SIEG evita el despilfarro de fondos públicos.

La principal tarea que queda pendiente en este ámbito, en nuestra opinión es que las garantías se extiendan no solo a la compensación adecuada, sino también a la calidad adecuada de los servicios. Ésta debería ser una parte fundamental del análisis del objetivo de interés general o de interés común de las medidas financiadas con ayudas de Estado, pero en la actualidad no lo es más que de manera muy marginal.⁸⁰⁹ Garantizar que el servicio es genuinamente de interés general debería requerir la comprobación de que el Estado ha establecido condiciones adecuadas relativas a la calidad del servicio al atribuirlo –incluso cuando éstas no sean impuestas por la legislación de la UE. En la actualidad sin embargo este aspecto queda prácticamente al margen del examen de la Comisión, pese a sus continuas declaraciones exigiendo un “*alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica*” de los servicios públicos.

Probablemente éste será un tema candente en las futuras reformas del paquete SIEG o, al menos, así esperamos que sea. Al igual que en el caso del

⁸⁰⁹ La Comisión exige, como hemos visto, que los Estado miembros incluyan incentivos de eficiencia en el cálculo del beneficio razonable del servicio (véase supra apartado 3.2.3.3) y Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, *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*, 29.4.2013 SWD(2013) 53 final/2, pág.21, pregunta 172). Este requisito está dirigido sin embargo fundamental a evitar una sobrecompensación del servicio más que a garantizar la calidad del mismo.

control de la ausencia de sobrecompensación, es un tema que entra de lleno en la esencia de las competencias de los Estados miembros al diseñar dichos servicios. Para abordar este asunto será por ello necesario concienciar tanto a las autoridades de los Estados miembros como a la sociedad en general, de los efectos extremadamente positivos que tienen las normas sobre control de las ayudas de Estado para la prestación de los SIEG: lejos de suponer una traba para su funcionamiento, correctamente empleados, garantizan que no se compense al proveedor por encima de lo estrictamente necesario, evitando el dispendio de recursos. Y viceversa, es también necesario no solo dejar meridianamente claro que la existencia de los SIEG no es óbice para el correcto funcionamiento del mercado interior, sino que, al contrario, ambos son complementarios.

3.3 La selectividad de la ayuda

El artículo 107.1 TFUE prohíbe las ayudas de Estado “[que favorezcan] a determinadas empresas o producciones”, lo que, en otras palabras, equivale a exigir que una medida de financiación sea selectiva para quedar comprendida en el ámbito de la prohibición de las ayudas de Estado.

Precisamente, es por la creencia muy extendida, de que las infraestructuras no podían proveer ventajas selectivas, sino únicamente generales, por lo que su financiación se consideraba irrelevante a efectos de las normas sobre control de las ayudas de Estado hasta la sentencia Leipzig-Halle. Esta postura se basaba en un prejuicio, por el que se tomaba una parte minoritaria de los proyectos de financiación de infraestructuras, las *infraestructuras generales*, que efectivamente no otorgan ninguna ventaja selectiva, por el todo, que es mucho más complejo.

En muchos casos es difícil determinar si una medida es selectiva o no. En palabras del abogado general Jacobs, será “*un ejercicio difícil y de resultado incierto*”.⁸¹⁰

Kelyn Bacon ha calificado la condición de selectividad, de manera parecida al abogado general Jacobs, como aquella, de entre las que componen el artículo 107.1 TFUE, cuya aplicación práctica presenta mayores dificultades.⁸¹¹

Las dificultades a las que se refiere el abogado general se derivan de la lógica misma de su inclusión como requisito de la existencia de las ayudas

⁸¹⁰ Conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 26 de octubre de 2000, en el asunto C-379/98, *PreussenElektra*, apartado 157

⁸¹¹ BACON, K. *European Union Law of State Aid*, New York, Oxford University Press, 2nd edition, 2013, pág.70

de Estado. Es necesario desentrañar esas razones mediante un análisis teleológico para enfrentar la complejidad que acompañaba el análisis de la condición de selectividad y garantizar una interpretación y aplicación coherente y sistemática a todas las medidas potencialmente constitutivas de una ayuda de Estado. No en vano, las razones por las que se exige que las ayudas de Estado sean selectivas exceden el ámbito estricto de dichas normas, pues remiten al establecimiento efectivo de un mercado interior y, en consecuencia, al fundamento mismo de la existencia de la UE.

El objetivo del proceso de integración europea es lograr la unión entre los pueblos de Europa. Para estrechar esta unión hasta finalmente alcanzar la plena integración europea, es preciso avanzar hacia la consecución de un mercado interior en el que desaparezcan por completo las barreras físicas, técnicas y fiscales entre los Estados miembros. Como señala el propio TFUE, “[e]l mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.⁸¹² El principal instrumento, y el más eficaz, utilizado para avanzar en la construcción del mercado interior es la armonización de las legislaciones de los Estados miembros.

De acuerdo con el artículo 26 TFUE, “[l]a Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados”, para lo cual el artículo 114 TFUE prevé la adopción de “medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros [es decir, de medidas de

⁸¹² Artículo 26.2 TFUE

armonización] *que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*".⁸¹³

No obstante, el proceso de construcción europea no ha alcanzado todavía un nivel de desarrollo suficiente como para que se produzca una cesión completa de los poderes y competencia para diseñar las políticas económicas de los Estados miembros al ente supranacional que es la Unión Europea. Reflejo de ello es que la competencia del legislador de la UE para adoptar medidas de armonización, o de aproximación de legislaciones, si se prefiere, no es ilimitada:

“[L]as medidas contempladas en el [actual artículo 114.1 TFUE] están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería no sólo contrario al propio tenor literal de las disposiciones..., sino también incompatible con el principio establecido en el [actual artículo 5.1 TUE], según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución”.⁸¹⁴

En el estado actual, incompleto, de construcción del mercado interior, el TFUE no admite la posibilidad de armonizar determinados sectores, como el cultural, el del turismo, la salud pública o, especialmente relevante a los efectos de la condición de selectividad impuesta por el artículo 107.1 TFUE, la imposición directa. En los sectores excluidos de una posible armonización al nivel de la UE, la actuación de los Estados miembros está sujeta únicamente al respeto de los principios generales del derecho, las cuatro libertades

⁸¹³ Artículo 114.1 TFUE.

⁸¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000, en el asunto C-376/98, *Alemania c/Comisión* [2000] Rec.p.I-8419, apartado 83.

fundamentales del mercado interior⁸¹⁵ y la prohibición de concesión de las ayudas de Estado contenida en el artículo 107.1 TFUE.⁸¹⁶

El TJUE, en las sentencias *Dassonville*⁸¹⁷ y *Cassis de Dijon*⁸¹⁸ abrió la posibilidad a la calificación como obstáculos a la libre circulación de medidas no discriminatorias, es decir, que no imponían una discriminación entre productos nacionales y en proveniencia de otros Estados miembros, para identificar una restricción de la libertad de circulación. Posteriormente, extendió esta jurisprudencia a la libertad de establecimiento,⁸¹⁹ de prestación de servicios⁸²⁰ y de movimiento de trabajadores.⁸²¹ Esta jurisprudencia no ha sido sin embargo trasladada al ámbito de las ayudas de Estado, en el que se exige en todo caso que la medida sea selectiva, lo que equivale en esencia, a que la medida tenga un efecto discriminatorio para poder calificarla como ayuda de Estado. Se ha achacado esta exigencia a la voluntad de los redactores

⁸¹⁵ “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. Artículo 26.2 TFUE.

⁸¹⁶ ENGLISCH, J. “Tax Coordination between Member States in the EU – Role of the ECJ”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J. and STARINGER, C. (Eds.) *Horizontal Tax Coordination*, IBFD, Ámsterdam 2012, págs.3 a 52, en págs. 6 y 7.

⁸¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1974, en el asunto C-8/74, *Dassonville* [1974] Rec.p. 873.

⁸¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, en el asunto C-120/78, *Rewe-Zentral* [1979] Rec.p.351.

⁸¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, en el asunto C-107/83, *Klopp* [1984] Rec.p. 687, apartado 22.

⁸²⁰ “[E]l [actual artículo 56 TFUE] no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, en el asunto C-76/90, *Säger* [1991] Rec.p. I-4221, apartado 12.

⁸²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 1990, en el asunto C-175/88, *Biehl* [1990] Rec.p. I-1779, apartado 14.

del Tratado de evitar que el conjunto de la actividad económica de los Estados quede sujeta al escrutinio de la Comisión.

Este argumento no ha sido refrendado por el Tribunal de Justicia, que ha evitado opinar sobre la razón de ser del requisito de selectividad previsto en el artículo 107.1 TFUE. No así el abogado general Maduro, quien ha opinado que el fundamento de esta condición es evitar que queden sujetas a las limitaciones derivadas de las normas sobre control de las ayudas de Estado “*las ventajas derivadas de meras disparidades legislativas entre los Estados miembros*”⁸²² aplicadas indistintamente a todas las empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica equivalente.⁸²³

Los Estados disponen de dos instrumentos fundamentales para influir en la actividad económica, que les permiten desarrollar sus políticas económicas y alcanzar objetivos que el libre mercado no provee, o no provee en grado suficiente: son el gasto público –que incluye la política fiscal–, y la adopción de medidas regulatorias. Es a través de ellos que el Estado puede promover objetivos como, entre otros, la redistribución de la renta y la riqueza, promover la eficiencia económica, proveer bienes públicos a la

⁸²² Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-34/01 a C-37/01, *Enirisorse* [2003] Rec.p. I-14243, apartado 42.

⁸²³ Es en vista de este objetivo inherente a la condición de selectividad por lo que, como hemos visto en el anterior capítulo, el propio Abogado General Maduro ha abogado por relajar el formalismo al que se sujeta actualmente la condición de financiación de la medida por el Estado o mediante fondos estatales: “*es manifiesto que el régimen comunitario de las ayudas de Estado... únicamente pretende identificar las distorsiones competitivas resultantes de la voluntad de un Estado miembro de conceder una ventaja específica a determinadas empresas, con carácter de excepción a sus orientaciones políticas generales... sin embargo, el criterio de transferencia de los recursos estatales, usualmente utilizado por el Tribunal de Justicia, no permite aplicar y justificar correctamente dichas restricciones. Para ello, sería preferible recurrir al criterio de la selectividad, según se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.*” Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, presentadas el 12 de enero de 2006, en el asunto C-237/04, *Enirisorse*, apartado 47. Véase supra Capítulo 2.

ciudadanía o contrarrestar fallos de mercado como las externalidades tanto positivas como negativas.

Como ya hemos visto en el anterior capítulo, el ejercicio de ambos tipos de competencias puede implicar el uso de fondos estatales y estar, por ello, potencialmente sujeto al respeto de las normas sobre control de las ayudas de Estado. Ahora bien, para ello es preciso en todo caso que las medidas además de financiarse con fondos estatales, sean además selectivas.

Como ha apuntado la Abogado General Kokott en sus conclusiones al caso Finanzamt Linz,⁸²⁴ en ausencia de la exigencia de selectividad respecto a las ayudas de Estado, el principio de atribución de competencias perdería gran parte de su eficacia. Efectivamente, el criterio de selectividad limita severamente los poderes de control de la Comisión, quien, en ausencia del mismo, podría prohibir cualquier medida del Estado por la que se transfirieran fondos estatales a empresas si con ello se distorsionara la competencia y afectara al comercio entre los Estados miembros. Ello supondría atribuir a la Comisión un poder de armonización negativa que, en la actualidad, está reservada a las cuatro libertades de movimiento.⁸²⁵

⁸²⁴ “[U]na concepción demasiado amplia de la selectividad de las disposiciones nacionales encierra el peligro de que se vean afectados el reparto de las competencias entre los Estados miembros y la Unión, establecido en los artículos 2 TFUE a 6 TFUE, y el reparto de las competencias internas entre el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al artículo 14 TFUE, por un lado, y entre aquél y la Comisión, establecido en el artículo 17 TFUE, por otro.” Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 16 de abril de 2015, en el asunto C-66/14, *Finanzamt Linz* [2015] Rec.p.242, apartado 113.

⁸²⁵ “[L]as distorsiones de competencia ocasionadas por medidas nacionales de alcance general no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado, sino en los artículos 94 CE y 96 CE, relativos a la aproximación de las legislaciones nacionales que tienen una incidencia en el funcionamiento del mercado común.” Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, presentadas el 9 de febrero de 2006, en los asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03 *Forum 187* [2006] Rec.p.89, apartado 292.

Respecto a la financiación de infraestructuras, la pretendida ausencia de selectividad de dichas medidas fue la razón esgrimida por los Estados miembros para eludir la obligación de notificación de las mismas. Éstos se amparaban en la teoría de que las infraestructuras benefician indistintamente a las empresas que las utilizan, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia *Adria-Wien*, su financiación constituía “una medida estatal que beneficia[ba] indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional [que] no [podía] constituir una ayuda de Estado”.⁸²⁶

En la actualidad, sin embargo, el hecho de que la financiación de infraestructuras puede conllevar la concesión de una ventaja selectiva en favor de los propietarios, operadores y usuarios no plantea ninguna duda ni tampoco da lugar a demasiadas controversias. Éstas se concentran básicamente en las figuras de las *infraestructuras generales* y las *infraestructuras dedicadas*, como excepción a las primeras. El análisis de estos dos tipos de infraestructuras refleja una concreción del análisis más general entre las medidas selectivas y, la categoría opuesta, las medidas generales.

⁸²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, en el asunto C-143/99, *Adria-Wien* [2001] Rec.p.598, apartado 35.

3.3.1 Medidas selectivas y medidas generales

Una medida estatal nb de las empresas situadas en el territorio nacional constituirá una medida general que en ningún caso podrá calificarse como ayuda de Estado.⁸²⁷ Viceversa, una medida que beneficie a una sola empresa será inmediatamente selectiva respecto al beneficiario directo, sin necesidad de mayores disquisiciones.

Entre medias de los dos extremos, el Tribunal de Justicia ha aplicado una interpretación muy amplia de la noción, considerando selectivas medidas con una base de beneficiarios indeterminada y en cualquier caso muy extensa, como por ejemplo todas las empresas dedicadas a la producción de bienes corporales.⁸²⁸ El Tribunal tampoco exige, para considerar selectiva una medida, que las autoridades que conceden la ventaja tengan discrecionalidad a la hora de otorgarla: *“una medida puede ser selectiva aunque los criterios establecidos para aplicarla sean absolutamente claros y objetivos, de forma que excluyan toda discrecionalidad en su aplicación por la Administración”*.⁸²⁹

Tampoco la ausencia de una ayuda de Estado al nivel del beneficiario directo significa que la medida no pueda constituir una ayuda en favor de algún beneficiario indirecto de la medida de financiación. Las condiciones contenidas en el artículo 107.1 TFUE son cumulativas, por lo que la selectividad de la medida al nivel del receptor inmediato de la ventaja no implica necesariamente que éste haya recibido una ayuda de Estado, ni afecta

⁸²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, en el asunto C-143/99, *Adria-Wien* [2001] Rec.p.598, apartado 35.

⁸²⁸ *Ibíd.*

⁸²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de de 15 de julio de 2004, en el asunto C-501/00, *Diputación Foral de Álava* [2004] Rec.p.438, apartado 141.

en modo alguno a la selectividad de una hipotética ventaja indirecta, por ejemplo, en favor del usuario de una infraestructura. Si ese es el caso, el usuario podrá potencialmente recibir una ayuda de Estado aun cuando el receptor directo de los fondos no obtenga ninguna ventaja o ésta no sea selectiva.

En el caso de la financiación de infraestructuras, será por tanto necesario comprobar por separado si la medida es selectiva respecto al propietario, operador, usuarios e, incluso, constructor de la infraestructura.

Como ya hemos señalado, la fuente de la que procedía –o en algunos casos, aún procede– la creencia errónea en la exclusión de las infraestructuras del ámbito del control de las ayudas de Estado era, y es, que se consideraba ingenuamente que la ventaja derivada de la financiación con fondos estatales de las infraestructuras beneficiaba al conjunto de la sociedad. En otras palabras, se confiaba en la ausencia de selectividad para concluir que de ningún modo dicha ventaja podía calificarse como ayuda de Estado.

Por ejemplo, las Directrices de 1994 sobre las ayudas al sector de la aviación explicitaban que la construcción de infraestructuras “*como aeropuertos, autopistas, puentes, etc.*” se consideraba una “*medida general de política económica*” que quedaba fuera del ámbito del artículo 107.1 TFUE.⁸³⁰ En esas mismas Directrices, la Comisión sin embargo precisó también que este principio solo era aplicable a la construcción de la infraestructura por el Estado, sin perjuicio de las posibles ventajas “*que se deriven del trato preferencial otorgado a determinadas compañías por el*

⁸³⁰ Comunicación de la Comisión, *Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado. CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación*, D.O.C.E. C 350 de 10 de diciembre de 1994, apartado 12.

usufructo de las infraestructuras”.⁸³¹ La Comisión consideraba que la ventaja selectiva solo podía darse con respecto a los usuarios, y no concebía que pudiese producirse a los demás niveles, en particular con respecto al propietario y al operador, se entiende que públicos, de la infraestructura.

Como ya hemos visto, la titularidad pública o privada de la infraestructura no tiene ninguna incidencia en la calificación del beneficiario como empresa y, como consecuencia de ello, tampoco en la calificación de la medida como ayuda de Estado. La limitación del principio a “la construcción de infraestructuras por los Estados miembros” estaba por tanto injustificada. Pero, además, la Comisión erró al descartar de entrada la posibilidad de que un propietario u operador, público o privado, de una infraestructura pueda recibir una ventaja selectiva, aun cuando la infraestructura esté abierta a todos los usuarios de manera igual y no discriminatoria, pues es pacífico que el análisis de la existencia de una ayuda de Estado debe realizarse autónomamente respecto a cada categoría de potenciales beneficiarios.

Respecto a cada uno de ellos, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desarrollada profusamente en relación con medidas de carácter fiscal, en caso de duda sobre la selectividad de una medida será necesario proceder en tres fases:

En primer lugar, ha de establecerse la referencia respecto a la cual se examinará la posible selectividad. Una medida no puede ser calificada como ayuda de Estado en abstracto, sino que ha de ser siempre ubicada en el seno de un marco de referencia apropiado, en relación con el cual se examinará su

⁸³¹ Comunicación de la Comisión, *Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado. CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación*, D.O.C.E. C 350 de 10 de diciembre de 1994, apartado 12.

carácter selectivo.⁸³² Dicho marco de referencia lo componen todas las empresas que se encuentren “*en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por la medida en cuestión*”.⁸³³ Su identificación es el primer paso en el examen de la selectividad de la ventaja concedida.

Una vez identificado el contexto en el que ha de examinarse el potencial carácter selectivo de la medida, se procederá a dicho examen a través de dos pasos adicionales. Primero, habrá de constatarse que se aplica un trato diferenciado –una derogación o exclusión del marco de referencia, o una diferenciación en el seno del mismo– a las empresas encuadradas en las mismas circunstancias de hecho y de derecho. En principio todas las empresas que se encuentren en las mismas circunstancias deberían haber podido beneficiarse de la medida, y el hecho de que no sea así supone que la medida es selectiva.⁸³⁴ La selectividad deberá ser descartada, sin embargo, si dicha diferenciación resulta de la naturaleza o en la lógica del sistema legal en que se inscribe, análisis que constituye la tercer y última etapa del examen de selectividad.

Los elementos de este análisis evidencian la estrecha relación que une a la condición de selectividad con la de la distorsión de la competencia, ya que la selectividad se predica respecto a los competidores, actuales o potenciales, del beneficiario. Desde un punto de vista teórico el solapamiento entre ambos es evidente. Veremos en el próximo capítulo, por ejemplo, cómo

⁸³² LÓPEZ LÓPEZ, H. “General Thought on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters” en *European State Aid Law Quarterly*, 4/2010, págs.807 a 819, en pág. 808.

⁸³³ Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, en el asunto C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, [2001] Rec. p. I-8365, apartado 41; y de 1 de diciembre de 1998, en el asunto C-200/97, *Ecotrade* [1998] Rec. p. I-7907 apartado 41.

⁸³⁴ QUIGLEY, C. “Direct Taxation and State Aid: Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity”, en *INTERTAX*, vol.40, issue 2, 2012, págs. 112 a 119, en pág.112.

se asemeja el concepto de mercado de referencia, propio de la condición de distorsión de la competencia, al marco de referencia utilizado al examinar la selectividad de la medida. No obstante, en la práctica cada una de las dos condiciones tiene una serie de características y conlleva unas exigencias claramente diferenciadas.

Volviendo a los tres pasos descritos, éstos son aplicables a todo tipo de medidas, incluidas las otorgadas en favor de la construcción y operación de infraestructuras.

Ciertamente, en muchos casos la selectividad de una operación de financiación que beneficie directamente al propietario u operador de una infraestructura podrá ser declarada sin necesidad de llevar a cabo los tres pasos. Dado que la ventaja generalmente se otorgará a una única empresa, será superflua la identificación del marco de referencia respecto a dicho beneficiario directo, puesto que se presumirá la existencia de al menos otra empresa que podría haberse beneficiado de la medida individual.

Pero en el hipotético caso de que ninguna otra empresa se encontrara en una situación legal y de hecho comparable al beneficiario, debería descartarse que su financiación fuese selectiva. Dicho esto, ¿en qué condiciones podrá descartarse que dos empresas se encuentran en una situación comparable?

Siguiendo la analogía entre la selectividad de la medida y sus efectos distorsionadores de la competencia, ¿existe un marco de referencia que abarque más de una empresa, en el caso de que una ventaja concedida en favor del operador de una infraestructura gestionada en régimen de monopolio legal? ¿Y si el monopolio no es legal, sino meramente natural? Es decir, si no existe una restricción legal a la entrada de competidores en el

mercado de gestión de la infraestructura, sino únicamente una incapacidad de hecho, por ser la duplicación de la infraestructura en cuestión antieconómica.⁸³⁵

Estas cuestiones se remiten a los criterios aplicables a la identificación del marco relevante de referencia:

En primer lugar, es preciso señalar que la selectividad puede ser material o geográfica y que, en consecuencia, el marco de referencia ha de ser delimitado desde ambos puntos de vista. Esta es una característica, una más, compartida por los conceptos de marco y mercado de referencia.

⁸³⁵ Véase infra Apartado 4.2 para una discusión más detallada de las figuras del monopolio legal y del monopolio natural.

3.3.1.1 El marco geográfico de referencia

Una medida geográficamente selectiva es aquella que beneficia a una empresa, o serie de empresas, respecto a aquellas que están establecidas o llevan a cabo sus actividades en otras zonas del Estado miembro en cuestión.

Nótese que en este caso el marco de referencia es nacional. Una medida no será geográficamente selectiva si su efecto es favorecer a las empresas nacionales frente a las que desarrollan su actividad o están establecidas en otros Estados. Esta tesis es consecuente con la razón de ser de la condición de selectividad, que es evitar que se someta a un control general de compatibilidad con el mercado interior al conjunto de la actividad económica del Estado.

La calificación de una medida como geográficamente selectiva no reviste tampoco grandes problemas, cuando por ejemplo el Estado central aplica una exención fiscal en favor de los operadores de determinadas infraestructuras en una parte del territorio.⁸³⁶

Si la medida es adoptada por una administración regional, la situación se vuelve más compleja. En este caso, la medida, por defecto, tendrá un ámbito de aplicación regional, y por ello se consideraría selectiva, en virtud del principio general según el cual el marco de referencia es en principio el conjunto del territorio del Estado.

⁸³⁶ Conclusiones del Abogado General presentadas el 20 de octubre de 2005 en el asunto C-88/03, *Portugal c/Comisión*, apartado 51 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal c/Comisión* [2006] Rec.p.511, apartado 64. Véase también

No obstante, el Tribunal de Justicia, en tres casos relativos al ejercicio de las competencias tributarias por parte de las islas Azores⁸³⁷, el País Vasco⁸³⁸ y Gibraltar⁸³⁹, matizó esta conclusión. El Tribunal analizó las medidas utilizando el análisis en tres fases descrito anteriormente. Así, juzgó en primer lugar que *“la apreciación del criterio de selectividad... requiere que se examine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a ‘determinadas empresas o producciones’ en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen”*.⁸⁴⁰ La cuestión en estos casos era dirimir si el marco de referencia era el conjunto del Estado o el ámbito territorial sobre el que ejerce sus competencias la entidad infraestatal.

Conor Quigley⁸⁴¹ distingue en este caso, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dos situaciones: la primera es aquella en la que todas las entidades administrativas al nivel correspondiente –local, regional u otra división administrativa– tienen atribuidas las mismas competencias. La segunda posibilidad, más compleja, es aquella en que se dé una atribución asimétrica de competencias entre las entidades regionales situadas al mismo nivel administrativo. En este caso, se tomará como marco de referencia el

⁸³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal c/Comisión* [2006] Rec.p.511.

⁸³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 en el asunto C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja* [2008] Rec.p.488.

⁸³⁹ Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 en los asuntos T-211/04 y T-215/04, *Gibraltar c/Comisión* [2008] Rec.p.595. y, en casación, Sentencia del Tribunal de Justicia, en el asunto C-106/09 P, *Gibraltar c/Comisión* [2011] Rec.p. I-11113.

⁸⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal c/Comisión* [2006] Rec.p.511, apartado 54.

⁸⁴¹ QUIGLEY, Q. [Op. cit. supra nota 834], pág.113.

conjunto del territorio sobre el que ejerce sus competencias el ente que ha adoptado la medida, si reúne las siguientes características:

1. dispone de autonomía institucional, lo que requiere que *“desde el punto de vista constitucional, cuente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central”*.⁸⁴²
2. dispone de autonomía de procedimiento, que será el caso si el gobierno central no estaba facultado para intervenir directamente en la determinación del contenido de la decisión.⁸⁴³
3. dispone de autonomía económica y financiera. Para ello es necesario que el ente regional sea responsable de la gestión de un presupuesto, es decir, controle su nivel de ingresos y gastos y asuma plenamente las consecuencias financieras de la medida adoptada, que *“no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central”*.⁸⁴⁴

En otras palabras, *“es necesario no sólo que la entidad infraestatal disponga de la competencia para adoptar, para el territorio de su competencia, medidas de reducción del tipo impositivo con independencia de cualquier consideración relativa al comportamiento del Estado central, sino también que asuma las consecuencias políticas y financieras de tal*

⁸⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 en el asunto C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja* [2008] Rec.p.488, apartado 50.

⁸⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 en el asunto C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja* [2008] Rec.p.488, apartado 50 y 96: *“Tal autonomía procedimental no excluye que se establezca un procedimiento de conciliación para prevenir los conflictos, siempre que la decisión final tomada al término de dicho procedimiento sea adoptada por la entidad infraestatal y no por el Gobierno central”*.

⁸⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008 en el asunto C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja* [2008] Rec.p.488, apartado 50.

medida”.⁸⁴⁵ Si no se cumplen estos requisitos, una medida que favorece únicamente a las empresas situadas en una región determinada se considerará geográficamente selectiva, debiendo comprobarse en ese caso si la diferenciación resulta de la naturaleza o lógica del sistema legal en que se inscribe la medida. Este es el tercer paso al que nos hemos referido anteriormente.

En relación a las reducciones de los tipos del impuesto sobre la renta previstas en favor de las personas físicas o jurídicas con residencia en las Azores, el Tribunal de Justicia consideró que si bien se cumplían las condiciones de autonomía institucional y de procedimiento, existía por otro lado una *“falta de autonomía [económica y financiera] de la Región Autónoma de las Azores, que se evidencia en las transferencias financieras... procedentes del Estado central, para compensar la merma de ingresos fiscales que puede derivarse de las reducciones de los tipos impositivos”*.⁸⁴⁶

Comprobado que el ámbito geográfico respecto al que había de examinarse el carácter selectivo de la medida era el territorio nacional y que existía un trato diferenciado en favor de las empresas establecidas en las Azores, quedaba aún la posibilidad de que este trato estuviese justificado por la naturaleza y la lógica o estructura general del sistema legal en que se

⁸⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal c/Comisión* [2006] Rec.p.511, apartado 68.

Bartosch considera que la Comisión alegó el requisito de que se cumpliera una cuarta condición, que el Tribunal de Justicia rechazó, por la cual la entidad territorial debía desempeñar un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas localizadas en su territorio. BARTOSCH, A. “The concept of selectivity?” en *Research Handbook on European State aid Law*, Erika Szyszczak (ed). (Edward Elgar 2011), págs.176 a 192, en pág.177.

⁸⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal c/Comisión* [2006] Rec.p.511, apartado 71.

inscribía, de acuerdo con la tercera etapa del análisis de la selectividad de las medidas.

Para ello, “*el Estado miembro de que se trate [debe] demostrar que dicha medida se deriva directamente de los principios fundadores o rectores de su sistema fiscal*”.⁸⁴⁷ Algo que las autoridades portuguesas no lograron. El Tribunal de Justicia no fue muy claro en este punto, pero parece vincular la lógica del sistema fiscal aplicable a una región determinada con objetivos de redistribución en función de la capacidad contributiva respectiva de los sujetos tributarios. Al aplicarse la medida controvertida a todos los operadores económicos sin distinguir según su situación financiera, el Tribunal consideró insuficiente que la medida persiguiese objetivos de política de desarrollo regional o de cohesión social si no se demostraba que las medidas eran necesarias para el funcionamiento y eficacia del sistema fiscal.⁸⁴⁸ Este análisis coincide con el que se aplica en relación a la selectividad material de la medida, distinguiéndose ambos únicamente en función del criterio aplicado al establecimiento del marco de referencia relevante que permite identificar las empresas que se encuentran en una situación comparable y que, por tanto, deberían ser tratadas del mismo modo. En definitiva, como señalan Miro Prek y Silvère Lefèvre, la delimitación geográfica del marco de referencia es un mero paso previo al análisis de la selectividad material.⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ *Ibíd.*, apartado 81.

⁸⁴⁸ *Ibíd.*, apartado 83.

⁸⁴⁹ PREK, M. Y LEFÈVRE, S., “The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice” en *European State aid Law Quarterly*, 2/2012, págs.335 a 345, en pág. 336.

3.3.1.2 El marco de referencia material

Una medida que no sea geográficamente selectiva, es decir, que no restrinja su ámbito geográfico de aplicación en el seno del Estado miembro, o en el seno de una región con autonomía institucional, de procedimiento, económica y financiera, tal y como han sido descrita estas características en el anterior apartado, podrá no obstante ser materialmente selectiva. Ello requiere, como primer paso, establecer qué empresas están en una situación materialmente comparable a aquella o aquellas que *a priori* gozan de una ventaja selectiva.

Como ya hemos dicho, la cuestión puede ser más o menos compleja dependiendo del caso concreto. Si la ventaja beneficia únicamente a las empresas que fabrican determinados productos, o a aquellas que, por ejemplo, se dedican a la gestión de autopistas de peaje, la selectividad material de la medida será fácilmente identificable. Ahora bien, ¿dónde ha de ponerse el límite? Tomando el extremo contrario, ¿ha de considerarse que cualquier medida que no se aplique uniformemente a todas las empresas en el Estado miembro o región autónoma es selectiva?

El Tribunal ha afirmado que “*ni el elevado número de empresas beneficiarias ni la diversidad e importancia de los sectores industriales a los que pertenecen dichas empresas permiten considerar que una iniciativa estatal constituye una medida general de política económica*”.⁸⁵⁰

⁸⁵⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999 en el asunto C-75/97, *Bélgica c/Comisión* [1999] Rec. p. I-3671, apartado 32; de 8 de noviembre de 2001, en el asunto C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, [2001] Rec. p. I-8365, apartado 4 y de 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-279/08 P, *NOX* [1998] Rec.p.579, apartado 50.

Sin embargo, no es necesario que todas las empresas establecidas en el ámbito geográfico relevante sean tratadas de manera idéntica, bastando con que lo sean aquéllas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

La cuestión es por tanto qué criterio ha de utilizarse para declarar que distintas empresas se encuentran en una situación de hecho y jurídica comparable. En función de lo estricta o laxa que sea esta interpretación, la cantidad de empresas respecto a las que se aplica la obligación de igualdad de trato será mayor o menor y, en paralelo a ello, la probabilidad de que la Comisión identifique la medida como selectiva.

La Comisión y el Tribunal han tenido la oportunidad de desarrollar este criterio en un buen número de decisiones.

El TJUE declaró selectivo el **Plan Renove Industrial**, un régimen de ayudas a la adquisición de vehículos industriales aplicado por España en favor de las PYME y de las personas físicas sujetas al impuesto de actividades económicas. Las ayudas se otorgaron mediante préstamos concedidos por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) en condiciones preferenciales, es decir, más favorables que las condiciones normales de mercado. Las autoridades españolas alegaron que los requisitos de aplicación del régimen eran horizontales y objetivos por lo que la medida no podía considerarse selectiva: ésta estaba abierta a todos los beneficiarios que se encontraban en una situación objetivamente idéntica y abarcaba todos los vehículos industriales.

El Tribunal de Justicia rechazó estas alegaciones, recordando, en primer lugar, que el artículo 107.1 TFUE no distingue según las causas o los

objetivos de las intervenciones estatales⁸⁵¹ y que “[e]l hecho de que el número de empresas que pueden aspirar a obtener la medida controvertida sea muy significativo o que dichas empresas pertenezcan a distintos sectores de actividad no puede ser suficiente para desvirtuar su carácter selectivo”.⁸⁵² Tampoco lo era el hecho de que los criterios para determinar las empresas beneficiarias fueran objetivos y de aplicación horizontal, pues ello únicamente demostraba que no se trataba de una medida de ayuda individual sino un régimen de ayudas. Lo relevante a efectos de establecer la selectividad de la medida era que quedaban excluidas las grandes empresas que, cabe deducir, el Tribunal consideró que se encontraban en una situación comparable a las PYMES y las personas físicas sujetas al impuesto de actividades económicas.

El Tribunal fue un paso más allá al analizar si la distinción resultaba de la naturaleza y la estructura del sistema, que, recordemos, es la tercera etapa del análisis y que descartaría la selectividad de la medida: consideró que las autoridades nacionales habían enumerado únicamente los motivos de interés general perseguidos por el sistema de créditos –la protección del medio ambiente y la seguridad vial–, pero dichos motivos resultaban irrelevantes a la hora de apreciar la existencia de una ayuda de Estado.⁸⁵³

⁸⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2003, en el asunto C-409/00, *Plan Renove Industrial* [2003] Rec.p.92, apartado 46.

⁸⁵² *Ibíd.*, apartado 48.

⁸⁵³ *Ibíd.*, apartado 54.

El Tribunal también consideró que “[e]n cualquier caso... las ayudas controvertidas consisten en una reducción de las cargas que, en circunstancias comerciales normales, recaerían sobre el presupuesto de dichas empresas... De ello se deduce que no puede considerarse que se enmarcan en la naturaleza y estructura de ningún tipo de sistema de cargas de interés general y que, en consecuencia, la Comisión ha considerado justificadamente que tenían carácter selectivo.” (apartado 55)

El Tribunal mezcló aquí la posibilidad de que una medida prima facie selectiva resulte no obstante de la naturaleza o de la lógica del sistema legal en que se inscribe, con las

En otras palabras, el objetivo de la medida solo es relevante si ofrece una explicación convincente de por qué las empresas que *prima facie* deberían ser tratadas del mismo modo no lo son. Los objetivos de protección del medio ambiente y de seguridad vial afectan a las grandes empresas del mismo modo que a las PYMES y los autónomos sujetos al impuesto de actividades económicas, por lo que no cabía justificar la desigualdad de trato en la lógica del sistema.

Por otro lado, un mismo marco de referencia puede incluir empresas que no compiten entre ellas, por lo que una medida que abarque todo un sector podrá pese a ello ser selectiva.

