



INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y ARTÍCULO 86 DEL TRATADO CE: UNA VISIÓN EVOLUTIVA

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS

Nº 1 - 2005

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS

COORDINADOR DEL CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS DE LA UNIVERSIDAD SAN PABLO-CEU

MADRID, JUNIO DE 2005

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Polo europeo Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos publica en su Colección de Documentos de trabajo estudios y análisis sobre materias de competencia con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

Serie de Documentos de Trabajo de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos

SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y ARTÍCULO 86 DEL TRATADO CE: UNA VISIÓN EVOLUTIVA

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos Reservados © 2005, por Jerónimo Maillo González-Orús

Derechos Reservados © 2005, por el Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

Instituto de Estudios Europeos
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid
<http://www.ceu.es/idee>

ISBN: 84-96144-90-9

Depósito legal: M-30629-2005

Diseño de cubierta: Encarnación Navarro

Compuesto e impreso en Docutech

SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL Y ARTÍCULO 86 DEL TRATADO CE: UNA VISIÓN EVOLUTIVA

JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ -ORÚS*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. PLANTEAMIENTO, OBJETIVOS Y ENFOQUE.....	4
2. IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD DEL TEMA.....	5
SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO SOMETIDOS A LA NORMATIVA COMUNITARIA DE COMPETENCIA.....	7
1. SERVICIOS NO ECONÓMICOS.....	7
2. SERVICIOS ECONÓMICOS DE MENOR IMPORTANCIA O SIN AFECTACIÓN DEL COMERCIO INTERESTATAL.....	11
SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL	11
1. MEDIDAS ESTATALES ANTICOMPETITIVAS RELATIVAS A EMPRESAS PÚBLICAS O PRIVILEGIADAS: LIMITACIONES DE LOS PODERES ESTATALES (EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 86.1 DEL TRATADO CE).....	11
1.1. Requisitos previos.....	12
1.2. La aplicación conjunta del artículo 86.1 con el artículo 81 del Tratado CE	15
1.3. La aplicación conjunta del artículo 86.1 con el artículo 82 del Tratado CE	15
1.3.1. Una primera limitación del poder de los Estados miembros: la prohibición de las medidas estatales que obliguen o induzcan a un comportamiento abusivo	16
1.3.2. Extendiendo la limitación a abusos potenciales	17
1.3.3. La aplicación de la teoría de los efectos: ¿un billete de ida y vuelta?	18
1.3.4. Conclusiones.....	21
2. MEDIDAS ESTATALES ANTICOMPETITIVAS ADMISIBLES PARA DEFENDER LA MISIÓN DE SERVICIO PÚBLICO ASIGNADA: ANALIZANDO LAS PREMISAS Y CONDICIONES DE LA EXCEPCIÓN (LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 86.2 DEL TRATADO CE)	22
2.1. La lógica subyacente: el porqué de la excepción	22
2.2. Las premisas: la calificación del servicio como de interés económico general y el encargo de la autoridad pública	23
2.3. La condición clave: la proporcionalidad de la medida restrictiva	25
2.3.1. Justificaciones alegables	25
2.3.1. El balance de proporcionalidad: ¿flexibilidad o rigidez?	26
2.4. El interés de la Comunidad: ¿una condición adicional?	33
CONCLUSIONES	34

* Profesor de Derecho Comunitario y Coordinador del Centro de Política de la Competencia (Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, Madrid).

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO, OBJETIVOS Y ENFOQUE

Los servicios de interés general, tengan o no naturaleza económica, han sido, son y deben continuar siendo en el futuro un elemento clave del modelo europeo de sociedad.

En ausencia de armonización comunitaria, corresponde principalmente a los Estados miembros determinar qué servicios deben ser considerados de interés general, de regular su prestación y, si fuese necesario, articular los mecanismos de financiación extraordinarios que garanticen su correcta prestación. En el ejercicio de esas responsabilidades los Estados miembros pueden optar por diferentes medidas, algunas de las cuales pueden provocar distorsiones de la competencia en el mercado único de mayor o menor intensidad. Así por ejemplo, los Estados pueden decidir imponer obligaciones puntuales de servicio público a varios operadores del mercado y concederles simultáneamente determinados privilegios o/y poderes. Pueden considerar también que la mejor forma de garantizar ese servicio de interés general es otorgar un derecho exclusivo a un único operador, público o privado, al que se le exigirá la prestación del servicio universal en condiciones adecuadas y a precios asequibles. Cuando la servicios prestados no sean rentables, puede ser necesario articular compensaciones financieras para los operadores a quienes se impone la obligación de prestarlos: se puede optar por dar subvenciones directas, constituir fondos sectoriales o conceder un derecho exclusivo.

No obstante, las actuaciones estatales están limitadas, entre otras, por la normativa comunitaria de competencia. En efecto, muchas de las medidas estatales mencionadas, al provocar distorsiones de la competencia en el mercado único, pueden infringir los principios básicos de la normativa comunitaria de competencia y necesitar, por lo tanto, de la aplicación de una excepción o de la obtención de una autorización comunitaria. Que los Estados tengan, en ausencia de armonización comunitaria, la principal responsabilidad no quiere decir, por lo tanto, que su margen de actuación sea ilimitado.

Precisamente los objetivos de este artículo son delimitar cuál es en la actualidad ese margen de qué disponen los Estados y cómo ha ido evolucionando dicho margen a lo largo de las últimas décadas, cuáles han sido y son en la actualidad los límites que la normativa comunitaria de competencia impone a esas medidas. El análisis hará surgir aciertos, lagunas, críticas y ambigüedades al mismo tiempo que intentará

explicar algunas de las tendencias sobre ampliación o reducción del margen estatal de actuación. Aunque teniendo en cuenta también la práctica decisoria y las posiciones de la Comisión, el foco principal del análisis será la jurisprudencia de los tribunales comunitarios. El foco central del estudio será, por lo tanto, el examen de la que sigue siendo la disposición clave en la materia: el actual artículo 86 (antiguo artículo 90) del Tratado CE. En cuanto a la aplicabilidad de las disposiciones sobre control comunitario de ayudas de Estado (actuales artículos 87 y siguientes -antiguos 92 y siguientes- del Tratado CE) a los mecanismos de financiación de los servicios de interés general y la aplicación combinada de los artículos 3,g), 10 y 81-82 del Tratado CE a las medidas estatales en general, merecerían un examen a fondo de cada una de ellas que excede las ambiciones de este documento.

2. IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD DEL TEMA

Las posibles tensiones entre la libre competencia y los servicios de interés general quedó reflejada ya en el entonces artículo 90 (hoy artículo 86) del Tratado CE y en él se esbozaba ya la solución básica, todavía hoy válida, a dichas tensiones. Ahora bien, la interacción entre libre competencia y servicios de interés general, así como con carácter más general el papel que deben desempeñar estos servicios en la Europa de hoy, ha generado preocupación, debate e iniciativas comunitarias en especial en los últimos tiempos. Hay que entender que no es hasta la segunda mitad de los 80 y sobre todo en los 90 cuando se produce la liberalización de determinados sectores - telecomunicaciones, servicios postales, transporte y energía- que iban asociados a la prestación de servicios de interés general. Aunque desde la Comunidad se promovió una liberalización controlada que, simultáneamente a la apertura de los mercados, implicase la adopción de medidas de protección y promoción del interés general y del servicio universal, se empezaron a manifestar temores a un impacto excesivo de la acción comunitaria sobre los poderes de regulación de los Estados e incluso sobre el nivel del Estado del bienestar. Desde entonces los servicios de interés general no han dejado de ser tema de debate político en la Unión. Buena prueba de ello son las sucesivas iniciativas, informes y documentos que se presentan y los debates que se abren en apenas una década. En 1996 la Comisión presentó por primera vez una Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa¹. Poco después, el Tratado de Ámsterdam introdujo un nuevo artículo 16 en el Tratado CE que situaba a los servicios económicos de interés general entre los valores comunes y principios fundamentales de la Unión y en el que se reconocía la necesidad consiguiente de que la Comunidad y los

¹ DO C 281 de 26-9-1996, p. 3.

Estados miembros, tuviesen en cuenta, en la concepción y aplicación de sus políticas, los valores subyacentes a estos servicios. En 2000 la Comisión actualizaba su Comunicación de 1996 antes mencionada². En Diciembre de 2000, el Consejo Europeo de Niza instaba a la Comisión a elaborar un informe que otorgase mayor seguridad jurídica y reforzase la viabilidad económica de la prestación de servicios de interés general, en particular reconociendo la compatibilidad de la financiación de los servicios de interés económico general con las normas sobre ayudas estatales. La Comisión presentó su Informe en 2001³. La Carta de los Derechos Fundamentales, proclamada formalmente en Niza, volvía a explicitar el papel fundamental de los servicios de interés general en la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión, al mismo tiempo que reconocía y respetaba el derecho de los ciudadanos a acceder a estos servicios⁴. Tanto el Parlamento Europeo como el Consejo Europeo han instado en 2002 y 2003 a la Comisión a estudiar la conveniencia de presentar una propuesta de directiva marco sobre los servicios de interés general⁵. A mediados de 2003, la Comisión lanza por primera vez un debate global sobre sus políticas y papel en materia de servicios de interés general con la presentación de su Libro verde⁶. El proceso ha continuado con un Libro Blanco⁷. El interés que el tema suscita queda reflejado también en varias de las disposiciones del proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁸.

Además, los últimos 15 años han visto crecer tanto cuantitativamente como cualitativamente la jurisprudencia de los tribunales comunitarios en la materia, interpretando y aplicando tanto el artículo 86 del Tratado CE como las disposiciones sobre ayudas de Estado a los servicios de

² DO C 17 de 19-1-2001, p. 4.

³ Informe al Consejo Europeo de Laeken, de 17 de octubre de 2001, sobre los servicios de interés general, COM (2001) 598 final.

⁴ Artículo 36 de la Carta.

⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona de los días 15 y 16 de marzo de 2002, ap. 42, y del Consejo Europeo de Bruselas de los días 20 y 21 de marzo de 2003, ap. 26.

⁶ Libro verde sobre los servicios de interés general de 21-5-2003, COM (2003) 270 final. Los resultados de dicha consulta se encuentran recogidos en el Comisión Staff Working Paper (Report on the public consultation on the Green paper on services of general interest de 15-3-2004, SEC (2004) 326. Ver también el Informe del Parlamento Europeo de 17 de Diciembre de 2003 sobre el Libro Verde, A5-0484/2003, final.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, titulada «Libro Blanco sobre los servicios de interés general», COM (2004) 374 final.

⁸ Ver en especial el artículo III-122 que viene a reproducir el texto del actual artículo 16 el Tratado CE pero con algunas variaciones significativas.

interés general. Es época de sentencias claves -Höffner, Poucet, Corbeau, Altmark...⁹- que no sólo dan soluciones al caso concreto sino que provocan debate, marcan tendencias y terminan por preparar el terreno para soluciones generales con visos de estabilidad en el tiempo, algunas de ellas todavía por llegar.

En definitiva, aunque ya previsto desde los orígenes del proceso de integración, no cabe duda de que la interacción ente servicios de interés general y libre competencia es un tema de máxima actualidad e importancia, tanto a nivel político como jurídico. La década de los 90 y la actual están siendo claves para desarrollar los parámetros de esa interacción y redefinir su marco para el futuro.

SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO SOMETIDOS A LA NORMATIVA COMUNITARIA DE COMPETENCIA

Hay dos motivos principales por los que a un servicio de interés general no se le puede aplicar la normativa comunitaria de competencia. El primero de ellos es que el servicio no tenga naturaleza económica. El segundo es que el servicio no afecte sensiblemente al comercio entre Estados miembros o sea de menor importancia. La amplitud con que se conciban estas dos exclusiones podría condicionar muy sustancialmente el margen de discreción de los Estados miembros para organizar y regular un servicio determinado (así como el ámbito de aplicación de, entre otros, el artículo 86 del Tratado CE, principal disposición a estudio en este documento). Me parece, por lo tanto, esencial referirme, aunque sea brevemente, a ambas exclusiones y comprender e interpretar su evolución, en especial de la primera de ellas.

1. SERVICIOS NO ECONÓMICOS

Desde los comienzos de la aplicación del Tratado CE, estaba claro que todos los organismos, fuesen privados o públicos, que desarrollasen *actividades económicas* quedarían sometidos a las normas de competencia, en particular a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, siempre que el comercio entre Estados miembros pudiese verse afectado. Esto incluía a las entidades encargadas de gestionar servicios de interés *económico* general, aunque para estos casos una excepción limitada se establecía en el artículo 86 (2) del Tratado CE: las normas comunitarias se aplican “en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida,

⁹ Todos estos asuntos se citan posteriormente.

de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”.

Además, *actividad económica* era un concepto en continua expansión que progresivamente iba abarcando un mayor número de ámbitos. La noción era definida en términos muy amplios e interpretada generosamente: incluía toda actividad dirigida a la producción, distribución o intercambio de productos o servicios, independientemente de su duración y de su ánimo lucrativo. Cualquier entidad que desarrollase tal tipo de actividad era considerada empresa y por lo tanto sometida a los artículos 81 (prohibición de acuerdos u otras concertaciones anticompetitivas) y 82 (prohibición de abusos de posición de dominio).

En la década de los 90, el Tribunal de Justicia puso finalmente un *limite expreso* a esta expansión a través de una serie de sentencias¹⁰ en las que estableció rotundamente que, incluso aunque una actividad tuviera ciertos aspectos económicos, no se consideraría de naturaleza económica si pudiese ser calificada de “actividad de autoridad pública”¹¹ o si persiguiese un interés público¹² o un objetivo social¹³. De ahora en adelante, los tres casos se agruparán en la expresión “actividades de autoridad pública”¹⁴.

¹⁰ Sentencia TJCE de 17 de febrero de 1993, as. acumulados C-159 y 160/91 Poucet & Pistre, Rec. p. I- 666; Sentencia TJCE de 19 de enero de 1994, as C-364/92, Eurocontrol, Rec. p. I-43; Sentencia TJCE de 18 de marzo de 1997, as. Diego Cali, Rec. p. I-1580; Sentencia TJCE de 22 de enero de 2002, as. C-218/00, Cical, Rec. p. I-691 ; Sentencia TPI de 4 de marzo de 2003, as. T-319/99, FENIN, Rec. p. II- 351 (en casación al TJCE, as C-205/03) ; Sentencia TJCE de 16 de marzo de 2004, as. acumulados C-264, 306, 354 and 355/01, AOK Bundesverband & otros (todavía no publicada), CMLR (2004) p. 1261. En todos estos casos, los organismos en cuestión no fueron considerados empresas porque desarrollaban actividades de autoridad pública. Esta misma cuestión se ha discutido también, entre otros, en los siguientes casos: Sentencia TJCE de 23 de abril de 1991, as. C-41/90 Höfner, Rec. p. I-1979; Sentencia TJCE de 16 de noviembre de 1995, as. C-244/94, FFSA, Rec. p. I- 4022; Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 1995, as. acumulados C-430 y 431/93, Van Schijndel, Rec. p. I-4728; y Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, as. C-55/96, Job Centre, Rec. p. I- 7140.