En la sentencia en el caso Unicredito, el Tribunal afirmó que “*una ayuda puede tener carácter selectivo con arreglo a esta disposición incluso cuando afecte a todo un sector económico*”, añadiendo que una medida, como la examinada en el caso, “*que no se aplica a todos los operadores económicos, no puede ser considerada como una medida general de política fiscal o económica.*”⁸⁵⁴ Siguiendo esta aserto, la conclusión debería ser que el Tribunal considera que una medida es selectiva aunque abarque a todas las empresas que compiten entre sí en un mercado determinado y que por lo tanto, el concepto de marco de referencia puede ser más amplio que el de mercado competitivo.⁸⁵⁵

Si bien la afirmación del Tribunal acerca del potencial efecto selectivo de las medidas que abarcan todo un sector deja poco margen a la

condiciones que rige la compensación por la prestación de servicios de interés económico general.

⁸⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005 en el asunto C-148/04, *Unicredito* [2005] Rec.p.774, apartados 45 y 49.

⁸⁵⁵ En el mismo sentido BACON, K. *European Union Law of State Aid*, New York, Oxford University Press, 2nd edition, 2013, pág.74.

interpretación, al llevar esa teoría a la práctica se ha mostrado más cauto. En la sentencia *Unicredito*, por ejemplo, el Tribunal precisó que, dentro del sector bancario, la medida beneficiaba únicamente a las empresas que realizaran determinadas operaciones.⁸⁵⁶ Por lo tanto, la medida de hecho no cubría todo el sector de actividad de la empresa beneficiaria, sino solo una parte, facilitando que el Tribunal constara su selectividad.

En la más reciente sentencia **OTP Bank**, si bien el Tribunal no rectificó la afirmación según la cual una medida puede ser selectiva incluso si afecta al conjunto de un sector económico, remitió la resolución de la cuestión al juez nacional que había planteado la cuestión prejudicial, amparándose en que las autoridades nacionales habían alegado que la medida se extendía más allá del sector bancario. El Tribunal de Justicia consideró que correspondía al tribunal nacional apreciar la veracidad de esa alegación, que requería una valoración de los hechos que no le correspondía realizar.⁸⁵⁷

Por último, en el caso **Paint Graphos**,⁸⁵⁸ el Tribunal también derivó al juez nacional remitente la resolución de la cuestión de si la medida, una serie de exenciones fiscales concedidas a las empresas cooperativas en Italia, era selectiva.

No obstante, el Tribunal no se desentendió de la cuestión por completo, sino que dio indicaciones precisas al tribunal remitente, aclarando que las sociedades cooperativas y las comerciales, cuya agrupación en el mismo marco de referencia se cuestionaba, no compartían una misma

⁸⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005 en el asunto C-148/04, *Unicredito* [2005] Rec.p.774, apartado 47.

⁸⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo 2015 en el asunto C-672/13, *OTP Bank Nyrt* [2015] Rec.p.185, apartado 52.

⁸⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011 en el asunto C-78/08, *Paint Graphos* [2011] Rec. p.761

situación de hecho y de derecho, por la naturaleza personalista de las cooperativas⁸⁵⁹ así como las restricciones aplicables a sus actividades que hacen que el margen de beneficio de este tipo específico de sociedad sea inferior al de las sociedades de capital.⁸⁶⁰

Nótese que el Tribunal en este caso no tuvo en absoluto en cuenta la relación de competencia que, de hecho, existía en ciertos mercados, entre empresas cooperativas y comerciales para desestimar que el trato diferenciado pudiese ser selectivo. En su lugar, tomó en cuenta las diferencias formales entre ambos tipos de sociedades, pero fue más allá, deduciendo de ellas que ambos tipos de sociedades tenían una naturaleza y desarrollaban sus actividades en un marco jurídico muy distinto, pudiendo implícitamente deducirse que, de hecho, no podía realmente considerarse que los dos tipos de empresas pudieran competir entre sí.

Dado sin embargo que correspondía al juez nacional determinar si, en base a las indicaciones proporcionadas la medida era o no *prima facie* selectiva, el TJUE también quiso guiar al tribunal remitente en la aplicación de la posible justificación de la medida basada en que los principios fundadores o rectores de su sistema fiscal. Para ello el Tribunal se refirió a la

⁸⁵⁹ “Dichas características consisten esencialmente... en el principio de primacía de la persona, que se refleja en disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión, renuncia y exclusión de los socios. Además... el activo neto y las reservas se adjudicarán, en caso de disolución, a otra entidad cooperativa que persiga objetivos similares de interés general... [E]l control de la sociedad es asumido por sus socios a partes iguales, reflejando así la regla «un hombre, un voto». Las reservas y los activos son, por tanto, comunes e indivisibles y deben dedicarse al interés común de sus socios. Por lo que atañe al funcionamiento de las sociedades cooperativas, es preciso subrayar que, habida cuenta de la primacía de la persona, estas tienen como finalidad... el beneficio mutuo de sus socios, que son al mismo tiempo, usuarios, clientes o proveedores, de modo que cada uno de ellos se beneficia de las actividades de la cooperativa en función de su participación en ella y de sus transacciones con esta sociedad.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011 en el asunto C-78/08, *Paint Graphos* [2011] Rec. p.761, apartados 56 a 58.

⁸⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011 en el asunto C-78/08, *Paint Graphos* [2011] Rec. p.761, apartados 59 y 60.

Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. Según la Comunicación, “*por la naturaleza del sistema fiscal, se puede justificar el hecho de que las empresas sin ánimo de lucro, como es el caso de las fundaciones o las asociaciones, estén nominalmente exentas de imposición, si no pueden producir beneficios. Además, por la naturaleza del sistema fiscal también se puede justificar el hecho de que en el caso de ciertas cooperativas que distribuyen a sus miembros todos sus beneficios éstos no estén gravados como tales, si se exige el pago del impuesto a sus miembros*”.

⁸⁶¹ El Tribunal añadió la exigencia de que la coherencia con la lógica del sistema no fuese tan solo nominal, sino que la aplicación práctica de la medida se correspondiese con su finalidad.⁸⁶²

Esta solución es ciertamente excepcional, y no conviene considerarla un precedente trasladable a otros casos.⁸⁶³ En primer lugar, por la

⁸⁶¹ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, OJ C 384, 10.12.1998, p. 3–9, apartado 25.

⁸⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de septiembre de 2011 en el asunto C-78/08, *Paint Graphos* [2011] Rec. p.761, apartados 73 y 74.

⁸⁶³ Así lo demuestra el caso SA.29769, relativo a las ayudas de Estado concedida por España a determinados clubes de fútbol, en el que la Comisión rechazó que la sentencia en el caso *Paint Graphos* justificara el distinto tratamiento fiscal –la tributación a un tipo inferior– concedido a los clubes de fútbol profesionales a los que se permitió no convertirse en Sociedades Anónimas Deportivas:

“España y varios interesados sostienen que la desviación del tipo impositivo general está justificada y que, por tanto, no ofrece ninguna ventaja, para lo que se remiten a la sentencia *Paint Graphos* ... La Comisión señala que ... a pesar de ser entidades sin ánimo de lucro, [los] cuatro clubes [beneficiados por la norma] intentan activamente obtener beneficios para sí mismos. En la sentencia *Paint Graphos*, el Tribunal de Justicia declaró que las sociedades cooperativas no se encuentran en una situación de hecho y de Derecho comparable a la de las sociedades comerciales, dado que actúan persiguiendo el interés económico de sus socios y, en concreto, los miembros tienen derecho a un reparto equitativo de los resultados económicos... Los clubes no están autorizados a distribuir beneficios. Deben destinar los ingresos a los objetivos del club, lo que significa que pueden utilizarlos íntegramente en lugar de dar una parte a sus miembros... Asimismo, el hecho de que los clubes estén obligados a reinvertir los ingresos que

consideración de diferencias formales a la hora de valorar si diversas empresas se encuentran o no en una situación de hecho y de derecho comparables. En segundo lugar, porque dichas diferencias anulaban las consideraciones puramente comerciales de la ecuación y, en concreto, la relación, actual o potencial, de competencia entre las distintas empresas. Por último, porque el análisis de las diferencias formales referidas sirvió para descartar prima facie la existencia de selectividad, y no para justificar la diferencia de trato en razón de la naturaleza o la economía general del sistema en que se inscribe.

Es en todo caso un hecho cierto que no siempre la determinación de si una medida aplicada a una o varias empresas es selectiva respecto a otras se ha de basar en la relación de competencia entre ellas.⁸⁶⁴

En el caso de los impuestos ecológicos, por ejemplo, el criterio pertinente será el efecto medioambiental de la actividad sujeta al impuesto: si una actividad tiene el mismo impacto medioambiental que otra, ambas deberán ser tratadas del mismo modo por la ley a efectos de la aplicación de dichas normas fiscales. Es así como ha de entenderse la referencia en la

obtienen con la venta de sus infraestructuras deportivas o de sus terrenos para la construcción o mejora de infraestructuras de la misma naturaleza no debilita su posición competitiva, ni justifica un trato fiscal diferente y más favorable con respecto a otras entidades activas en el deporte profesional. Más bien los lleva a mejorar sus instalaciones... [L]a imposición efectiva de la que los cuatro clubes deportivos se beneficiaron tiende a ser inferior a la imposición normal de las sociedades anónimas de deporte profesional... La medida estatal es selectiva, puesto que beneficia a cuatro empresas concretas que se encuentran así en una situación diferente a la del resto de clubes de deporte profesional, que están sujetos a la fiscalidad de las sociedades anónimas” Decisión de la Comisión de 4.7.2016 relativa a la ayuda estatal SA.29769 (2013/C) concedida por España a determinados clubes de fútbol, Bruselas, 4.7.2016, C(2016) 4046 final.

En vista de los sólidos argumentos de la Comisión en su decisión, en buena lógica ésta debería ser confirmada por los Tribunales en los recursos presentados contra ella.

⁸⁶⁴ Esta circunstancia hace que el análisis de la selectividad de la medida no siempre coincida o revista similitudes en todos los casos con el examen de la distorsión de la competencia (Véase infra capítulo 4).

sentencia **Adria-Wien**, antecesora del caso Paint Graphos, al “objetivo perseguido por la medida”⁸⁶⁵ como un criterio pertinente a la hora de valorar si varias empresas se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

Pese a incluir el objetivo de la medida como parte del análisis de la situación fáctica y jurídica de las empresas a fin de delimitar el marco de referencia, lo cierto es que el Tribunal en el asunto Adria-Wien la tomó en cuenta en lo que hemos clasificado como tercera fase del análisis, en el que se aplica el principio según el cual “*una medida que encuentre justificación en la naturaleza o en la economía general del sistema en el que se inscribe, no reúne el requisito de selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario*”⁸⁶⁶ y trate de manera distinta a empresas que se encuentran en una situación comparable.

El Tribunal de Justicia analizó si la devolución parcial de del impuesto sobre la energía que grava el gas natural y la electricidad, prevista en la Ley austriaca sobre la devolución de los impuestos sobre la energía (Energieabgabenvergütungsgesetz), en favor únicamente de las empresas dedicadas con carácter principal a la producción de bienes corporales era una medida selectiva.

Tras recordar que “*ni el elevado número de empresas beneficiarias ni la diversidad e importancia de los sectores industriales a los que pertenecen dichas empresas permiten considerar que una iniciativa estatal constituye*

⁸⁶⁵ “*Procede examinar únicamente si en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por la medida en cuestión*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, en el asunto C-143/99, *Adria-Wien* [2001] Rec.p.598, apartado 41.

⁸⁶⁶ *Ibíd.*, apartado 42.

*una medida general de política económica*⁸⁶⁷, el Tribunal decidió que “*la concesión de ventajas a empresas cuya actividad principal es la fabricación de bienes corporales no encuentra justificación alguna en la naturaleza o la economía general del sistema de tributación*”.⁸⁶⁸ Y la razón es que las consideraciones de protección medioambiental que guiaban supuestamente el tratamiento diferenciado previsto por la ley no justificaban la distinción entre las empresas que prestan servicios y las que producen bienes corporales, pues el consumo de energía en ambos casos tiene idénticos efectos sobre el medio ambiente.⁸⁶⁹

En el asunto **British Aggregates**, referido también a un impuesto ecológico, el Tribunal de Justicia sí que tuvo en cuenta la relación de competencia entre los bienes sometidos a diferente tratamiento fiscal, para determinar si dicho tratamiento era o no selectivo.

La medida examinada consistía en la exención en favor de la arcilla, la pizarra, el caolín, la arcilla plástica y el esquisto del impuesto sobre los áridos objeto de explotación comercial⁸⁷⁰, a la que se encontraban sujetos

⁸⁶⁷ *Ibíd.*, apartado 48.

⁸⁶⁸ *Ibíd.*, apartado 49.

⁸⁶⁹ *Ibíd.*, apartados 50 a 53.

⁸⁷⁰ “*Los áridos son materiales granulados, químicamente inertes, utilizados en el sector de la construcción y de las obras públicas. Pueden utilizarse sin alterar, como relleno o balasto, o mezclados con aglutinantes como el cemento (lo que permite obtener hormigón) o el asfalto. Algunos materiales naturalmente granulados como la arena y la grava pueden obtenerse mediante cribado. Otros materiales como la roca dura, deben ser triturados antes del cribado. Los áridos empleados para diferentes usos deben responder a las especificaciones correspondientes, y las propiedades físicas del material de origen determinan si es apropiado para el uso previsto. Así, las especificaciones en materia de relleno son menos estrictas que las relativas a las subcapas del firme que, a su vez, lo son menos que las correspondientes a las superficies de uso intensivo, como las capas de rodadura asfáltica de los firmes o los balastos de vías férreas. Puede utilizarse una mayor variedad de materiales como áridos para los usos en relación con los que existan menos restricciones, mientras que los materiales que responden a las restricciones más elevadas son menos numerosos.*” Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2006 en el asunto T-210/02, *British Aggregates* [2006] Rec.p.253, apartado 4.

áridos derivados de otros materiales como la roca, la grava o la arena, de acuerdo con la ley británica de presupuestos.

Inicialmente el Tribunal General juzgó erróneamente que los Estados miembros podían “*definir sus prioridades en materia de protección del medio ambiente y determinar, en consecuencia, los bienes o servicios que [quisieran] someter a un impuesto ecológico, por lo que la circunstancia de que semejante impuesto no [fuera] aplicable a todas las actividades similares que [tuviesen] un impacto comparable sobre el medio ambiente, no permit[ía] considerar que las actividades similares, no sujetas a ese impuesto ecológico, goza[ra]n de una ventaja selectiva.*”⁸⁷¹ Como ya hemos visto, el hecho de que un sector de actividad no haya sido armonizado no implica que los Estados puedan adoptar medidas selectivas amparadas en un objetivo vinculado a la política desarrollada respecto al sector en cuestión, como es en este caso la protección del medio ambiente. Al contrario, los sectores no armonizados no dejan por ello de estar sujetos al control de la concesión de ayudas de Estado.

El Tribunal General, al que el Tribunal de Justicia devolvió el asunto tras anular su primera sentencia, se ha referido expresamente en su segunda sentencia tanto al objeto y a la finalidad del sistema legal como a la situación de competencia en que se encontraban los productos a los que dicho sistema otorgaba un tratamiento diferenciado, para concluir que la medida era *prima facie* selectiva.

La sentencia incide, en primer lugar, en que la ley no trataba de igual manera todos los áridos a efectos de su imposición, considerando, implícitamente, que existía un tratamiento *prima facie* selectivo. A

⁸⁷¹ *Ibíd.*, apartado 86.

continuación evaluó si la lógica y la naturaleza del régimen fiscal en que se enmarcaba la medida justificaban la diferencia de trato.

El Tribunal razonó que existía un “*nexo potencial de competencia o de sustituibilidad entre esos diferentes áridos a efectos de su utilización o de su explotación comercial*”⁸⁷² por lo que la exención producía una diferenciación fiscal entre productos que se encontraban en una situación de hecho y de derecho comparables. Por otro lado, dado que el perjuicio al medio ambiente derivado de la extracción de los materiales exentos era al menos equivalente al producido para la obtención de los materiales gravados, ni la naturaleza, de impuesto ecológico, ni los principios rectores del sistema fiscal en que se inscribía la norma medida justificaban la diferencia de trato.⁸⁷³ El Tribunal General declaró la medida en cuestión selectiva y anuló en consecuencia la decisión de la Comisión.

De esta jurisprudencia pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, ha de dilucidarse si una medida, potencialmente constitutiva de ayuda de Estado, es geográficamente selectiva. Lo será si restringe su ámbito de aplicación geográfica a una parte del conjunto del territorio en el que la autoridad que la ha adoptado ejerce poderes regulatorios autónomos. Si la medida impone límites geográficos a su aplicación éstos podrán no obstante estar justificados por la lógica interna del sistema.

En segundo lugar, aunque la medida no sea geográficamente selectiva, podrá serlo materialmente.

⁸⁷² *Ibíd.*, apartado 72.

⁸⁷³ *Ibíd.*, apartados 89 y 90.

La selectividad material de una medida ha de establecerse en relación al régimen normal aplicable a las demás empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable al potencial beneficiario de una ayuda de Estado. Bien sea al establecer la situación fáctica o bien al analizar la lógica del sistema legal en que se inscribe la medida, habrá de tomarse en cuenta el objetivo de la disposición que introduce la distinción entre las empresas para dirimir si ésta está justificada, lo que descartaría que se pudiera considerar la medida como selectiva. Pero si la diferenciación afecta a empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable teniendo en cuenta dichas consideraciones relativas a la lógica del sistema, la medida será selectiva. En caso contrario, si, tomando en cuenta el objetivo del sistema, se considera que las empresas a las que las normas reserva un trato diferente, no son comparables, el marco de referencia se restringirá a las empresas comparables, descartando a aquéllas que son tratadas de manera diferente por la lógica del sistema, y la medida no será selectiva.

3.3.1.3 Selectividad *de iure* y *de facto*

Al aplicar las tres fases del análisis de la selectividad de la medida, es necesario tener en cuenta que la selectividad puede resultar bien directamente de los requisitos legales establecidos para conceder la financiación o la exención potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado, o bien de la forma en que son aplicados en la práctica dichos requisitos.

Consecuentemente, aun cuando las condiciones impuestas en una norma se formulen de manera general, su puesta en práctica puede ser, de hecho, selectiva.

Ese será el caso, por ejemplo, cuando la aplicación de una restricción temporal tenga como efecto excluir, de hecho, de los beneficios de una norma a ciertas empresas.⁸⁷⁴ Pero caben, por supuesto, otras modalidades de tratamiento selectivo que no resulta directamente de la lectura de la norma, sino de su aplicación de facto discriminatoria.

El caso de referencia en este ámbito se refiere a un proyecto de **reforma de la fiscalidad directa sobre las empresas**, diseñado en el año 2002 por el gobierno de **Gibraltar**.

El proyecto preveía la aplicación de un impuesto proporcional sobre el número de empleados (*payroll tax*), cuya cuantía era de 3.000 GBP por empleado y año, aplicable únicamente respecto a los trabajadores empleados en Gibraltar; y un impuesto por superficie ocupada (*business property occupation tax*) expresado como un porcentaje del impuesto sobre bienes inmuebles aplicable a la superficie ocupada. El límite máximo de la cuota tributaria para ambos impuestos se fijó en el 15 % de los beneficios de las empresas, por lo que, implícitamente, si éstas no obtenían beneficios no pagarían impuestos.

⁸⁷⁴ “*En ce qui concerne plus particulièrement le cinquième moyen, par lequel la République italienne conteste la reconnaissance par le Tribunal du caractère sélectif des avantages octroyés en raison de leur brève durée d’application, il importe donc de vérifier si la mesure en question entraîne, ou non, des avantages au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d’activité. À cet égard, il n’apparaît pas que le Tribunal ait commis une erreur de droit en estimant, au point 120 de l’arrêt attaqué, que la limitation temporelle des avantages en question emportait leur sélectivité, dès lors qu’elle conduisait à l’exclusion de fait de nombreux bénéficiaires potentiels. La circonstance qu’une telle limitation ait été motivée par la volonté de stimuler effectivement, dans le respect des contraintes budgétaires, les projets d’introduction en Bourse est indifférente, les aides d’État étant uniquement caractérisées par les effets des mesures en cause et non par leurs causes ou leurs objectifs.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011, en el asunto C-458/09 P, *Italia c/ Comisión* [2011] Rec.p.769, apartados 59 y 60.

Formalmente, estas normas no pueden considerarse selectivas. No obstante, la Comisión consideró que las sociedades extraterritoriales, que por su propia naturaleza no tienen presencia física en Gibraltar, se veían favorecidas respecto a las demás empresas. La Comisión justificó esta aserción basándose en el propósito de las normas, que no justificaba ni las exclusiones aplicadas ni las bases imponibles empleadas:

“[E]l régimen controvertido, al combinar esas bases, aun cuando éstas se basan en criterios, por sí mismos, de carácter general, lleva a cabo, de hecho, una discriminación entre sociedades que se encuentran en una situación comparable tomando en consideración el objetivo perseguido por el proyecto de reforma fiscal, a saber, la introducción de un sistema general de imposición para todas las sociedades establecidas en Gibraltar.”⁸⁷⁵

Efectivamente, la utilización del número de empleados y la superficie ocupada en el territorio como base imponible beneficiaba a las empresas extraterritoriales, que por defecto no tienen, o apenas tienen, empleados, ni ocupan locales. En consecuencia, este tipo de empresas quedaba por defecto exento del impuesto, instituyendo las normas una exención, y por ende una ventaja selectiva, no *de iure*, pero sí *de facto*.

La Comisión intentó aplicar el mismo razonamiento a la limitación según la cual la cuota tributaria de ambos impuestos no podía superar el 15% de los beneficios de las empresas, deduciendo su carácter selectivo a partir de la supuesta ausencia de vinculación lógica entre la exigencia y el objetivo del impuesto:

“Mientras que la exención de empresas no rentables es una característica intrínseca de un sistema basado en la imposición de los

⁸⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, *Government of Gibraltar* [2011] Rec.p.732, apartado 101.

*beneficios, este no es el caso cuando se calcula el impuesto sobre el número de empleados o el uso de instalaciones”.*⁸⁷⁶

En este caso, sin embargo, el razonamiento de la Comisión, según el cual no está justificado por la lógica del sistema fiscal someter un impuesto cuya base impositiva es el número de empleados o la superficie ocupada, a un límite basado en los beneficios de la empresa, es subjetivo y no tiene una base lógica suficientemente sólida.

Así lo entendió también el Tribunal de Justicia, que decidió que “*el requisito de obtener beneficios y el establecimiento de un límite máximo a la imposición de los beneficios son, por sí mismos, medidas generales, aplicables sin distinción a todos los operadores económicos y no pueden, por tanto, otorgar ventajas selectivas. La afirmación de la Comisión, según la cual el criterio de los beneficios es ajeno a la lógica inherente a un sistema de imposición basado en el impuesto sobre el número de empleados y en el [impuesto sobre la superficie ocupada], no implica que dicho criterio, en sí mismo neutro, pase a ser selectivo.*”⁸⁷⁷

La Comisión ha interpretado, y concurrimos con esta opinión, que una norma será selectiva aun cuando no implique una exención formal del régimen general, si los criterios utilizados para determinar la aplicabilidad de la norma, *ratione materiae*, son arbitrarios.⁸⁷⁸ Paradójicamente, ello implica

⁸⁷⁶ *Ibíd.*, apartado 151.

⁸⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, *Government of Gibraltar* [2011] Rec.p.732, apartado 93.

⁸⁷⁸ “[I]t is not always sufficient to confine the selectivity analysis to whether a measure derogates from the reference system as defined by the Member State. It is also necessary to evaluate whether the boundaries of that system have been designed by the Member State in a consistent manner or, conversely, in a clearly arbitrary or biased way, so as to favour certain undertakings over others.” Commission Decision of 4.7.2016, on the measure SA.41187 (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the Health contribution of tobacco industry businesses, Brussels, 4.7.2016, C(2016) 4049 final, apartado 30.

sin embargo el riesgo de que la Comisión interprete dicha arbitrariedad del Estado de manera, precisamente, arbitraria.

Dicho riesgo queda patente en una decisión recientemente adoptada por la Comisión respecto a ciertas **normas fiscales implementadas por Hungría**.⁸⁷⁹

En ella, la Comisión examinó un impuesto especial aprobado por el parlamento húngaro, que gravaba el volumen total de facturación derivado de la producción y comercio de productos derivados del tabaco. El impuesto se aplicaba únicamente a aquellas empresas cuyos ingresos por ventas provinieran en al menos un 50% de la venta y comercio de las labores del tabaco. La normativa preveía una progresividad muy elevada de los tipos impositivos⁸⁸⁰ y una deducción por inversiones de hasta un 80% de la base impositiva.

En primer lugar, la Comisión juzgó incoherente con el objetivo de la medida, y por tanto selectivo, el sistema de deducciones por inversiones establecido por las autoridades húngaras.

En este caso, el efecto de la medida era eximir a un determinado grupo de empresas del impuesto, sobre la base de un criterio que no tenía relación lógica con el tributo. Dado que además la deducción por inversión de los beneficios no se limitaba en modo alguno sometiéndola a algún tipo de condicionante por el que la inversión fuese destinada a un objetivo que

⁸⁷⁹ Commission Decision of 4.7.2016, on the measure SA.41187 (ex 2015/NN) *implemented by Hungary on the Health contribution of tobacco industry businesses*, Brussels, 4.7.2016, C(2016) 4049 final

⁸⁸⁰ 0.2% sobre la parte de la base imponible inferior a 30.000 millones de florines, 2.5% para la parte de la base imponible entre 30.000 y 60.000 millones de florines y 4.5% para la parte de la base imponible superior a 60.000 millones de florines.

justificara el trato favorable, en nuestra opinión está plenamente justificado el considerar esta una medida selectiva.⁸⁸¹

Cuestión distinta es el análisis, a nuestro parecer erróneo, que realizó la Comisión de los demás aspectos de la medida:

La Comisión consideró que mientras que la aplicación de un tipo impositivo fijo sobre las labores del tabaco era un medio adecuado para recaudar fondos para la financiación del sistema de salud, la estructura de tipos progresivos proyectada por las autoridades húngaras estaba diseñada *ex profeso* para favorecer a las pequeñas empresas. La Comisión también aseveró que, en vista del objetivo del impuesto, debería considerarse que todas las empresas que fabricaran o vendieran productos derivados del tabaco estaban en una situación legal y de hecho similar y no cabía tratarlas de manera distinta, aplicando tipos progresivos en función del volumen de facturación.⁸⁸²

En nuestra opinión, en este caso la Comisión ha ido demasiado lejos en el uso de sus competencias de interpretación del artículo 107.1 TFUE.

En primer lugar, no vemos una incoherencia suficientemente probada entre la progresividad del impuesto y el objetivo declarado del mismo, que es desincentivar el consumo de tabaco. Ciertamente, es difícil justificar que la progresividad contribuya a alcanzar dicho objetivo, pero la progresividad del sistema tributario un principio generalmente aceptado y que cumple con otros objetivos legítimos propios del sistema fiscal. Resulta por ello difícil de aceptar que la aplicación de dicho principio por una norma fiscal pueda llevar

⁸⁸¹ Commission Decision of 4.7.2016, on the measure SA.41187 (ex 2015/NN) *implemented by Hungary on the Health contribution of tobacco industry businesses*, Brussels, 4.7.2016, C(2016) 4049 final, apartado 40.

⁸⁸² *Ibíd.*, apartados 47 y 48.

a que se califique la norma de selectiva. Siendo además el impuesto especial que grava las labores del tabaco un tributo armonizado en la UE,⁸⁸³ entendemos que, en ausencia de una desviación de los principios de la directiva y ante la ausencia de una evidente incoherencia con la lógica del sistema tributario, la Comisión se excedió en el ejercicio de sus competencias.

Contrasta esta decisión con la adoptada por la Comisión respecto a la **reducción del impuesto sobre activos intangibles** prevista en el artículo 23 del texto refundido de la Ley española del Impuesto de Sociedades.⁸⁸⁴ Esta disposición da la opción de deducir de la base imponible un 50% de los ingresos procedentes de determinados bienes intangibles.⁸⁸⁵ Quedan comprendidos en esta deducción los ingresos procedentes de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas. Y quedan excluidos, por otra parte, los ingresos procedentes, por ejemplo, de la cesión del derecho a utilizar o de la explotación de marcas registradas o derechos de imagen.

En este caso, la Comisión no apreció selectividad en la medida debido, en primer lugar, a la ausencia de margen de discrecionalidad en la aplicación de las deducciones. A ello se sumaba que no solo beneficiaban potencialmente a cualquier empresa que obtuviera ingresos derivados de los

⁸⁸³ Véase Directiva 2011/64/UE del Consejo, de 21 de junio de 2011, relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, D.O.U.E. L 176, 5.7.2011, p. 24–36.

⁸⁸⁴ Ayuda de Estado n° N 480/2007 – España, *Reducción del impuesto sobre activos intangibles*, Bruselas, 13.II.2008 C(2008)467 final

⁸⁸⁵ Artículo 23, Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, Boletín Oficial del Estado, 11 de marzo de 2004, núm. 61, p. 10951.

bienes intangibles cubiertos por la normativa⁸⁸⁶ sino que, de hecho, su empleo estaba repartido “entre todos los sectores económicos, con inclusión del sector servicios”.⁸⁸⁷ Y, si bien aludió a una supuesta justificación de “las condiciones concretas de aplicación de la medida... por la lógica del sistema tributario español”,⁸⁸⁸ claramente confundió el sentido de este requisito. En lugar de aplicarlo a las exclusiones u otras características potencialmente selectivas de la norma fiscal examinada, condiciones accesorias y claramente distinguibles, como la obligación de guardar registros contables de las operaciones que se beneficiaban de la de la deducción que, efectivamente, tenían como objetivo prevenir el fraude, pero que de todas formas en ningún caso podían ser consideradas como selectivas.⁸⁸⁹

Siendo esta decisión muy anterior a la sentencia en el caso húngaro, cabe deducir que la Comisión ha girado hacia una interpretación más expansiva del criterio de selectividad respecto a las normas fiscales. No obstante, al menos en caso húngaro, entendemos que con toda probabilidad la decisión de la Comisión, que no aceptó el objetivo de la progresividad del impuesto como argumento para justificar la diferenciación que incorporaba

⁸⁸⁶ “[C]ualquier contribuyente del impuesto sobre sociedades, independientemente de su dimensión, su estructura jurídica y su sector de actividad puede beneficiarse de la medida”. Ayuda de Estado n° N 480/2007 – España, *Reducción del impuesto sobre activos intangibles*, Bruselas, 13.II.2008 C(2008)467 final, apartado 15.

⁸⁸⁷ *Ibíd.*, apartado 15.

⁸⁸⁸ *Ibíd.*, apartado 19.

⁸⁸⁹ “En cuanto a las condiciones concretas de aplicación de la medida, parecen justificarse por la lógica del sistema tributario español. Su característica común es que pretenden luchar contra el fraude... Esto se deriva de los siguientes requisitos: • el cesionario debe utilizar los derechos cedidos para llevar a cabo una actividad económica; • el cesionario no debe residir en un país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal; • cuando un mismo contrato de cesión incluya prestaciones accesorias de servicios, deberá diferenciarse en dicho contrato la contraprestación correspondiente a los mismos; • la entidad debe disponer de los registros contables necesarios para poder determinar los ingresos y gastos, directos e indirectos, correspondientes a los activos objeto de cesión; • cuando se trate de entidades sujetas al régimen de consolidación fiscal, los ingresos y gastos derivados de la cesión no serán objeto de eliminación para determinar la base imponible del grupo fiscal.” *Ibíd.*, apartado 19.

la norma por la lógica del sistema, de ser recurrida ante el Tribunal de Justicia, y en vista de la sentencia en el caso Gibraltar comentada anteriormente,⁸⁹⁰ sería anulada.

Los principios expuestos en relación a las normas fiscales son extensibles a la financiación de las infraestructuras. Y aunque no sea habitual encontrarse con un análisis detallado de la condición de selectividad en estos casos, y mucho menos una aplicación sistemática de los principios expuestos más arriba, éstos ofrecen una base útil y sólida también para analizar la condición de selectividad en relación a estas medidas.

3.3.2 La selectividad de la ventaja en los proyectos de financiación de infraestructuras

Nunca está de más recordar, en primer lugar, que la posible existencia de una ayuda de Estado en el caso de la financiación de las infraestructuras ha de examinarse a todos los niveles posibles, que como mínimo comprenden al propietario, al operador y a los usuarios de la infraestructura.

Hemos visto también que la selectividad de la medida puede resultar tanto directamente de las condiciones aplicables a la ejecución de la medida potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado como de su puesta en

⁸⁹⁰ “[E]l requisito de obtener beneficios y el establecimiento de un límite máximo a la imposición de los beneficios son, por sí mismos, medidas generales, aplicables sin distinción a todos los operadores económicos y no pueden, por tanto, otorgar ventajas selectivas. La afirmación de la Comisión, según la cual el criterio de los beneficios es ajeno a la lógica inherente a un sistema de imposición basado en el impuesto sobre el número de empleados y en el BOPT, no implica que dicho criterio, en sí mismo neutro, pase a ser selectivo.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, *Government of Gibraltar* [2011] Rec.p.732, apartado 93.

práctica. Esto último cobra especial relevancia respecto a los usuarios de la infraestructura, aunque analizaremos primero la selectividad de la ventaja concedida a los demás niveles a los que pueden existir de ayudas de Estado.

3.3.2.1 La selectividad de la ventaja respecto al propietario y operador de la infraestructura

Respecto al propietario y operador de una infraestructura, la selectividad de una ventaja se desprende a menudo directamente en el texto de las disposiciones que sirven de base legal para la medida de financiación.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el régimen retributivo específico aplicable a las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos en España. El coste de dicha retribución se cubre actualmente mediante cargos que deberán satisfacer los consumidores y, en su caso, los productores de energía eléctrica y partidas provenientes de los Presupuestos Generales del Estado. El Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, establece que dicho régimen sólo será aplicable a determinadas instalaciones “*que no alcancen el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que les permitan competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado obteniendo una rentabilidad razonable*”.⁸⁹¹ La selectividad del régimen retributivo en favor de los propietarios y operadores

⁸⁹¹ Artículo 11.2 Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*, Boletín Oficial del Estado, 10 de junio de 2014, núm. 140, p. 43876.

de ciertas infraestructuras de producción eléctrica⁸⁹² se desprende por tanto de la propia norma.

Respecto al despliegue de redes de banda ancha, la Comisión ha establecido que dichos proyectos van destinados a inversores en banda ancha y a operadores que están activos en determinados segmentos del mercado global de servicios de comunicaciones electrónicas, por lo que son selectivos.⁸⁹³ Esta conclusión no se ve afectada por la exigencia de neutralidad tecnológica aplicable a las ayudas de Estado en favor de los proyectos de infraestructuras de banda ancha para ser aprobados como compatibles con el mercado interior.⁸⁹⁴ La neutralidad tecnológica implica que no se favorezca ni excluya ninguna tecnología o plataforma de red, pero aunque se cumpla con este condicionante, la medida favorecerá únicamente a las empresas proveedoras de servicios de internet, siendo en consecuencia selectiva.

⁸⁹² “*The notified scheme favours the generation of electricity from renewable sources, high efficiency cogeneration and waste by the selected beneficiaries. The measure is therefore selective.*” State aid SA.40348 (2015/NN) — Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, Brussels, 10.11.2017, C(2017) 7384 final.

⁸⁹³ 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*, D.O.U.E. C25, 26.01.2013, p.1, apartado 13.

⁸⁹⁴ “*Como existen diferentes soluciones tecnológicas para prestar servicios de banda ancha, la licitación no deberá favorecer ni excluir a ninguna tecnología o plataforma de red particulares. Los licitadores deberán poder proponer la prestación de los servicios de banda ancha solicitados utilizando o combinando cualquier tecnología que consideren adecuada. Sobre la base de los criterios de licitación objetivos, la autoridad adjudicadora podrá seleccionar la solución tecnológica o combinación de soluciones tecnológicas que considere más adecuada. En principio, la cobertura universal de zonas objetivo más amplias se puede alcanzar con una mezcla de tecnologías.*”

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*, D.O.U.E. C25, 26.01.2013, p.1, apartado 78 (e).

La condición de selectividad respecto a los propietarios y operadores de infraestructuras, en base a los principios expuestos, se cumplirá en la inmensa mayoría de los casos.⁸⁹⁵ Y, de hecho, en sus decisiones la Comisión generalmente no dedica demasiado tiempo ni esfuerzo a justificar la selectividad de la medida de financiación respecto a los beneficiarios directos de la misma.⁸⁹⁶

Un ejemplo muy elocuente lo encontramos en la sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania. En ella el Tribunal respondió a una cuestión prejudicial relativa a la exención “*total y permanente*” concedida a “*la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las Diócesis, las Parroquias y otras circunscripciones territoriales, las Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus provincias y sus casas*”⁸⁹⁷ del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Esta exención tenía como base legal el Acuerdo sobre Asuntos Económicos suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979.⁸⁹⁸

⁸⁹⁵ En la práctica, el único supuesto en que podría excluirse la selectividad de una medida financiera en favor de los propietarios u operadores de una infraestructura es si se instrumenta a través de una medida fiscal de aplicación general.

⁸⁹⁶ “*In the case at issue, the Commission notes that the advantages in question were granted to Leipzig airport only. The public funding is directed at a single undertaking. The capital contributions granted by public authorities have not been made available to any competing airports Airport. Thus it is a selective within the meaning of Art. 87(1) EC*”. Commission Decision of 23 July 2008, measure N°C48/2006 (ex N227/2006) Germany DHL and Leipzig Halle Airport, Brussels, 23.VII.2008 C(2008)3512 fin, apartado 220.

Véanse también, entre otras muchas, State aid N 629/2009 Romania, Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks Brussels, 17.XII.2010 C (2010) 9470, apartado 66; State aid SA. 39177(2015/N) — Hungary *The Intermodal Development of the Port of Baja*, Brussels, 21.8.2015, C(2015) 5803 final, apartado 47.

⁸⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartado 8.

⁸⁹⁸ De acuerdo con la “*Orden de 5 de junio de 2001, por la que se aclara la inclusión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras en la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos,*

Las circunstancias particulares, *ratione materiae* y *ratione personae* de la medida no afectaron al análisis de su selectividad, que ha de seguir siempre los mismos pasos ya descritos. En consecuencia, el Tribunal de Justicia estableció que “*resulta que la referida [exención] no es una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos, sino una medida a priori selectiva*”⁸⁹⁹ en favor de las entidades exentas. A su vez, “*la exención fiscal establecida [no] se deriv[a] directamente de los principios fundadores o rectores del sistema tributario del Reino de España y [no es] necesaria para el funcionamiento y la eficacia de este sistema.*”⁹⁰⁰

Por tanto, el análisis descrito es aplicable incluso cuando la selectividad de la ventaja tiene como base legal un tratado internacional, y la selectividad de una medida que otorga una ventaja directa a una entidad es, en vista de la interpretación dada a este requisito, fácilmente establecida.

No obstante, ello no significa que una vez determinada la selectividad de la norma o instrumento de financiación, el examen para determinar si la medida es también selectiva respecto a los usuarios de la infraestructura sea superfluo.

En primer lugar, como hemos visto, y como veremos en el siguiente capítulo, es posible descartar la calificación de una medida como ayuda de Estado en favor de los propietarios y operadores de las infraestructuras, aunque sea selectiva. Por tanto, puede ser necesario determinar la selectividad

de 3 de enero de 1979 (BOE n.º 144, de 16 de junio de 2001, p. 21427), el Ministerio español de Hacienda precisó, en el apartado primero de la parte dispositiva de la citada Orden, que el ICIO «está incluido entre los impuestos reales o de producto a que hace referencia la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo [...] de 3 de enero de 1979»”. *Ibíd.*, apartado 8.

⁸⁹⁹ *Ibíd.*, apartado 70.

⁹⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2017, en el asunto C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* [2017] Rec.p.496, apartado 72.

respecto a los usuarios de la misma para poder descartar por completo la calificación de la medida como ayuda de Estado. Pero, además, será también necesario determinar si una medida es selectiva respecto a los usuarios de la infraestructura porque, con independencia de la existencia o no de una ayuda en favor del propietario o del operador, si la financiación otorga una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior a los usuarios de la infraestructura, la ventaja obtenida ilegalmente deberá ser devuelta por dichos beneficiarios al Estado.

3.3.2.2 La ventaja selectiva en favor de los usuarios de las infraestructuras: infraestructuras generales e infraestructuras dedicadas

Los usuarios de una infraestructura son a menudo personas físicas que no desarrollan ninguna actividad económica a través de dicho uso, lo que descarta en todo caso que a ese nivel pueda existir una ayuda de Estado. Tampoco se conferirá en principio una ayuda de Estado a los usuarios que paguen un precio de mercado por el uso de infraestructuras, siempre y cuando éstas sean accesibles en pie de igualdad a todos los usuarios potenciales, ya que dicho pago elimina toda ventaja que pudiera derivarse de la puesta a disposición de una infraestructura financiada con fondos estatales.

No obstante, si no se dan ninguna de las condiciones anteriores, es posible que el trato preferencial dado a determinados usuarios de las infraestructuras equivalga a una ventaja, por lo que habrá que establecer si ésta es selectiva.

El principio subyacente a la cuestión de la selectividad de la ayuda respecto a los usuarios de las infraestructuras es que *“los poderes públicos pueden... financiar las infraestructuras susceptibles de beneficiar al conjunto de la población... [L]a razón por la cual estas infraestructuras se establecen es indiferente, siempre que lo hagan en beneficio de la colectividad en su conjunto. Por el contrario... si tales infraestructuras o servicios sólo son útiles para una empresa privada, ésta debe en tal caso asumir su financiación”*.⁹⁰¹

⁹⁰¹ Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2002 *relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España en favor del parque temático «Terra Mítica SA»*, Benidorm (Alicante), C(2002) 2980, D.O.U.E L 091 , 08.04.2003 pág.23, apartado 64.

Las infraestructuras están, por definición, ligadas al territorio en el que se encuentran, por lo que toda infraestructura será geográficamente, *prima facie* selectiva y no beneficiará “a la colectividad en su conjunto”, o, al menos, no lo hará en la misma medida. Ello es en principio cierto con independencia de si se toma como marco de referencia todo el territorio del Estado o, si se cumplen las condiciones de autonomía institucional, de procedimiento y económica y financiera, el territorio de una región. Las infraestructuras de red en general constituyen además monopolios naturales,⁹⁰² siendo en esos casos imposible que las infraestructuras, por ejemplo las carreteras, cubran todo el territorio. Igualmente, las redes de banda ancha no se despliegan de manera uniforme en todo el país o región, sino que se priorizan ciertas zonas en función de la densidad de población, la existencia o no de otras redes y su tipología, etc. Estas infraestructuras también son *prima facie* selectivas por defecto.

No obstante, la diferenciación geográfica resulta unívocamente de *la naturaleza y la lógica del sistema* en que se inscribe la construcción de las infraestructuras, por lo que la aparente selectividad de esas medidas no será tal, salvo que concurren circunstancias adicionales, como por ejemplo la localización y el diseño de la infraestructura responda a criterios arbitrarios.⁹⁰³ En esos casos la lógica del sistema dejará de amparar el trato

⁹⁰² Véase infra capítulo 4.

⁹⁰³ “*In circumstances such as those observed in the present case, a selective advantage in respect of infrastructure works realized and financed through State resources that are not commercially exploited could be envisaged in two situations:*

- *if the rules normally applicable to the project impose on project developers to bear part of the costs of the general road works, then there can be a selective advantage if the developer pays less than legally required.*

- *if the infrastructure is not of a general character but serves only one or a limited number of undertakings known in advance and if it is tailored to their needs in such a way that the undertaking(s) should normally have borne the costs of the infrastructure themselves.”*

SA.36019 (2014/NN) – Belgium, *Financing of road infrastructure in the vicinity of a real estate project* – Uplace, Brussels, 08.01.2016 C(2016) 9678 final.

diferenciado, convirtiendo la infraestructura en una *infraestructura dedicada*.⁹⁰⁴

El Tribunal rara vez se ha pronunciado sobre la cuestión.

En una de las pocas ocasiones en que lo ha hecho, en la sentencia *Matra*, confirmó una decisión de la Comisión que rechazaba la existencia de una ventaja selectiva derivada de la construcción de una infraestructura accesible en igual medida a todos los usuarios.⁹⁰⁵

La Comisión, por su parte, ha sido muy generosa con los usuarios, siendo extremadamente difícil encontrar una infraestructura calificada como dedicada. La Comunicación sobre ayudas estatales de I+D+I da buena muestra de esta postura laxa de la Comisión:

“Cuando...las infraestructuras de investigación prestan un servicio de investigación específico o realizan investigación bajo contrato por primera vez por cuenta de una empresa determinada, a título de

⁹⁰⁴ Preferimos emplear el término *infraestructura dedicada* y no *infraestructura específica*, que es como se ha traducido al español la expresión *dedicated infrastructure* en el Reglamento de exención por categorías. Coincide además con el término empleado en alemán –*gewidmete Infrastruktur*–, polaco –*infrastruktura dedykowana*–, italiano –*infrastruttura dedicata*–, portugués –*infraestrutura dedicada*–, sueco –*särskilt tillägnad infrastruktur*– etc. No así con la traducción al rumano –*infrastructură specifică*–, y al holandés –*specifieke infrastructuur*–, que emplean el mismo término que la traducción española. En francés se ha utilizado el término *infrastructure réservée* que nos parece aún más desacertado. El término *dedicada* se aproxima mejor que *específica* o *reservada* a las características del concepto al que se refiere. El Reglamento contiene además una definición más circunscrita de este concepto que la usada en la práctica por la Comisión, al incorporar el requisito de adaptación a las necesidades del beneficiario:

“«infraestructura específica»: infraestructura construida para una empresa o empresas identificables previamente y adaptada a sus necesidades”. Artículo 2, apartado 33, Reglamento (UE) nº 651/2014, de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, D.O.U.E. L 187 de 26.6.2014, p. 1.

⁹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1993, en el asunto C-225/91, *Matra*, [1993] Rec.I-3203, apartado 29. Véase también la opinión del Abogado General Walter Van Gerven presentadas el 28 de abril de 1993, en el asunto C-225/91, *Matra* [1993] Rec.p.159, apartados 28 y 31.

*prueba y durante un período de tiempo claramente limitado, la Comisión generalmente considerará que el precio cobrado es un precio de mercado cuando dicho servicio de investigación o investigación bajo contrato es único y puede demostrarse que no existe mercado para el mismo.”*⁹⁰⁶

La Comisión con esta disposición lo que indica es, básicamente, que en general, no considerará que se otorga una ventaja –selectiva– a una empresa que emplee la infraestructura, a condición simplemente de que exista un precio –no exige que sea un precio de mercado– que el proyecto se realice a título de prueba y durante un periodo limitado y que no exista un mercado para el servicio de investigación. Son condiciones muy benevolentes, que en modo alguno deberían razonablemente excluir la existencia de una ventaja selectiva, en especial si la infraestructura de investigación tuviera un único usuario, lo que la convertiría en una *infraestructura dedicada*. Incluso en ese caso debería rechazarse generalmente la existencia de una ventaja selectiva, de acuerdo con la interpretación literal del texto.

Encontramos un caso, muy excepcional, de calificación de una infraestructura como dedicada en el asunto **Irish Bus and Dublin Bus**.⁹⁰⁷

La medida consistía en la financiación por el gobierno irlandés de mejoras en las infraestructuras utilizadas en el desempeño de diversos servicios de transporte público, junto con la financiación de esos mismos servicios. En concreto, las autoridades otorgaron subvenciones a las dos compañías para financiar la construcción de nuevos garajes e infraestructuras

⁹⁰⁶ Comunicación de la Comisión Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, D.O.U.E. C 198, 27.6.2014, p. 1–29, nota a pie de página 24.

⁹⁰⁷ Commission Decision of 15.10.2014 on State aid SA.20580 (C 31/2007) (ex NN 17/2007) *implemented by Ireland for Córas Iompair Éireann Bus Companies (Dublin Bus and Irish Bus)*, Brussels, 15.10.2014, C(2014) 7275 final.

de mantenimiento, así como para trabajos de mejora de la accesibilidad en las paradas de autobuses en todo el país.

La Comisión resolvió que las infraestructuras eran operadas y utilizadas exclusivamente por Bus Éireann y Dublin Bus, por lo que eran *infraestructuras dedicadas* que proveían una ventaja a las dos compañías.⁹⁰⁸

No obstante, como hemos dicho, esta decisión constituye una excepción. En otros casos de infraestructuras de libre acceso para los usuarios, en que resulta menos evidente la concesión de una ventaja selectiva, la Comisión ha rechazado sistemáticamente considerarlas *infraestructuras dedicadas*.

La decisión que ha puesto la base actual para la aplicación del concepto de *infraestructura dedicada* fue adoptada por la Comisión en 2014 en el caso **Propapier**.⁹⁰⁹

En esta decisión, la Comisión examinó la denuncia presentada por un competidor de esta empresa papelera, dedicada a la producción de cartón corrugado y el papel ondulado interior de dicho cartón, contra una serie de medidas en forma de financiación de infraestructuras que, consideraba, beneficiaban selectivamente a Propapier y debían ser calificadas como ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior.

⁹⁰⁸ “As regards the user of the infrastructure, the Commission notes that the infrastructure in question is managed by Bus Éireann and Dublin Bus, and that use is exclusively confined to those undertakings. The Commission therefore concludes that the grants for the financing of dedicated infrastructure confer a selective economic advantage on Dublin Bus and Bus Éireann.” Commission Decision of 15.10.2014 on State aid SA.20580 (C 31/2007) (ex NN 17/2007) implemented by Ireland for Córás Iompair Éireann Bus Companies (Dublin Bus and Irish Bus), Brussels, 15.10.2014, C(2014) 7275 final.

⁹⁰⁹ Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final.

Las medidas consistían en la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales, un aparcamiento, una carretera y el ensanche y profundización del canal Óder-Spree, construido en 1891 para conectar ambos ríos, a la altura de Eisenhüttenstadt, donde se ampliaría el parque industrial *Industriegebiet am Oder-Spree-Kanal* y donde Propapier instalaría una nueva fábrica de papel.



Fig.8 parque industrial *Industriegebiet am Oder-Spree-Kanal* (Google maps y elaboración propia)

La demandante alegó que todos estos proyectos estaban dedicados exclusivamente a la nueva papelera y constituían una ayuda de Estado.

La Comisión procedió al análisis individual de cada una de las medidas, a fin de determinar si constituían o no una ayuda de Estado:

En primer lugar, la Comisión consideró que de la localización del aparcamiento no podía deducirse, contrariamente a lo que alegó la demandante, que sería únicamente útil para Propapier. El aparcamiento no se había construido en la cercanía inmediata de la fábrica, era de acceso público y, además, se daba la circunstancia de que Propapier iba a construir un aparcamiento propio que cubría suficientemente sus necesidades. Por tanto, éste no podía ser calificado como una *infraestructura dedicada*.⁹¹⁰

Respecto a la carretera, ésta había sido proyectada ya en 1993 y conectaba el conjunto del parque industrial, no solo la fábrica de Propapier, como alegó la parte demandante, con una autopista. La carretera facilitaba el acceso al puerto interior desde Fráncfort del Óder y serviría también a las demás empresas establecidas en el parque industrial, en particular ArcelorMittal, por lo que tampoco podía considerarse una *infraestructura dedicada*.⁹¹¹

La Comisión también analizó el proyecto de ensanche y profundización del canal Óder-Spree y concluyó que respondía a trabajos normales de mantenimiento que no estaban relacionado con el establecimiento de Propapier ni ofrecía una ventaja particular a dicha empresa.⁹¹²

⁹¹⁰ Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the *alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH*, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartados 149 a 151.

⁹¹¹ Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the *alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH*, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartados 152 y 153

⁹¹² Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the *alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH*, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartados 154 y 155.

Estas intervenciones efectivamente no responden a los actuales requisitos que exige el concepto de *infraestructura dedicada*.⁹¹³ Al menos en base a la información contenida en las decisiones de apertura y conclusión del procedimiento de investigación formal de la Comisión, no cabe deducir que localización del parking, la carretera o el ensanche y profundización del canal respondieran a la intención de favorecer selectivamente a Propapier, ni tampoco parece que estuviesen especialmente diseñadas para atender a sus necesidades.

Cuestión distinta es, a nuestro parecer, la construcción de la planta de tratamientos residuales.

La Comisión, siguiendo el razonamiento ya expuesto, distinguió en la decisión de apertura del procedimiento entre la posible ventaja al propietario y operador de la planta y la posible ventaja a Propapier como usuario de la misma.⁹¹⁴

Respecto al propietario y operador, la empresa pública Trinkwasser- und Abwasserzweckverband Oderaue Eisenhüttenstadt, se había beneficiado de una subvención concedida al amparo de un esquema de ayudas aprobado anteriormente por la Comisión. Ésta implícitamente dio a entender, usando el razonamiento empleado dos años antes en la sentencia Leipzig-Halle, que dicha aprobación habría quedado obsoleta en vista de la evolución del mercado.⁹¹⁵ No obstante, dado que había sido ya autorizada, en ningún caso

⁹¹³ Véase infra nuestra propuesta al final de este apartado, propugnando un cambio de criterio para apreciar la existencia de una infraestructura dedicada.

⁹¹⁴ State aid C 30/2010 (ex NN 45/2010(ex CP 327/2008)) – Germany, *Alleged Infrastructure Aid to Propapier*, Brussels, 27.10.2010, C(2010)7262 final

⁹¹⁵ Los argumentos empleados, basados entre otros en el carácter público de los beneficiarios, efectivamente han quedado entre tanto claramente obsoletos. Véase State aid C 30/2010 (ex NN 45/2010(ex CP 327/2008)) – Germany *Alleged Infrastructure Aid to Propapier*, Brussels, 27.10.2010 C(2010)7262 final, apartados 55 y 56 y la decisión Staatliche Beihilfe N

podría ser objeto de una obligación de recuperación de acuerdo con el principio de confianza legítima⁹¹⁶ por lo que la Comisión no examinó con más detenimiento esta cuestión.

En lo que aquí nos interesa, la ayuda a Propapier como usuario, la Comisión en primer lugar descartó que la planta de tratamiento de aguas residuales constituyera una *infraestructura dedicada* que favoreciera a Propapier selectivamente a efectos de la aplicación del artículo 107.1 TFUE. Esta conclusión no es evidente, puesto que la planta había sido diseñada para realizar un primer tratamiento anaeróbico idóneo para el tratamiento de aguas residuales industriales,⁹¹⁷ y en aquel momento se ajustaba específicamente a las necesidades de Propapier.

No obstante, la planta también era utilizada, en menor medida,⁹¹⁸ por otras dos compañías instaladas en el parque industrial y su estructura de módulos permitía que su potencial ampliación se beneficiara de economías de escala.

Un segundo argumento utilizado para descartar la calificación como *infraestructura dedicada* fue que, al aprobar la financiación de la planta, la

644/E/2002 - Deutschland *Ausbau der kommunalen wirtschaftsnahen Infrastruktur*, Brusel, 9-07-2003 C(2003)1999fin, en la que se aprobó el esquema en cuestión.

⁹¹⁶ Véase CRUZ YÁBAR, P. “La autonomía procedimental, un obstáculo insalvable para la eficaz recuperación de las ayudas de Estado”, en *Cuadernos Cantabria Europa*, diciembre 2012, Ed. Dirección General de Economía y Asuntos Europeos, Gobierno de Cantabria páginas 22 y 23.

⁹¹⁷ “[L]a reducción de los costes energéticos y de los costes derivados de la gestión de lodos ha convertido la digestión anaerobia en la alternativa más competitiva para el tratamiento y/o pretratamiento de los efluentes residuales de la industria.” Álvarez Rodríguez, J.A. “Tratamiento anaerobio de aguas residuales urbanas en plantas piloto”, *Memoria para optar al grado de Doctor por la Universidad da Coruña*, Diciembre de 2013, pág.16.

⁹¹⁸ En torno al 70% de la capacidad de la planta era dedicada a las necesidades de Propapier. Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the *alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH*, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartado 79.

Comisión misma había exigido a las autoridades alemanas garantizar el establecimiento en el parque industrial de un “inversor principal” para evitar la infrautilización de la planta. Esta condición se cumpliría precisamente con la construcción de la nueva planta de fabricación de papel.⁹¹⁹

Este argumento es sin embargo absurdo, ya que el propósito de la Comisión al exigir que hubiese al menos un usuario de la planta fuese a ser utilizada era garantizar que la ayuda era utilizada para la consecución de un objetivo de interés común y no se malgastaban fondos públicos en una infraestructura infrautilizada. Si un uso económicamente racional de la planta exige y es alcanzable únicamente gracias al establecimiento de una empresa que se beneficia casi en exclusiva de la infraestructura, obviamente no se estará prestando ningún servicio de interés común, sino que se estará sirviendo el interés particular de ese usuario. Sobre todo, teniendo en cuenta que lo habitual es que las fábricas de papel tengan sus propias instalaciones de tratamiento de aguas, como alegó la demandante y confirmó la Comisión.⁹²⁰ El hecho de que en el momento que se decidió la financiación de la planta no estuviese identificado el “inversor principal” que utilizaría la planta, a la postre Propapier, no debería tampoco haber impedido considerar la medida selectiva.⁹²¹

⁹¹⁹ “The fact that the regional aid for the construction of the plant was granted subject to the settlement of a main investor, in casu Propapier, in the extended business park, is considered by the Commission to constitute good public management of scarce resources since it makes sense not to start building a major public infrastructure without ensuring that it will be used, and not to over-dimension it.” Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartado 161.

⁹²⁰ Commission Decision, SA.36147 (C 30/2010) of 01.10.2014 on the alleged infrastructure aid implemented by Germany in favour of Propapier PM2 GmbH, Brussels, 01.10.2014 C(2014) 6847 final, apartado 162.

⁹²¹ “[N]o se exige que los beneficiarios concretos ya estén determinados desde el principio. Del propio tenor del artículo 87 CE, apartado 1, conforme al cual basta con que se favorezca a una producción, se desprende que es suficiente una descripción abstracta del círculo de

Por otro lado, el hecho de que Propapier pagara un precio de mercado por el uso de la infraestructura, que fue otro de los argumentos utilizados por la Comisión, no debería tener ninguna incidencia desde el momento en que la infraestructura debería haberse calificado como dedicada. La ventaja en este caso no tiene su origen en la ausencia del pago de un precio normal de mercado, sino en la existencia misma de una infraestructura financiada con fondos estatales que beneficia a una sola empresa por encima de todas las demás. Esta circunstancia invalida desde el origen la posibilidad de que la situación fuese propia de un contexto normal de libre mercado.

La postura restrictiva a la hora de apreciar la calificación como *infraestructura dedicada* se ha mantenido de manera prácticamente constante.

Recientemente, la Comisión ha tenido la oportunidad de considerar su aplicación del concepto de *infraestructura dedicada* en el caso **Fred Olsen**, relativo a la denuncia por la compañía Naviera Armas S.A. de la concesión de ayudas de Estado por las autoridades españolas a su competidora, Fred Olsen.⁹²²

posibles beneficiarios para que la medida sea considerada selectiva.” Opinión del Abogado General Siegbert Alber, en el asunto C-409/00, *España c/Comisión*, [2002] Rec.p.475, apartado 57.

⁹²² Ayuda estatal SA.36628 (2015/NN-2) (ex 2013/CP) — España, *Fred Olsen*, Bruselas, 08.12.2015, C(2015)8655 final.

Si bien la infraestructura, un puerto, no era accesible gratuitamente a los usuarios, por lo que no en puridad era una infraestructura general, el análisis y los efectos relativos a las restricciones a la utilización de la infraestructura siguen la misma lógica que en los otros casos examinados: en relación al propietario y operador de una infraestructura general, éstos no son considerados empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE por no cobrar un precio a los usuarios. En este caso, sin embargo, el propietario de la infraestructura actuaba como una empresa a efectos de la definición de ayudas de Estado, y era un potencial beneficiario de una ayuda de Estado, ya que el acceso a la infraestructura no era gratuito. En este apartado estamos analizando sin embargo la ausencia de selectividad de la ventaja en favor del usuario, que es la que justificaría la inexistencia de una ayuda de Estado a ese nivel. Ese análisis no

La denunciante ante la Comisión alegó que la compañía Fred Olsen se había beneficiado de una ventaja selectiva por el uso del Puerto de las Nieves, situado en Agaete, Gran Canaria, que constituiría a su juicio una *infraestructura dedicada*.

Fred Olsen era la única compañía que operaba desde el Puerto de las Nieves mediante cinco transbordadores rápidos. Hasta 2013, las únicas empresas que habían mostrado interés en usar dicho puerto, al margen de Fred Olsen, lo habían hecho con intención de operar con transbordadores convencionales. Por motivos de seguridad suficientemente probados, ligados a las limitaciones físicas para maniobrar en el puerto, la Dirección General de Puertos de las Islas Canarias (DGPC) consideró que únicamente se debía operar en el puerto con transbordadores rápidos y denegó las autorizaciones para operar solicitadas por las demás empresas.

En 2013, sin embargo, Naviera Armas presentó una solicitud para operar con transbordadores rápidos, que también fue denegada. En este caso, la razón esgrimida por la autoridad competente fue la falta de capacidad suficiente. La DGPC se comprometió sin embargo a permitir las operaciones de un segundo operador tan pronto como fuera posible, para lo que realizó obras de ampliación del puerto y licitó en 2014 dos lotes de franjas horarias distintas. Los únicos licitadores fueron Fred Olsen y Naviera Armas, a los que se asignó los dos lotes. Fred Olsen sin embargo recurrió los resultados del concurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que paralizó la adjudicación preventivamente, permitiendo que Fred Olsen siguiera siendo el

se ve afectado por el hecho de que el uso de la infraestructura fuera de pago en el caso de autos.

único operador en el momento en que se presentó la denuncia por concesión de una ayuda de Estado ilegal e incompatible ante la Comisión.

La Comisión consideró que la situación hasta el año 2013 impedía deducir que la infraestructura beneficiase selectivamente a la empresa Fred Olsen. En primer lugar, porque nada indicaba que la construcción del puerto hubiese sido diseñada para cubrir las necesidades específicas de dicho usuario⁹²³ y, en segundo lugar, porque la razón para denegar el acceso a otros operadores era objetiva, basada en motivos de seguridad marítima.⁹²⁴ La restricción estaba por tanto ligada al objetivo que se perseguía, justificándose la diferencia de trato por tanto por la naturaleza del régimen de acceso de los operadores a los servicios portuarios.⁹²⁵

Desde 2013, sin embargo, el trato *prima facie* selectivo ya no estaba justificado por la lógica del sistema, ya que Naviera Armas explícitamente había solicitado el acceso para operar con transbordadores rápidos: en ese momento, la DGPC rechazó la solicitud por la falta de capacidad de la infraestructura, pero los dos operadores se encontraron en ese momento en una situación de hecho y de derecho comparable.⁹²⁶

La Comisión consideró que la DGPC debió entonces, bien reducir el volumen de uso por Fred Olsen para permitir a Naviera Armas –o a cualquier otro operador que mostrara interés y cumpliera con los requisitos de seguridad obligatorios– acceder a la infraestructura en igualdad de condiciones, o bien

⁹²³ “[L]a Comisión observa que Fred Olsen fue aumentando gradualmente su presencia en el Puerto de las Nieves, desde que comenzó a operar en 1994, hasta alcanzar la capacidad máxima del puerto para la prestación de servicios de transbordador. Esto indica que la infraestructura inicialmente no se previó y construyó para Fred Olsen.” *Ibíd.*, apartado 44.

⁹²⁴ *Ibíd.*, apartado 49.

⁹²⁵ Véase *supra* apartado 3.3.1.2.

⁹²⁶ Ayuda estatal SA.36628 (2015/NN-2) (ex 2013/CP) — España, *Fred Olsen*, Bruselas, 08.12.2015, C(2015)8655 final, apartado 52.

incrementar la capacidad del puerto con ese mismo objetivo. La Comisión estimó que la DGPC había actuado diligentemente al ampliar el puerto y licitar el acceso al mismo, y que si no se había dado acceso a Naviera Armas era por la paralización judicial, que constituye una causa de fuerza mayor y que no justificaba la calificación del puerto como una *infraestructura dedicada*.⁹²⁷

Otro ejemplo de rechazo por la Comisión de la calificación como dedicada de una infraestructura lo encontramos en el caso **Uplace**.

Esta decisión tiene además interés por la confusión en que incurre la Comisión entre el ejercicio de prerrogativas de poder público y el concepto de *infraestructura general*.

Como hemos visto, la financiación de infraestructuras basada en el ejercicio de prerrogativas de poder público inmediatamente descarta la existencia de una ventaja, tanto directa en favor del propietario y operador de la infraestructura, como indirecta en beneficio de los usuarios. Por el contrario, la aplicación del concepto de *infraestructura general* implica la existencia de una ventaja, tanto en favor del propietario y operador de la infraestructura como en favor de los usuarios, pero dicha ventaja no constituirá una ayuda de Estado: el propietario y el operador, como hemos visto, no son considerados empresas a efectos del artículo 107.1 TFUE, en

⁹²⁷ “Considerando i) la presencia continuada de Fred Olsen en el Puerto de las Nieves mucho antes de que Naviera Armas expresara por primera vez su intención de operar transbordadores rápidos, ii) los diligentes esfuerzos de la DGPC para hacer sitio a otro operador desde julio de 2013 en adelante y iii) las circunstancias intrínsecamente temporales del estado de cosas actual, la Comisión estima que, en el momento de la adopción de la presente Decisión, el mantenimiento de ese estado de cosas no es contrario al acceso abierto y no discriminatorio del Puerto de las Nieves, siempre y cuando siga siendo temporal, a la espera de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Esta conclusión no debe impedir a la DGPC seguir haciendo todo lo necesario para permitir que opere otra compañía de transbordadores rápidos desde el Puerto de las Nieves cuanto antes.” *Ibíd.*, apartado 61.

tanto que la ausencia de selectividad de la ventaja es la que justifica que no exista una ayuda de Estado en favor del usuario.

La decisión de la Comisión trata sobre la financiación por la región de Flandes de una carretera en el área de Machelen –pueblo cercano al aeropuerto de Zaventem, en Bruselas–, que, según alegó el municipio de Lovaina en su denuncia, beneficiaba específicamente al grupo empresarial Uplace.⁹²⁸

El acuerdo objeto de la controversia se firmó entre la empresa Uplace y diversas administraciones públicas regionales y locales, en el marco de un plan de reconversión y revitalización de una zona comprendida entre Machelen y Bruselas, depauperada como consecuencia de la reconversión industrial. El convenio preveía la rehabilitación de un área industrial propiedad de la empresa, mediante la construcción de una serie de centros comerciales y de ocio por la empresa, garantizando a su vez las administraciones que realizarían de diversas obras públicas en esa área. Éstas consistían en la construcción de una serie de calzadas peatonales, de una carretera que conectara adecuadamente los terrenos propiedad de Uplace con una autopista cercana, de un tranvía y de una estación de tren de cercanías.

La legislación belga aplicable preveía inicialmente que los promotores financiaran todas las obras necesarias para garantizar el acceso a sus desarrollos urbanísticos. Tras ser enmendada, la norma pasó a permitir que mediante acuerdo se alcanzara una distribución de los gastos entre el promotor y las administraciones. Haciendo uso de esta disposición, Uplace y las administraciones firmaron un acuerdo por el que la empresa financiaría

⁹²⁸ SA.36019 (2014/NN) – Belgium, *Financing of road infrastructure in the vicinity of a real estate project – Uplace*, Brussels, 08.01.2016, C(2016) 9678 final.

únicamente las medidas consideradas “específicas al proyecto” que se realizaran en los terrenos de su propiedad.⁹²⁹ La administración, por su parte, correría con todos los gastos realizados sobre terrenos públicos.⁹³⁰

La Comisión comenzó su análisis descartando la existencia de una ventaja directa respecto a los trabajos financiados por la administración.

La Comisión consideró, en nuestra opinión erróneamente, que la puesta a disposición gratuita de vías públicas constituye un ejercicio de poderes públicos.⁹³¹ En su lugar, debería haberse ceñido a justificar la ausencia de ayuda de Estado por la imposibilidad de calificar al propietario de una infraestructura no explotada comercialmente –la administración, en este caso– como empresa. Con independencia del argumento que se utilice, las medidas financiadas con fondos estatales en terrenos e infraestructuras de la administración no eran susceptibles de otorgar una ventaja selectiva directa en favor de ninguna empresa. Pero si, como afirmó la Comisión, estos trabajos constituían un ejercicio de las prerrogativas de poder público del

⁹²⁹ “Among the measures [contained in the Mobility Implementation Covenant, the latter] labels certain works – which all take place as “project-specific”. These works... will form an integral part of the public domain in so far as they are situated on or above the public domain that is up to the boundary of the developer’s private plot.” SA.36019 (2014/NN) – Belgium, *Financing of road infrastructure in the vicinity of a real estate project – Uplace*, Brussels, 08.01.2016, C(2016) 9678 final, apartado 17.

⁹³⁰ La empresa en principio contribuiría con 12.9 millones de euros a los trabajos de construcción de una conexión a la autopista R22 de circunvalación de Bruselas, pero según alegó la demandante, debido a la modificación legislativa mencionada este compromiso había dejado de ser vinculante, y en todo caso el importe acordado no cubría más que una parte del coste total.

⁹³¹ “The activity of providing adequate and safe road connections which are not commercially exploited but used by the society as a whole in a free and non-discriminatory manner falls within the public remit of the state, being thus exempted from State aid control.” SA.36019 (2014/NN) – Belgium, *Financing of road infrastructure in the vicinity of a real estate project – Uplace*, Brussels, 08.01.2016, C(2016) 9678 final, apartado 36.

Estado, tampoco podían dar lugar a una ventaja indirecta en favor de los usuarios, lo que habría hecho su posterior análisis superfluo.⁹³²

Respecto a esta posible ventaja indirecta, la demandante argumentó que los trabajos financiados por el gobierno flamenco no se habrían hecho en ausencia del proyecto de desarrollo urbanístico de Uplace, por lo que otorgaban una ventaja selectiva a la empresa. En particular, las modificaciones a la autopista, que sufragaría casi por entero la administración, tenían como único fin absorber el incremento de tráfico que resultaría del proyecto. El gobierno belga contradijo esa afirmación, declarando que el proyecto beneficiaría al conjunto de la región, inclusive otros proyectos además del de Uplace, alegando además que las medidas para la mejora de la movilidad y la seguridad vial respondían al ejercicio de las prerrogativas de poder público del Estado.

La Comisión, aunque retomó nominalmente el argumento del ejercicio de las prerrogativas de poder público por el Estado, analizó de hecho si la autopista podía definirse como infraestructura general. Refiriéndose a su decisión *English Partnerships*,⁹³³ en la que por primera vez se refirió a las infraestructuras dedicadas (*bespoke development*), consideró que la construcción de una infraestructura de libre acceso otorgaría una ventaja selectiva en dos situaciones:

1. si las normas requirieran que los promotores corrieran con parte de los gastos de la infraestructura y éstos pagaran menos de lo que les correspondía legalmente; o

⁹³² Véase supra apartado 3.2.1.

⁹³³ Commission Decision of 22 December 1999 on aid scheme C 39/99 (ex E 2/97) *United Kingdom, English Partnerships (EP) under the partnerships investment programme (PIP)*, OJ of 20.06.2000, L 145/27.

2. si la infraestructura no fuera en realidad de utilidad común a diversos usuarios, sino que sirviera únicamente a determinadas empresas identificables ex ante y estuviese diseñada para cubrir sus necesidades, de tal modo que las empresas deberían haber soportado los gastos correspondientes a la construcción de la infraestructura.⁹³⁴

La Comisión consideró por lo tanto que los trabajos sobre los accesos a la autopista y sobre la autopista misma ni habían sido concebidos para favorecer el proyecto de desarrollo urbanístico de Uplace, ni tenían como efecto beneficiar selectivamente al proyecto. Se trataba de medidas sobre las infraestructuras titularidad de la administración que se habrían realizado con independencia de que el proyecto de Uplace se llevara o no a cabo y que redundaban en beneficio de toda la población del área. Además, no existía norma alguna en el ordenamiento nacional que obligara a los promotores a correr con parte de los gastos en las infraestructuras no específicas al proyecto, por lo que dichas infraestructuras podían legítimamente considerarse como generales.