¹¹ Ver asunto Eurocontrol, cit. supra nota 10, ap. 30. La prestación de servicios relacionados al mantenimiento y la mejora de la seguridad en la navegación aérea no tenía, en opinión del Tribunal, naturaleza económica.

¹² Ibid, ap. 27.

¹³ Ver asunto Poucet et Pistre, cit. supra nota 10, ap.¹⁸ Actividades en el sector del seguro consistentes en la gestión de un régimen especial de seguridad social fue considerada no económica.

¹⁴ Para un examen más detallado de la jurisprudencia, ver Comunicación de la Comisión - Servicios de interés general en Europa, DO C 17 de 19.01.2001, p. 4, ap. 28-30, y Mailló González-Orús, J. : “Beyond the Scope of Article 90 of the EC Treaty: Activities Excluded from the EC Competition Rules”, European Public Law, Vol. 5, issue 3, sept. 1999, pp. 387-404.

En la actualidad es un principio ya consolidado que las actividades de autoridad pública no están sometidas a las normas comunitarias de competencia, aunque el contenido exacto de la "exclusión de autoridad pública" no esté totalmente delimitado. La jurisprudencia parece sugerir que el Tribunal incluye en este concepto no sólo actividades relacionadas con el núcleo duro de la soberanía ('actividades tradicionales de *ius imperii*') sino también actividades que persigan ciertos objetivos sociales y políticos ('actividades del Estado de bienestar').

De este modo, en la jurisprudencia actual se pueden identificar tres principales categorías de actividades. Primero, "actividades tradicionales de *ius imperii*" que claramente no están sometidas a la normativa de competencia. La segunda categoría comprende los servicios de interés general que a su vez pueden ser divididos en dos sub-categorías. Por un lado, "actividades del Estado de bienestar" (aquellas que ofrecen a cada ciudadano un cierto nivel de atención sanitaria o educación, por ejemplo) que parecen recibir el mismo trato que las actividades tradicionales de '*ius imperii*' y quedan, por lo tanto, excluidas de la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Los aspectos económicos relacionados con estas actividades, si son accesorios, se consideran de importancia marginal, no alteran la naturaleza de la actividad y se benefician de la exclusión. Por otro lado, 'servicios de interés económico general', que sí quedan sometidos a las normas comunitarias de competencia aunque el artículo 86(2) TCE puede justificar excepciones puntuales. La última categoría está integrada por el resto de servicios y la comercialización de mercancías que están plenamente sometidas a la normativa citada.

La principal aportación de esta nueva línea jurisprudencial es, primero, ayudar a trazar la línea de separación entre los servicios de interés económico general y las actividades del Estado de bienestar, dejando claro al mismo tiempo que estas últimas deben tratarse del mismo modo que las actividades tradicionales de *ius imperii*; y segundo, establecer que el mismo trato debe darse también a los aspectos accesorios. Ambas aportaciones son bienvenidas. Con respecto a la primera, puesto que las funciones de un Estado moderno van más allá de las actividades tradicionales de *ius imperii* y estas funciones, siempre que tengan únicamente un objetivo social o cultural, deberían recibir el mismo trato que las actividades tradicionales de *ius imperii*. Esta conclusión no debe quedar afectada por el hecho de que las entidades encargadas del cumplimiento de estas funciones de interés general tengan asignado también el cobro de ciertas tarifas o contribuciones en nombre del Estado, o de que exista otro aspecto pseudo-económico. La similitud con las auténticas actividades económicas no sería, en este caso, más que aparente.

Es cierto que en algunos casos habrá dificultades para decidir a qué categoría pertenece una determinada actividad. En especial esas dificultades pueden aparecer para distinguir entre servicios de interés económico general y servicios del Estado de bienestar, pero la existencia de esos casos difíciles no deben conducirnos a considerar los servicios del Estado de bienestar como económicos: por su naturaleza, están más próximos a las actividades tradicionales de *ius imperii* que a actividades de auténtica naturaleza económica. Desde esta perspectiva, haber rechazado darles el mismo trato hubiera sido tener una visión muy restrictiva del papel actual de las autoridades públicas.

El criterio para admitir o rechazar la naturaleza económica de una actividad ha sido ya establecido por el Tribunal. Es necesario examinar si la actividad en cuestión puede ser sometida a las leyes del libre mercado sin afectar de forma adversa –de modo contrario a los intereses de la Comunidad- al cumplimiento de intereses generales reconocidos en el Tratado. Es necesario desarrollo posterior para aclarar el contenido de este criterio, en particular cuando se aplique a nuevos ámbitos.

En sustancia, la razón última de este criterio no difiere mucho del utilizado para la excepción del artículo 86 (2). En ambos casos, el Tribunal decide en qué medida hay intereses públicos que justifiquen la no aplicación de ciertas o todas las normas de competencia (excepción o exclusión, respectivamente). La diferencia entre las actividades totalmente excluidas y las exceptuadas bajo el artículo 86 (2) es la diferencia entre casos muy claros en los que la libre competencia no debe ser el principio rector y los casos de actividades esencialmente económicas en los que la libre competencia es la regla sin perjuicio de que excepciones puntuales puedan ser posibles para facilitar la consecución de otros intereses públicos. Sin duda, la jurisprudencia del Tribunal persigue, en buena medida, un objetivo pragmático: estableciendo principios claros fácilmente aplicables a determinados grupos de actividades (por ejemplo, los sistemas de seguridad social), se facilita la aplicación autónoma por parte de los jueces (y autoridades) nacionales; se evita de este modo el planteamiento de cuestiones prejudiciales innecesarias y se reduce consecuentemente la carga de trabajo del Tribunal.

2. SERVICIOS ECONÓMICOS DE MENOR IMPORTANCIA O SIN AFECTACIÓN DEL COMERCIO INTERESTATAL

Es conocido que cuando una conducta no puede afectar de forma significativa al comercio entre Estados miembros¹⁵ o tiene una importancia menor¹⁶, las normas comunitarias de competencia no se aplicarán. Es, por lo tanto, probable que un número significativo de servicios locales queden fuera del alcance de la normativa mencionada.

SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

Los poderes de regulación económica de los Estados se encuentran limitados por la existencia y aplicación, entre otras disposiciones, del artículo 86 del Tratado CE. De conformidad con su párrafo primero, las medidas estatales anticompetitivas relacionadas con empresas públicas o privilegiadas, incluyendo la concesión misma de derechos exclusivos o especiales a una empresa, estarán prohibidas, salvo que, según lo establecido en su párrafo segundo, las restricciones de competencia ocasionadas sean indispensables para el cumplimiento de una misión o servicio de interés general asignado a las mismas. El análisis de este binomio de prohibición-excepción y de su evolución nos aportará datos muy relevantes sobre el margen permitido a los Estados para adoptar medidas regulatorias anticompetitivas y sobre si ese margen se ha estrechado o ampliado a lo largo de los últimos años.