En esencia, la Comisión determinó que la infraestructura sería selectiva si “*sirviera únicamente a determinadas empresas identificables ex ante y estuviese diseñada para cubrir sus necesidades, de tal modo que las empresas deberían haber soportado los gastos correspondientes a la construcción de la infraestructura*”.⁹³⁵

La interpretación del concepto de *infraestructura dedicada* en esta decisión tiene la aparente virtud de referirse únicamente a los efectos de la

⁹³⁴ SA.36019 (2014/NN) – Belgium, *Financing of road infrastructure in the vicinity of a real estate project – Uplace*, Brussels, 08.01.2016, C(2016) 9678 final, apartados 38 y 39.

⁹³⁵ *Ibíd.*

medida, sin tomar en cuenta a las intenciones de las autoridades a las que la medida es imputable.

Se echa en falta, empero, que los criterios se alineen con el análisis aplicado a las medidas generales en otros ámbitos – principalmente el de las normas fiscales.

En primer lugar, ha de existir un trato *prima facie* selectivo en favor de una o varias empresas. Como hemos dicho, esto se dará por hecho, por varias razones: en primer lugar, las infraestructuras tienen necesariamente un ámbito geográfico limitado, que excluye que puedan servir, o puedan servir por igual, a todas las empresas. Además, no todas las empresas requieren en el mismo grado una infraestructura. Las empresas de transporte, por ejemplo, obtienen una ventaja evidentemente mayor por la construcción de una carretera que las empresas dedicadas a prestar servicios informáticos. En definitiva, cualquier infraestructura, por mucho que sea de uso abierto y gratuito, beneficia de manera *prima facie* selectiva a determinadas empresas.

No obstante, no siempre esta aparente selectividad será tal en el sentido del artículo 107.1 TFUE, ni será por tanto exigible que los usuarios paguen un precio de mercado por el uso de la infraestructura para evitar que se considere que obtienen una ventaja selectiva por la financiación de la misma. Siguiendo el razonamiento aplicado en el campo de las medidas fiscales, dicho trato diferenciado no dará lugar a una ventaja selectiva si está justificado por la lógica del sistema.

¿Cuál es la lógica de un sistema en el que se financian infraestructuras con fondos estatales que son aprovechadas por (determinadas) empresas? En nuestra opinión, dicha lógica requiere que las infraestructuras provean en última instancia un servicio a la ciudadanía, que justificará que se socialice

su coste. Para comprobar que así es, la infraestructura debería beneficiar a la generalidad de los ciudadanos y habría de garantizarse el acceso a la misma a todos los potenciales usuarios de manera no discriminatoria.

Evidentemente, no es necesario que todos los ciudadanos se beneficien necesariamente del mismo modo de dichos servicios, pero no es concebible financiar con fondos estatales una infraestructura que beneficia únicamente a determinadas empresas sin que ello redunde en un beneficio concreto, que podrá ser indirecto, para los ciudadanos. Si no existe tal beneficio, debería ser la empresa o las empresas que fueran a utilizar la infraestructura las que deberían correr con el gasto.⁹³⁶

Tomemos unos cuantos ejemplos para ilustrar esta propuesta:

Pensemos en una carretera financiadas con fondos estatales. Si la carretera es utilizada únicamente para llegar a una fábrica determinada, o al edificio de una empresa, o incluso a un polígono industrial en el que se han instalado un gran número de empresas, el coste de la misma y de cualquier adaptación de otras infraestructuras conexas debería correr a cargo de las empresas establecidas en dicho polígono y no debería sufragarse con fondos estatales.

El caso Propapier ofrece un caso límite: la carretera financiada conectaba un parque industrial con una autopista, por lo que, siguiendo nuestra teoría debería haber sido sufragada por las empresas. De la decisión se deduce que la única ventaja derivada para la ciudadanía en su conjunto se

⁹³⁶ Este razonamiento aproxima el concepto de selectividad al de la existencia de una ventaja, pero no las equipara. La ventaja existirá con independencia de que los ciudadanos obtengan o no un beneficio, por lo que seguirán existiendo la posibilidad de que una empresa obtenga una ventaja de la financiación con fondos estatales de una infraestructura, pero esta ventaja no sea selectiva por ser ésta una *infraestructura general*.

derivaba de la reducción del tráfico en el centro de la ciudad, al no tener que atravesarla los camiones para llegar al polígono. En nuestra opinión, esta ventaja es en realidad un remedio para un perjuicio provocado por las mismas empresas que se beneficiarían de la medida, por lo que no beneficia a la generalidad de los ciudadanos en el sentido de nuestra propuesta y no justificaría que los ciudadanos pagaran por la infraestructura.

Nótese también que, siguiendo nuestra propuesta, el concepto de *infraestructura dedicada* no se aplicaría únicamente a las infraestructuras utilizadas por, o que beneficiaran de manera particular a, un único usuario. Esto es coherente con la jurisprudencia en el ámbito de las medidas fiscales.⁹³⁷ No sería por tanto preciso que la infraestructura beneficie de modo particular a un solo usuario para poder considerarla como dedicada.⁹³⁸

Por otro lado, si las necesidades de los ciudadanos ya están cubiertas, la construcción o ampliación de una infraestructura financiada con fondos estatales para hacer frente al aumento de la demanda de determinadas empresas, obligará a calificar la infraestructura como dedicada. Su coste debería ser sufragado por tanto por las empresas que fueran a utilizar la infraestructura. Si, por ejemplo, existiera ya una carretera que cubriera las necesidades de los particulares, no cabe construir una segunda carretera con

⁹³⁷ “En efecto, el hecho de que la ayuda no se refiera a uno o varios beneficiarios particulares previamente definidos, sino que esté sujeta a una serie de criterios objetivos con arreglo a los cuales podrá concederse, dentro de los límites de una dotación presupuestaria global predeterminada, a un número indefinido de beneficiarios, no individualizados desde un principio, no puede bastar para desechar el carácter selectivo de la medida y, por tanto, su calificación de ayuda de Estado”. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2000, en el asunto T-55/99, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)* [2000] Rec.p.233, apartado 40.

⁹³⁸ Ayuda estatal SA.36628 (2015/NN-2) (ex 2013/CP) — España, *Fred Olsen*, Bruselas, 08.12.2015, C(2015)8655 final, apartado 44 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 45.

el propósito de satisfacer las exigencias de las empresas, con independencia de que los ciudadanos pudieran también utilizar esa nueva infraestructura.

Tomando el ejemplo de la planta de tratamiento de aguas residuales en el caso Propapier, resulta de la descripción de los hechos que las necesidades de tratamiento de aguas residuales de los ciudadanos estaban ya cubiertas sin necesidad de dicha planta. Si bien la ciudadanía podría obtener una ventaja de su construcción, y si bien otras dos empresas aprovechaban marginalmente la planta, ésta debería haber sido calificada como una *infraestructura dedicada* y el coste de la construcción tratada como una potencial ayuda de Estado en favor de Propapier.

Si la infraestructura beneficia al conjunto de la ciudadanía, habrá de garantizarse además el acceso a la misma en igualdad de condiciones de todas las empresas que potencialmente podrían hacer uso de la misma para considerarla una infraestructura general. La exigencia de un trato equitativo se refiere a las empresas que se encuentren en una situación de hecho y de derecho equiparable, teniendo en cuenta el objetivo de interés común perseguido con la construcción de la infraestructura.

Tomemos de nuevo un ejemplo concreto para ilustrar cómo se aplicaría esta regla.

En el capítulo anterior hemos examinado el asunto Eventech, llegando a la conclusión que la resolución del caso se adecuaba más al análisis de la selectividad de la ventaja, que al de la financiación con fondos estatales de la medida, o al de la existencia misma de una ventaja.⁹³⁹

⁹³⁹ Véase supra apartado 2.2.

El caso, recordemos, se refería a la prohibición que pesaba sobre los *minicabs* –turismos con conductor– de circular por los carriles bus de Londres, reservados, además de a los autobuses, a los *black cabs*– los taxis londinenses. Asumiremos que el servicio de taxi es un servicio en interés de toda la ciudadanía.⁹⁴⁰ Con ello se cumpliría la primera condición para descartar la calificación del carril bus como una *infraestructura dedicada*. Si bien los ciudadanos no tendrían acceso a la infraestructura –el carril bus está disponible únicamente para su uso por los autobuses y los taxis– el conjunto de los ciudadanos obtendrían en razón de la existencia del carril bus una ventaja indirecta pero suficientemente concreta.

Ello, sin embargo, no es suficiente para considerarla una infraestructura general cuya puesta a disposición gratuita en favor de las empresas no da lugar a una ventaja selectiva: además, en la segunda etapa del análisis, es preciso comprobar que se trata en pie de igualdad a todos los usuarios potenciales.

El Tribunal de Justicia, pese a que no enfocó la cuestión desde el ángulo de la selectividad de la medida y la consideración del carril bus como una *infraestructura general*, hizo una serie de observaciones muy pertinentes a estos efectos. De hecho, la pregunta determinante, tal y como la formuló el Tribunal,⁹⁴¹ para resolver si el derecho de acceso exclusivo otorgaba una ventaja a los taxis londinenses se refería, en realidad, a la cuestión de si la

⁹⁴⁰ Entendiendo el servicio de taxi como el servicio de transporte a un lugar determinado en automóvil con chófer, por un precio, con independencia de si se requiere o no que el prestador del servicio obtenga una licencia.

⁹⁴¹ La existencia de una ventaja no debería ponerse en cuestión, ya que es indudable que la puesta a disposición de una empresa de una infraestructura de manera gratuita, máxime cuando se hace además de manera selectiva, alivia una carga que debería normalmente recaer sobre el presupuesto de la empresa si se toman como referencia las condiciones normales de mercado. Es por tanto únicamente el carácter selectivo de la misma el que debería ofrecer dudas.

medida era o no selectiva.⁹⁴² Y, de hecho, las características que extrajo el Tribunal son propias del análisis de la selectividad de la ventaja.

En primer lugar, afirmó que los carriles bus “*no fueron construidos en beneficio de una empresa concreta ni de una categoría específica de empresas, como la de los taxis londinenses, o incluso los prestadores de servicios de autobús, y no han sido atribuidos a empresas después de su construcción*”.⁹⁴³ Esta circunstancia, destacada también por la Comisión en los casos Propapier, Fred Olsen y Uplace, no debería tener más influencia en el análisis de la selectividad que como indicio de que la medida se ha adoptado en interés de los ciudadanos y no guiada por los intereses particulares de las empresas usuarias de la infraestructura. Este análisis corresponde al primer paso ya examinado, por lo que en esta fase puede ignorarse por completo ya que no aporta ningún elemento de juicio para dirimir si la lógica del sistema justifica el trato diferenciado dado a los diferentes usuarios.

Más adelante, el Tribunal identificó el objetivo de la medida como la salvaguarda de un sistema de transporte seguro y eficaz.⁹⁴⁴ En base a este objetivo, las autoridades disponían, “*en principio... de un margen de apreciación con respecto tanto a la necesidad, para lograr el objetivo legalmente perseguido, de renunciar a ingresos potenciales como a la*

⁹⁴² “[L]a cuestión planteada...[es] la de determinar si, en circunstancias como las concurrentes en el asunto principal, los poderes públicos competentes están obligados, en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 1, a percibir de los usuarios que se benefician de un derecho de acceso preferente a una infraestructura pública la contrapartida del valor económico de un derecho de esta naturaleza”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 46.

⁹⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 45.

⁹⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 47.

identificación de criterios de atribución adecuados que deben, no obstante, fijarse de antemano de manera transparente y no comportar ningún elemento discriminatorio.”⁹⁴⁵

Este razonamiento concuerda con lo que consideramos en nuestra propuesta que debería ser el criterio para determinar si la lógica del sistema justifica o no la distinción de trato: cualquier restricción, legal, como en este caso, o de hecho al uso de la infraestructura por determinados usuarios potenciales ha de responder a una necesidad imperiosa exigida para alcanzar el objetivo que se persigue con su construcción o ampliación. Añadiríamos, únicamente, que además es preciso que la restricción sea proporcional.

En este caso, sería necesario probar que para garantizar un sistema de transporte seguro y eficaz es preciso reservar el uso del carril bus, de manera gratuita, a los taxis. Ello implica que se demuestre que no existía una medida menos gravosa para los otros usuarios potenciales que restringir su acceso al carril bus.

Dentro de la categoría de usuarios potenciales estarían comprendidos únicamente aquéllos que se encontraran en una situación legal y de hecho equiparable a los taxis, teniendo en cuenta el objetivo de la medida. En nuestra opinión, en este caso ello incluiría a los minicabs, y también a los demás conductores. Dado que el objetivo de la medida es garantizar un sistema de transporte seguro y eficaz, todos los vehículos participan del mismo. Nuevamente, esta es la única conclusión que cabe considerar si se transpone

⁹⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 49.

la práctica del Tribunal en el ámbito de la selectividad de las medidas fiscales, y en particular la sentencia *British Aggregates*.⁹⁴⁶

En la sentencia *Eventech*, el Tribunal de Justicia identificó las siguientes diferencias entre taxis y minicabs:

*“[L]os taxis londinenses son los únicos que pueden ofrecer sus servicios, están sujetos a la obligación de hacerse cargo del pasajero, deben ser reconocibles y poder transportar a personas que se desplacen en silla de ruedas, y los taxistas deben facturar sus servicios mediante un taxímetro y tener conocimientos especialmente profundos de la ciudad de Londres.”*⁹⁴⁷

Ninguno de estos elementos impone, en nuestra opinión, una necesidad imperiosa de tratar de manera distinta a los taxis con el objetivo de garantizar un sistema de transporte seguro y eficaz. En consecuencia, la regulación de acceso al carril bus favorecía a los taxis londinenses, que subsistiría incluso si pagaran un precio por su uso acorde con la ventaja que proveía en su favor. Una opción alternativa, más adecuada desde el punto de vista teórico y que permitiría justificar el acceso diferenciado, reservando el uso del carril bus a los taxis, excluyendo a los minicabs, sería considerar a los taxis londinenses como prestadores de un SIEG.

La obligación de hacerse cargo del pasajero, de poder transportar a personas que se desplacen en silla de ruedas o de tener conocimientos

⁹⁴⁶ Recordemos que, en ese caso, el Tribunal de Justicia declaró la medida selectiva tras valorar que diferentes tipos de áridos competían entre sí y su extracción tenía los mismos efectos nocivos sobre el medio ambiente, cuya protección era el objetivo de la tasa impuesta únicamente sobre algunos áridos, que se veían así desfavorecidos selectivamente. Véase supra págs.455 y ss. y Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2006 en el asunto T-210/02, *British Aggregates* [2006] Rec.p.253, apartado 4.

⁹⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech*, [2015] Rec.p.9, apartado 60.

profundos de la ciudad encajan perfectamente con obligaciones adicionales de interés económico general, impuestas por la administración en beneficio de los ciudadanos, que suponen un coste adicional para las empresas y cuya compensación está justificada. Al margen de las dificultades prácticas, probablemente invencibles, que implicaría el cálculo de la compensación, el acceso restringido al carril bus sería considerado parte de dicha compensación, y justificaría el trato diferenciado con respecto a los demás usuarios potenciales que no prestaran un SIEG.

En definitiva, por lo que abogamos con nuestra propuesta es por guardar la coherencia con la lógica y los principios que rigen el conjunto del sistema de control de las ayudas de Estado.

En un ámbito extremadamente delicado desde un punto de vista político, y en el que los jueces y la Comisión están sometidos constantemente a presiones por los Estados miembros, resulta crítico seguir siempre un análisis objetivo de las medidas, sujeto a los principios consagrados por el Tribunal de Justicia. El riesgo de desviarse de ellos para facilitar la aprobación de medidas que se perciben como socialmente beneficiosas, no debe minimizarse. Este tipo de atajos crean confusión y limitan la legitimidad de la Comisión y los Tribunales, no solo ante los Estados miembros, sino también ante la ciudadanía en general. Y el principal criterio rector es que, como señaló el Tribunal General en el caso Leipzig-Halle, *“el organismo encargado de la explotación de un aeropuerto [o cualquier otra infraestructura] debería financiar con recursos propios el coste de las construcciones en las que se basa su actividad económica. En estas circunstancias, debe rechazarse la alegación de que los costes de las*

*infraestructuras públicas deberían ser asumidos por la colectividad.*⁹⁴⁸ Este principio es también extensible a los usuarios de la infraestructura.

La coherencia a la que nos referimos es exigible desde luego al aplicar la condición de selectividad de la ventaja, pero también a la del cumplimiento del PIEM o al de la compensación del SIEG. Los beneficios son además evidentes también en términos de simplificación del análisis: seguir los principios en todas las circunstancias permite establecer un método que puede trasladarse a situaciones nuevas para garantizar que la conclusión es la correcta y más adecuada. Es lo que hemos hecho al trasladar el análisis de las medidas fiscales al de las *infraestructuras generales* y, creemos que el resultado es satisfactorio.

⁹⁴⁸ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 en el asunto T-443/08 y T-455/08, *Flughafen Leipzig-Halle y otros c/Comisión*, [2011] Rec. p. II-1311, apartado 107.

CAPÍTULO 4: LA DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA UE Y EL EFECTO SOBRE LOS INTERCAMBIOS COMERCIALES ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS

La última condición que requiere el artículo 107.1 TFUE para calificar una medida como ayuda de Estado es que distorsione la competencia en la Unión y que afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.⁹⁴⁹

Como ha señalado la Comisión Europea, “[s]e trata de dos elementos distintos y necesarios del concepto de ayuda. En la práctica, sin embargo, [el efecto sobre el comercio entre los Estados miembros y la distorsión de la competencia] suelen tratarse conjuntamente al evaluar las ayudas estatales puesto que, como norma, se consideran estrechamente vinculados”.⁹⁵⁰

El Tribunal de Justicia también ha relacionado expresamente ambas condiciones:

“[E]n materia de ayudas de Estado los requisitos relativos, respectivamente, a la incidencia sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y a la distorsión de la competencia están, por regla general, indisociablemente unidos. Así, el Tribunal de Justicia, [ha declarado] que «cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios,

⁹⁴⁹ “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”. Artículo 107.1 TFUE.

⁹⁵⁰ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), apartado 186.

procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios».⁹⁵¹

Veremos, no obstante, que cada uno de los dos elementos tienen un perfil y conllevan una serie de exigencias propias, demarcadas claramente por el TJUE y la Comisión.⁹⁵²

Antes de entrar a examinar bajo qué condiciones una medida de financiación distorsiona la competencia y afecta al comercio entre los Estados miembros, quisiéramos reseñar la existencia de cierto solapamiento entre esta cuarta condición del artículo 107.1 TFUE y la exigencia, también contenida en ese artículo y analizada previamente, de que la medida beneficie a una o varias empresas. Como hemos visto, la definición de empresa incorpora como requisito *sine qua non* que la entidad en cuestión actúe en un mercado competitivo. Aunque existen diferencias en la aplicación práctica del requisito de la existencia de competencia en uno y otro contexto.

Es preciso remarcar también que el análisis de los efectos de la medida sobre la competencia y el comercio no solo es relevante a fin de determinar su calificación como ayuda de Estado, sino también, si se da el caso, para determinar su compatibilidad con el mercado interior. Esto último requiere

⁹⁵¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, en los asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98 *Alzetta Mauro* [2000] Rec.p.151, apartado 81. Véanse también sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980, en el asunto 730/79. *Philip Morris*, [1980] Rec. p. 2671, apartado 11 y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 2001 en el asunto T-288/97, *Regione Friuli Venezia Giulia*, [2001] Rec.p.115, apartado 41.

⁹⁵² “[T]he two conditions remain distinct and should not be conflated. A measure may distort competition, but relate to a wholly local situation. Equally, a measure may affect a market in which there is intra-EU trade, but the distortion or likely distortion of competition may not properly be demonstrated”. BACON, K. *European Union Law of State Aid*, New York, Oxford University Press, 2nd edition, 2013, en pág.82.

que, tras sopesar los efectos positivos y negativos de la medida, se concluya que priman los primeros.

Los efectos positivos se definen en términos de contribución a un objetivo de interés común, sea la protección del medio ambiente, el desarrollo de una región, potenciar determinadas actividades consideradas beneficiosas como las relativas a investigación y desarrollo, etc. En cuanto a los efectos negativos de las ayudas de Estado, éstos se refieren al falseamiento de la competencia entre los Estados miembros – elemento también de la definición de ayuda de Estado, aunque el análisis que hace de ambos la Comisión y el Tribunal es en sustancia distinto y formalmente diferenciado.

En cuanto a la razón de ser de la exigencia de que la medida afecte a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros, esta condición podría parecer arbitraria: los efectos nocivos sobre los consumidores y la economía en general de una medida de financiación que beneficie selectivamente a una empresa no se verán alterados –al menos no necesariamente– porque sus efectos repercutan únicamente en un Estado miembro. Pero este razonamiento pasa por alto el hecho de que la Unión Europea es una organización internacional y que el Derecho de la UE, pese a sus particularidades –a menudo exageradas⁹⁵³– está sometido a los principios

⁹⁵³ De acuerdo con el Tribunal de Justicia, “*el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales ... Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos*”. [Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE - Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo, [1991] Rec. p. I-6079, apartado 21]. Véase, en el

generales del Derecho Internacional, incluido el de soberanía nacional de los Estados miembros. En lo que respecta a la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE, los dos elementos que la componen, la distorsión de la competencia y el efecto sobre el comercio entre los Estados Miembros, se refieren a los efectos transnacionales de la medida y aluden al principio de subsidiariedad, que es un principio general del Derecho de la UE. Se trata por tanto de limitaciones que siguen una lógica puramente jurídica, no económica, y cuyo origen último se encuentra en el principio de soberanía nacional de los Estados Miembros.⁹⁵⁴

Tal y como está formulado en el artículo 5.3 del TUE, el principio de subsidiariedad actúa únicamente como un límite que afecta al ejercicio de las

mismo sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet presentadas el 19 de septiembre de 2017 en el asunto C-284/16, *Achmea*, apartado 231.

Los considerados como pilares del Derecho de la UE son, según el Tribunal, los principios de primacía sobre los derechos de los Estados miembros y de efecto directo de una serie de sus disposiciones sobre los Estados miembros y sus nacionales, establecidos respectivamente en las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, en el asunto 6/64, *Costa c/Enel*, [1964] Rec.p.66 y de 5 de febrero de 1963, en el asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] Rec.p.1.

Ambas características, primacía y efecto directo, son propias también del Derecho Internacional general. El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, consagra el principio “*pacta sunt servanda*” y el artículo 27 la imposibilidad de invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado – lo que equivale al reconocimiento del principio de primacía del Derecho internacional, al menos en la misma medida y con las mismas reservas que respecto al Derecho de la UE. En cuanto al efecto directo, son cada vez más los instrumentos de derecho internacional que reconocen la eficacia de sus disposiciones respecto a los nacionales de los Estados parte, estableciendo asimismo mecanismos destinados a garantizar su cumplimiento, en especial en el ámbito de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

A mayor abundamiento, en algunos casos el Derecho Internacional general es aplicable con mayores garantías coercitivas que el propio Derecho de la UE – en particular, aunque no únicamente, en el caso de las normas imperativas de derecho internacional general o *ius cogens* cuya primacía, efecto directo e inderogabilidad – salvo por otra norma de *ius cogens* – figuran en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

⁹⁵⁴ Si bien las consideraciones económicas no tienen relevancia a la hora de explicar la inclusión del requisito de distorsión de la competencia y afectación del comercio entre los Estados miembros, el examen de su cumplimiento sí que requerirá un análisis económico que determine si existe o no una distorsión de la competencia, aunque, como veremos, la lógica jurídica prevalece claramente sobre la económica.

competencias de la Unión Europea; más concretamente, como una limitación al ejercicio de las competencias de la Unión cuando éstas son compartidas con los Estados miembros:

*“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.”*⁹⁵⁵

Esta disposición se introdujo en el Tratado de la UE a través de la reforma llevada a cabo por el Tratado de Maastricht.⁹⁵⁶

La inclusión en 1997 por el Tratado de Ámsterdam del Protocolo nº 2 al Tratado de la Comunidad Europea sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad reforzó la concepción y aplicación del principio como instrumento para el ejercicio de las competencias atribuidas a la UE.

⁹⁵⁵ Artículo 5.3 TUE.

⁹⁵⁶ *“En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.”* Artículo 3 B TUE. Si bien el Acta Única Europea ya había introducido en los Tratados el principio de subsidiariedad, lo hizo en relación únicamente a la política de medio ambiente.

“La Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente. Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros asumirán la financiación y la ejecución de las demás medidas.” Artículo 130 R.4 TCE, introducido por el artículo 25 del Acta Única Europea.

El principio de subsidiariedad tiene sin embargo un contenido más amplio que el expresamente enunciado en el Tratado. De manera explícita, el principio constituye únicamente un criterio para el ejercicio de las competencias de la UE,⁹⁵⁷ y así queda expresado en el TUE al regular el principio de distribución de competencias:

*“La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.”*⁹⁵⁸

Esta norma se complementa con lo dispuesto en los artículos 3.6 TUE, que establece que “[l]a Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”, y 4.1 TUE, según el cual “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.”

No obstante, además de ser un criterio que rige el ejercicio de las competencias compartidas entre los Estados miembros y la UE, el principio de subsidiariedad sirve también implícitamente para determinar la distribución de competencias entre la UE y los Estados Miembros.

En concreto, la Unión debe actuar únicamente cuando un objetivo pueda alcanzarse mejor mediante una actuación a nivel supranacional que mediante medidas nacionales, entendiendo esta condición para la actuación

⁹⁵⁷ Al menos en teoría: “Although these visions on subsidiarity up to now position the principle as a tool to demarcate between European and national competences, they are rather theoretical and create a top-down approach in understanding how competences are employed in the EU law-making process... the competences between the EU and the Member States are demarcated in daily practice by negotiating and balancing national discretionary powers, rather than defined through the legal framework and application of subsidiarity.” CONSTANTIN, S. “Rethinking subsidiarity and the balance of powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and beyond”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 4 [2008] págs.151-177, en pág.153.

⁹⁵⁸ Artículo 5.1 TUE.

de la UE no solo aplicable al ejercicio de una competencia atribuida, sino también a la atribución misma de la competencia en favor de la UE, como prerequisite de su actuación. En su primera vertiente no sería aplicable al Derecho de la competencia, ya que éste constituye una competencia exclusiva de la Unión Europea, pero sí que cobra relevancia en su uso como instrumento para la distribución misma de las competencias: la exigencia de que las ayudas de Estado para ser tales tengan efectos sobre la competencia y los intercambios entre los Estados miembros es precisamente una expresión del principio de subsidiariedad.

El requisito de que las medidas tengan un efecto supranacional se extiende de manera general al conjunto del derecho de la competencia, y como tal aparece expresamente formulada además de en el artículo 107 TFUE relativo a las ayudas de Estado, en los artículos 101 TFUE sobre las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas y en el artículo 102 TFUE sobre los abusos de posición dominante. Su vinculación con el principio de subsidiariedad ha sido formulada por el Tribunal General de la UE, que ha considerado expresamente que la condición de afectación del comercio entre los Estados miembros es una concreción del principio de subsidiariedad:

“En el contexto del [actual artículo 101 TFUE], apartado 1, el principio de subsidiariedad se concreta en la limitación de la prohibición de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Así, cuando concurren elementos objetivos, de hecho o de Derecho, que permitan presumir con un grado de probabilidad suficiente que tales comportamientos pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, debe considerarse que los mencionados comportamientos pueden afectar al comercio entre Estados miembros.

Cuando esta acción adopta la forma de una decisión de la Comisión, ésta se ajusta al principio de subsidiariedad cuando demuestra de modo suficiente conforme a Derecho que el comercio entre Estados miembros puede resultar afectado por el acuerdo entre empresas, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada cuya legalidad examina.”⁹⁵⁹

Una vez aclarado que el requisito de distorsión de la competencia y afectación del comercio entre los Estados miembros deriva del principio de subsidiariedad y es común a todos los ámbitos del derecho de la competencia, es preciso dilucidar cómo se identifican el o los mercados respecto a los cuales se predica la distorsión de la competencia y la existencia de comercio al nivel de la UE.

4.1 La delimitación de los mercados de referencia

De manera análoga a la selectividad de la medida, la definición del mercado relevante para identificar si la medida examinada distorsiona la competencia y afecta a los intercambios comerciales entre los Estados Miembros tiene una vertiente geográfica – el mercado geográfico– y una material –el mercado del producto.

En 1997 la Comisión aprobó una Comunicación sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.⁹⁶⁰ Esta Comunicación, que sigue vigente, se limita únicamente

⁹⁵⁹ Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2006 en el asunto T-168/01, *GlaxoSmithKline*, [2006] Rec.p. II-2969, apartados 201 y 202.

⁹⁶⁰ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, D.O. n° C 372 de 09/12/1997 págs.5 – 13.

a la aplicación de las normas sobre abusos de posición dominante y al control de las operaciones de concentración y las prácticas concertadas, y no se extiende al control de las ayudas de Estado. Dado que en ese contexto el análisis económico y la delimitación de los mercados reviste mayor trascendencia que en el del control de las ayudas de Estado, la Comunicación contiene indicaciones más detalladas de lo que reflejan la práctica de la Comisión y el Tribunal cuando examinan el cumplimiento de las condiciones de distorsión de la competencia y afectación del comercio entre los Estados miembros. No obstante, la Comunicación sigue las mismas pautas generales y en lo esencial, su contenido es trasladable al ámbito del control de las ayudas de Estado. Por ejemplo, establece que en su ámbito de aplicación, el mercado de referencia se determina combinando el mercado del producto y el mercado geográfico. También reproduce el principio según el cual la definición de un mercado se rige primordialmente por la sustituibilidad de la demanda. Estos dos principios también fundamentan la definición del mercado relevante de las ayudas de Estado:

Respecto al mercado del producto, éste comprende *“la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”*⁹⁶¹

En cuanto al mercado geográfico de referencia, éste abarca *“la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que*

⁹⁶¹ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, D.O. n° C 372 de 09/12/1997 págs.5 – 13, apartado 7.

*las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.*⁹⁶²

En ocasiones resultará difícil delimitar con precisión cuál es el mercado relevante, ya que los conceptos de sustituibilidad y homogeneidad de condiciones de competencia no son objetivos y permiten interpretaciones más o menos extensivas. Esto es cierto especialmente cuando la medida puede afectar a diversos mercados, inclusive de manera indirecta y se acentúa por no resultar siempre evidente qué criterios han de aplicarse para determinar si un mercado se ve o no indirectamente afectado por una medida.

Encontramos un ejemplo muy ilustrativo en las infraestructuras energéticas. En este caso, ¿ha de considerarse que el mercado de referencia del producto cubre tan solo un segmento específico –el de las energías renovables, por ejemplo, o incluso más limitado, la energía eólica, por ejemplo– o el mercado energético en su conjunto?⁹⁶³

En la decisión **GoBiGas**,⁹⁶⁴ la Comisión analizó una medida notificada por las autoridades suecas, destinada a financiar un prototipo precomercial de una planta de gasificación indirecta de biomasa para la obtención de biometano, que se inyectaría en la red. En su decisión, la Comisión delimitó los mercados afectados por este proyecto de I+D: consideró, por un lado, que el mercado del producto lo constituía el conjunto del mercado de metano, que incluye el mercado del gas natural – una fuente

⁹⁶² Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, D.O. n° C 372 de 09/12/1997 págs.5 – 13, apartado 8.

⁹⁶³ Véase State aid – Malta State aid C 32/10 (ex N 520/09), *Environmental Project for Delimara Power Station Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union* (2011/C 52/03), apartado 55.

⁹⁶⁴ State aid N 276/2010 – *Sweden Aid for the project "GoBiGas"*, Brussels, 14.12.2010 C(2010)8921final.

de energía fósil– y del biometano –una fuente de energía renovable–, y no solo el de biometano, remarcando que no había distinguido en el pasado entre las fuentes energéticas en función de sus efectos medioambientales, sino que había incluido en el mismo mercado todos los productos que por su uso pudieran considerarse sustitutivos.⁹⁶⁵

En el caso de las infraestructuras destinadas o con un componente dedicado a la investigación, como en el caso de la planta sueca, al margen del mercado en que se encuadra la actividad de investigación que se desarrolla en la infraestructura, existirá un segundo mercado de referencia del producto, distinto, del que formará parte la propia tecnología utilizada. La dimensión supranacional y el potencial efecto distorsionador de la medida deberá examinarse por separado respecto a cada uno de ellos:

“En la medida en que una actividad innovadora específica se asocie a múltiples mercados de producto futuros, la incidencia de las ayudas estatales se estudiará en el conjunto de los mercados de referencia. En determinados casos, los propios resultados de las actividades de I+D+i, por ejemplo, en forma de derechos de propiedad intelectual, son objeto de comercio en los mercados tecnológicos, por ejemplo, a través de licencias o comercialización de patentes. En esos casos, la Comisión puede también atender a la incidencia de la ayuda en la competencia en los mercados tecnológicos.”⁹⁶⁶

⁹⁶⁵ “The Commission agrees with Sweden that the total methane market is the relevant product market for bio-methane. This is in line with a State aid decision taken by the Commission on a similar case. It is also in conformity with a large number of decisions taken on the basis of the Community Guidelines on State aid for environmental protection and, more particularly, with cases regarding aid for cogeneration and district heating. In such cases, the Commission has in particular not distinguished between energy sources solely on the basis of their environmental performance as long as the products are substitutable.” *Ibíd.*, apartados 125 y 129 a 144.

⁹⁶⁶ Comunicación de la Comisión, Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, 2014/C 198/01, 27.6.2014, apartado 110.

En su decisión GoBiGas, la Comisión examinó los efectos de la medida sobre los mercados de la tecnología de gasificación indirecta de biomasa para la obtención de biometano.⁹⁶⁷ El elemento innovador inherente al proyecto consistía en la específica combinación de tecnologías de gasificación –de gasificación de fuentes de energía fósiles y renovables– utilizadas anteriormente por separado.⁹⁶⁸ La conclusión del análisis fue que esta innovación podía afectar potencialmente a varios mercados tecnológicos relacionados con la gasificación de biometano.⁹⁶⁹

La Comisión determinó también el ámbito geográfico de cada uno de los mercados afectados, estableciendo que, en el caso del mercado del metano, el ámbito era “al menos” europeo, y en el caso de los mercados tecnológicos, el ámbito geográfico era global.⁹⁷⁰

En general, el criterio seguido por la Comisión al delimitar los mercados afectados por las medidas de financiación potencialmente constitutivas de una ayuda de Estado ha sido muy voluble.

Por ejemplo, respecto a las infraestructuras destinadas a actividades culturales –museos, centros culturales, etc.– la Comisión no solo ha considerado la mayor parte de las actividades culturales como sustitutivas, englobándolas por tanto en un mismo mercado, sino que en algunos casos ha

⁹⁶⁷ Este examen se enmarcó no en el análisis de la calificación de la medida como ayuda de Estado, que ya había sido establecida respecto al mercado gasístico, sino en el de su compatibilidad con el mercado interior.

⁹⁶⁸ State aid N 276/2010 – Sweden Aid for the project "GoBiGas", Brussels, 14.12.2010 C(2010)8921final, apartados 20 a 25.

⁹⁶⁹ *Ibíd.* apartado 126.

⁹⁷⁰ *Ibíd.* apartado 149.

ido aún más allá, extendiendo los límites del mercado relevante al conjunto de las atracciones turísticas.⁹⁷¹

En otras ocasiones, la Comisión ha sido sin embargo más cauta: por ejemplo, al analizar la financiación del **museo del fútbol en Dortmund**, la Comisión descartó en primer lugar que el mercado de referencia se limitara a los museos del fútbol, cuya dimensión difícilmente podría considerarse como supranacional por ser excesivamente restrictivo. Descartado este mercado como el de referencia, cualquier otro mercado más extenso tendría normalmente dimensión comunitaria; algo difícilmente discutible, en particular si el proyecto tuviera el potencial de atraer turistas de otros Estados miembros –lo cual parece evidente en el caso de un museo dedicado a un club de fútbol de renombre– y, consecuentemente, de distorsionar los flujos comerciales. Sin duda por esta razón, las autoridades alemanas alegaron que el museo no atraería turistas de otros Estados y, por tanto, la medida no tendría incidencia alguna en el comercio comunitario. La Comisión consideró que los argumentos usados por las autoridades alemanas en este sentido se basaban parcialmente en especulaciones sobre las preferencias e intereses de los aficionados al fútbol y que, además de al propio equipo, el museo serviría para dar publicidad – y por ello una ventaja competitiva – a los patrocinadores

⁹⁷¹ “Given the yearly number of visitors to the Bochnia heritage site and in view of its location in southern Poland near to the borders with Slovakia and the Czech Republic, which facilitates cross-border tourism, the fact that some of the many international visitors to the nearby town of Cracow also come to see the Bochnia salt mine, and the fact that the market for exploiting touristic attractions is open for undertakings from other Member States, the measures under assessment also have an effect on trade between Member States.” State aid case No NN 67/2010 (ex N 194/2010) – Poland Aid to promote heritage conservation in the salt mine of Bochnia, Brussels, 14/12/2010, C(2010)8917 final, citada en CRUZ YÁBAR, P. “State Aid in Cultural Infrastructures”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 8 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.jaspersnetwork.org/plugins/servlet/documentRepository/downloadDocument?documentId=241> [Consultado el 12 de diciembre de 2017]

del club que indiscutiblemente desarrollaba actividades con incidencia internacional. La consecuencia es que la medida afectaría a otros mercados.

Sin embargo, todo ello no fue suficiente para que la Comisión declarara unívocamente la afectación de la competencia y los intercambios entre los Estados miembros. En su lugar, la Comisión recapituló su práctica consolidada basada en la distinción entre la financiación de museos de prestigio mundial, que inmediatamente se considera que afecta al comercio entre los Estados miembros, y la de los pequeños museos locales, que no tiene dicho impacto. Ejemplos del primer tipo son los museos federales austriacos situados en Viena – Kunsthistorisches Museum, Albertina, MAK, Galerie Belvedere, Museum Moderner Kunst Stiftung Ludwig, Naturhistorisches Museum Wien, Technisches Museum Wien, Nationalbibliothek –, que albergan exposiciones de importancia internacional. A juicio de la Comisión estas exposiciones constituían un importante aliciente para la atracción de turistas y además podrían ser organizadas también en museos de otros Estados miembros. Por ello, al conceder el Ministro de Finanzas garantías a las entidades y particulares que prestaran obras a los citados museos, concedió a aquéllos una ventaja constitutiva de ayuda de Estado.⁹⁷² El hecho de que una mayoría de los Estados de la UE prestaran similares garantías a sus museos nacionales⁹⁷³ no tuvo ninguna incidencia en esta conclusión. Por el contrario,

⁹⁷² Case State aid NN50/2007 (ex CP206/2005) — Austria *Indemnity scheme for federal museums*, Brussels, 10.X.2007, C (2007) D/ 4322 FINAL. Véase también State aid No NN 43/2007 (ex N 31/2006) – Czech Republic, *Compensation for loss and damage on objects provided to large public exhibitions*, Brussels, 30.IV.2008 C (2008) 1624 final

⁹⁷³ Véase Study n° 2003-4879 - An inventory of national systems of public guarantees in 31 European countries (June 2004), citado en la nota a pie de página 4 de la decisión Case State aid NN50/2007 (ex CP206/2005) — Austria *Indemnity scheme for federal museums*, Brussels, 10.X.2007, C (2007) D/ 4322 FINAL.

respecto a los museos locales de Cerdeña⁹⁷⁴ y el Ecomuseo de Alsacia⁹⁷⁵ la Comisión consideró que era improbable que las ventajas obtenidas a través de la provisión de fondos estatales pudiesen distorsionar la competencia y afectar al comercio entre los Estados miembros.

En el caso del museo del fútbol de Dortmund, la Comisión, tras recapitular estos precedentes, consideró que era “difícil” determinar si pertenecía a uno u otro grupo. En el caso concreto consideró innecesario pronunciarse al respecto, ya que en todo caso la medida de financiación sería aprobada y podría ejecutarse como una ayuda de Estado compatible con el mercado interior.⁹⁷⁶

A las dificultades en la identificación del mercado o mercados de referencia derivadas de la práctica decisoria inconsistente de la Comisión se suma el hecho de que mercados que tan sólo se ven tangencialmente afectados por la medida de financiación pueden ser considerados relevantes.⁹⁷⁷

La principal conclusión que se puede extraer de estas decisiones y, en general, de la forma en que la Comisión delimita cuál es el mercado relevante a efectos de la aplicación del artículo 107.1 TFUE, es que no existen un criterio sistemático para decidir la inclusión o exclusión de determinadas

⁹⁷⁴ Aiuto di Stato N 630/2003 – *Italia Musei di interesse locale – Regione autonoma della Sardegna*, Bruxelles, 18.02.2004 C(2004)317fin

⁹⁷⁵ Aide d’Etat NN 136/A/02 – *France Mesures concernant l’Ecomusée d’Alsace*, Bruxelles, le 21.1.2003

⁹⁷⁶ State aid N 158/2010 – *Germany Fußballmuseum Dortmund*, Brussels, 21.09.2010, C(2010) 6443, apartado 27

⁹⁷⁷ Quedan exceptuados los mercados afectados únicamente por actividades accesorias (*ancillary activities*) de la empresa, o aquéllos en los que la empresa beneficiaria realiza actividades principales – es decir, no consideradas como accesorias – pero que no se benefician directamente de la financiación a condición de que exista una separación de cuentas entre las diversas actividades y se garantice la ausencia de subsidios cruzados entre las actividades. Véase por ejemplo State aid No N 497/2006 – *Czech Republic, Přerov Municipal Hall* (Přerov Městský Dům), Brussels, 20/XII/2006 C (2006) 6685 final.

actividades ni se emplea un análisis económico mínimamente riguroso dejando a la Comisión un amplio grado de discrecionalidad y provocando cierta inseguridad jurídica.

El Tribunal de Primera Instancia ha respaldado en este sentido a la Comisión al considerar que ésta “*no está obligada a realizar un análisis económico de la situación real del mercado considerado, de la cuota de mercado de las empresas beneficiarias de las ayudas, de la posición de las empresas competidoras y de las corrientes de intercambio de los servicios de que se trata entre los Estados miembros*”.⁹⁷⁸

Las causas de esta laxitud, dejadez incluso, en imponer criterios claros estriban en nuestra opinión en que, como hemos señalado anteriormente, la exigencia de afectación de los intercambios y la competencia al nivel de la UE tiene una justificación esencialmente jurídica, no económica.⁹⁷⁹ El análisis económico relativo a la distorsión de la competencia y la afectación del comercio entre los Estados miembros, que incluye la delimitación del mercado de referencia, queda así relegado a un discreto segundo plano.

Trataremos en detalle de estos y otros aspectos relacionados con los dos componentes de la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE en los siguientes apartados de este capítulo.

⁹⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2000 en el asunto T-55/99, *CETM*, [2000] Rec.p.223, apartado 102.

⁹⁷⁹ Contrasta el análisis tan somero y superficial que realiza la Comisión al delimitar el mercado relevante con el examen mucho más detallado que aplica al sopesar los efectos positivos y negativos de las ayudas de Estado para dirimir su compatibilidad con el mercado interior. Véase por ejemplo apartados 102 a 118 de la *Comunicación de la Comisión sobre el Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación*, DO C 198 de 27.6.2014, p. 1/29

4.2 La distorsión de la competencia

Se producirá una distorsión de la competencia en el momento en que la medida de financiación refuerce la posición competitiva del beneficiario, reduciendo los costes propios de su gestión corriente, es decir, sus gastos operativos o de inversión, en relación a sus competidores.⁹⁸⁰ El elemento decisivo es por tanto el cambio en la situación del receptor de la financiación respecto a la competencia. Ello requiere que la medida otorgue una ventaja al beneficiario, que exista competencia en el mercado de referencia y que la posición relativa de los rivales del beneficiario empeore, siquiera sea potencialmente a resultas de la medida. La concurrencia de ambas condiciones hará que quede acreditada la distorsión de la competencia. La distorsión puede ser potencial, puesto que según el artículo 107.1 TFUE, las ayudas han de *falsear o amenazar falsear* la competencia.

Cabe por ende la posibilidad de que una medida de financiación falsee la competencia sin que a raíz de ella la empresa beneficiaria aumente su cuota de mercado. Bastará que gracias a la ayuda se impida a los competidores ampliar su peso respectivo en el mercado, o que se demuestre que, potencialmente, la medida podría originar una mejora competitiva para la empresa beneficiaria, sin que haya que acreditar que ésta se ha producido realmente.

En prácticamente ninguna decisión de la Comisión existe un análisis económico concreto del impacto de la medida sobre la posición del beneficiario o sus competidores. Ello va ligado indisolublemente a la

⁹⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, en el asunto C-172/03, *Heiser*, [2005] Rec.p. I-1627, apartado 55.

aceptación de distorsiones potenciales de la competencia como aptas para dar por satisfecha dicha condición del artículo 107.1 TFUE.⁹⁸¹

Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha adoptado, una vez más, una actitud muy condescendiente respecto a la obligación de la Comisión de probar la distorsión, actual o potencial de la competencia, permitiendo que pueda deducirla de las propias circunstancias en las que se concedió la ayuda, e incluso de las características del mercado en cuestión. Así, el Tribunal ha llegado a juzgar que una ventaja otorgada a una empresa activa en un mercado que ha sido liberalizado distorsiona *ipso facto* la competencia.⁹⁸²

No servirá para revertir este hecho el que la ayuda esté destinada únicamente a compensar una desventaja competitiva soportada por el beneficiario en relación con sus competidores en otros Estados Miembros,

⁹⁸¹ “Aplicada a la calificación de una medida de ayuda, la obligación de motivación exige que se indiquen las razones por las cuales la Comisión considera que la medida de que se trate está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1. A este respecto, según la jurisprudencia, la Comisión no está obligada a acreditar la incidencia real de las ayudas sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente a examinar si tales ayudas pueden afectar a dichos intercambios y falsear la competencia”. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 8 de septiembre de 2011, en el asunto C-279/08 P, *Comisión c/Países Bajos* [2011] Rec.p.511, apartado 131. Véase en ese sentido también la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980 en el asunto 730/79, *Philip Morris c/Comisión*, [1980] Rec.p.2671, apartados 11 y 12.

⁹⁸² “[U]n régimen de ayudas establecido en un mercado inicialmente cerrado a la competencia debe considerarse, en el momento de la liberalización de este mercado, un régimen de ayudas existente, en la medida en que no entraba, en el momento de su establecimiento, en el ámbito de aplicación del [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado, aplicable únicamente en los sectores abiertos a la competencia... En el presente caso, puesto que el Reglamento n. 1018/68 abrió a la competencia el sector del transporte internacional de mercancías por carretera a partir de 1969, los regímenes de ayudas controvertidos, establecidos en 1981 y en 1985, entraban, en el momento de su establecimiento, en el ámbito de aplicación del [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado y debían considerarse, por consiguiente, regímenes de ayudas nuevos, sujetos, por tanto, a la obligación de notificación prevista en el [actual artículo 108], apartado 3, del Tratado.” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, en los asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98 *Alzetta Mauro* [2000] Rec.p.151, apartados 143 y 145.

como ha sido alegado en ocasiones ante la Comisión y el Tribunal. Incluso si las empresas competidoras han recibido ayudas de Estados ilegales y contrarias al mercado interior otorgadas por otro Estado Miembro, el ordenamiento de la UE prohíbe restablecer la igualdad y el equilibrio de la competencia en el mercado mediante la concesión ayudas de Estado a los competidores.⁹⁸³ Esta postura responde también a un principio general, no exclusivo del Derecho de la UE, por el cual una infracción del ordenamiento jurídico no puede corregirse mediante otra infracción.

La Comisión está no obstante sujeta también a ciertos límites impuestos por el Tribunal de Justicia a la hora de dar por probada una distorsión de la competencia. El Tribunal exige que en la motivación de sus decisiones la Comisión incluya al menos una mención a las circunstancias en las que basa la existencia de una distorsión de la competencia. De lo contrario, la Comisión estará infringiendo el deber de motivación exigido por el artículo 296 TFUE⁹⁸⁴ y en consecuencia su decisión será anulada.⁹⁸⁵

⁹⁸³ “[L]a circunstancia de que... al fijar dicho tipo el Gobierno francés se propusiera aproximarlos a los practicados en los restantes países miembros, [no puede] desvirtuar el carácter de ayuda de la medida controvertida, que está prohibida fuera de los casos y procedimientos dispuestos por el Tratado” Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1969 en los asuntos acumulados 6 y 11/69, *Comisión/Francia*, [1969], Rec.p.523, apartado 21.

⁹⁸⁴ “[L]a motivación debe mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la Institución de la que emane el acto, de modo que el Juez comunitario pueda ejercer su control y los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada, con el fin de defender sus derechos. Debe apreciarse en relación con el contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Si bien la Comisión no está obligada a responder, en la motivación de una Decisión, a todos los puntos de hecho y de Derecho invocados por los interesados durante el procedimiento administrativo, debe tener en cuenta todos los elementos pertinentes del caso.” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, en los asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98 *Alzetta Mauro* [2000] Rec.p.151, apartado 104.

⁹⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996 en los asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, *Alemania c/Comisión*, [1996] Rec. p. I-5151, apartados 52 a 58.

La jurisprudencia sobre este punto es inconsistente y algo confusa. En al menos una ocasión, en el caso *Wam*, el Tribunal de Justicia ha exigido a la Comisión un examen en profundidad de los efectos previsibles de la medida sobre el comercio intracomunitario, pese a estar el beneficiario activo en un mercado liberalizado y exportar una parte sustancial de su producción a otros países de la UE:

“[E]n el caso de autos... las ayudas controvertidas no guardan una relación directa con la actividad del beneficiario en [el mercado de referencia], sino que tienen por objeto la financiación de gastos para la penetración comercial en Estados terceros. En tales circunstancias, y sobre todo al tratarse de ayudas cuyo importe del equivalente de subvención es relativamente pequeño, la repercusión de estas ayudas en los intercambios y la competencia intracomunitaria es menos inmediata y más difícil de percibir, lo que requiere que la Comisión motive su decisión con mayor profundidad.”⁹⁸⁶

Si ya de por sí este razonamiento resulta discutible y en franco desacuerdo con su práctica consolidada –que, como veremos, admite que la distorsión de la competencia se origine en una ventaja otorgada a actividades de exportación– el Tribunal añadió a continuación otro argumento difícil de asumir. Según el Tribunal, la financiación concedida en forma de préstamos a bajo interés para la realización de los programas de penetración comercial de la empresa *Wam* en Japón, Corea del Sur y Taiwán, no tenían por objeto liberar a la empresa de los costes asociados a su gestión corriente. En base a ello, el Tribunal anuló la decisión y decidió que la Comisión debía establecer de manera detallada el vínculo entre la ventaja obtenida por la empresa y los efectos sobre la competencia en la UE. Lo cierto es que la Comisión había

⁹⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de abril de 2009, en el asunto C-494/06 P, *Wam SpA*, [2009] Rec.p.272, apartado 62.

establecido que la empresa beneficiaria desarrollaba su actividad en un mercado liberalizado de dimensión europea,⁹⁸⁷ y había cuantificado el porcentaje de sus ventas a otros Estados miembros en algo menos de un 40% de las ventas totales. También es reseñable que la investigación se inició a raíz de la denuncia de un competidor en el mercado de la UE. Pese a ello, o quizás precisamente anticipando las críticas que podían verterse contra su sentencia, el Tribunal puso mucho énfasis en que su sentencia no se apartaba de la jurisprudencia sobre distorsión de la competencia de las ayudas de Estado, “*sino que [simplemente] tuvo en cuenta las circunstancias específicas del... asunto*”.⁹⁸⁸

En muchas decisiones anteriores la Comisión se ha basado en elementos menos robustos a la hora de establecer el efecto de una medida sobre el comercio entre los Estados miembros sin que los Tribunales de la UE las hayan anulado por ausencia de motivación.

En la sentencia Alemania contra Comisión de 19 de septiembre de 2000, relativa a una exención fiscal introducida en favor de las pequeñas y medianas empresas en los nuevos *Länder*, el Tribunal de Justicia declaró que “*en principio, las ayudas al funcionamiento, a saber, aquellas que, como la que resulta [de la exención fiscal], tienen el objetivo de liberar a una empresa de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales,*

⁹⁸⁷ “*Wam es una empresa italiana que diseña, fabrica y vende maquinaria mezcladora industrial y sus componentes, principalmente para uso en los sectores de la alimentación, químico, farmacéutico y medioambiental.*” Opinión de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 20 de noviembre de 2008, en el asunto C-494/06 P, *Wam SpA*, apartado 6.

⁹⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de abril de 2009, en el asunto C-494/06 P, *Wam SpA*, [2009] Rec.p.272, apartado 64.

*con los que normalmente debería haber cargado, falsean las condiciones de competencia”.*⁹⁸⁹

En el caso *Wam*, el Tribunal podría haber estimado igualmente que los gastos inherentes a los programas de penetración comercial son costes propios de la gestión corriente de una empresa y que, al competir la empresa beneficiaria con empresas de otros Estados miembros, la medida distorsionaba la competencia en la UE.⁹⁹⁰ En nuestra opinión, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la única manera de haber excluido esta distorsión –ciertamente potencial, pero recordemos que ello es todo lo que requiere el Tribunal de Justicia– habría sido si la empresa *Wam* hubiese podido demostrar contablemente la estricta separación entre los gastos e ingresos provenientes de actividades externas y las actividades que se desarrollan en el seno de la UE.

En este sentido, el Tribunal de Justicia ha exigido que, incluso cuando una medida beneficie a actividades desarrolladas en un mercado en el que se excluye la posibilidad de que exista competencia, ha de descartarse también la existencia de subvenciones cruzadas en favor de actividades desarrolladas por el beneficiario en otros mercados en los que sí existe o podría existir potencialmente competencia.⁹⁹¹ El Tribunal ignoró sin embargo esta jurisprudencia, perfectamente asentada.

⁹⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2000 en el asunto C-156/98, *Alemania c/Comisión*, [2000] Rec.p.467. Véase también Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, en el asunto C-172/03, *Heiser*, [2005] Rec.p. I-1627, apartado 55

⁹⁹⁰ Este de hecho fue el principal argumento utilizado por la Comisión en la decisión adoptada para sustituir la decisión anulada por el Tribunal de Justicia. Véase Commission Decision of N° C 4/2003 (ex NN 102/2002) on *the State aid implemented by Italy for WAM SpA*, Brussels, 24 March 2010 C(2010) 1711 final, en particular apartado 87.

⁹⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 2010, en el asunto C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* [2010] Rec.I-5243, apartado 50

El caso *Wam* es ciertamente excepcional y sus efectos son fácilmente evitables por la Comisión en el futuro mediante una más detallada exposición del vínculo entre la ventaja y las actividades en mercados competitivos en la UE.⁹⁹² Pese a esta sentencia, en la inmensa mayoría de los casos en que el beneficiario de una medida de financiación con fondos estatales desarrolle una actividad en un mercado competitivo se cumplirá con el requisito de afectación de la competencia.

Más relevante para la financiación de infraestructuras es la figura del monopolio legal: si la regulación del mercado afectado cumple determinadas condiciones que permiten calificarlo como un monopolio a efectos del control de las ayudas de Estado, la medida de financiación no distorsionará la competencia y no constituirá una ayuda de Estado. La existencia de un monopolio legal unívocamente excluye cualquier posibilidad de distorsión de la competencia y, consecuentemente, de que se puedan calificar como ayudas de Estado las ventajas otorgadas a las empresas monopolísticas.

En uno de los primeros casos – si no el primero – en el que aplicó este razonamiento, el asunto **Network Rail**⁹⁹³, la Comisión distinguió acertadamente entre la competencia en el mercado y la competencia por el mercado. Sólo en ausencia de ambas será posible descartar la existencia de una ayuda de Estado.

Entre las medidas examinadas por la Comisión se incluían una subvención pública y una serie de desgravaciones fiscales, destinadas a facilitar la adquisición, por parte de Network Rail, una compañía pública, de

⁹⁹² Commission Decision of N° C 4/2003 (ex NN 102/2002) on *the State aid implemented by Italy for WAM SpA*, Brussels, 24 March 2010 C(2010) 1711 final apartados 84 a 97.

⁹⁹³ State aid No N 356/2002 – United Kingdom, *Network Rail*, Brussels, 17.07.2002, C(2002) 2622fin.

Railtrack plc y los derechos de operación del enlace ferroviario del Eurotúnel y de la estación de San Pancracio, propiedad de Railtrack Group, matriz de Railtrack plc. Esta compañía había adquirido la propiedad de las vías férreas, las señalizaciones y las principales estaciones de ferrocarril británicas en 1994, tras su privatización por el Estado. A raíz del gradual deterioro de la situación financiera de Railtrack plc, en el año 2001 el Estado británico la intervino a través de Network Rail. La razón principal de la intervención era la necesidad de garantizar la seguridad del transporte por ferrocarril tras varios accidentes producidos por el deterioro de las infraestructuras propiedad de Railtrack plc. Las funciones de Network Rail se limitaron expresa y exclusivamente a la operación, mantenimiento, renovación y mejora de las vías férreas e infraestructuras conexas, prohibiéndole la provisión de cualquier otro tipo de servicios ferroviarios.

La Comisión consideró que la gestión de la red ferroviaria es una actividad confinada al territorio del Estado y que, su “naturaleza esencial” y los elevados costes de inversión requeridos, hacían que su duplicación fuese prohibitivamente cara. Estas características definían al mercado de la operación de las vías férreas como un “monopolio natural”, circunscrito al territorio del Estado miembro. Ello excluía la existencia de competencia en el mercado de la gestión de la infraestructura ferroviaria. Respecto a la competencia por el mercado de la gestión de la infraestructura ferroviaria, la Comisión recordó que, en todos los Estados miembros, excepto precisamente el Reino Unido, la competencia de gestión de la infraestructura ferroviaria estaba reservada al Estado, a menudo mediante el establecimiento de un monopolio legal. La existencia de un monopolio legal requeriría según la Comisión la atribución por ley de la competencia exclusiva para operar una infraestructura o realizar cualquier otro tipo de actividad en favor de una

entidad y la prohibición de acceder a dicha actividad a cualquier otro operador.

Por tanto, como regla general, tampoco en la vertiente de la competencia por el mercado podía existir una distorsión,⁹⁹⁴ siendo la excepción, precisamente el Reino Unido en el periodo entre la privatización y la renacionalización del operador ferroviario. En este caso, al privatizar en 1996 la compañía gestora –Railtrack plc–, el Estado creó un mercado competitivo, existiendo competencia por, aunque no en, el mercado de la gestión de la infraestructura. Tras el fracaso financiero de la compañía y el deterioro continuo de la red ferroviaria y la ausencia de competidores interesados en adquirir la compañía, el Reino Unido decidió otorgar una licencia ilimitada de gestión de la infraestructura a la compañía Network rail. En consecuencia, el Reino Unido cerró de nuevo el acceso potencial al mercado a otras compañías alineando su sistema de gestión con el imperante en el resto de Estados miembros. La Comisión consideró que, puesto que la financiación estatal concedida a Network Rail no beneficiaba sino a las actividades ejercidas en el marco de un mercado cerrado a la competencia, ésta no podía verse distorsionada por la medida.⁹⁹⁵

Este razonamiento no es extensible a infraestructuras ferroviarias distintas de las infraestructuras de red. Es importante realizar esta distinción

⁹⁹⁴ Véase State aid SA. 39177(2015/N) — Hungary, *The Intermodal Development of the Port of Baja*, Brussels, 21.8.2015 C(2015) 5803 final, apartado 54.

⁹⁹⁵ En particular, State aid No N 356/2002 – United Kingdom, *Network Rail*, Brussels, 17.07.2002, C(2002) 2622fin apartado 80: “Accordingly, the Commission finds that the financial funding made available to Network Rail by the UK Government are confined to the management and operation of the main national railway network in Great Britain and associated services. Since this market has been effectively closed for competition the public support is not liable to distort competition.” La Comisión ha aplicado este mismo razonamiento en otros casos, véase por ejemplo State aid SA.35948 (2012/N) – *Czech Republic Prolongation of the interoperability scheme in railway transport* (ex N 469/2008), Brussels, 02.05.2013 C(2013).

y poner énfasis en ello, puesto que los administradores de infraestructuras ferroviarias de los Estados miembros de la UE gestionan también otros tipos de infraestructuras, en particular destinadas a proveer servicios logísticos, como mantenimiento del material rodante. La financiación de la construcción u operación de estas infraestructuras sí que podrá, y en la mayoría de los casos lo hará de hecho, afectar potencial o actualmente a la competencia, al tratarse de un mercado distinto que no tiene las características propias de un monopolio legal.⁹⁹⁶

La Comisión también ha identificado monopolios legales en otros sectores, por ejemplo, en el mercado del suministro de agua. En el caso concreto del suministro de agua potable en los Países Bajos, la Comisión argumentó que en los Países Bajos el suministro de agua potable estaba sujeto a concesiones oficiales otorgadas a una sola compañía por cada área delimitada por el gobierno, no estando este mercado abierto a la competencia –pese a que, como reconoció la Comisión, existía un mercado competitivo del agua industrial.⁹⁹⁷ Este ejemplo evidencia también la importancia que adquiere la correcta delimitación del mercado de referencia y, también, el amplio grado de discrecionalidad de que dispone la Comisión, que ni tan

⁹⁹⁶ Véase SA.42525 (2017/N) – *Slovakia – Workshops for light maintenance of trains*, Brussels, 23.8.2017 C(2017) 5740 final, aunque en este caso el propietario y operador de las infraestructuras de mantenimiento será la operadora ferroviaria eslovaca, ZSSK, por lo que la Comisión se limitó a constatar que la empresa administradora de la infraestructura proveía servicios de transporte de viajeros respecto a la que no solo competía contra otros operadores de servicios de transporte ferroviario, sino también con otros modos de transporte (apartado 33 de la decisión).

⁹⁹⁷ “As regards the first measure the beneficiaries are only drinking water companies; other companies are excluded from access to the scheme. In the Netherlands the supply of drinking water is governed by official concession rules: within an area designated by the government, a water supply company is required to ensure the supply of drinking water. The market for drinking water is not open for competition (This does not apply to the Dutch market for industrial water) and under these conditions the measure does not involve State aid.” State aid N588/06 – *The Netherlands ‘Subsidy measure vital Gelderland’* Brussels, 04.IV.2007 C (2007) 1434 def.

siquiera examinó si el suministro de agua industrial y de agua potable formaban parte de un mismo mercado ni, por descontado, justificó su tratamiento como mercados distintos.

En este mismo ámbito, la Comisión ha realizado una interpretación peculiar de la figura del monopolio en los criterios analíticos sobre las infraestructuras hidráulicas (*infrastructure analytical grid for water infrastructures*). Estas directrices sectoriales fueron publicadas por la Comisión inicialmente en 2012, tras la adopción de la sentencia Leipzig-Halle, y fueron posteriormente revisadas en septiembre de 2015, incorporando entre otras novedades los citados criterios analíticos sobre las infraestructuras hidráulicas a los ya existentes en otros sectores.

En los criterios analíticos, la Comisión ha considerado que las redes hidráulicas constituyen generalmente monopolios naturales que no compiten con otras infraestructuras de la misma naturaleza, dado que su duplicación sería antieconómica y la financiación privada de este tipo de infraestructuras es normalmente insignificante. En consecuencia, si se cumplen determinadas condiciones, la construcción de una infraestructura hidráulica no afectará a la competencia entre los Estados miembros.

Estas condiciones, según la Comisión, son, en primer lugar, que la infraestructura no se enfrente a competencia directa. Entendemos que por *infraestructura* se refiere al propietario o al gestor de la infraestructura, o a ambos, y que la *competencia* se predica de otros propietarios o gestores de otras infraestructuras hidráulicas que compitan en el mismo mercado de producto y geográfico. En segundo lugar, la financiación privada en el sector ha de ser insignificante, y en tercer lugar, la infraestructura no debe estar diseñada para favorecer a una empresa o sector específicos, sino que ha de

proveer beneficios a la sociedad en su conjunto.⁹⁹⁸ Finalmente, para que la financiación de la construcción de la infraestructura quede al margen del ámbito de aplicación del artículo 107.1 TFUE es necesario además, según los criterios analíticos, que se excluyan las subvenciones cruzadas a otras actividades, incluida la gestión de la infraestructura.⁹⁹⁹

No obstante, el cumplimiento de todas estas condiciones tan sólo excluiría la existencia de competencia en el mercado, pero no por el mercado. De manera un tanto incomprensible, la Comisión en ese mismo documento trata del monopolio legal como una circunstancia distinta que excluiría, también, la posibilidad de que existiera competencia. En ese apartado menciona expresamente la necesidad de que las disposiciones legales que regulen la actividad en cuestión no solo excluyan la competencia en el mercado, sino también por el mercado.¹⁰⁰⁰ Pese a las indicaciones contrarias

⁹⁹⁸ “(6) *Water networks typically constitute natural monopolies which are not in competition with other infrastructures of the same nature, as their duplication would be uneconomical and private financing for the construction of such infrastructure is normally insignificant. An effect on trade between Member States or a distortion of competition is normally excluded as regards the construction of the infrastructure in cases where at the same time: (i) an infrastructure typically faces no direct competition, (ii) private financing is insignificant in the sector and Member State concerned and (iii) the infrastructure is not designed to selectively favour a specific undertaking or sector but provides benefits for society at large.*” Infrastructure Analytical Grid for Water Infrastructures, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_water_en.pdf

⁹⁹⁹ “(8) *In order for the entire public funding of a given water infrastructure project to fall outside State aid rules, Member States have to ensure that the funding provided for the construction of the water infrastructure in the situation mentioned above cannot be used to crosssubsidize or indirectly subsidize other economic activities, including the operation of the water infrastructure. Cross-subsidization can be excluded by ensuring that the infrastructure owner/developer does not engage in any other economic activity or – if the infrastructure owner/developer is engaged in any other economic activity – by keeping separate accounts, allocating costs and revenues in an appropriate way and ensuring that any public funding does not benefit other activities.*” *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ “(10) *However, the fact that public authorities assign the management and operation of a water network to an in-house provider does not as such exclude a possible distortion of competition. In order to exclude a distortion of competition in such a situation the following cumulative conditions have to be met:*

de la Comisión en el documento, es únicamente en este caso, en el que se descarta toda posibilidad de competencia actual o potencial, en y por el mercado, cuando se podrá descartar inmediatamente la existencia de una ayuda de Estado a cualquier nivel de las medidas de financiación en favor de empresas que ostenten un monopolio legal.

Al formular de manera abstracta el principio en su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal, la Comisión ha sido más estricta – y más respetuosa también de la lógica que rige el análisis de la existencia de un mercado competitivo – exigiendo, para excluir un posible falseamiento de la competencia las siguientes condiciones:

“a) [que] el servicio est[é] sujeto a un monopolio legal (establecido con arreglo a la legislación de la UE),

b) [que] el monopolio legal no solo excluy[a] la competencia en el mercado sino también por el mercado, puesto que [ha de excluir] cualquier posible competencia para convertirse en el prestador exclusivo del servicio en cuestión,

c) [que] el servicio no compit[a] con otros servicios, y

d) [que] si el prestador del servicio está presente en otro mercado (geográfico o de producto) que está abierto a la competencia, [se descarten] las subvenciones cruzadas. Esto requiere que se lleven

a. the management and operation of the infrastructure is subject to a legal monopoly (established in compliance with EU law, and in particular with the Treaty rules on competition);

b. the legal monopoly not only excludes competition on the market, but also for the market, in that it excludes any possible competition to become the exclusive operator of the water infrastructure in question;

c. the service is not in competition with other services; and

d. if the operator of the water infrastructure is active in another (geographical or product) market that is open to competition, cross-subsidization has to be excluded. This requires that separate accounts are used, costs and revenues are allocated in an appropriate way and public funding provided for the service subject to the legal monopoly cannot benefit other activities.” Ibid.

contabilidades separadas, que los costes e ingresos se asignen de la forma adecuada y que la financiación pública facilitada para el servicio sujeto al monopolio legal no pueda beneficiar a otras actividades.”¹⁰⁰¹

Adicionalmente, la Comisión ha especificado que “[e]xiste un monopolio legal cuando un determinado servicio está reservado por ley o por medidas reglamentarias a un prestador exclusivo, con una prohibición clara de que cualquier otro operador preste ese servicio (ni siquiera para satisfacer una posible demanda residual de determinados grupos de clientes). Sin embargo, el mero hecho de que la prestación de un servicio público se encomiende a una empresa específica no significa que esa empresa disfrute de un monopolio legal.”¹⁰⁰²

Respecto a la condición de ausencia de competencia por el mercado, la Comisión ha establecido una presunción *iuris et de iure*, por la que considera en todo caso que “si se otorga una concesión mediante un procedimiento competitivo existe competencia por el mercado.”¹⁰⁰³ Esta es una conclusión lógica, puesto que la selección del prestador de un servicio mediante concurso público presupone la existencia, al menos potencial, de otras entidades que podrían prestar el servicio.

¹⁰⁰¹ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, OJ C 262, 19.7.2016, pp. 1–50, apartado 188.

Nótese que en la misma Comunicación, la Comisión distingue los monopolios legales – únicos que automáticamente descartan la existencia de competencia –, de los monopolios naturales, respecto a los cuales ha afirmado que “[p]robablemente no haya competencia entre infraestructuras en el caso de las infraestructuras... que son monopolios naturales, es decir, aquellos (sic) en los que reproducirlos sería antieconómico”. Apartado 211.

¹⁰⁰² Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, OJ C 262, 19.7.2016, pp. 1–50, nota a pie de página 272.

¹⁰⁰³ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, OJ C 262, 19.7.2016, pp. 1–50, nota a pie de página 273.

En nuestra opinión siguiendo las indicaciones reproducidas habría de considerarse que en el caso Network Rail, discutido más arriba, no se cumplían las condiciones enunciadas por la Comisión en su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal. Dado que la compra de Railtrack Group se sometió a licitación,¹⁰⁰⁴ en la que a la postre sólo participó una empresa, Network Rail, la Comisión debería haber concluido que, de hecho, sí que existía competencia por el mercado y que éste no funcionaba como un monopolio legal. Esta fue, para más inri, su conclusión en una decisión adoptada menos de un año antes respecto a la misma compañía.¹⁰⁰⁵

Conviene también reseñar que la exclusión de la calificación como ayuda de Estado de una medida de financiación en favor de una infraestructura operada en un régimen de monopolio legal presupone, o, mejor dicho, requiere, que se excluyan las subvenciones cruzadas. Hemos señalado anteriormente que la Comisión se ha referido expresamente a esta condición en los criterios analíticos sobre las infraestructuras hidráulicas y en la Comunicación sobre la noción de ayuda de Estado, y que la misma

¹⁰⁰⁴ “Indeed, as from October 2001 and onwards it was clear that Railtrack Group and the administrators would seek and consider bids from any party. In order to ensure fairness between prospective bidders the Secretary of State issued guidelines as to matters that would be taken into account when evaluating bids. However, up to 3 May 2002, when Network Rail entered into a legally binding agreement in principle for the purchase of Railtrack plc, no other bids have been received, neither by Railtrack Group, nor by the administrators. It should also be noted that on 25 March 2002, the Secretary of State confirmed to Parliament that the grant of £300 million would be available to any bidder that could deliver Railtrack plc’s early exit from administration.” State aid No N 356/2002 – United Kingdom Network Rail, Brussels, 17.07.2002 C(2002)2622fin, apartado 11.