1. MEDIDAS ESTATALES ANTICOMPETITIVAS RELATIVAS A EMPRESAS PÚBLICAS O PRIVILEGIADAS: LIMITACIONES DE LOS PODERES ESTATALES (EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 86.1 DEL TRATADO CE)

El artículo 86. 1 del Tratado CE establece concretamente lo siguiente:

“Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del

¹⁵ Comunicación de la Comisión: Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO C 101 de 27 de abril de 2004, p. 81.

¹⁶ Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE (*de minimis*), DO C 368 de 22 de Diciembre de 2001, p. 7.

presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”.

Como se puede apreciar, el artículo 86.1 carece de contenido jurídico autónomo. Ha de ser aplicado siempre en combinación con otras disposiciones del Tratado, fundamentalmente las relativas a la eliminación de obstáculos estatales al mercado único (sobre todo libre circulación de mercancías, libre establecimiento y libre prestación de servicios) o las de defensa de la competencia (sobre todo, el artículo 81 relativo a prácticas colusorias y el artículo 82 relativo al abuso de posición de dominio). Mi análisis se centrará en este segundo bloque y en especial en la aplicación combinada del artículo 86.1 y artículo 82, sin duda alguna la más utilizada y relevante. Antes conviene precisar los requisitos generales para aplicar la prohibición.

1.1. REQUISITOS PREVIOS

Las medidas que pueden infringir el artículo 86.1 han de presentar las siguientes características:

1. Han ser medidas adoptadas por entidades públicas actuando como autoridades públicas (sea a nivel central, regional o local)¹⁷ y cuyo contenido sea regular el mercado¹⁸. Así pues, adoptarán normalmente la forma de leyes, normas administrativas u otros instrumentos de Derecho público, aunque extraordinariamente podrían adoptarse bajo formas de Derecho privado: lo decisivo no es la forma sino la naturaleza funcional del acto. Las actuaciones comerciales de las entidades públicas (no sólo de las empresas públicas, sino también de las administraciones públicas), sea cual sea la forma, están sometidas a los artículos 81 y 82 directamente y no al artículo 86.1.

¿Y las omisiones estatales de un comportamiento debido? Sólo han sido analizadas hasta el momento comportamientos positivos del Estado y en ningún momento se ha evaluado por la Comisión o el Tribunal si una mera omisión, el no impedir una conducta empresarial contraria al artículo 81 o 82 puede ser contrario al artículo 86.1. Entiendo que no cabe descartar tal posibilidad: puesto que en otros ámbitos del Derecho comunitario se ha extendido el concepto de medida estatal también a las omisiones¹⁹, lo mismo podría llegar a ocurrir en este campo²⁰. En

¹⁷ Sentencia del TJCE de 4 de mayo de 1998, as. 30/87, Bodson, Rec. p. 2479 y sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-323/93, La Crespelle, Rec. p. I- 5077.

¹⁸ Sentencia en as. Bodson, cit. supra nota 17.

¹⁹ Con respecto al artículo 28 del Tratado CE que establece una prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y de otras medidas de efecto equivalente,

cualquier caso, una eventual extensión estaría siempre limitada a claras negligencias por parte del Estado²¹.

2. Han de presentar un vínculo con empresas públicas o privilegiadas:

Por empresas públicas se entiende toda empresa en la que las autoridades o administraciones públicas puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante²². Se presume dicha influencia cuando las administraciones públicas, directa o indirectamente, controlan la mayoría del capital de la empresa o nombran a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno o dirección de la empresa. Incluso aunque esto no sea sí, se considerará pública si, sea cual sea el medio o instrumento, de hecho o de derecho, se alcance esa influencia dominante. La noción de influencia dominante se asemeja²³ a la de influencia decisiva recogida en la normativa de control comunitario de concentraciones²⁴ y que ha sido objeto de un amplio desarrollo en la práctica decisoria de la Comisión²⁵. Su naturaleza pública sería indudable al menos cuando la empresa estuviera *controlada en exclusiva*²⁶ por una autoridad o administración pública. Más dudoso sería si tendría tal carácter público cuando la administración o autoridad pública no pudiese decidir por sí sola pero sí pudiese bloquear la aprobación de la política estratégica de la empresa en cuestión -lo que en la normativa de concentraciones se

ver sentencia del TJCE de 9 de Diciembre 1997, as. C-265/95, Comisión c. Francia (Fresas), Rec. p. I-6959, ap. 30-32.

²⁰ En contra, Buendía J. L.: "Derechos especiales y exclusivos, servicios públicos y servicios de interés económico general", en Beneyto (Dir) & Maillou (Coord): "Tratado de Derecho de la Competencia", Bosch, Barcelona, 2005, ap. 16.68 y 16.69.

²¹ Ver sentencia del TJCE en caso Fresas, cit. supra nota 19, ap. 3-35 y 65.

²² Artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y sus empresas públicas, DO L 195 de 29-7-1980, p. 35.

²³ Buendía, cit. supra nota 20, ap. 16.32.

²⁴ Artículo 3. 2 del Reglamento CE nº 139/2004 de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones empresariales (en adelante reglamento comunitario de concentraciones), DO L 24 de 29 de enero de 2004, p. 1. Sin llegar a mencionar la similitud con la noción de control del reglamento de concentraciones, otros autores usan términos análogos como "control efectivo del Estado" o "influencia decisiva": ver Jones, A. & Sufrin, B.: "EC Competition Law. Text, Cases and Materials", Oxford, 2004, p. 543; Bellamy, C. & Child, G.: "Common Market Law of Competition", London, 2001, ap. 13-006 o Waelbroeck, M. & Frignani, A.: "Derecho Europeo de la Competencia (volumen 4 del Comentario Mégret)", Bosch, Barcelona, 1998, pp. 380-381.

²⁵ Los principios se encuentran recogidos detalladamente en la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, DO C 66 de 2 de marzo de 1998, p. 5.

²⁶ *Ibidem*, ap. 13 a 17.

denomina como *participación de control*²⁷. Una situación análoga se presentaría cuando la autoridad o administración pública, normalmente tras un proceso de privatización, se reserva determinados privilegios (acciones de oro o similares) que le permiten con carácter extraordinario bloquear alguna decisión importante de la empresa. Entiendo que en ambos casos, estaríamos ante una empresa que cuando menos en parte debiera entenderse pública a estos efectos.

Por empresa privilegiada, se entiende toda empresa, sea privada o pública, a la que el Estado haya concedido discrecionalmente²⁸ derechos exclusivos o especiales, es decir, en palabras del Tribunal, "una protección a un número limitado de empresas que puede afectar sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para realizar la actividad económica de que se trata en el mismo territorio en condiciones esencialmente equivalentes"²⁹. Entre los casos más habituales de derechos exclusivos o especiales podemos encontrar la reserva del ejercicio de una actividad económica en un territorio a una empresa en exclusiva, la limitación artificial del número de operadores, la elección discrecional de los mismos o la concesión de privilegios legales que supongan una ventaja competitiva.

Las medidas generales no entran en el ámbito de aplicación del artículo 86.1. Sólo entrarán aquellas medidas que se refieran específicamente o tengan una conexión suficiente con empresas públicas o privilegiadas. Para ello, basta con que las empresas públicas o privilegiadas sean las beneficiarias de las medidas estatales examinadas o que las medidas se pongan en práctica a través de

²⁷ La participación de control puede generar dos modalidades de control: el control conjunto y el llamado tercer tipo de control. Para más detalles, ver *ibidem*, ap. 18-40 y Mailló, J.: "Empresas comunes o en participación (joint ventures): ¿cooperación o concentración", en Beneyto & Mailló, cit. *supra* nota 20.