¹⁰⁰⁵ “Railtrack operates in the market for infrastructure builders and managers, a market that is dominated by consortia comprised of companies that often come from different Member States or which have subsidiaries in several Member States. Therefore, any Government subsidy to Railtrack may distort or threaten to distort competition and affect trade between Member States. In addition, the Commission takes note that under UK legislation, any undertaking, regardless of its nationality may apply for and receive a network license in UK and may thus potentially become a competitor to Railtrack.” State aid No. N 500/2001 – United Kingdom Network Grants to Licensed Heavy Rail Infrastructure Managers, Brussels, 19.09.2001, SEC (2001) 1382, apartado 16.

exigencia se aplica a las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general para evitar su calificación como ayuda de Estado.

Las subvenciones cruzadas se producen en este contexto cuando se transfiere la ventaja otorgada para la construcción u operación de una infraestructura regulada como un monopolio legal a otras actividades distintas desarrolladas por el beneficiario en el marco de un mercado abierto a la competencia. La Comisión ha venido aplicando esta regla de manera consistente y no es una cuestión que despierte incertidumbres teóricas o prácticas. Quisiéramos no obstante destacarla, en este apartado, por ser su incumplimiento una causa recurrente de rechazo de la exclusión de la calificación como ayuda de Estado en base a la figura del monopolio legal.

Por último, y con ello cerramos el análisis del requisito de distorsión de la competencia, en muchas ocasiones los proyectos de construcción de infraestructuras tienen como efecto indirecto y a medio plazo, aumentar la competencia en el mercado afectado. Esto es cierto en particular respecto a las infraestructuras de redes construidas para aumentar o diversificar las redes de distribución o transporte de un producto, que pese a tener un efecto global beneficioso para la competencia, no por ello dejan de distorsionarla cumpliendo así con la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁶ “By contrast, Lithuania argues that the LNG Supplement does not constitute State aid as it would not confer a selective advantage since it merely serves to put pipeline gas and LNG on equal footing in terms of infrastructure financing...The fact that the construction of the LNG Terminal might change the market structure in such a way that in the medium term more competition arises does not alter the fact that it will change competition and trade patterns”. State aid SA.36740 (2013/NN) – Lithuania Aid to Klaipėdos Nafta – LNG Terminal, Brussels, 20.11.2013, C(2013) 7884 final, apartados 87 y 128.

4.3 Los efectos sobre los intercambios comerciales

La cuarta condición del artículo 107.1 TFUE exige, junto al efecto distorsionador de la competencia, que la medida financiada a través de fondos estatales produzca efectos sobre los intercambios entre los Estados miembros. Este requisito ha sido interpretado en general de manera muy extensiva por la Comisión y el Tribunal de Justicia.

De acuerdo con la jurisprudencia de este último, basta con que la medida conceda una ventaja que refuerce a la empresa beneficiaria frente a otras que participen y compitan con ella en los intercambios en la UE para considerar que afecta a dichos intercambios.¹⁰⁰⁷ Como ya se ha mencionado anteriormente, el Tribunal –posiblemente con un afán simplificador– ha vinculado los dos elementos que conforman la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE, la distorsión de la competencia y los efectos sobre los intercambios entre los Estados miembros, que en consecuencia se solapan parcialmente. Otra muestra de esta vinculación es que ni la constatación de un falseamiento de la competencia ni la de la afectación de los intercambios requieren un análisis económico detallado que demuestre que gracias a la ayuda la empresa beneficiaria aumentará efectivamente su cuota de mercado.

Esta mimesis se refleja también en que la Comisión y el Tribunal aceptan los efectos potenciales sobre los intercambios como suficientes para cumplir con el requisito del artículo 107.1 TFUE,¹⁰⁰⁸ pese a que esta

¹⁰⁰⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980, en el asunto 730/79, *Philip Morris*, [1980] Rec. p. 2671, apartado 11

¹⁰⁰⁸ “En el marco de su apreciación tanto de las ayudas existentes, con arreglo al [actual artículo 107] apartados 1 y 2, del Tratado, como de las ayudas nuevas que le deben ser notificadas antes de ser concedidas, en virtud del [actual artículo 107], apartado 3, del Tratado, la Comisión no está obligada a acreditar la incidencia real de dichas ayudas sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino que únicamente debe examinar si tales ayudas pueden afectar a dichos

disposición requiere que las ayudas “afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros”, y no admite expresamente la potencial afectación, como sí ocurre con la distorsión de la competencia.

La Comisión Europea ha deducido del siguiente *obiter dictum* contenido en la sentencia del caso Altmark, que un efecto meramente hipotético de la medida sobre el comercio entre los Estados miembros no satisface los requisitos del artículo 107.1 TFUE¹⁰⁰⁹:

*“[C]uando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa, la prestación de servicios de transporte por parte de esta empresa puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro. En el presente asunto, esta afirmación no es sólo hipotética, puesto que, tal como se desprende, en particular, de las observaciones de la Comisión, varios Estados miembros comenzaron desde 1995 a abrir determinados mercados de transporte a la competencia de empresas establecidas en otros Estados miembros, de forma que varias empresas ya ofrecen sus servicios de transporte urbano, de cercanías o regional en Estados miembros distintos de su Estado de origen.”*¹⁰¹⁰

Al margen de esta ambigua referencia, lo cierto es que ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal General se han referido nunca a la imposibilidad de cumplir con la condición de afectación del comercio entre los Estados

intercambios y falsear la competencia” Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 en el asunto C-372/97, *Italia c/Comisión* [2004] Rec. p. I-3679, apartado 44.

¹⁰⁰⁹ “El hecho de que el importe de la ayuda sea pequeño o que la empresa beneficiaria sea pequeña no descarta de por sí un falseamiento, o la amenaza de falseamiento de la competencia, siempre y cuando, no obstante, la probabilidad de ese falseamiento no sea meramente hipotética”. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), apartado 189.

¹⁰¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00, *Altmark*, [2003] Rec.p.415, apartado 79.

miembros a través de efectos potenciales o hipotéticos. Más bien todo lo contrario: “la Comisión no está obligada a acreditar la incidencia real de dichas ayudas sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros”,¹⁰¹¹ bastando con que demuestre un efecto potencial –o hipotético, si se prefiere– sobre el comercio.

No obstante, la propia Comisión en su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal ha declarado, en base exclusivamente al *obiter dictum* de la sentencia Altmark reproducido más arriba, lo siguiente:

*“El hecho de que el importe de la ayuda sea pequeño o que la empresa beneficiaria sea pequeña no descarta de por sí un falseamiento, o la amenaza de falseamiento de la competencia, siempre y cuando, no obstante, la probabilidad de ese falseamiento no sea meramente hipotética.”*¹⁰¹²

En tanto se admita que los efectos sobre el comercio que requiere el artículo 107.1 TFUE pueden ser meramente potenciales, es evidente que los efectos “meramente hipotéticos” cumplen con esta condición, siempre y cuando cumplan con las exigencias de motivación y de vinculación entre la ayuda y el hipotético efecto sobre la competencia y los intercambios exigido por el Tribunal de Justicia.

Tampoco es necesario que la empresa beneficiaria participe directamente en actividades transfronterizas, exportando bienes o estando de otro modo activa en varios Estados miembros, para que la ventaja que obtenga puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros. La ayuda podría

¹⁰¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 en el asunto C-372/97, *Italia c/Comisión* [2004] Rec. p. I-3679, apartado 44.

¹⁰¹² Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), apartado 189.

afectar los intercambios a raíz del mantenimiento o aumento de la producción interior y el consecuente cierre del mercado a potenciales competidores de otros Estados miembros. Así lo ha admitido el Tribunal, nuevamente en el caso *Altmark*.¹⁰¹³

Inversamente, tampoco el hecho de que la beneficiaria de la ayuda exporte la práctica totalidad de su producción a terceros estados y, por tanto, la medida no afecte directamente el comercio entre los Estados miembros, impide necesariamente que cumpla la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE. En el caso *Tubemeuse*, el gobierno belga alegó que la financiación examinada por el Tribunal no podía afectar a los intercambios dado que el 90% de la producción de la empresa beneficiaria – *Tubemeuse* – era exportada fuera de la Comunidad Europea. Concretamente, la ayuda en forma de ampliación de capital y una emisión de obligaciones convertibles con participación condicional en favor de *Tubemeuse*¹⁰¹⁴, se destinó a la reestructuración de la empresa “*pensando sobre todo en aprovisionar el mercado soviético; por tanto, las nuevas capacidades de producción que se*

¹⁰¹³ “[E]n modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre los Estados miembros... Efectivamente, cuando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa, la prestación de servicios de transporte por parte de esta empresa puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, *Altmark*, [2003] Rec.p.I-7747, apartados 77 y 78. Véanse también la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1988 en el asunto 102/87, *Francia/Comisión*, [1998] Rec. p. 4067, apartado 19, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 1994, en los asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, *España/Comisión*, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1991, en el asunto C-305/89, *Italia/Comisión*, [1991] Rec. p. I-1603, apartado 26, sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2002, en el asunto C-310/99, *Italia c/Comisión*, [2002] Rec.p.143, apartado 84y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de enero de 2015, en el asunto C-518/13, *Eventech* [2015] Rec.p.9, apartados 65 a 67.

¹⁰¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-142/87, *Bélgica c/Comisión (Tubemeuse)*, [1990] Rec.p.I-959, apartado 5.

*crearon de este modo no podrían inundar el mercado común y los intercambios intracomunitarios no serían afectados por las intervenciones que se [imputaban] al Estado belga”.*¹⁰¹⁵

La Comisión rechazó estas alegaciones en los siguientes términos:

*“[T]eniendo en cuenta la interdependencia de los mercados en los que actúan las empresas comunitarias, no cabe excluir que una ayuda pueda falsear la competencia intracomunitaria incluso si la empresa beneficiaria exporta la práctica totalidad de su producción fuera de la Comunidad. Efectivamente, la exportación de una parte de la producción de la empresa de que se trata hacia países terceros no supone más que una circunstancia entre otras muchas que deben tenerse en cuenta a este respecto...[E]n el contexto general que se acaba de describir, el nuevo objetivo confesado de Tubemeuse, cuya producción de tubos sin soldadura constituye una parte considerable de la producción comunitaria y cuyas exportaciones significan aproximadamente el 90% de su volumen de negocios, era independizarse del mercado soviético, que se consideraba poco lucrativo, y orientarse hacia otros mercados gracias a las ayudas otorgadas. Era previsible por lo tanto que Tubemeuse orientara nuevas actividades hacia el mercado interior comunitario.”*¹⁰¹⁶

Similares argumentos fueron empleados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia AITEC: en este caso el Tribunal de Justicia anuló una decisión de la Comisión en la que aprobaba como compatible con el mercado interior una ayuda concedida en 1986 a una empresa cementera griega – Heracles – mediante la conversión de parte de sus deudas en capital, sometiendo *“a dicha empresa a un régimen público”*.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ *Ibíd.*, apartado 34.

¹⁰¹⁶ *Ibíd.*, apartados 138, 139 y 141.

¹⁰¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 1995, en los asuntos acumulados T-447/93 a T-449/93, AITEC y otros/Comisión [1995] Rec.p.II-1971, apartado 2.

La Comisión alegó para defender su decisión que la medida no podía haber afectado el comercio intracomunitario dado que *“en 1986 no existían intercambios de cemento entre la República Helénica y los otros Estados Miembros”*.¹⁰¹⁸

El Tribunal respondió a esta alegación que la Comisión no había examinado debidamente el cumplimiento de la última condición del artículo 107.1 TFUE, empleando entre otros argumentos, que, pese a que en el momento de concederse la ayuda no existían intercambios en el mercado relevante con otros estados de la Comunidad Europea, *“ya en esa época era previsible la orientación de las exportaciones griegas de cemento hacia algunos otros Estados miembros de la Comunidad. En efecto, los mercados tradicionales de exportación de los productores griegos se habían hundido, lo que implicaba que el comercio intracomunitario ya existente iba a aumentar de forma significativa...Ahora bien, de la decisión impugnada se deduce que la Comisión no examinó los efectos previsibles sobre la competencia y sobre el comercio intracomunitario en el momento del pago de la ayuda.”*¹⁰¹⁹

Esta decisión enlaza con la práctica de aceptar un potencial efecto sobre los intercambios entre los Estados miembros como suficiente a efectos de considerar y calificar una medida como ayuda de Estado.

¹⁰¹⁸ *Ibíd.* apartado 138.

¹⁰¹⁹ *Ibíd.* apartados 139 y 141.

4.3.1 Aceptación de un efecto potencial sobre los intercambios entre los Estados miembros

En la sentencia *Boussac*, y en otras posteriormente, el Tribunal de Justicia justificó que no se exigiera demostrar el efecto real de las medidas sobre los intercambios, siendo suficiente un efecto potencial, en que lo contrario favorecería a los Estados que no cumplen con su obligación de notificar las medidas a la Comisión antes de ponerlas en práctica. Es decir, que favorecería a los Estados que incumplen con la obligación impuesta por el artículo 108.3 TFUE.¹⁰²⁰

Este razonamiento del Tribunal es algo equívoco: si el umbral exigido para considerar satisfecha la condición del efecto sobre los intercambios fuera la existencia de efectos actuales sobre el comercio entre los Estados miembros, y no meramente potenciales, la consecuencia sería que las medidas notificadas antes de ejecutarse, por definición, no podrían tener ningún efecto –actual– sobre la competencia y el comercio.¹⁰²¹ Los efectos, en ese caso,

¹⁰²⁰ “*En efecto, si la Comisión tuviera que demostrar en su Decisión el efecto real de las ayudas ya otorgadas, se favorecería a los Estados miembros que conceden ayudas infringiendo el deber de notificación que impone el apartado 3 del artículo 93 del Tratado, en detrimento de los que las notifican en fase de proyecto. Por consiguiente, no era preciso que la motivación de la Decisión impugnada contuviera una apreciación actualizada de los efectos de las ayudas concedidas y no notificadas en fase de proyecto.*” Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1990 en el asunto C-301/87, *Boussac*, [1990] Rec. p.I-307, apartado 33.

¹⁰²¹ Precisamente, esta es la razón argüida en la sentencia *Alzetta Mauro* para rechazar la lectura literal del artículo 107.1 TFUE, y admitir los efectos potenciales como suficientes para cumplir con la exigencia de que la medida afecte los intercambios entre los Estados miembros:

“*Esta interpretación puramente literal es incompatible con el sistema de control de las ayudas de Estado introducido por los [actuales artículos 107] y siguientes del Tratado. En efecto, la Comisión, en el marco de su apreciación de las ayudas nuevas que, en virtud del [actual artículo 108], apartado 3, del Tratado, se le deben notificar antes de ser concedidas, debe comprobar si estas ayudas pueden afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y falsear la competencia.*” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en los asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, *Alzetta Mauro*, [2000] Rec.p.151, apartado 77.

serían a lo sumo potenciales. Tan sólo las medidas ilegales, es decir, aquéllas ejecutadas antes de ser notificadas y aprobadas por la Comisión Europea, podrían tener efectos reales sobre la competencia y el comercio en el momento en que la Comisión determinara su validez.

Esta sí sería una razón poderosa para aceptar que los efectos potenciales tengan el mismo valor que los reales a la hora de determinar si se cumple o no la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE: lo contrario supondría que cualquier Estado podría evitar la prohibición de conceder ayudas de Estado contrarias al mercado interior simplemente notificando la medida antes de ejecutarla.

La discriminación en favor de las medidas ilegales –es decir, no notificadas– se produciría únicamente si la exigencia de demostrar los efectos reales sobre la competencia y el comercio de la medida se aplicara tan solo a las medidas ilegales. Respecto a las medidas notificadas, por el contrario – y aquí es donde el Tribunal podría haber sido más preciso –, si aún no han sido ejecutadas, el análisis se referiría a los efectos meramente potenciales lo que, casi por defecto, supondría una desventaja respecto a las medidas ilegales.

Sea como fuere, la Comisión ha aplicado profusamente esta interpretación extensiva en decisiones relativas a proyectos de financiación de infraestructura, contentándose con comprobar que la medida de financiación tiene potencialmente efectos distorsionadores sobre la competencia y sobre el comercio entre los estados de la UE.¹⁰²²

Por citar algunos ejemplos, al analizar la financiación mediante fondos estatales –fondos nacionales, FEDER y FEADER– del despliegue de

¹⁰²² SA.37432 (2015/NN) – *Czech Republic Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region* Brussels, 29.04.2015 C (2015) 2796 final, apartado 13.

una red de banda ancha en Estonia, la Comisión escuetamente se refirió al mercado de banda ancha como, al menos potencialmente, objeto de comercio entre los Estados miembros. De ello dedujo que la medida podía afectar, potencialmente, al mercado entre los Estados miembros y que en consecuencia se cumplía la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE.¹⁰²³

En el mismo ámbito de las redes de banda ancha, la Comisión ha decidido que incluso cuando las inversiones financiadas con fondos estatales benefician el despliegue de infraestructuras en las denominadas “zonas blancas” –aquéllas en las que “*no existe infraestructura de banda ancha y es poco probable que se desarrolle en un futuro próximo*”¹⁰²⁴–, tales medidas pueden otorgar una ventaja en forma de implantación precoz de la red. Como en el caso *Altmark* citado anteriormente, la distorsión de la competencia y los efectos sobre los intercambios se derivarían del cierre del mercado a potenciales competidores de otros Estados miembros.¹⁰²⁵

De manera similar, en su decisión de 17 de septiembre de 2009 relativa a una serie de ayudas operativas concedidas para promocionar la cogeneración de alta eficiencia en Rumanía, la Comisión se contentó con constatar que la electricidad –el producto, junto con el calor, de la cogeneración– es objeto de comercio entre los Estados miembros y que, en el caso concreto de Rumanía, existían líneas de interconexión con sus vecinos que permitían dicho comercio. Consecuentemente, la medida era susceptible

¹⁰²³ State aid N 196/2010 – Estonia, *Establishment of a Sustainable Infrastructure Permitting Estonia-wide Broadband Internet Connection (EstWin project)*, Brussels, 20.7.2010 C (2010) 4943 final, apartado 45.

¹⁰²⁴ 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)*, apartado 66

¹⁰²⁵ State aid SA. 31316 (N330/2010) – France – *Programme national «Très Haut Débit»* - *Volet B*, C(2011)7285 final, apartados 47 y 48

de distorsionar la competencia y, añadiríamos, afectar a los intercambios entre los Estados miembros.¹⁰²⁶

En este asunto, la Comisión omitió no solo el examen del efecto real de la medida concreta sobre la situación competitiva y comercial existente en el momento de otorgarse la potencial ayuda, sino que incluso prescindió de analizar la existencia real de intercambios entre los Estados miembros. En su lugar, dio por satisfecha la condición de distorsión de la competencia y la existencia de efectos sobre el comercio entre los Estados miembros en base simplemente a la existencia de infraestructuras de transporte de electricidad entre Rumanía y otros países de la UE.

En su decisión de 2011 sobre la financiación de una interconexión eléctrica entre Polonia y Lituania fue incluso un paso más allá, al afirmar que no existía competencia en el mercado polaco de la transmisión eléctrica, pero que el proyecto en cuestión haría más improbable que en el futuro otras empresas pujaran por la licencia de transmisión que expiraría en 2014. Asimismo, la financiación de la interconexión eléctrica desalentaría probablemente a otros inversores y competidores potencialmente interesados en entrar en el mercado en un futuro.¹⁰²⁷

¹⁰²⁶ “*Since electricity is a good traded between Member States and since there are already interconnection lines allowing such trade between Romania and neighbouring Member States, the measure is liable to distort competition.*” State aid N 437/2009 – Romania, Aid scheme for the promotion of cogeneration Brussels, 17.09.2009, C(2009)7085 corr., apartado 45.

¹⁰²⁷ “*Although there is no competition at present on the Polish market for electricity transmission, the planned aid shall allow the PSE Operator to own and operate transmission assets that will make it more unlikely that any alternative operators bid for a transmission licence when the current one expires in 2014. Moreover, once in place, the existence of an electricity interconnector with Lithuania, funded with public aid, is likely to further discourage possible market investors and competing operators interested in the future or affect the magnitude of other interconnection investments with Poland in the Baltic or other regions neighbouring Poland.*” State aid No N542 2010– Poland- Construction of

La Comisión ha considerado, en otras decisiones adoptadas respecto a infraestructuras energéticas, que la transmisión de electricidad y de gas constituye un monopolio natural, por lo que sería muy improbable que se duplicara la interconexión de las correspondientes redes de transporte.

En una de estas decisiones, relativa a la financiación con fondos estatales de la ampliación y modernización de redes de transmisión de gas y electricidad en Rumanía, la Comisión juzgó improbable que la medida disuadiera a otros operadores de invertir en nuevas redes de transmisión. Ello en principio descartaría cualquier efecto, actual o potencial, sobre la competencia y los intercambios. Sin embargo, la Comisión consideró que la ayuda concedida a los dos gestores de las redes de transporte podría dar lugar a un incremento –indeterminado– de sus ingresos y beneficios. Esto a su vez podría reforzar su posición respecto a sus competidores en otros mercados marginales en los que estaban activos ambos gestores de las redes.¹⁰²⁸ Además, los beneficiarios podrían potencialmente usar los beneficios adicionales obtenidos como consecuencia de la medida para financiar futuras interconexiones, que son infraestructuras generadoras de ingresos y, por tanto, en palabras de la Comisión, no reúnen las características de los

interconnection and cross-border power line between Poland and Lithuania, Brussels, 06.01.2011, C (2011)44, apartado 40.

¹⁰²⁸ “[The] main activities [of Transelectrica] are the operation, maintenance and development of the electricity transmission network. In addition, Transelectrica is allowed to offer some additional services in connection to its main activities, to operate electricity interconnectors linking the Romanian transmission network with other networks, and to perform a few margin commercial services (such as the lease of the fibre optics cable. The commercial activities of Transelectrica apparently account for less than 10% of its turnover. The activity of Transelectrica is regulated by ANRE. Transgaz is a 75% State owned company whose activity is regulated by the Romanian legislation. Its main activity is the operation, maintenance and development of the natural gas transmission network. Transgaz may also operate gas interconnectors linking the Romanian transmission network with other networks. Transgaz can also issue construction permits, but the weight of the revenues from this activity in the total revenues of the company is insignificant.” State aid N 629/2009, Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks, Brussels, 17.XII.2010 C (2010) 9470, apartados 21 y 22

monopolios naturales. La construcción y operación de las interconexiones entre las redes de transporte rumanas y otras redes, en palabras de la Comisión era, en principio, una actividad abierta a la competencia.

Es decir, la Comisión consideró que, aunque la financiación no fuese a beneficiar directamente ninguna actividad sujeta a la competencia de otras empresas, los beneficios que se obtendrían podrían favorecer otras actividades que sí se desarrollan en mercados competitivos, en lo que sería una suerte de potencial subvención cruzada.

Vemos pues que es extremadamente difícil sustraerse a la calificación de una medida como ayuda de Estado basándose en la ausencia de efecto sobre los intercambios entre los Estados miembros, al menos cuando se trata de la financiación de infraestructuras. Ello se debe a que la Comisión acepta los efectos meramente potenciales como suficientes para cumplir el requisito del artículo 107.1 TFUE, pero además admite también que éste se vea satisfecho cuando la medida de financiación dé potencialmente lugar a un cierre del mercado a futuros competidores, o cuando los beneficios puedan desviarse a actividades distintas de las directamente beneficiadas por la financiación.

4.3.2 La preferencia en favor de la aplicación de otras causas de exclusión de la calificación como ayuda de Estado y por la declaración de compatibilidad con el mercado interior

De manera más general, la Comisión se ha mostrado reticente a descartar la calificación como ayuda de Estado de una medida en base a la probable ausencia de efectos sobre los intercambios, incluso cuando en aplicación de los estrictos requisitos descritos anteriormente, podría concluirse que efectivamente no cabía efecto alguno, actual o potencial, sobre los intercambios.

Así ocurrió, por ejemplo, en la decisión de 2010, mencionada anteriormente.¹⁰²⁹ relativa a la construcción de un **teleférico en el Monte Sněžka**, situado en el lado checo de la frontera entre la República Checa y Polonia, constituía o no una ayuda de Estado.

No sería en absoluto descabellado considerar que la construcción de un teleférico en un monte aislado –los únicos medios alternativos de acceso eran senderos pedestres– y situado en un parque nacional, pese a estar emplazado en la frontera entre dos Estados de la UE, no afectaría, siquiera potencialmente, al comercio entre los Estados miembros. En lugar de utilizar este argumento, la Comisión prefirió descartar la calificación como ayuda de Estado a partir de la ausencia de distorsión de la competencia. Para ello se basó en las restricciones impuestas por la administración de los parques nacionales, que excluían, por razones *económicas, legales y medioambientales*, la posible construcción de otro teleférico o medios alternativos de transporte a la cumbre del monte, ya fuese por la ladera checa

¹⁰²⁹ Véase supra págs. 247 y ss.

o polaca.¹⁰³⁰ En otras palabras, consideró que existía un monopolio legal que imposibilitaba la existencia de competencia en el mercado del transporte de pasajeros en el Monte Sněžka.

Como hemos visto en el anterior apartado, la Comisión habría debido descartar no solo la competencia en el mercado sino también la existencia de competencia por el mercado –algo que no habría podido hacer, puesto que en la propia decisión declaró que el contrato con el operador del teleférico expiraría unos meses más tarde y el siguiente operador sería seleccionado a través de un concurso público.¹⁰³¹ Habría sido por tanto más razonable y adecuado descartar la existencia de una ayuda de Estado basándose en la inexistencia de efectos actuales o potenciales sobre el comercio entre los Estados miembros.

¹⁰³⁰ “(27) [T]he Commission first notes that the purpose of existence of the cableway to Mount Sněžka is to meet general transport needs. It represents the only transport means permitted under the special regime applicable by law to the area with the highest level of environmental protection in the national park, in which Mount Sněžka is located. The only alternative means of access available to the general public... are mountain footpaths. The paved road on the Polish side may also be used only by pedestrians, with the exception of transport services, which are not accessible to the public, for the facilities located on the top of the mountain and as access for mountain rescue and medical care.

(28) The Commission secondly notes that in view of the restrictions imposed by the administration of the national parks, it is excluded for economic, legal and environmental reasons that a cableway or any alternative commercial means of transport to the summit of the mountain could be newly constructed and operated on either the Czech or the Polish side of Mount Sněžka.

(29) The... Commission concludes that the ... measure does not distort or threaten to distort competition.” State aid N 702/2009 – Czech Republic Aid for the reconstruction of a cableway on Mount Sněžka, apartados 27 a 29.

¹⁰³¹ “Recently, the cableway is operated by Lanová dráha Sněžka, a.s. (hereinafter ‘LDS’), a private law company in which the municipality of Pec pod Sněžkou has a 71 % shareholding and Region Tourist Systém, s.r.o has a 29 % shareholding. LDS has an operating contract with the municipality of Pec pod Sněžkou which expires at the end of 2010. Thereafter, the municipality will publish a tender for a new operator of the reconstructed cableway.” State aid N 702/2009 – Czech Republic Aid for the reconstruction of a cableway on Mount Sněžka, 29.09.2010, apartado 11.

La Comisión también ha evitado declarar que una medida no afecta al comercio entre los Estados miembros, cuando, tras llevar a cabo el análisis de su compatibilidad con el mercado interior, concluye que la medida es compatible y que, por lo tanto, podrá ejecutarse con independencia de su calificación como ayuda de Estado.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la decisión de la Comisión de 2011 sobre las ayudas concedidas mediante subvenciones directas a museos en el País Vasco¹⁰³²:

“[L]os beneficiarios de la ayuda son personas físicas o jurídicas que participan activamente en el sector cultural, más particularmente en la gestión de los museos existentes y la promoción de nuevos museos. Sin embargo, estas actividades de los museos se realizan a nivel local y regional, por lo que puede considerarse poco probable que la ayuda pública tenga un efecto apreciable en los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

El régimen notificado puede tener también efectos económicos indirectos en las actividades turísticas comerciales. En el caso de ciertas exhibiciones artísticas, éstas pueden despertar el interés de los turistas de la zona transfronteriza, teniendo así un impacto potencial en el mercado interior. Las subvenciones pueden contribuir a aumentar el número de visitantes del País Vasco, lo que también tendría un impacto beneficioso en los servicios turísticos y de

¹⁰³² “La ayuda concedida se asignará a las siguientes actividades:

a) exposiciones y publicaciones artísticas: renovación de la colección permanente; nuevas exposiciones temporales; publicaciones en diferentes formas, como p. ej. En línea e impresas.

b) medidas educativas y culturales: desarrollo de programas y materiales didácticos; organización de conferencias y seminarios; proyectos de creación y desarrollo de páginas web.

c) documentación: inventario y catalogación de obras artísticas; digitalización de las colecciones de los museos vascos en un sistema común, a saber, EMSIME.

d) encuestas e informes: preparación de un plan de actividades, un plan de calidad, un plan de viabilidad, informes de mercado y análisis de clientes.” Ayuda estatal SA.32643 (2011/N) – España, Ayuda estatal a los museos vascos en 2011, Bruselas, 11.5.2011 C(2011) 3393 final, apartado 11.

hostelería de la región. No obstante, el falseamiento de la competencia que podría producir la ayuda y su impacto en los intercambios comerciales del interior de la Unión parecen ser muy limitados, teniendo en cuenta el presupuesto previsto (700 000 EUR) y el pequeño número de beneficiarios (mínimo 11 – máximo 50).

A la vista de lo anteriormente expuesto, si bien es poco probable que la asistencia concedida con arreglo al régimen afecte de manera significativa a los intercambios comerciales en el interior de la Unión, la presencia de una ayuda estatal a efectos del artículo 107, apartado 1, del TFUE no puede ser excluida enteramente. En estas circunstancias, es, pues, necesario evaluar su compatibilidad en virtud de las disposiciones del artículo 107, apartado 3, letra d), del TFUE.”¹⁰³³

Pese a que la Comisión se ha mostrado poco proclive a denegar la condición de ayuda de Estado a una medida por ausencia de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros, no solo esta postura se ha matizado recientemente, mediante la noción de las *infraestructuras locales*, sino que además existe la posibilidad, institucionalizada, de descartar el efecto sobre el comercio, a través de las denominadas ayudas *de minimis*.

¹⁰³³ Ayuda estatal SA.32643 (2011/N) – España, *Ayuda estatal a los museos vascos en 2011*, Bruselas, 11.5.2011 C(2011) 3393 final, apartados 19 a 21. Véase también Decisión de la Comisión en el asunto de ayuda estatal N 486/2002 Suecia – *Palacio de congresos en Visby*, DO C 75 de 27.3.2003, p. 2, apartado 13.

4.3.3 La ausencia de efectos sobre el comercio entre los Estados miembros de las medidas de financiación con efectos puramente locales

Pese a que la Comisión ha establecido un baremo muy bajo para estimar que las medidas de financiación tienen efectos sobre la competencia y los intercambios entre los Estados miembros, ha habido casos en los que sí que ha descartado que medidas que, de otro modo, habrían sido calificadas como ayudas de Estado, tuviesen efectos sobre los intercambios.

Se trata de medidas con efectos puramente locales, y la propia Comisión ha identificado una serie de elementos comunes a todos estos casos: *“la Comisión verificó en particular que el beneficiario suministraba bienes o servicios a una zona limitada dentro de un Estado miembro y no era probable que atrajera clientes de otros Estados miembros y que no podía preverse que la medida tuviera un efecto más que marginal en las condiciones de inversiones o establecimiento transfronterizos”*.¹⁰³⁴

En la mayoría de los casos, la Comisión se ha basado en elementos objetivos para apreciar que concurrían dichas circunstancias, estableciendo una justificación convincente de la ausencia de efectos de la medida de financiación sobre el comercio entre los Estados miembros.

Por ejemplo, al analizar un programa de ayudas destinadas a la promoción de la producción teatral en el País Vasco, la Comisión estimó *“que las producciones teatrales y los beneficiarios de esta medida no [eran],*

¹⁰³⁴ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), apartado 196.

teniendo en cuenta las limitaciones geográficas y lingüísticas que concurr[ían]”¹⁰³⁵ capaces de distorsionar el comercio entre los Estados miembros. “Así, se consideró que el público potencial de las obras estaba limitado a una zona lingüística y geográfica bien determinada. El uso de la lengua vasca restringe el público de estas obras fundamentalmente al del País Vasco y, dentro de lo posible, a la población vascoparlante de la parte sur de la región de Aquitania, en Francia.”¹⁰³⁶

Las distintas conclusiones alcanzadas por la Comisión al analizar dos medidas en favor de centros culturales en Chipre muestran que entre los elementos objetivos que pueden llevar a excluir los efectos de la medida sobre los intercambios entre los Estados miembros, el importe de la ventaja y la proyección internacional de las actividades desarrolladas por el proyecto o la infraestructura beneficiada por la medida tienen una importancia fundamental.

En su decisión sobre la financiación de la construcción del Centro de Artes Visuales e Investigación en Chipre, con un coste estimado de algo más de 4 millones de euros, la Comisión comenzó recordando que un efecto potencial sobre los intercambios es suficiente para que se vea afectado el comercio entre los Estados miembros. Dado que el centro en cuestión enfocaría sus actividades hacia la historia cultural de Chipre, la Comisión consideró que el potencial de afectación del comercio entre los Estados miembros era nimio.¹⁰³⁷

¹⁰³⁵ Ayuda estatal N 257/2007 - España Programa de ayudas destinadas a la promoción de la producción teatral en el País Vasco, Bruselas, 27.VI.2007 C (2007) 3035 final, apartado 24.

¹⁰³⁶ *Ibíd.* apartado 21.

¹⁰³⁷ “*In this respect, as regards the specific nature of the subsidized activity, it should first of all be noted that the activities of the CVAR focus on the cultural history of Cyprus and the permanent exhibition of the Centre consists exclusively of artefacts concerning this history. Contrary to more tradable commodities, the potential to affect intra-EU trade of a museum*

La Comisión distinguió expresamente la medida notificada de otras adoptadas en favor de *grandes museos nacionales*, distinción a la que nos hemos referido anteriormente, siendo éstos capaces de atraer una audiencia internacional y de beneficiarse de una abundante promoción fuera de la región en la que están situados y, en consecuencia, de afectar el comercio entre los Estados miembros. Tras referirse al objetivo de la medida – algo que, recordemos, contraviene un principio básico del sistema de control de las ayudas de Estado – la Comisión adujo también el tamaño exiguo del centro y la improbabilidad de que su existencia influyera en el flujo de turismo a Chipre para descartar cualquier efecto de la medida sobre los intercambios en la UE.¹⁰³⁸

Tan solo un año antes, la Comisión se pronunció sobre la financiación del Centro Cultural de Chipre. Ésta se elevaba a algo más de 140 millones de euros, cofinanciados en un 85% por el FEDER y en un 15% por el estado chipriota. Uno de los objetivos perseguidos con la creación de este centro era ofrecer al público acceso al arte y la cultura, a través de la organización de exposiciones, y representaciones de artes escénicas, teatro, música y danza, etc., del nivel ofrecido por otros grandes centros culturales europeos y mundiales, que en ese momento no eran accesibles al gran público en Chipre.¹⁰³⁹

La Comisión constató que no era evidente que la subvención notificada pudiese afectar al comercio entre los Estados miembros: la

concerning the history of Cyprus is very low.” State aid – SA.34466 (2012/N) – Cyprus State support to the Centre for Visual Arts and Research, Brussels, 07.11.2012, C(2012) 7563 final, apartado 22.

¹⁰³⁸ State aid – SA.34466 (2012/N) – Cyprus State support to the Centre for Visual Arts and Research, Brussels, 07.11.2012, C(2012) 7563 final, apartados 23 a 25.