²⁸ Cuando la concesión estatal no es discrecional sino automática, como resultado del cumplimiento de las condiciones legales preestablecidas, no estamos en el ámbito del artículo 86.1 Tal es el caso por ejemplo de los derechos de propiedad intelectual o industrial que no son concebidos como derechos exclusivos a estos efectos: ver sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 1977, as. 13/77, *Inno c. ATAB*, Rec. p. 2115, ap. 41.

²⁹ Sentencia del TJCE de 25 de octubre de 2001, as. C- 475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rec. p. I-8089, ap. 24.

dichas empresas³⁰. La concesión original de un derecho exclusivo (o especial) también reúne automáticamente este requisito³¹.

3. Han de poder afectar, directa o indirectamente, actual o potencialmente al comercio entre los Estados miembros³².

1.2. LA APLICACIÓN CONJUNTA DEL ARTÍCULO 86.1 CON EL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO CE

Su utilización ha sido muy reducida. Es aplicable a una medida estatal por la que se refuerzan los efectos de un acuerdo competitivo entre varias empresas, cuando alguna de las empresas es pública o privilegiada³³. Aunque no hay casos de aplicación, todo indica que, por analogía con la aplicación jurisprudencial combinada de los artículos 3,g), 10 y 81 el Tratado CE, también sería aplicable a medidas estatales que impusiesen, forzasen o indujesen a varias empresas (alguna de ellas pública o privilegiada) a celebrar un acuerdo anticompetitivo³⁴.

1.3. LA APLICACIÓN CONJUNTA DEL ARTÍCULO 86.1 CON EL ARTÍCULO 82 DEL TRATADO CE

Hay que recordar que para que exista una infracción del 82 la empresa ha de tener una posición de dominio y cometer un abuso. Pues bien, la existencia de un derecho exclusivo no implica necesariamente que exista posición de dominio³⁵. Sí será suficiente si la

³⁰ Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1994, as. C-18/93, Corsica Ferries, Rec. p. I-1783: a la empresa que tenía el derecho exclusivo de pilotaje en el puerto de Génova, se le impone un sistema de tarifas discriminatorias según el origen nacional o no del transporte, lo que era perjudicial para sus intereses dado que la mayoría era nacional.

³¹ Sentencia del TJCE de 10 de Diciembre de 1991, as. C-179/90, Puerto de Génova, Rec. p. I-5889, ap. 2; sentencia del TJCE en as. La Crespelle, cit. supra nota 17, ap. 15-22, y sentencia del TJCE de 25 de junio de 1998, as. C- 203/96, Dusseldorp, Rec. p. I-4075, ap. 53-63.

³² Es suficiente con una cierta probabilidad de que los efectos puedan producirse en un futuro. Ver en este sentido la sentencia del TJCE en as. Ambulanz Glöckner, cit. supra nota 29, ap. 47-49.

³³ Sentencia del TJCE de 11 de abril de 1989, as. C-66/86, Ahmed Saeed, Rec. p. I-803 ap. 47-58, relativa a la aprobación por un Estado miembro de las tarifas acordadas por varias compañías aéreas.

³⁴ Conclusiones del Abogado General Van Gerven de 19 de septiembre de 1991, as. C-179/90, Puerto de Génova, Rec. p. I- 5889, ap. 23.

³⁵ Es cierto que en muchos casos parece presumirse –ver por ejemplo, sentencias del TJCE en as. Puerto de Génova, cit. supr nota 31, ap. 14, o en as. Corsica Ferries, cit.

actividad y territorio reservados coinciden con el mercado relevante, pero ese puede no ser el caso. Por lo que se refiere al abuso, los criterios sustantivos para determinar su existencia son los mismos que se utilizan para una aplicación simple del artículo 82.

Hechas estas observaciones preliminares, pasaré a analizar qué tipos de medidas estatales han sido y/o son consideradas infracciones del artículo 86.1 en combinación con el artículo 82. Para ello, he identificado tres tipos de actuaciones estatales:

- primero, las medidas que conducen a abusos efectivos;
- segundo, las actuaciones que conducen a abusos potenciales;
- y tercero, las medidas que tienen simplemente efectos similares a un comportamiento abusivo.

Estas tres categorías van surgiendo históricamente por este mismo orden en que las he mencionado, y sin que la aparición de un nuevo bloque excluya los anteriores. La aceptación de cada nueva categoría supone una mayor limitación de los poderes estatales. Las dos primeras categorías se encuentran hoy claramente consolidadas: no hay dudas sobre que suponen una infracción a los artículos mencionados. La tercera, sin embargo, es todavía debatida y la jurisprudencia ha sufrido vaivenes al respecto.

El debate de fondo se centrará por lo tanto en saber si medidas estatales que eliminen el *efecto útil* del artículo 82 (en otras palabras que produzcan efectos similares a un abuso) debieran ser *prima facie* consideradas o no como contrarias al artículo 86.1 y 82. De la respuesta a esta primera cuestión dependerán otras dos cuestiones adicionales muy relevantes: primero, hasta qué punto la concesión de un derecho exclusivo es, en sí mismo y salvo justificación apropiada, contrario al Tratado; y segundo, como se reparte la carga de la prueba en estos asuntos.

1.3.1. Una primera limitación del poder de los Estados miembros: la prohibición de las medidas estatales que obliguen o induzcan a un comportamiento abusivo

El Estado no puede *imponer, ni jurídicamente ni de hecho*, a una o varias empresas, públicas o privilegiadas y en posición de dominio, un comportamiento que, de ser decidido autónomamente por las empresas hubiera sido considerado un abuso de su posición de

supra nota 30, ap. 39-41, o en as. Dusseldorp, cit. supra nota 31, ap. 60-, pero tal presunción es siempre rebatible.

dominio³⁶. Al menos en el caso de que la empresa se vea obligada jurídicamente por el Estado a adoptar tal conducta, el artículo 82 no le sería aplicable. La posibilidad de aplicar el artículo 86.1 en combinación con el artículo 82 a la actuación estatal compensa, de este modo, la falta de responsabilidad de la empresa. Entiendo que se debería llegar a la misma conclusión en el caso de que la empresa se vea obligada de facto. La diferencia radicaría, en este segundo caso, en la mayor dificultad de las pruebas que la empresa debería aportar para quedar liberada de la responsabilidad.

Tampoco puede el Estado *inducir* a dichas empresas a esa conducta abusiva. En tal caso, tanto el Estado como la empresa serían responsables. La inducción estatal pudiera tenerse en cuenta en ocasiones como circunstancia atenuante a la hora de imponer la multa a la empresa³⁷.

1.3.2. Extendiendo la limitación a abusos potenciales

No es necesario que el abuso se haya producido efectivamente. Sería suficiente con que la actuación estatal *conduzca potencialmente* a ese abuso³⁸. De ello se ha derivado que la mera concesión o existencia de un derecho exclusivo (o privilegio) ha sido considerado contrario al artículo 86.1 en combinación con el 82 porque la Comisión o el Tribunal han llegado a la convicción de que la propia estructura de competencia resultante hacía o haría inevitable el abuso. Tal sería el caso en las siguientes situaciones:

- a. Cuando la medida estatal coloque a la empresa en una situación de conflicto de intereses:

Así por ejemplo, es una violación del artículo 86.1 en combinación con el artículo 82 atribuir funciones y poderes reguladores de un mercado a una empresa (pública o privilegiada) activa en ese mismo

³⁶ Sentencia del TJCE en el as. Bodson, cit. supra nota 17, ap. 33. Entre los ejemplos de violaciones estatales, se pueden mencionar, entre otros: en materia de precios abusivos, las sentencias del TJCE en el as. Corsica Ferries, cit. supra nota 30, ap. 43, o en el as. Puerto de Génova, cit. supra nota 29, ap. 19; en materia de negativas de acceso a una infraestructura esencial, la decisión 94/119/CE de la Comisión de 21 de Diciembre de 1993, relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de Rodby (Dinamarca), DO L 55 de 26-2-1994, p. 5.

³⁷ Sentencia del TPI de 11 de diciembre de 2003, as. T-65/99, Strintzis Lines (todavía no publicada), ap. 171.

³⁸ Sentencia del TJCE de 13 de Diciembre de 1991, as. C-18/88, RTT, Rec. p. I-5941, ap. 23-24, o sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1998, as. C-163/96, Raso, Rec. p. I-533, ap. 31.

mercado³⁹. La independencia necesaria entre ambas funciones – reguladoras y comerciales- no se respeta por el mero hecho de que se asignen las funciones a dos direcciones distintas de la misma administración⁴⁰. Sí se respeta en cambio cuando las funciones reguladoras son asignadas a una entidad o agencia independiente⁴¹.

También es posible que la actuación estatal provoque un conflicto de intereses entre varias actividades comerciales de la misma empresa. Así por ejemplo, fue considerada también incompatible una medida del Estado griego por la que atribuía a la misma empresa, ERT, el derecho exclusivo para difundir programas de producción propia y el de retransmitir programas producidos en el extranjero⁴². Para el Tribunal, tal acumulación llevaría a ERT a practicar una política discriminatoria de difusión en beneficio de sus propios programas.

- b. Cuando se otorgue un derecho exclusivo a una empresa que no esté en condiciones de satisfacer adecuadamente la demanda de ese bien o servicio⁴³. Se estaría en tal caso *limitando la producción o el mercado*, tipo de abuso contemplado expresamente en la letra “b” del artículo 82.
- c. En ocasiones, la reiterada comisión de abusos por parte de una empresa pública o privilegiada ha sido suficiente para que el Tribunal presumiese que el derecho exclusivo (o privilegio) era en sí mismo la causa de los abusos⁴⁴.

1.3.3. La aplicación de la teoría de los efectos: ¿un billete de ida y vuelta?

³⁹ Sentencia del TJCE de 19 de marzo de 1991, as. C-202/88, Terminales de telecomunicaciones, Rec. p. I-1223, ap. 48-52. Reiterada después consistentemente en otras sentencias del TJCE como, entre otras, la dictada en el as. RTT, cit. supra nota 36, ap. 25-28; sentencia de 27 de octubre de 1993, as. acumulados C-46/90 y C-93/91, Lagauche, Rec. p. 5267; de 27 de octubre de 1993, as. C-69/91, Decoster, Rec. p. I-5335; de 27 de octubre de 1993, as. C-92/91, Taillandier, Rec. p. I-5383 y de 21 de septiembre de 1999, as. C-67/96, Albany, Rec. p. I-5751, ap. 112-117.

⁴⁰ Sentencia del TJCE en as. Decoster, cit supra nota 39, ap. 21.

⁴¹ Comunicación de a Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado y aplicación de la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de telecomunicaciones, DO C 275 de 20-10-1995, p. 2, en especial p. 10.

⁴² Sentencia del TJCE de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, ERT, Rec. p. I-2925.

⁴³ Sentencias del TJCE de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, Höfner, Rec. p. I-1979; de 12 de septiembre de 2000, as. acumulados C-180 a 184/98, Pavlov, Rec. p. I-6451, ap. 127; en as. Albany, cit. supra nota 39, ap. 95.

⁴⁴ Sentencia del TJCE en as. Puerto de Génova, cit. supra nota 31.

¿Puede una medida estatal ser una infracción de los artículos 86.1 y 82 por simplemente producir un efecto similar al de un abuso de posición de dominio cometido por una empresa? ¿Podemos condenar al Estado solamente por los *efectos anticompetitivos* de su actuación, sin necesidad de probar que sus medidas van a generar, actual o potencialmente, un comportamiento abusivo de una empresa (pública o privilegiada) en posición de dominio?

Una respuesta afirmativa supondría una nueva y muy sustancial limitación de los poderes regulatorios de los Estados miembros. Una plena aceptación equivaldría a presumir, en este ámbito, la incompatibilidad con el Mercado Común de toda medida estatal restrictiva de competencia: esas restricciones sólo serían admisibles en la medida en que estuviesen justificadas y fueran proporcionales de conformidad con el apartado 2 del artículo 86. Se estaría de este modo produciendo una inversión de la carga de la prueba de enorme trascendencia y en definitiva una inversión de la situación de partida según la cual las medidas estatales restrictivas se presumían lícitas hasta que se probase que generaban un abuso⁴⁵.

¿Qué postura ha tomado el Tribunal? ¿Ha aceptado la teoría de los efectos? La respuesta no es simple. La jurisprudencia ha distinguido diferentes situaciones y, dentro de algunas de ellas, ha dado pasos adelante y atrás sin dibujar una línea consistente. Análisis a continuación varios supuestos antes de proceder a extraer las conclusiones pertinentes.

Primera situación: Extensión de la posición de dominio a un mercado vecino

En varias ocasiones, el Tribunal ha constatado una violación de artículo 86 por el hecho de que se hubiese ampliado a un mercado vecino el alcance de un derecho exclusivo del que ya gozaba un operador o se extendiese una posición de dominio preexistente. Tal fue el caso, entre otros⁴⁶, en el asunto RTT⁴⁷, en el que el Estado belga

⁴⁵ Sería algo parecido a lo que en su momento supuso en el ámbito de la libre circulación de mercancías, la jurisprudencia Cassis (sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, as. 120/78, Rewe- Zentral, Rec. p. 649). A partir de dicha sentencia todas las medidas no discriminatorias (hasta entonces nunca condenadas) que pudiesen restringir el comercio, se presumieron contrarias al artículo 28 (entonces artículo 30 del Tratado CE) salvo que los Estados consiguiesen justificar su necesidad y proporcionalidad con vistas a proteger una exigencia imperativa (objetivo de interés general).

⁴⁶ Ver también as. Dusseldorp, cit. supra nota 31, ap. 61; sentencia de 17 de noviembre de 1992, as. acumulados C-271, 281 y 289/90, Rec. p. I-5883, ap. 35-36; sentencia de 22 de mayo de 2003, asunto C-462/99, Connect Austria, Rep. I-5197, ap. 80 a 95; Decisión

concedió a RTT, que tenía ya un monopolio sobre la red, un poder exclusivo para homologar los terminales de sus competidores, o en el asunto *Ambulanz Glöckner*⁴⁸, en el que el efecto de la medida estatal era extender, de modo indirecto, el derecho exclusivo de transporte urgente en ambulancia al transporte no urgente.

Segunda situación: ¿Abuso automático como consecuencia de la mera concesión de un derecho exclusivo? ¿Illicitud *prima facie* de los derechos exclusivos?

Cuando se concede un derecho exclusivo se puede estar eliminando o impidiendo totalmente y de un modo artificial la competencia en el área reservada. Si tal efecto fuera la consecuencia de un comportamiento de una empresa en posición de dominio sería claramente contrario al artículo 82. Aceptando la teoría de los efectos, la medida estatal (el derecho exclusivo) debiera ser considerado contrario al artículo 86.1 en combinación con el artículo 82.