¹⁰³⁹ State aid – SA.33241 (2011/N) - Cyprus State support to the Cyprus Cultural Centre, Brussels, 08/11/2011 C(2011)8117 final, apartado 5.

situación geográfica aislada de Chipre suponía un obstáculo a la transferencia de audiencias desde otros Estados miembros. No obstante, a continuación, afirmó que la medida podía tener potencialmente efectos indirectos sobre el turismo, al aspirar a atraer eventos de relevancia internacional, contribuyendo a un aumento del número de visitantes dispuestos a viajar a Chipre. Como en otros casos ya referidos, la Comisión concluyó que era difícil determinar si la medida amenazaba con distorsionar la competencia y afectar al comercio transfronterizo, pero que, en todo caso, la medida era compatible con el mercado interior de acuerdo con el artículo 107.3 (d) TFUE.¹⁰⁴⁰

Pese a que de estas dos decisiones pueden dar la apariencia de que rige una cierta lógica y previsibilidad en la interpretación del requisito de afectación de los intercambios entre los Estados miembros por la Comisión, lo cierto es que ésta no ha sido siempre todo lo sistemática que sería deseable provocando cierta inseguridad jurídica.

La Comisión ha buscado recientemente contrarrestar esta deficiencia, pero sobre todo ha querido poner freno a la interpretación extremadamente extensiva de la condición de afectación de los intercambios entre los Estados

¹⁰⁴⁰ “[I]t is not obvious that the notified grant will affect trade between Member States. As a matter of fact, the geographical position of Cyprus, being an island at the south-eastern most tip of Europe, does not encourage the transfer of audiences from other European Member States. The scope of the project is nevertheless not negligible, the CCC will host the highest quality and best forms of world-wide art and culture, and it aims to attract audiences from the nearby regions to its events. The fact that these audiences will mainly come from third countries does not fully exclude that part of these audiences come from other Member States and that the support from the Cypriot authorities may strengthen the position of the CCC in relation to its competitors in the Union and have the potential of distorting competition. In the specific case of the support to the CCC, it is difficult to determine, on the basis of the information available, whether this funding risks distorting competition and affecting crossborder trade. It is not necessary either to decide whether the notified measure should be qualified as State aid, because the Commission considers that this measure can, in any event, be declared compatible with the internal market in accordance with Article 107 (3) (d) TFEU.” State aid – SA.33241 (2011/N) - Cyprus State support to the Cyprus Cultural Centre, Brussels, 08/11/2011 C(2011)8117 final, apartados 26 a 28.

miembros. Las razones para ello han sido eminentemente prácticas, ligadas a la excesiva carga de trabajo alegada por la propia Comisión.

Para ello, en una actuación sin precedentes, la Comisión ha adoptado en un mismo día siete decisiones rechazando en todas ellas la calificación como ayuda de Estado de las medidas examinadas por ausencia de efectos sobre los intercambios en la UE.¹⁰⁴¹ Sin llegar a dar realmente un vuelco a su interpretación extensiva, la Comisión ha clarificado que, bajo ciertas condiciones, el requisito de la afectación de los intercambios comerciales no se verá satisfecho, poniendo el foco sobre estas situaciones y recordando que su cumplimiento no puede darse siempre por sentado.

La mayoría de estas siete decisiones se referían a medidas de financiación de infraestructuras: tres relativas a la financiación de hospitales en Alemania y la República Checa, una sobre la reforma de un puerto en Holanda y una última concerniente a ayudas operativas otorgadas a clubes de golf en Reino Unido. En la nota de prensa que acompañó la publicación de las decisiones,¹⁰⁴² la Comisión, además de afirmar que las decisiones proveían indicaciones adicionales sobre las situaciones que quedaban al margen de la aplicación del artículo 107.1 TFUE, las enmarcó en el conjunto de la

¹⁰⁴¹ SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, *Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region*, Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2796 final; State aid SA.37904 (2014/NN) – Germany, *Alleged State aid to medical centre in Durmersheim*, Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2800 final; SA.33149 (2014/NN ex 2011/CP) – Germany, *Städtische Projektgesellschaft "Wirtschaftsbüro Gaarden – Kiel*, Brussels, 29.04.2015 C (2015) 2793 final; SA.38035 (2015/NN) – Germany, *Alleged aid to a specialised rehabilitation clinic for orthopaedic medicine and trauma surgery*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2797 final; State aid SA.39403 (2014/N) – Netherlands, *Investment aid for Lauwersoog port*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2795 final; State aid SA.37963 (2014/NN) (ex 2013/CP) – United Kingdom, *Alleged State aid to Glenmore Lodge*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2799 final; State aid SA.38208 (2014/NN) (ex 2014/CP) – United Kingdom, *Alleged State aid to UK member-owned golf clubs*, Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2798 final.

¹⁰⁴² Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_es.htm [Consulta: 7 de marzo de 2018].

iniciativa de la Comisión de modernización de las ayudas estatales en la UE, que persigue, entre otros objetivos, “*concentrar el examen ex ante de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia sobre el mercado interior*”.¹⁰⁴³

Es criticable que la aplicación de las normas sobre control de las ayudas de Estado quede supeditada a determinados objetivos políticos marcados por la Comisión, máxime cuando el objetivo de esta política es tan frívolo como reducir la carga de trabajo de la Comisión. Si bien es siempre de agradecer la sinceridad de la Comisión al explicar las motivaciones de sus decisiones, lo cierto es que en este caso hubiese sido más prudente simplemente referirse a los precedentes existentes¹⁰⁴⁴ y no vincular las decisiones a sus objetivos políticos u organizativos.

Sea como fuere, las siete decisiones rechazaron la existencia de efectos sobre los intercambios entre los Estados miembros por ser las actividades desarrolladas por los beneficiarios puramente locales y por no tener la medida más que un “efecto marginal” sobre el comercio.

Para ello la Comisión se basó en una o varias de las siguientes razones en cada una de las decisiones: el hecho de que el suministro de bienes o provisión de servicios beneficiado por la medida cubriera un área limitada en

¹⁰⁴³ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Modernización de las ayudas estatales en la UE*, COM/2012/0209 final, apartado 8.

¹⁰⁴⁴ Las propias decisiones hacen referencia a un número considerable de decisiones previas en las que había descartado la existencia de ayudas de Estado en base a la inexistencia de efectos sobre el comercio entre los Estados miembros: Decisiones de la Comisión en los asuntos sobre ayudas de Estado N 258/2000, *Leisure Pool Dorsten*, OJ C 172, 16.6.2001, p. 16; C10/2003 *Netherlands – Non-profit harbours for recreational crafts*, OJ L 34, 06.02.2004, p. 63; N 458/2004 *Editorial Andaluza Holding* OJ C 131, 28.5.2005, p. 12; SA.33243 *Jornal de Madeira*, OJ C 16, 19.1.2013, p. 1; SA.34576 *Portugal – Jean Piaget North-east Continuing Care Unit*, OJ C 73, 13.3.2013, p. 1; y N 543/2001 *Ireland – Capital allowances for hospitals*, OJ C 154, 28.6.2002, p. 4.

el seno de un solo Estado miembro, siendo improbable que fuera a atraer usuarios de la infraestructura o, en general, clientes del beneficiario, desde otros Estados miembros;¹⁰⁴⁵ la escala limitada de las actividades del beneficiario¹⁰⁴⁶ y su pequeño tamaño y estructura.¹⁰⁴⁷

En todas las decisiones la Comisión utilizó la misma fórmula, según la cual es apropiado examinar, por un lado, si el beneficiario provee bienes y servicios en un área delimitada en el seno de un Estado miembro y es improbable que atraiga clientes de otros Estados miembros, y, por otro, si se puede prever que la medida tendrá algo más que efectos marginales sobre las condiciones que rigen las inversiones y el establecimiento transfronterizos.¹⁰⁴⁸

El concepto de “efectos marginales” entronca con la doctrina del Tribunal de Justicia aplicada en los otros ámbitos del derecho de la competencia desde un momento muy temprano de su jurisprudencia:

¹⁰⁴⁵ State aid SA.38208 (2014/NN) (ex 2014/CP) – United Kingdom, *Alleged State aid to UK member-owned golf clubs*, Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2798 final. apartado 24; State aid SA.37963 (2014/NN) (ex 2013/CP) – United Kingdom, *Alleged State aid to Glenmore Lodge*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2799 final apartado 15; State aid SA.33149 (2014/NN ex 2011/CP) – Germany, *Städtische Projektgesellschaft "Wirtschaftsbüro Gaarden – Kiel*, Brussels, 29.04.2015 C (2015) 2793 final apartado 20; SA.38035 (2015/NN) – Germany, *Alleged aid to a specialised rehabilitation clinic for orthopaedic medicine and trauma surgery*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2797 final apartado 14; SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, *Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region*, Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2796 final apartado 18.

¹⁰⁴⁶ State aid SA.39403 (2014/N) – Netherlands, *Investment aid for Lauwersoog port*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2795 final apartado 25

¹⁰⁴⁷ State aid SA.33149 (2014/NN ex 2011/CP) – Germany, *Städtische Projektgesellschaft "Wirtschaftsbüro Gaarden – Kiel*, Brussels, 29.04.2015 C (2015) 2793 final, apartado 21

¹⁰⁴⁸ “It seems appropriate to check, in particular, whether the beneficiary supplies goods or services to a limited area within a Member State and is unlikely to attract customers from other Member States, and whether it can be foreseen that the measure will have more than a marginal effect on the conditions of cross-border investments or establishment”. Véase por todos State aid SA.39403 (2014/N) – Netherlands, *Investment aid for Lauwersoog port*, Brussels, 29.04.2015, C(2015) 2795 final, apartado 24

“Considerando que, para que un acuerdo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, es preciso que pueda preverse con un grado de probabilidad suficiente, basándose en un conjunto de datos objetivos de Derecho o de hecho, que dicho acuerdo puede ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial sobre las corrientes comerciales entre los Estados miembros en un sentido potencialmente perjudicial para la consecución del objetivo de un mercado único entre los mismos...que, por lo tanto, un acuerdo no incurre en la prohibición del [actual artículo 101] cuando afecta al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto de que se trate”.¹⁰⁴⁹

No obstante, el Tribunal de Justicia ha excluido expresamente la aplicación de este razonamiento al ámbito de las ayudas de Estado. Como veremos en detalle en el siguiente apartado, *“la jurisprudencia no exige que la distorsión de la competencia o la amenaza de dicha distorsión y el perjuicio a los intercambios comerciales intracomunitarios sean sensibles o sustanciales”*,¹⁰⁵⁰ por lo que una afectación marginal de la competencia y los intercambios comerciales ha de considerarse en principio suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 107.1 TFUE.

Más allá de las críticas que se pueden verter contra las motivaciones de la Comisión y su discutible aplicación de la doctrina de efectos marginales, se le puede reprochar también que en ninguna de las siete decisiones examine los efectos indirectos sobre el comercio que pueden resultar de la ventaja concedida al propietario u operador de una infraestructura.

¹⁰⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969 en el asunto 5/69, *Völk*, [1969] Rec. p. 295, apartados 5 y 7.

¹⁰⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2002, Diputación Foral de Álava y otros c/Comisión, T-92/00 y T-103/00, Rec. p. II-1385, apartado 157.

En el ámbito de la gestión de las infraestructuras, es habitual la existencia de empresas transnacionales, que fácilmente pueden trasladar la ventaja obtenida mediante la gestión de una infraestructura local a actividades desarrolladas en otros Estados miembros o a actividades cuya dimensión transnacional es evidente. Hemos visto anteriormente que existen precedentes de decisiones de la Comisión que, precisamente, se han basado en este tipo de subvenciones cruzadas para rechazar la inexistencia de efectos sobre los intercambios entre los Estados miembros.¹⁰⁵¹

Por ello, aunque en los casos en cuestión es ciertamente difícil de argumentar que los efectos de las medidas sobre el comercio pudieran ser más que marginales, dado el carácter público de los beneficiarios su limitado tamaño y la improbabilidad de que fuesen a diversificar sus actividades,¹⁰⁵² ello de por sí no excluye la posibilidad de que se viera afectado el comercio y se cumpliera la cuarta condición del artículo 107.1 TFUE.

No se puede en consecuencia dar por zanjada la cuestión tan fácilmente como pretende la Comisión: los efectos sobre el comercio de una medida de financiación pueden tener repercusiones que no son inmediatas, sino que surgirán tiempo después de la concesión de la potencial ayuda. Si ésta precisamente propicia que se den las condiciones para que el beneficiario mejore su posición competitiva y expanda sus actividades, participando en actividades internacionales o evitando que competidores de otros Estados miembros puedan incorporarse al mercado local o nacional en el que desarrolle su actividad, es indudable que la medida habrá tenido efectos sobre

¹⁰⁵¹ Véase supra pág.238, State aid N 629/2009, *Grants for investment in electricity and natural gas transmission networks*, Brussels, 17.XII.2010 C (2010) 9470.

¹⁰⁵² En todos los casos, los beneficiarios directos eran entidades sin ánimo de lucro de pequeño tamaño y con una excepción, organismos públicos: clubes de golf propiedad de sus socios, hospitales públicos controlados por las autoridades locales o regionales etc.

los intercambios. Recordemos en este punto que la Comisión ha admitido diferir el –potencial– efecto sobre los intercambios a un momento indeterminado del futuro.

Del análisis anterior se deduce que la Comisión dispone de un muy amplio margen de actuación a la hora de rechazar las alegaciones de ausencia de efectos de una medida sobre el comercio entre los Estados miembros. Pero esa misma discrecionalidad puede ser empleada en el sentido opuesto, es decir, para descartar la calificación como ayuda de Estado de una medida por no afectar a los intercambios en la UE. A la vista de la intención de la Comisión formulada en multitud de documentos, empezando por la comunicación sobre modernización de las ayudas estatales, de “concentrar el examen ex ante de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia sobre el mercado interior”, y de su práctica más reciente, es previsible que el uso de ese margen de actuación se emplee para sustraer un cada vez mayor número de medidas de la calificación como ayuda de Estado. Este mismo fin puede ser también eficazmente perseguido, y con una base legal menos dudosa, a través de las normas sobre “ayudas de minimis”, de las que trataremos en el siguiente apartado.

4.3.4 Ayudas *de minimis*

Como hemos visto en el anterior apartado, la Comisión ha declarado que una medida que tenga solo efectos marginales sobre las condiciones que rigen las inversiones y los movimientos transfronterizos no afectará al comercio entre los Estados miembros.

Pese a que en nuestra opinión la Comisión aplicó de manera incorrecta este principio en los casos concretos discutidos anteriormente, sí puede legítimamente y siguiendo esa misma lógica, considerar que, si la cuantía de la ventaja obtenida por una empresa es insignificante, el comercio entre los Estados miembros no se verá afectado.

Estas medidas de importe limitado se conocen como “ayudas *de minimis*”, pese a que, precisamente, al no afectar al comercio entre los Estados miembros, no constituyen ayudas de Estado. El término *de minimis* se ha tomado de la máxima aplicable en el derecho romano, *de minimis praetor non curat* – el pretor no se ocupa de los asuntos triviales.

El Tribunal de Justicia parte de un principio que contradice de plano esta práctica:

“Por lo que respecta a la alegación... basada en la escasa cuantía global de las ayudas controvertidas y en su reparto entre numerosos [beneficiarios], cada uno de los cuales recibía una cantidad insignificante desde la perspectiva nacional o comunitaria, debe recordarse la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios

comerciales entre Estados miembros o de que se falsee la competencia”.¹⁰⁵³

En particular, una ayuda de importe exiguo puede tener efectos sobre los intercambios cuando afecte, directa o indirectamente, a un sector en el que exista una fuerte competencia.¹⁰⁵⁴

Pese a esta declaración de principio, el propio Tribunal ha respaldado que, por razones de simplificación administrativa, la Comisión pueda concentrar sus recursos en los casos “*de importancia real en el ámbito comunitario*”,¹⁰⁵⁵ estableciendo límites en el importe de la ventaja por debajo de los cuales se considerará que la medida no afecta al comercio entre los Estados miembros.

Aquí es donde reside, en nuestra opinión, la diferencia con el concepto de efectos marginales empleado por la Comisión en relación a las infraestructuras locales: las denominadas ayudas *de minimis* no tienen la capacidad de afectar al comercio entre los Estados miembros, siquiera sea de manera marginal, por lo que lógicamente tampoco pueden constituir ayudas de Estado. La Comisión, al considerar que las actividades con efectos

¹⁰⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 en el asunto C-278/00, *Grecia c/Comisión*, [2004] Rec.p.239, apartado 69. Véanse también Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980, en el asunto 730/79, *Philip Morris*, [1980] Rec.p.2671; de 11 de noviembre de 1987, en el asunto 259/85, *Francia c/Comisión*, [1987] Rec.p.4393; de 21 de marzo de 1990, en el asunto C-142/87, *Tubemeuse*, [1990] Rec.p.I-959, apartado 43; del 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, *Altmark*, [2003] Rec.p.415, apartado 81

¹⁰⁵⁴ “Desde el momento en que un organismo público favorece a una empresa que opera en un sector caracterizado por una fuerte competencia otorgándole una ventaja, existe una distorsión de la competencia o un riesgo de que se produzca. Si la ventaja es pequeña, la competencia resulta falseada en escasa medida pero resulta falseada de todos modos. Ahora bien, la prohibición que establece el apartado 1 del [actual artículo 107] del Tratado se aplica a toda ayuda que falsee o amenace falsear la competencia, sea cual fuere su importe, en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 1998, en el asunto T-214/95, *Vlaamse Gewest*, [1998] Rec.p.717, apartado 46.

¹⁰⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2002 en el asunto C-310/99, *Italia c/Comisión*, [2002] Rec.p.143, apartado 94.

marginales sobre los intercambios no afectan al comercio y, consecuentemente, no constituyendo ayudas de Estado, no solo contradice la jurisprudencia del TJUE sino que llega a una conclusión carente de sentido desde nuestro punto de vista: únicamente si no se cumple alguna de las cuatro condiciones del artículo 107.1 TFUE, que comprende la afectación de los intercambios comerciales entre los Estados miembros, puede rechazarse la calificación como ayuda de Estado de una medida. Si se producen efectos marginales sobre el comercio, obviamente no hay una ausencia de los mismos y no se puede descartar, basándose exclusivamente sobre este hecho, la existencia de una ayuda de Estado.

En este sentido, el Tribunal ha sido claro en su consideración de las ventajas *de minimis* como absolutamente incapaces de afectar los intercambios entre los Estados miembros:

“[A]unque el Tribunal de Justicia haya declarado que la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios intracomunitarios..., la modicidad de las ayudas otorgadas a una empresa en un período determinado excluye, en cierto número de sectores económicos, que se afecte a los intercambios entre Estados miembros. La Comisión podía pues considerar, en el marco de la facultad de apreciación de que dispone para evaluar los posibles efectos económicos de las medidas de ayuda, que, salvo en determinados sectores caracterizados por condiciones de competencia particulares..., a las ayudas inferiores a las cantidades precisadas en las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado a las PYME, y más tarde en su Comunicación relativa a las ayudas de minimis (DO 1996, C 68,

*p. 9), no afectan a los intercambios y, por tanto, no se les aplican los [actuales artículos 107 y 108] del Tratado”.*¹⁰⁵⁶

El Tribunal se refería en esta sentencia a la Comunicación relativa a las ayudas *de minimis* adoptada por la Comisión en 1996 “*con vistas a una simplificación administrativa tanto para los Estados miembros como para los servicios de la Comisión – que debe concentrar sus recursos en los casos de importancia real a nivel comunitario – y en interés de las PYME*”.¹⁰⁵⁷

La Comunicación de 1996 modificó las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas de 1992,¹⁰⁵⁸ que había introducido una norma *de minimis* fijando un umbral por debajo del cual se consideraría que el reducido importe de la ventaja haría inaplicable el apartado 1 del actual artículo 107 TFUE, “*quedando la ayuda exenta del requisito de notificación previa a la Comisión en virtud del apartado 3 del [actual artículo 108 TFUE]*”.¹⁰⁵⁹

Efectivamente, la sección 3.2 de las Directrices de 1992, titulada “*de minimis*”, estableció lo siguiente: “*es conveniente suprimir la obligación de informar previamente a la Comisión, de conformidad con el apartado 3 del [actual artículo 108 TFUE], sobre las ayudas que no rebasen un importe determinado, por debajo del cual no puede considerarse aplicable el*

¹⁰⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2002 en el asunto C-351/98, *España c/Comisión*, [2002] Rec. p.530, apartado 51

¹⁰⁵⁷ Comunicación de la Comisión relativa a las ayudas de *de minimis*, D.O.C 68, 6.3.1996, pp. 9–10

¹⁰⁵⁸ Comunicación de la Comisión - Procedimiento acelerado de aprobación de los planes de ayudas a las PYME y de modificaciones de planes vigentes, D.O. n° C 213 de 19. 8. 1992, p. 2

¹⁰⁵⁹ Comunicación de la Comisión relativa a las ayudas de *de minimis*, D.O. n° C 068 de 6.3.1996 pp.9 – 10

apartado 1 del [actual artículo 107 TFUE].”¹⁰⁶⁰ El límite por debajo del cual podría considerarse una medida de financiación como *de minimis* se fijó en 50 000 ecus. Cualquier financiación mediante fondos estatales recibida por el mismo beneficiario “para el mismo tipo de gasto” debería contabilizarse para calcular si el importe se encontraba por encima del límite. Finalmente, las Directrices excluyeron expresamente de la posible consideración de financiación *de minimis* cualquiera que beneficiara a una entidad activa en los sectores “*de la industria siderúrgica, la construcción naval, las fibras sintéticas, el sector de los vehículos a motor, la agricultura, la pesca, el transporte y la industria del carbón*”.¹⁰⁶¹

La Comunicación de 1996 que sustituyó a la de 1992, estableció una sola condición, consistente en que el “*importe máximo de ayuda [no superara] 100 000 ecus durante un periodo de tres años [a contar] a partir de la concesión de la primera ayuda de minimis*”¹⁰⁶² y con independencia de en qué concepto o por qué motivos se concedieran dichas ayudas. La consideración del total de las ayudas *de minimis* pagadas al beneficiario se ha mantenido hasta la actualidad, en tanto que el importe ha variado, como veremos.

¹⁰⁶⁰ Comunicación de la Comisión - Procedimiento acelerado de aprobación de los planes de ayudas a las PYME y de modificaciones de planes vigentes, D.O. n° C 213 de 19. 8. 1992, apartado 3.2

¹⁰⁶¹ Comunicación de la Comisión - Procedimiento acelerado de aprobación de los planes de ayudas a las PYME y de modificaciones de planes vigentes, D.O. n° C 213 de 19. 8. 1992, apartado 1.6

¹⁰⁶² Comunicación de la Comisión relativa a las ayudas de minimis, D.O. n° C 068 de 6.3.1996 pp.9 – 10

La práctica de la Comisión pasaría posteriormente a regularse a través de normas de derecho imperativo en vez de mediante normas de derecho indicativo como hasta entonces.¹⁰⁶³

El Consejo aprobó en 1998 el Reglamento 994/98 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actuales artículos 107 y 108 TFUE) a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.¹⁰⁶⁴ Este Reglamento fue reemplazado en el año 2015, por el Reglamento 2015/1588 del Consejo sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales¹⁰⁶⁵ (en adelante *Reglamentos de habilitación de 1998 y de 2015* respectivamente) adoptado

¹⁰⁶³ Nótese sin embargo que, a efectos prácticos, la diferencia no ha sido en exceso relevante, dado que la Comisión debe atenerse en todo caso a las normas que dicta, con independencia de que sean únicamente de derecho indicativo (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1993, en el asunto C-313/90, *CIRFS*, [1993] Rec.p.I-1125, apartados 34 a 36) Además, el propio Tribunal se refería y aplicaba las Comunicaciones relativas a las ayudas de minimis para potencialmente excluir que una medida afectara al comercio entre los Estados miembros:

“En cuanto al límite máximo previsto por la Comunicación de la Comisión de 6 de marzo de 1996, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente no resulta que el importe de las deducciones de que puede beneficiarse un médico en virtud de una medida como la controvertida en el procedimiento principal sea inferior, en cualquier circunstancia, al importe máximo, que está fijado en 100.000 euros en un periodo de tres años. En efecto, la normativa nacional no prevé, como señala acertadamente la Comisión de las Comunidades Europeas, ningún límite al importe del que puede beneficiarse un médico, como empresa individual, en virtud de la renuncia a la regularización de las deducciones. En estas circunstancias, no se ha acreditado que tal medida pueda acogerse a la regla de minimis establecida por la citada Comunicación.

Por consiguiente, dado que no puede excluirse, ..., que odontólogos, como el Sr. Heiser, compitan con sus colegas establecidos en otro Estado miembro, debe considerarse que se cumple el segundo requisito de aplicación del [actual artículo 107], apartado 1, del Tratado.” Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1993, en el asunto C-313/90, *CIRFS*, [1993] Rec.p.I-1125, apartados 34 y 35.

¹⁰⁶⁴ Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales, D.O. n° L 142 de 14/05/1998 p. 0001 - 0004

¹⁰⁶⁵ Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales, DO L 248 de 24.9.2015, p. 1/8

en el marco del plan de modernización de las normas sobre control de las ayudas de Estado lanzado por la Comisión en 2012.

Ambos reglamentos han servido a su vez de base para la adopción de los Reglamentos sobre exenciones por categorías adoptados por la Comisión – aplicables a las ayudas de Estado que reúnen una serie de características que justifican en opinión de la Comisión su declaración de compatibilidad sin tener que ser notificadas ni aprobadas mediante decisión de la Comisión – y para los sucesivos Reglamentos *de minimis*.

En el artículo 2, ambos Reglamentos facultan a la Comisión para adoptar reglamentos que declaren que determinadas ayudas (*sic*) no cumplen los criterios señalados en el artículo 107, apartado 1 del TFUE, previa consulta al Comité consultivo de ayudas de Estado y bajo condición de que la ayuda concedida a una empresa durante un período dado no supere un determinado importe fijo – de ahí la denominación de reglamentos *de minimis*.

El primer Reglamento *de minimis* fue adoptado por la Comisión en 2001 y constaba únicamente de cuatro artículos, incluyendo uno sobre la entrada en vigor y período de vigencia. En él se mantuvo la cuantía de 100 000 euros durante un periodo de tres años, fijada en la Comunicación de 1996, como límite por encima del cual una medida no podría beneficiarse en ningún caso de la presunción *iuris et de iure* de no afectación del comercio contenida en el Reglamento. Éste excluyó asimismo de su ámbito las ayudas al sector del transporte – exceptuadas ya en la Comunicación de 1996 – y a las exportaciones o que discriminaran en favor de los productos nacionales en detrimento de los importados.

El Reglamento de 2001, como se había previsto expresamente en su artículo cuarto, fue sustituido en el año 2006 por el Reglamento 1998/2006, que amplió el límite de la cuantía *de minimis* a 200 000 euros brutos, es decir, antes de aplicar deducciones fiscales,¹⁰⁶⁶ durante un periodo de tres años fiscales. Quedaba exceptuada la financiación concedida a empresas que operaran en el sector del transporte por carretera respecto a las que se mantuvo el límite de 100 000 euros, para adaptarse al pequeño tamaño medio de las empresas que operaban en ese sector. El Reglamento introdujo también la condición de que la ayuda fuera transparente, lo que requería que el equivalente bruto de la subvención pudiese “*calcularse previamente con precisión sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo*”.¹⁰⁶⁷

Una novedad relevante introducida por el Reglamento de 2006 fue la exigencia de que, para ser considerada *de minimis*, la financiación no debía acumularse “*con ninguna ayuda estatal correspondiente a los mismos gastos subvencionables si dicha acumulación [diera] lugar a una intensidad de*

¹⁰⁶⁶ El Tribunal de Justicia ha explicado de manera clara y concisa por qué la Comisión no toma en cuenta las cargas fiscales que gravan las ventajas financieras otorgadas: “*La Comisión no está facultada, en el sistema de control de las ayudas de Estado establecido por el Tratado, para tomar en consideración las cargas fiscales que gravan el importe de las ayudas económicas otorgadas, a efectos de apreciar su compatibilidad con el Tratado. En efecto, estas cargas no se vinculan específicamente a la propia ayuda, sino que se recaudan en una fase posterior y gravan las ayudas controvertidas al igual que cualquier ingreso. No pueden, por consiguiente, constituir un elemento pertinente a efectos de evaluar la incidencia específica de la ayuda sobre los intercambios comerciales y la competencia y, en particular, de estimar la ventaja obtenida por los beneficiarios de esta ayuda en relación con las empresas competidoras que no hayan disfrutado de ella y cuyos ingresos también están sujetos a tributación. Además, la Comisión no dispone, por regla general, de los datos necesarios para apreciar la incidencia de las cargas fiscales sobre la ventaja obtenida por la empresa beneficiaria. Esta apreciación sólo se produce, en principio, en la fase de recuperación de la ayuda con arreglo a las normas de Derecho interno y, por tanto, es competencia exclusiva de las autoridades del Estado miembro de que se trate.*” Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 2000, en los asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98 *Alzetta Mauro* [2000] Rec.p.151, apartado 89.

¹⁰⁶⁷ Artículo 2.4 Véanse letras a) a d) del artículo para conocer concretamente en qué casos las Comisión considerará que se cumple con esta premisa.

ayuda superior a la establecida para las circunstancias concretas de cada caso en un reglamento de exención por categorías o en una decisión adoptada por la Comisión”.¹⁰⁶⁸

En otras palabras, a efectos del análisis de compatibilidad con el mercado interior de una ayuda de Estado, las medidas de financiación cubiertas por el Reglamento *de minimis* debían ser computadas junto a las ayudas de Estado concedidas posteriormente a la empresa beneficiaria afín de determinar la proporcionalidad de la ventaja obtenida, siendo, exclusivamente a estos efectos, tratadas como ayudas de Estado.

El Reglamento de 2006 preveía un periodo de vigencia limitado a siete años, hasta el 31 de diciembre de 2013, momento en que la norma dejaría de ser aplicable. A partir del 1 de enero de 2014 el Reglamento *de minimis* de 2006 fue sustituido por el Reglamento 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*.¹⁰⁶⁹

En su primer considerando, el Reglamento retoma una aseveración ambigua y que puede llevar a equívocos sobre la naturaleza de las denominadas “ayudas de minimis” –término de por sí también equívoco puesto que estas medidas no constituyen ayudas de Estado:

“La financiación estatal que cumple los criterios del artículo 107, apartado 1, del Tratado constituye ayuda estatal y debe notificarse a la Comisión en virtud del artículo 108, apartado 3, del Tratado. No obstante, de conformidad con el artículo 109 del Tratado, el Consejo

¹⁰⁶⁸ Reglamento (CE) n° 1998/2006, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas de minimis, publicado el 28.12.2006, DO L 379/5, artículo 2.5.

¹⁰⁶⁹ Reglamento (UE) n° 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis, OJ L 352, 24.12.2013, pp. 1–8

podrá determinar las categorías de ayudas que quedan exentas de esta obligación de notificación. De conformidad con el artículo 108, apartado 4, del Tratado, la Comisión puede adoptar reglamentos relativos a dichas categorías de ayudas estatales. En virtud del Reglamento (CE) no 994/98, el Consejo decidió, de conformidad con el artículo 109 del Tratado, que las ayudas de minimis podían constituir una de dichas categorías. Sobre esa base, se considera que las ayudas de minimis, entendiendo como tales las que se conceden a una única empresa durante un cierto espacio de tiempo y no superan una cantidad fija determinada, no cumplen todos los criterios que establece el artículo 107, apartado 1, del Tratado y, por lo tanto, no están sujetas al procedimiento de notificación.”¹⁰⁷⁰

La primera muestra de ambigüedad es referirse al artículo 109 TFUE como una norma habilitante para que el Consejo pueda determinar las categorías de *ayudas exentas* de la obligación de notificación que, se entiende, de otro modo les serían aplicables. En el caso de las medidas *de minimis*, éstas no constituyen ayudas de Estado. Poner énfasis en un aspecto inherente a la no calificación como ayuda de estado de una medida –la ausencia de obligación de notificación– que es propia también a ciertas ayudas de Estado cubiertas por los reglamentos de exención por categorías, es algo en nuestra opinión inapropiado. Máxime cuando el artículo 109 faculta al Consejo para “adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108”, lo que incluye, pero no se limita, a “determinar... las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 108 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento”.¹⁰⁷¹

Como ya hemos visto, el Reglamento habilitante de 1998, vigente al adoptarse el actual Reglamento *de minimis*, trató con más rigor este asunto,

¹⁰⁷⁰ Reglamento (UE) n ° 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis, OJ L 352, 24.12.2013, pp. 1–8.

¹⁰⁷¹ Artículo 109 TFUE

declarando que “*la Comisión debe estar facultada para declarar, mediante reglamento, que determinadas ayudas no cumplen todos los criterios del apartado 1 del [actual artículo 107] del Tratado y quedan, por tanto, excluidas del procedimiento de notificación previsto en el apartado 3 del [actual artículo 108 del Tratado], siempre que la ayuda concedida a una misma empresa durante un período dado no exceda de un determinado importe*”.¹⁰⁷²

Es decir, inequívocamente vincula la exclusión de la obligación de notificación a la no calificación de la medida como ayuda de Estado.

Sin duda habría sido preferible que el Reglamento habilitante no se refiriera en absoluto a la exclusión de la obligación de notificación y únicamente mencionara la ausencia del cumplimiento de los criterios del artículo 107.1 TFUE, lo que descartaría la calificación de la medida de financiación *de minimis* como ayuda de Estado y, por descontado, la eximiría de la obligación de notificación aplicable a las ayudas de Estado. Pero al menos el Reglamento habilitante vincula expresamente la exclusión de la obligación de notificación a la ausencia del cumplimiento de las condiciones del artículo 107.1 TFUE. Por el contrario, el Reglamento *de minimis* de 2013, si bien se refiere a la ausencia del cumplimiento de las condiciones del artículo 107.1 TFUE, lo hace únicamente tras declarar que las ayudas *de minimis* constituyen “ayudas estatales” y que el Consejo decidió que podían constituir una categoría exenta de la obligación de notificación. Las medidas de financiación *de minimis* ni constituyen ayudas estatales ni “pueden” quedar

¹⁰⁷² Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales, D.O. n° L 142 de 14/05/1998 p. 0001 – 0004, apartado 3.

exentas de la obligación de notificación, sino que estarán exentas precisamente porque tal obligación solo afecta a las ayudas de Estado.

Es previsible que en futuros Reglamentos sobre ayudas *de minimis* –a más tardar a partir del 1 de enero de 2021, cuando termine el periodo de vigencia del actual Reglamento de 2013 y sea sustituido por un nuevo Reglamento– la Comisión evitará la actual confusión. Así lo indica que el Reglamento de habilitación de 2015, tras recordar que “*el buen funcionamiento del mercado interior exige que se apliquen rigurosa y eficazmente las normas de competencia en materia de ayudas estatales*”, distinga con claridad meridiana los reglamentos de exención por categorías, en los que la Comisión define “*criterios generales de compatibilidad, [en base a las cuales declara] que determinadas categorías específicas de ayudas... quedan exentas del procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 3, del TFUE*”¹⁰⁷³, de los reglamentos *de minimis*, que establecen “*que determinadas ayudas (sic) no cumplen todos los criterios del artículo 107, apartado 1, del TFUE y quedan, por tanto, excluidas del procedimiento de notificación previsto en el artículo 108, apartado 3, del TFUE, siempre que la ayuda concedida a una misma empresa durante un período dado no exceda de un determinado importe*”.¹⁰⁷⁴

Por lo demás el Reglamento *de minimis* de 2013 retoma gran parte del contenido del Reglamento de 2006, detallando y profundizando algunos aspectos:

¹⁰⁷³ Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales, DO L 248 de 24.9.2015, p. 1/8, apartado 4.

¹⁰⁷⁴ Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales, DO L 248 de 24.9.2015, p. 1/8, apartado 22.

El límite máximo para que una o varias medidas de financiación concedida a una misma empresa puedan potencialmente considerarse *de minimis* se ha mantenido como norma general en 200 000 euros –100 000 euros en caso de que el beneficiario realice operaciones de transporte de mercancías por carretera– durante cualquier período de tres ejercicios fiscales consecutivos. Si una misma empresa se beneficiara de varias medidas de financiación que, individualmente no superaran el límite fijado en el Reglamento, pero sí lo hicieran en conjunto, ninguna de ellas podrá considerarse *de minimis*.¹⁰⁷⁵ Si se acumulara una ventaja comprendida en el ámbito del Reglamento *de minimis* con ayudas de Estado en relación con los mismos gastos subvencionables, la suma de la ayuda estatal y la ventaja *de minimis* no podrá exceder la intensidad de ayuda admitida en el reglamento de exención por categorías aplicable o la decisión de la Comisión que apruebe la ayuda de estado.¹⁰⁷⁶

Los Estados miembros deberán mantener registros de las ventajas *de minimis* concedidas, afín de facilitar las tareas de supervisión y control de la Comisión, y comprobar que se respetan el límite máximo del importe de la financiación estatal y las normas sobre acumulación de ayudas antes de conceder una ventaja *de minimis*.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁵ Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis, OJ L 352, 24.12.2013, pp. 1–8, artículo 5.1.

¹⁰⁷⁶ Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis, OJ L 352, 24.12.2013, pp. 1–8, artículo 5.2.

¹⁰⁷⁷ “El Reglamento (CE) n.º 1998/2006, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas de minimis, ... que exime del requisito de notificación de las medidas de ayuda concedidas a las empresas que no sobrepasan el valor de 200 000 EUR a lo largo de un período de tres ejercicios fiscales, no parece ser aplicable, dado que medidas de ayuda similares fueron concedidas a los museos vascos en 2010, a saber, N 1/2010 – Ayuda estatal a los museos vascos (España), adoptada el 21.4.2010, DO

La Comisión ha adoptado un reglamento *de minimis* específico para los servicios de interés económico general. La razón por la que distingue entre los SIEG y otras actividades económicas también a efectos de fijar una norma *de minimis* es que “*la experiencia de la Comisión en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a empresas que prestan servicios de interés económico general, ... muestra que... es probable que al menos algunas de [las ventajas concedidas] constituyan una compensación por los costes adicionales relacionados con la prestación de servicios*”.¹⁰⁷⁸ La opción de aplicar un límite *de minimis* más alto para los SIEG es razonable, no tanto por la razón esgrimida por la Comisión, sino por el hecho de que los SIEG en principio tienen una menor incidencia sobre el comercio entre los Estados miembros.

Esa explicación es coherente con el hecho de que, inversamente, ciertos tipos de medidas que pueden considerarse particularmente distorsionadoras, como la financiación de empresas en crisis o que no cumpla la definición de transparente, quedan excluidos del Reglamento. La Comisión ha fijado el límite por debajo del cual la financiación de un SIEG se

C 140 de 29.5.2010, p.18.” Ayuda estatal SA.32643 (2011/N) – España, *Ayuda estatal a los museos vascos en 2011*, Bruselas, 11.5.2011, C(2011) 3393 final.

En ocasiones la consideración cumulativa de fondos *de minimis* se llevado erróneamente al extremo de considerar que cualquier fuente de financiación que no se haga en condiciones normales de mercado, ha de incluirse para calcular si límite excedido. Por el contrario, únicamente las medidas que cumplen con las condiciones del artículo 107.1 TFUE, y en particular su primera condición, que la medida se financie por el Estado o mediante fondos estatales, han de tomarse en cuenta. En un caso relativo a las exenciones al IRPF en la República Checa aplicable a las donaciones en beneficio de actividades culturales, aparentemente se tomaron en cuenta ventajas no obtenidas por el Estado.

State aid NN 44/2007 (ex N 32/2006) – Czech Republic, *Income tax exemption on awards and donations in the cultural sphere*, Brussels, C (2009)7375 def.

¹⁰⁷⁸ 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 minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general, D.O.U.E. 26.4.2012, L 144/8, pp. 4-14

considerará *de minimis*, en 500 000 EUR, durante tres años fiscales.¹⁰⁷⁹ Además, los Estados miembros deberán informar a la Comisión de la financiación que concedan amparados por el Reglamento.¹⁰⁸⁰

En el caso de la financiación de la construcción u operación de infraestructuras, que requieren en general sumas considerables, la reglamentación sobre “ayudas *de minimis*” tiene una relevancia circunscrita esencialmente a los usuarios de la misma.

La ventaja indirecta que pueden obtener éstos si no pagan una cantidad acorde al precio de mercado del servicio,¹⁰⁸¹ quedará en muchas ocasiones subsumida en el Reglamento *de minimis* y no tendrá consecuencias desde el punto de vista de las normas sobre control de las ayudas de Estado.

No obstante, ello presupone que se cumplan las condiciones del Reglamento, incluidos los requisitos de supervisión y control, así como de acumulación de ayudas. La carga de la prueba del cumplimiento de estas condiciones recae sobre el Estado miembro que otorga la ayuda. El respeto de los requisitos del Reglamento será extremadamente difícil si la medida beneficia a un gran número de usuarios de la infraestructura, bien por no haber establecido el Estado miembro los mecanismos necesarios,¹⁰⁸² bien por

¹⁰⁷⁹ Artículo 2.2 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 minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general, D.O.U.E. 26.4.2012, L 144/8, pp. 4-14.

¹⁰⁸⁰ Artículo 3 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 minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general, D.O.U.E. 26.4.2012, L 144/8, pp. 4-14

¹⁰⁸¹ Véase apartado 3.2.1 supra.

¹⁰⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2002, en el asunto C-382/99, Países Bajos c/Comisión, [2002] Rec.p.363, apartados 25 y 26. State aid N 213/2003 – United Kingdom, *Project ATLAS; broadband infrastructure scheme for business parks*, Brussels, 20.07.2004, C(2004)1809 fin, apartados 33 a 35.

tratarse de beneficiarios que han recibido ayudas anteriores o que podrán recibir más ayudas en el futuro o bien por otras razones relacionadas con el límite cumulativo impuesto por el artículo 5 del Reglamento *de minimis*.¹⁰⁸³

¹⁰⁸³ “La intensidad de la ayuda se limitará al 75 % de los costes sufragados por los beneficiarios. El importe máximo de la ayuda prevista por proyecto o actividad asciende a 45 000 EUR. No obstante, el mismo beneficiario podrá ser subvencionado por un máximo de dos proyectos o actividades diferentes, ascendiendo en tal caso el límite máximo de la ayuda individual a 90 000 EUR. El Reglamento (CE) n° 1998/2006, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas de minimis, publicado el 28.12.2006, DO L 379/5, que exige del requisito de notificación de las medidas de ayuda concedidas a las empresas que no sobrepasan el valor de 200 000 EUR a lo largo de un período de tres ejercicios fiscales, no parece ser aplicable, dado que medidas de ayuda similares fueron concedidas a los museos vascos en 2010, a saber, N 1/2010 – Ayuda estatal a los museos vascos (España), adoptada el 21.4.2010, DO C 140 de 29.5.2010, p.18.”

“A diferencia del pasado, las autoridades españolas no han invocado ahora las disposiciones del Reglamento n° 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis, especialmente por la posible acumulación con ayudas destinadas a otros fines”. Ayuda estatal SA.32643 (2011/N) – España Ayuda estatal a los museos vascos en 2011, Bruselas, 11.5.2011 C(2011) 3393 final

CONCLUSIONES

Hemos intentado, como anunciamos al comienzo de este trabajo, describir pormenorizadamente cómo se aplican y cómo deberían ser aplicados los requisitos que lleva aparejada la definición de las ayudas de Estado a la financiación de infraestructuras.

De este análisis quisiéramos destacar dos elementos que cimientan este análisis, uno referido al origen de las deficiencias e incongruencias identificadas, que recapitularemos brevemente, y otro concerniente a la solución propuesta que resolvería muchos de los actuales defectos presentes en la jurisprudencia del TJUE y, sobre todo, en las decisiones de la Comisión.

Entendemos que la causa última de los problemas teóricos que lastran la práctica de uno y otra proviene del hecho de que la noción de ayuda de Estado no está estrictamente definida en los Tratados.

El artículo 107.1 TFUE refleja meramente una serie de requisitos que ha de reunir una medida para ser calificada como ayuda de Estado, dotando el artículo 108 TFUE a la Comisión Europea de una potestad de control sobre las medidas que satisfacen dichas condiciones. Como resultado de estas dos disposiciones, la Comisión goza en este ámbito de un amplio margen de interpretación a la hora de ejercer sus poderes de supervisión sobre los Estados.

En el ejercicio de sus competencias de control, la Comisión Europea se ha debatido entre dos corrientes contrapuestas:

Por un lado, ha venido extendiendo el ámbito de aplicación de la norma, a partir de una lectura teleológica del concepto de ayuda de Estado.

Esta línea de actuación se basa en que uno de los objetivos presumidos del sistema de control de las ayudas de Estado es evitar las distorsiones de la competencia en la UE, y que es con este objetivo en mente con el que han de interpretarse las condiciones que impone el artículo 107.1 TFUE.

Por otro lado, como consecuencia principalmente del incremento de casos fruto de esa lectura expansiva, la Comisión ha reaccionado cercenando sus propias competencias de control imponiéndose, e imponiendo a los competidores y demás partes interesadas, una serie de limitaciones a la hora de aplicar el concepto de ayuda de Estado, que en ocasiones no tienen un soporte claro en la letra del Tratado.

Más que por razones de sujeción estricta a la legalidad, o como respuesta a la intención de la norma, que ciertamente son las consideraciones que guían la tendencia expansiva, al abrazar la interpretación restrictiva la Comisión ha actuado a menudo guiada por un objetivo eminentemente práctico: concentrar sus recursos en aquellos casos que considera tienen mayor relevancia para el funcionamiento del mercado interior. Eso, siendo benévolo. Siendo menos condescendientes, podríamos destacar comportamientos de la Comisión que rayan la dejadez de funciones por motivos espurios.

Hemos analizado a lo largo de este trabajo cómo estas dos corrientes contrapuestas se han hecho particularmente presentes en el ámbito de la financiación de infraestructuras.

Ésta es un área a la que la Comisión solo recientemente ha prestado la atención que merece por sus enormes implicaciones financieras, pero en el que en un breve lapso se han destapado un buen número de complejas cuestiones teóricas que ni la Comisión ni el TJUE han alcanzado a resolver

de manera satisfactoria. Sin ánimo de ser en absoluto exhaustivos, puesto que ello requeriría repetir casi letra por letra lo dicho en los capítulos precedentes, las siguientes nos parecen particularmente significativas y elocuentes:

1. La Comisión, en línea con la jurisprudencia general en la materia, ha mantenido una lectura cumulativa de la condición de financiación por el Estado o mediante fondos estatales, exigiendo que las ayudas conlleven una carga financiera para el Estado y le sean imputables. Por otro lado, sin embargo, el TJUE ha admitido que la imputabilidad se deduzca de indicios que fácilmente se podrán colegir en la mayoría de los casos de financiación de infraestructuras, provenga ésta directamente del Estado en cualquiera de sus niveles administrativos territoriales, o por entidades, públicas o privadas, interpuestas, minimizando así en gran medida la interpretación restrictiva que hace de esta primera condición.

No obstante, consideramos, y así lo hemos expuesto, que sería preferible que las cuestiones más controvertidas que afectan este ámbito –por ejemplo la puesta a disposición gratuita de infraestructuras por el Estado– se dirimieran en el marco del examen de la selectividad de la medida.

Esta propuesta requeriría un giro radical de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que expandiera la interpretación hoy en día consolidada de la condición de financiación de las ayudas “por el Estado o mediante fondos estatales”.

Es difícil no convenir, sin embargo, en que esta expansión es racional y se adecúa mejor a la lógica del sistema de control de las ayudas de Estado: el Estado puede fácilmente conceder ventajas selectivas a través del ejercicio de sus poderes regulatorios, trasvasando fondos directamente entre las empresas sin que, técnicamente, queden en ningún momento bajo su control. Con ello lograría el mismo resultado –distorsionar la competencia mediante la concesión de una ventaja selectiva a determinadas empresas– salvando la calificación como ayuda de Estado en base a un formalismo. Esto es particularmente incoherente por no encontrar la interpretación expansiva un soporte evidente en el texto de la norma, que, por el contrario, explícitamente prohíbe las ayudas de Estado “bajo cualquier forma”.

2. La tensión entre estos dos aspectos contrapuestos trasciende también a la condición de selectividad, principalmente en las figuras de las infraestructuras generales y las infraestructuras dedicadas. Guiada por una visión teleológica, la Comisión ha considerado que las primeras carecen del elemento de selectividad requerido para que su financiación constituya una ayuda de Estado. Son tratadas, por el contrario, como medidas generales que benefician indistintamente a la totalidad de la población. Pero esta postura ha sido contrarrestada, siguiendo la misma dialéctica ya mencionada, por la calificación de las infraestructuras de uso gratuito que, de facto benefician a una o varias empresas, como infraestructuras dedicadas y, por ende, selectivas.

En este punto hemos identificado e ilustrado la falta de coherencia entre el examen de la selectividad de la medida consolidado en la jurisprudencia relativa a las medidas de carácter fiscal y la aplicada a la posible ventaja selectiva a los usuarios de las infraestructuras. En particular, la Comisión no examina de manera sistemática y lógica si el uso gratuito de las infraestructuras es *prima facie* selectivo y, si lo fuera, si está justificado por la *lógica del sistema*.

En el caso Eventech, el Tribunal se planteó si los poderes públicos competentes están obligados, en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 1, a percibir de los usuarios que se benefician de un derecho de acceso (preferente) a una infraestructura pública la contrapartida del valor económico de un derecho de esta naturaleza. Consideró que únicamente si hubiese un trato discriminatorio, que no identificó en el asunto concreto que examinaba, podía exigirse dicho pago. Hemos intentado demostrar las incongruencias en que incurre este razonamiento del Tribunal: en consideración de las circunstancias del caso, nuevamente, el Tribunal se amparó en diferencias formales entre las empresas usuarias –los taxis londinenses– y su competencia –los *black cabs* o vehículos con conductor– para juzgar que no era exigible la igualdad de trato entre ambas. El Tribunal ignoró así su jurisprudencia en el ámbito de las medidas fiscales, evitando comprobar si la diferencia de trato se justificaba por el objetivo y la lógica del sistema en el que se inscribía la diferenciación.

3. Hemos analizado en detalle también las figuras de los servicios de interés económico general, el principio del inversor en una

economía de mercado y el ejercicio de prerrogativas de poderes públicos, sus efectos y trascendencia respecto a la construcción y explotación de infraestructuras.

Estos tres principios son aplicables a cualquier acción potencialmente constitutiva de una ayuda de Estado, pero revisten particular importancia en lo referido a la financiación de las infraestructuras.

El principio del inversor en una economía de mercado encaja perfectamente en la lógica general del sistema de control de las ayudas de Estado, pero su relevancia es limitada en este ámbito, excepto en lo que se refiere al constructor y, sobre todo, los usuarios en sus relaciones con el propietario u operador.

Tienen mayor importancia para la financiación de infraestructuras los conceptos de servicios de interés económico general y de prerrogativas de poder público.

La interpretación dada por la Comisión y el TJUE a los efectos, en términos de la existencia de una ayuda de Estado, del ejercicio de prerrogativas de poder público y, en menor medida, de la compensación por la prestación de un servicio de interés económico general se desvían, innecesariamente, de las reglas generales.

Hemos propuesto que se apliquen también en estos casos el régimen común. Ello no supondría, en la práctica, un cambio

radical: en la mayoría de los casos, como hemos demostrado, el ejercicio de prerrogativas de poder público o de un servicio de interés económico general no darán lugar a una ayuda de Estado por la ausencia de una ventaja selectiva en favor de una o varias empresas. Vemos por ello innecesario aplicar normas exorbitantes para llegar al mismo resultado. Es cierto, sin embargo, que en algunos casos la, pretendida, compensación del servicio de interés económico general y la financiación de infraestructuras utilizadas para que el Estado ejerza poderes públicos sí constituirán ayudas de Estado. Ese será el caso cuando el propietario u operador de la infraestructura desempeñen una actividad económica, lo que las calificará como empresas, y obtengan una ventaja selectiva financiada con fondos estatales.

Si se dan esas circunstancias y la medida se califica como ayuda de Estado, ni la clasificación de la actividad en el orden jurídico interno ni su objetivo deberían eximir a las autoridades de garantizar que las medidas persigan un objetivo de interés común y el importe de la ayuda sea proporcional. Ello normalmente bastará para que la medida se apruebe como una ayuda compatible con el mercado interior, por lo que se podrá ejecutar sin mayores contratiempos.

De lo contrario, si las medidas no cumplen con las exigencias que requiere la compatibilidad con el mercado interior, la prohibición de ejecución de la medida estará, en nuestra opinión, justificada.

4. Por último, respecto a la condición de afectación de la competencia y el comercio entre los Estados miembros, el TJUE también ha expandido el concepto de ayuda de Estado hasta prácticamente convertir esta condición en un mero trámite. Ha sido clave para ello que haya asumido que la distorsión de la competencia y el efecto sobre el comercio puedan ser simplemente *potenciales*. Con ello exime a la Comisión de recabar datos empíricos, e incluso de elaborar una previsión fundada en un análisis económico que demuestre que las medidas tendrán un impacto supranacional sobre la competencia y el comercio. Esto constituye una desviación de la práctica vigente en otros ámbitos del Derecho de la competencia y responde, en nuestra opinión, a la naturaleza jurídica, más que económica, de los dos requisitos.

Nuevamente, sin embargo, la Comisión ha buscado limitar la expansión del número de casos relativos a la financiación de infraestructuras sometidos a su control que implica esta jurisprudencia acuñando la figura de las infraestructuras locales.

El empleo de esta figura ofrece aparentemente la solución más adecuada si se quiere poner freno al aumento de casos examinados por la Comisión: el efecto, limitado, sobre la competencia y el comercio es el criterio más racional desde un punto de vista económico para distinguir entre las medidas que deben someterse al control de la Comisión, por constituir ayudas de Estado, de aquéllos que no lo requieren.

No obstante, hay un factor que invalida el recurso a esta solución como la hecho la Comisión. Ésta, voluntaria o

involuntariamente, ha pasado por alto que, además de la competencia internacional *en* el mercado, que cabe excluir razonablemente en estos casos, es necesario poder excluir la competencia internacional *por* el mercado. Es decir, que una infraestructura utilizada para actividades puramente locales puede tener, y casi siempre tendrá, un efecto potencial al nivel del mercado de la gestión de las infraestructuras que se trate. Hoy en día, salvo que el mercado se configure como un monopolio legal, dicha competencia no podrá descartarse. Efectivamente, la libertad de movimientos hace que empresas multinacionales compitan por hacerse con la explotación de todo tipo de infraestructuras, incluidas aquellas que tienen una dimensión y ámbito geográfico extremadamente limitados. En todo caso, existe ya una exclusión institucionalizada y regulada de la esfera de la noción de las ayudas de Estado, aplicable en los casos de importancia menor, en una norma de derecho imperativo: el Reglamento de minimis. Su aplicación, previa modificación si se quisiera extender su ámbito, es el cauce adecuado en nuestra opinión para excluir la calificación como ayuda de Estado de las *infraestructuras locales* que a juicio de la Comisión, no afectan al comercio a nivel de la UE.

Estas son tan solo algunas de las deficiencias y dudas que plantean la jurisprudencia y las decisiones de la Comisión y que han sido examinadas en detalle en el trabajo.

La Comisión aparentemente ha tomado consciencia de estos problemas y ha intentado, si no atajarlos, sí al menos atenuarlos a través de

iniciativas como la adopción de la Comunicación sobre la noción de ayudas de Estado y de los criterios analíticos sobre distintos tipos de infraestructuras.

Pese a que ello es un avance, puesto que introduce cierto orden en el análisis de las condiciones del artículo 107.1 TFUE, no es suficiente.

Es en nuestra opinión necesario repensar cuáles han de ser los principios que guíen la acción de la Comisión: si se trata únicamente de poner autoimponer cortapisas a sus poderes y obligaciones de control y contemporizar con las exigencias de los Estados, evitando los casos políticamente sensibles para los Estados miembros, o si se pretende cumplir con los cometidos que deben ser los propios del control de las ayudas de Estado y alinear con éstos la supervisión de la financiación de infraestructuras.

Asumiendo que solo la segunda opción es legítima, estimamos que es preciso repensar un gran número de elementos del sistema de control de las ayudas de Estado. Muchos, si no todos, han sido expuestos en los capítulos que preceden. La idea que debe guiar las respuestas que se den en cada caso ha de ser el de una aplicación escrupulosa y sistemática de las normas y principios, aplicando interpretaciones teleológicas de los mismos, con preferencia sobre las formalistas.

Mucho se ha escrito y debatido sobre la naturaleza de estas normas, dividiéndose la doctrina entre los que consideran que, en puridad, forma parte inherente del Derecho de la Competencia, y los que opinan que sus características la aproximan más a las libertades de circulación y las normas que rigen el funcionamiento del mercado interior.

Desde un punto de vista práctico, y la vocación de esta tesis es ser un instrumento práctico y no un mero ejercicio teórico, los dos aspectos mencionados pasan a un segundo plano¹⁰⁸⁴ frente al papel del control de las ayudas de Estado como baluarte frente a la apropiación indebida del patrimonio público.

Sería enormemente útil en ese sentido, y con esto pasamos al segundo elemento que queremos destacar, el de las soluciones, centrar el análisis de la calificación como ayuda de Estado en torno a la existencia de una ventaja.

Hemos mostrado que esta reorientación del análisis ayudaría a trasladar muchas cuestiones del ámbito de la financiación de la medida al de la concesión de una ventaja selectiva. La existencia de criterios mejor estructurados y más coherentes en el marco de esta condición permitiría a la Comisión realizar un análisis más robusto de la financiación de infraestructuras y dotar así de mayor seguridad jurídica a empresas y administraciones. Además, evitaría la posibilidad que actualmente tienen los Estados de diseñar medidas que técnicamente no comprometen fondos estatales pero que otorgan una ventaja financiera a determinadas empresas. Esta respuesta se adecúa mejor que la práctica actual al espíritu, pero también a la letra antiformalista –las ayudas pueden ser otorgadas “bajo cualquier forma”–, del artículo 107.1 TFUE.

La raíz de los problemas identificados excede no obstante la complejidad técnica, de por sí notable, de la aplicación de las normas sobre

¹⁰⁸⁴ Mientras que la contribución de las ayudas de Estado a la consecución de un mercado interior plenamente funcional y a la salvaguarda de la libre competencia será siempre indirecta y parcial, existiendo instrumentos mejor situados para perseguir esos fines, el control de las ayudas de Estado encierra un potencial ilimitado para prevenir y corregir el uso inapropiado de los fondos públicos por el propio Estado.

ayudas de Estado a las infraestructuras, pues responde también a consideraciones de tipo político: la resistencia de los Estados frente al escrupuloso cumplimiento de sus deberes por la Comisión sin duda aumenta la tentación de ésta de aplicar una interpretación cada vez más restrictiva del concepto de ayuda de Estado.

Aceptarlo sería en nuestra opinión un grave error, cuyos principales perjudicados serían los ciudadanos, que verían cómo los recursos públicos se dedican a financiar indebidamente a empresas constructoras y operadoras de infraestructuras en vulneración del ordenamiento de la UE, que en demasiadas ocasiones es la única salvaguarda eficaz contra estos abusos.

En favor de esta tesis aboga el hecho, señalado al comienzo de nuestro trabajo, de que la principal implicación de que una medida sea declarada constitutiva de ayuda de Estado es que se exija su compatibilidad con el mercado interior. Debería por tanto desdramatizarse esta fase del control de las ayudas de Estado, pues la calificación como ayuda de Estado no implica inmediatamente la prohibición de la medida afectada.

Sin embargo, los Estados miembros luchan con denuedo por evitar toda expansión del concepto de ayuda Estado.

Esta respuesta hace aún más apremiante la aplicación estricta de las normas y necesario dotar a la definición de ayuda de Estado de un perfil que permita cumplir con los objetivos que tiene marcados eficazmente.

La mayoría de los casos de financiación de infraestructuras, pese a los esfuerzos por limitar el alcance de la definición de ayuda de Estado, cumplirán las condiciones que impone el artículo 107.1 TFUE. Pese a ello, una aplicación timorata de las normas, en especial respecto a los proyectos

señalados por los gobiernos no es admisible. Su único efecto sería amparar la adopción de medidas incompatibles con el mercado interior, es decir, que distorsionan la competencia y el comercio sin un objetivo de interés general que lo justifique.

En particular, la declaración como ayuda de Estado obligará a respetar la proporcionalidad de la cuantía de la ayuda, lo que garantiza un uso racional de los recursos del Estado que beneficie al conjunto de la población y no a unos pocos miembros privilegiados.

Ciertamente, aunque escasos, también se encuentran ejemplos en los que la Comisión se ha plantado frente a proyectos que claramente transgredía los principios que deben regir la concesión de las ayudas de Estado. Ahí tenemos, verbigracia, el propio aeropuerto de Leipzig-Halle.

Está por ver que se haga de la excepción la regla, y veamos a la Comisión, por ejemplo, ordenando la recuperación de los pagos multimillonarios del Estado español por el rescate de las autopistas de peaje en quiebra o por el fiasco del Proyecto Castor. Una lectura atenta de esta tesis permitirá a cualquier persona con un conocimiento siquiera superficial de estos dos asuntos identificar que se trata de medidas que con toda probabilidad constituyen ayudas de Estado que deberían haber sido notificadas a la Comisión, que sin embargo no ha sido informada oficialmente de ellas ni, en consecuencia, las ha convalidado.

Esto nos lleva a la última característica del sistema de control de las ayudas de Estado, que no es en absoluto obvia y sobre la que queremos llamar la atención del lector: la declaración por la Comisión de la incompatibilidad de una medida con el mercado interior no implica ningún perjuicio para el Estado que ha concedido la ayuda, en forma de sanción o de cualquier otra

forma. Al contrario, el importe de la ayuda ilegal e incompatible deberá ser reintegrada al erario por la empresa que se benefició de ella, con los intereses devengados desde su concesión.

El caso Leipzig-Halle, y con ello concluimos este periplo por la aplicación del artículo 107.1 TFUE, ofrece un claro ejemplo de cómo esta norma protege los intereses generales frente a los particulares, cuando los gobiernos, en contra de su cometido fundamental, amparan los segundos.

El origen del caso se encuentra en la concesión por parte de administraciones regionales y locales alemanas de ayudas en favor de DHL, a través de la construcción de una pista de aterrizaje y de diversas infraestructuras conexas, y de la concesión de garantías, por un importe equivalente a 350 millones de euros. El objetivo de las ayudas era atraer a la empresa, que desplazaría sus actividades desde el aeropuerto de Bruselas al de Leipzig-Halle.

Se trataba por tanto de una suerte de subasta entre las autoridades públicas de los distintos países. Y como tal subasta la trató DHL, adjudicando su nueva sede al mejor postor, aprovechando así la contienda entre los Estados para obtener los mayores privilegios posibles por la realización de una actividad que tendría que llevar a cabo de cualquier modo, fuese en Bruselas, en Schkeuditz, donde está situado el aeropuerto de Leipzig-Halle, o en cualquier otro lugar de la UE. La Comisión declaró la medida una ayuda de Estado, ordenando la recuperación de la ventaja financiera otorgada directamente a DHL y garantizando que ésta pagara un precio de mercado por el uso de la infraestructura. El Tribunal neutralizó así, al menos parcialmente,¹⁰⁸⁵ lo que de otro modo habría sido el pago de una inversión del

¹⁰⁸⁵ Véanse nuestros comentarios, supra apartado 3.3.2.2.

bolsillo del contribuyente para beneficio de una empresa, que aumentaría su actividad sin soportar el coste de inversión que le correspondería en condiciones normales de mercado.

Solo cabe esperar, viendo los efectos formidables que tiene la lucha contra la concesión de ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior para el conjunto de la ciudadanía de los Estados miembros, que los Tribunales y, sobre todo, la Comisión, no se amedrenten ante las previsibles presiones políticas que sin duda recibirán a medida que amplíen su aplicación a más y más proyectos de financiación de infraestructuras. Confiamos en que esa sea la respuesta de ambas instituciones y que actúen exclusivamente en pos del cumplimiento de su cometido, que no es otro que cumplir y hacer cumplir el Derecho de la UE.

BIBLIOGRAFÍA

- BACON, K. *European Union Law of State Aid*, New York, Oxford University Press, Second Edition, 2013.
- BARTOSCH, A. “The concept of selectivity?” en *Research Handbook on European State aid Law*, Erika Szyszczak (ed). (Edward Elgar 2011), págs.176 a 192.
- BIONDI, A. “Some Reflections on the Notion of “State Resources” in European Community State Aid Law”, *Fordham International Law Journal*, Vol.30 Issue 5, 2006, págs.1424 a 1448.
- BIONDI, A. “State aid is falling down, falling down: An analysis of the case law on the notion of aid” en *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 1719.
- BIONDI, A. y EECKHOUT, P., “State aid and the Barriers to Trade” en *The law of state aid in the European Union*, Ed. A.Biondi, P.Eeckhout, J.Flynn, New York, Oxford University Press, 2004.
- BUENDÍA SIERRA José Luis “An Analysis of Article 86 (2) EC” en *The EC State Aid Regime: distortive effects of state aid on competition and trade*, London Cameron May 2010.
- CONSTANTIN, S. “Rethinking subsidiarity and the balance of powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and beyond”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 4 [2008] págs.151-177,
- CRUZ YÁBAR, P. “La autonomía procedimental, un obstáculo insalvable para la eficaz recuperación de las ayudas de Estado”, en *Cuadernos Cantabria Europa*, diciembre 2012, Ed. Dirección General de Economía y Asuntos Europeos, Gobierno de Cantabria
- CRUZ YÁBAR, P. “State Aid in public financing of Health Care Infrastructures”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 31 de octubre de 2013.

- CRUZ YÁBAR, P. “*The Municipal Waste Management Program in Krakow: A case study on the exemption of State aid notification under the EU SGEI Decision*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 16 de enero de 2013
- CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in R&D Infrastructure Projects*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 18 de julio de 2012.
- CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in Cultural Infrastructures*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 8 de agosto de 2012.
- CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in Broadband Infrastructures*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 10 de agosto de 2012.
- CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid Principles*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper, 10 de agosto de 2012.
- CRUZ YÁBAR, P. “*State Aid in Energy and Waste to Energy infrastructure projects*”, JASPERS Knowledge Economy & Energy Division, Staff Working Paper,
- DONY, M., RENARD, F. y SMITS, C. “*Contrôle des aides d’État*”, 3^a ed., Université de Bruxelles, 2007, p.22
- ENGLISCH, J. “*Tax Coordination between Member States in the EU – Role of the ECJ*”, en LANG, M., PISTONE, P., SCHUCH, J. and STARINGER, C. (Eds.) *Horizontal Tax Coordination*, IBFD, Ámsterdam 2012, págs.3 a 52
- FIEDZIUK, N., “*Putting Services of General Economic Interest up for Tender: Reflections on applicable EU rules*”, *Common Market Law Review* 50, 2013, pp.87–114, en p.87.
- GAMBOARO, E., NUCARA, A. y PRETE, L. “*Pearle: so much Unsaid!*” en *European State Aid Law Quarterly*, Issue 1, 2005, págs. 3 a 15

- HANCHER, L. “Editorial – A Pearl of Wisdom”, en *State aid Law Quarterly*, Issue 3, 2004, pág.363
- HANCHER, L. “The General Framework”, en *EU State aids*, HANCHER, L.; OTTERVANGER, T.; SLOT, P.J., 4th edition, 2012, London, Sweet &Maxwell.
- HANCHER, L. “Case C-482/99, French Republic V. Commission (“Stardust Marine”) judgment of the full court of 16 May 2002” en *Common Market Law Review*, n.40, issue 3, p.750.
- KLASSE, M., ‘Services of General Economic Interest’ in *European State Aid Law Handbook*, M Heidenhain (ed.), C.H. Beck/Hart/ Nomos, Oxford and Munich 2010
- LÓPEZ LÓPEZ, H. “General Thought on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters” en *European State Aid Law Quarterly*, 4/2010, págs.807 a 819
- MEROLA, M. “Le critère de l’utilisation des ressources publiques”, en *Aides d’état : [rédigé à l’occasion du colloque international organisé le 13 octobre 2004 par la section juridique de l’institut d’études européennes de l’université libre de Bruxelles]* ed.Marianne Dony y Catherine Smits, Éditions de l’Universite de Bruxelles, 2005, págs 15 a 49.
- MATEO, J.J. “España se revuelve contra Europa” artículo publicado en El País, 19 de diciembre de 2013.
- MEHTA, J., “The Changing Face of State-Owned Infrastructure – Leipzig-Halle and Beyond (Annotation on the Judgment of European Court of Justice (Eighth Chamber) of 19 December 2012 in case C-288/11 P, Freistaat Sachsen and Others v European Commission (Leipzig Halle))”, *European State Aid Law Quarterly*, 4/2013, p.701
- NICOLAIDES, P. *Even the Catholic Church Is not Absolved from State Aid Rules: The Essence of Economic Activity - PART I.*, State aid Uncovered, 11.07.2017.

- ØLYKKE, G.S. Y MØLLGAARD, P. *What is a service of general economic interest?*, en *European Journal of Law and Economics* (2016) 41, págs.205 a 241
- PIEKÉ, W. Y GHOREISHI, A. “State aid control and regeneration: rubber stratjacket or passepartout?” en *Competition Policy Newsletter*, Number 3, Autumn 2003, págs.17 a 20.
- PLENDER, R. “Definition of Aid” en *The law of state aid in the European Union*, Ed. A.Biondi, P.Eeckhout, J.Flynn, New York, Oxford University Press, 2004
- QUIGLEY, Q. “Direct Taxation and State Aid: Recent Developments concerning the Notion of Selectivity”, en *INTERTAX*, Vol.40, issue 2, pág.112 a 119
- QUIGLEY, C. “European State aid Law and Policy”, Second Edition, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- PREK, M. Y LEFÈVRE, S., “The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice” en *European State aid Law Quarterly*, 2/2012, págs.335 a 345.
- ROSS, M. Decentralization, *Effectiveness and Modernization: Contradiction in Terms?*, en *The law of state aid in the European Union*, Ed. A.Biondi, P.Eeckhout, J.Flynn, New York, Oxford University Press, 2004.
- RUIBAL PEREIRA, L. “Financiación de infraestructuras públicas y aspectos competenciales. Incidencia de las normas comunitarias de ayudas de Estado sobre infraestructuras públicas” en *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, coord. por Ramón Falcón y Tella, Cristina García-Herrera Blanco, María Amparo Grau Ruiz, ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2008.
- RUSSIÑOL MUSSONS, M. “La política europea de transportes: análisis de los efectos territoriales de los enlaces fijos”, Universitat Politècnica de Catalunya. Departament d'Infraestructura del Transport i del Territori, 2008-06.

- SCHWEITZER, H. “Services of General Economic Interest: European Law’s Impact on the Role of Markets and of Member States”, en *Market Integration and Public Services in the European Union* Cremona M (ed), Oxford University Press, Oxford.
- SINNAEVE, A. “What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid” en *European State Aid Law Quarterly*, Issue 1, 2005, págs.1 a 3.
- SZYSZCZAK, E. “Modernising State Aid and the Financing of SGEI”, en *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, Vol.3, N.4, págs.332 a 343
- TOMAT, F. “State Resources and Imputability to the State: A Clarification on the Scope of the Pearle Judgment? Annotation on the Judgment of the Court of Justice of 30 May 2013 in case C-677/11, Doux Élevage SNC, Coopérative agricole UKL-ARREE”, en *European State Aid Law Quarterly*, Issue 3, 2014, págs. 540 a 546.
- VON WENDELAND, B. “State aid and public funding for Universities and other Research Organisations”, en *Competition Policy Newsletter*, Number 2 – 2010, págs. 54 a 62
- WAELBROECK, D. “La notion d’aide d’État dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice” en *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, págs.771 a 827.
- WATHELET, M. y PARTSCH, P. « Délimitation des contours de la notion d’aide d’État en droit communautaire », en *Les aides d’Etat en droit communautaire et en droit national*, Faculté de droit de l’Université de Liège, Seminario organizado en Lieja el 14 y 15 de mayo de 1998, Éditions Bruylant, Bruselas, 1999.
- WILSON, T., “Infrastructure Financing and State Aid Post Leipzig-Halle”, *European State Aid Law Quarterly*, 1/2014, págs.26 y 27.