Aunque con un razonamiento poco explícito y breve, tal pareció ser la lógica subyacente al pronunciamiento del TJCE en el asunto *Corbeau*. Tras recordar la obligación de los Estados miembros de respetar el efecto útil del artículo 82 y sin identificar -ni siquiera buscar- comportamientos abusivos, el Tribunal pasó directamente a analizar si el derecho exclusivo sobre el conjunto de servicios postales concedido a la *Régie des Postes* estaba justificado por la necesidad de cumplir la misión general asignada, la obligación del servicio postal básico universal en Bélgica. Parecía por lo tanto presumirse que la concesión misma del derecho exclusivo era una infracción de los artículos 86.1 y 82 y que el derecho exclusivo sería ilegal salvo justificación bajo el apartado 2 del artículo 86.

Aunque alguna otra sentencia aislada posterior⁴⁹ pudiera ser interpretada como continuadora de la línea argumental de *Corbeau*, el Tribunal parece seguir mayoritariamente hoy en día la teoría del

95/489/CE de la Comisión, de 4 de octubre de 1995, relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en Italia, DO L 280 de 23/11/1995, p.49; Decisión 97/181/CE de la Comisión de 18 de diciembre de 1996 relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España, DO L 76 de 18/03/1997, p. 19.

⁴⁷ Sentencia en asunto RTT, cit. supra nota 38.

⁴⁸ Cit. supra nota 29, ap. 40-43.

⁴⁹ Sentencias del TJCE de 1998 en as. *Dusseldorp*, cit. supra nota 31, ap. 53-68- y de 10 de febrero de 2000, as. acumulados C-147 y 148/97, *Deutsche Post*, Rec. p. I-825, ap. 39-41.

comportamiento⁵⁰. Así pues, la concesión de un derecho exclusivo, aunque genere efectos similares a un abuso de posición de dominio, no es contraria al artículo 86 .1 en combinación con el artículo 82. Para caer en la infracción, será necesario normalmente probar que la actuación estatal causa un abuso real o potencial por parte de una empresa pública o privilegiada en posición de dominio. (Una excepción quizás la extensión de la posición de dominio???)

1.3.4. Conclusiones

Teoría del comportamiento versus teoría de los efectos

La teoría del comportamiento es dominante en la jurisprudencia actual. Corbeau no se ha consolidado: no hay abuso automático. La concesión de un derecho exclusivo, aunque genere una posición de dominio, no lleva necesariamente al abuso, y es por lo tanto *prima facie* legal. Corresponderá a quien invoque una presunta infracción del artículo 86.1 en combinación con el artículo 82 demostrar que la empresa pública o privilegiada a quien se le concede, se ha visto o se verá obligada jurídicamente o de hecho, o al menos se verá inducida, a cometer esos comportamientos abusivos.

En coherencia con resoluciones en otros ámbitos⁵¹, el Tribunal se ha negado a considerar *prima facie* ilegales las medidas estatales por el mero hecho de que tengan efectos anticompetitivos. La postura de principio mantenida en Corbeau –el abuso automático– era inconsistente con la jurisprudencia en otros ámbitos curiosamente dictada en la misma época⁵². Corbeau suponía la aceptación de la teoría de los efectos mientras que Meng reflejaba su rechazo. Sólo se podían entender pasos tan incoherentes teniendo en cuenta que en el caso de Corbeau la infracción del artículo 86.1 no suponía una condena directa dado que todavía era factible aplicar la excepción

⁵⁰ La vuelta se produjo poco después de Corbeau a través de las sentencias del TJCE de 1994 en as. La Crespelle, cit. supra nota 17, y de 14 dic 1995, as. C-387/93, Banchemo, Rec. p. I-4663. Para ejemplos recientes en los que se sigue esta línea argumental, se pueden consultar, entre otras sentencias del TJCE, la de 2000 en as. Pavlov, cit. supra nota 43, ap. 127; y la de 2001 en as. Ambulanz Glöckner, cit. supra nota 29, ap. 39; así como la del TPI de 17 de mayo de 2001, as. C-340/99, TNT Traco, Rec. 2001, II-2905, ap. 44.

⁵¹ Ver la jurisprudencia de TJCE por lo que se refiere a la aplicación combinada del artículo 3, g), 10 y 81-82 del Tratado. Un análisis detallado se puede encontrar en Castillo de la Torre, F.: "Reglamentaciones públicas anticompetitivas", capítulo 19 de Beneyto & Maillou, op. cit. supra nota 20.

⁵² Ver las tres sentencias del TJCE de 17 de noviembre de 1993 en as. C-2/91, Meng, Rec. p. I-5751, en as. C-185/91, Reiff, Rec. p. I- 5801 y en as. C-245/91, Ohra, Rec. p. 5851.

del 86.2. Considerando que la excepción fue además aplicada de forma flexible, los resultados en ambos ámbitos fueron similares. Desde el punto de vista conceptual, sin embargo, la incoherencia era evidente. La vuelta atrás de la jurisprudencia posterior supera esa incoherencia conceptual.

¿Qué margen final de actuación para los Estados?

Tras una limitación creciente de los poderes regulatorios estatales, la vuelta atrás de la jurisprudencia al paso dado en *Corbeau* supone para los Estados recuperar parte del terreno perdido por lo que se refiere al margen del que disponen para conceder derechos exclusivos. Justo es decir no obstante que esa recuperación es limitada: la extensión de la limitación de sus poderes a los abusos potenciales (en las condiciones y circunstancias antes detalladas), hoy plenamente consolidada, ya supone una muy sustancial limitación de sus posibilidades de conceder derechos exclusivos o privilegios salvo que los amparen en la excepción prevista en el artículo 86.2.

2. MEDIDAS ESTATALES ANTICOMPETITIVAS ADMISIBLES PARA DEFENDER LA MISIÓN DE SERVICIO PÚBLICO ASIGNADA: ANALIZANDO LAS PREMISAS Y CONDICIONES DE LA EXCEPCIÓN (LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 86.2 DEL TRATADO CE)

2.1. LA LÓGICA SUBYACENTE: EL PORQUÉ DE LA EXCEPCIÓN

El diseño de Constitución económica prevista en los Tratados ha contemplado siempre la libre competencia y las libertades de circulación del mercado interior (libre circulación de mercancías, trabajadores, libre establecimiento, libre prestación de servicios y libre movimientos de capitales) como principios generales pero no como valores absolutos. Estos principios se han concebido como instrumentos o medios para conseguir los objetivos de la Unión y no como fines en sí mismos. Consecuentemente, se han admitido siempre excepciones basadas en el interés general, y se han adoptado o aceptado medidas, tanto comunitarias como nacionales, que infringían dichos principios para proteger otros intereses que se consideraban dignos de protección a nivel comunitario, como pueden ser, entre otros, el medio ambiente, los consumidores, el orden y seguridad pública, la cultura o la salud pública.

En el ámbito de la normativa de competencia, varias disposiciones reflejaban este diseño con nitidez desde los primeros años de la

integración europea. Así por ejemplo, ayudas de Estado que distorsionasen la competencia en el mercado común podían, no obstante, ser consideradas válidas por fomentar la realización de un proyecto de interés europeo, el desarrollo económico de regiones desfavorecidas o la cultura y conservación del patrimonio⁵³.

Es desde esta perspectiva desde la que hay que analizar el apartado 2 del artículo 86 del Tratado CE. Se trata de la disposición fundamental para buscar el equilibrio entre dos intereses, en ocasiones contrapuestos: el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas como instrumentos de su política económica, fiscal o social, y el interés de la Comunidad en que se respeten las reglas de competencia y se preserve la unidad del mercado común⁵⁴. Al mismo tiempo nos ofrece las claves para conciliar dos valores a proteger a nivel comunitario: de un lado, los principios de libre competencia y mercado único, y de otro lado, la disponibilidad para los usuarios de servicios de interés general de alta calidad y a precios asequibles. En definitiva, como es el caso de otras disposiciones similares, el apartado 2 del artículo 86 así como las interpretaciones que de él haga en particular el Tribunal de Justicia, deben leerse en una doble clave: vertical (impacto en las relaciones Estados miembros-Unión Europa y por lo tanto en el margen de actuación de los primeros y en la delimitación de los límites comunitarios a acciones estatales anticompetitivas) y horizontal (balance y búsqueda de equilibrio entre diferentes intereses comunitarios). Aunque en este documento se haga más hincapié en la clave vertical, bueno es tener también presente el segundo enfoque.

2.2. LAS PREMISAS: LA CALIFICACIÓN DEL SERVICIO COMO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL ENCARGO DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

Para poder aplicar la excepción del artículo 86.2 es imprescindible que una autoridad pública, en el ejercicio de sus funciones, haya confiado a una o varias empresas concretas⁵⁵, la correspondiente misión de interés general. El encargo se hará normalmente a través de una disposición legal u otro instrumento de Derecho público aunque

⁵³ Apartado 3 del artículo 87 (antiguo artículo 92) del Tratado CE.

⁵⁴ Sentencia del TJCE de 19 de marzo de 1991, as. C-202/88, Francia c. Comisión, Rec. p. I-1223, ap. 12 y sentencia en as. Albany, cit. supra nota 39, ap. 103. Ver también la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, cit. supra nota 2.

⁵⁵ Sentencias del TJCE de 2 de marzo de 1983, as. 7/82, GVL, Rec. p. 483, ap. 31, y de 23 de octubre de 1997, as. C-159/94, monopolios franceses de electricidad y gas, Rec. p. I-5815, ap. 69-70.

extraordinariamente podría ser realizado bajo la forma de un instrumento de Derecho privado⁵⁶. Una mera autorización previa o una aprobación *a posteriori* no son suficientes⁵⁷.

El contenido del encargo ha de ser la gestión de un *servicio de interés económico general*. Conviene a este respecto realizar las siguientes precisiones:

- el servicio no será de interés *general* cuando se ofrezca solamente a determinadas empresas o sectores económicos⁵⁸. Sí pueden ser en cambio de interés general actuaciones estatales dirigidas a ordenar el territorio o corregir desequilibrios regionales a pesar de que se limiten a determinadas áreas territoriales⁵⁹
- el calificativo de *económico* no parece limitar los intereses generales alegables: objetivos de naturaleza *no económica* como la salud pública, el orden y seguridad pública o la protección del medio ambiente pueden ser invocados bajo el artículo 86.2⁶⁰. El calificativo de *económico* parece pues referirse no al objetivo de interés general sino al servicio. Desde esta segunda perspectiva, es redundante puesto que la excepción del 86.2 sólo tiene sentido cuando existe una infracción de las disposiciones comunitarias relativas a la competencia o al mercado único y ambas bloques de normas se pueden aplicar solamente cuando las actividades tienen naturaleza económica.
- los *servicios de interés económico general* se pueden definir como aquellos servicios de naturaleza económica que los poderes públicos consideran esenciales para sus ciudadanos

⁵⁶ Lo importante es que se haga siempre, sea cual sea la forma elegida, en el ejercicio de funciones de autoridad pública. No existirá tal encargo, por lo tanto, cuando una entidad pública realice un contrato de derecho privado en el marco del ejercicio de actividades económicas: sentencia del TJCE de 27 de abril de 1994, as. C-393/92, Almelo, ap. 31.

⁵⁷ En relación a la autorización previa, ver la decisión 81/1030/CEE de la Comisión de 29 de octubre de 1981, as IV/28.839, GVL, DO L 370 dde 28-12-1981, p. 49, ap. 66. Con respecto a la aprobación *a posteriori*, ver decisión 85/77/CEE de la Comisión de 10 de Diciembre de 1984, as. IV/30.717, Eurocheques, DO L 35 de 7-2-1985, p. 43, ap. 29.

⁵⁸ Tal es el caso por ejemplo de las empresas gestoras de derechos de autor que, según el Tribunal -ver sentencia de 21 de marzo de 1974, as. 127/73, BRT II, Rec. p. 318, ap. 23-, gestionan meros intereses privados.

⁵⁹ Sentencia del TJCE en as. Ahmed Saeed, cit. supra nota 33, ap. 55 o sentencia del TPI de 19 de junio de 1997, as. T-260/94, Air Inter., rec. p. II-997, ap. 140.

⁶⁰ En este sentido, ver Buendía, cit supra nota 20, ap. 16.236.

en un espacio temporal determinado⁶¹ por lo que han de prestarse incluso aunque el mercado no tenga suficientes incentivos para hacerlo. Consecuentemente es necesario una intervención pública para garantizar la prestación de dicho servicio con unas condiciones mínimas (la intervención se suele concretar en la imposición de unas obligaciones de servicio público)⁶².

- la identificación concreta de los servicios de interés general en cada Estado miembro corresponde, en ausencia de armonización comunitaria, a las autoridades públicas nacionales, si bien siempre bajo el control en última instancia de las autoridades comunitarias. Éstas se limitarán esencialmente a controlar los errores manifiestos⁶³. El margen de los Estados es pues amplio.

2.3. LA CONDICIÓN CLAVE: LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA RESTRICTIVA

El artículo 86.2 establece que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas 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”. Se está con ello estableciendo que las únicas restricciones de la competencia exceptuadas serán las que cumplan el doble filtro de la justificación adecuada y la proporcionalidad.

Dado que, como hemos visto, la concesión de derechos exclusivos caerá frecuentemente en la prohibición del artículo 86.1 y que el control comunitario de la calificación del servicio como de interés general se limita a los errores manifiestos, la flexibilidad o rigidez en la interpretación de este doble filtro -justificación/proporcionalidad- va a ser decisiva a la hora de delimitar el margen definitivo de actuación de los Estados y comprender el sentido de la evolución jurisprudencial.

2.3.1. Justificaciones alegables

Todos los objetivos de interés general (que tengan o puedan tener un reconocimiento a nivel europeo) pueden ser invocados para intentar

⁶¹ La concepción de lo que es esencial puede obviamente cambiar con el tiempo (además de por supuesto en el espacio).

⁶² Ver en este sentido la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, cit. supra nota 2, ap. 14 y anexo II.

⁶³ *Ibidem*, ap. 22.

justificar la concesión de derechos exclusivos u otros privilegios. Así es posible invocar, entre otros, la protección social, de la salud pública, del orden y la seguridad pública, del medio ambiente como justificaciones legítimas⁶⁴.

De todas maneras, el objetivo más alegado en este ámbito es, sin duda alguna, la necesidad de garantizar el servicio universal. Ha sido definido como “el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tienen acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible”⁶⁵. En muchas ocasiones, el Estado concede un derecho exclusivo u otros privilegios a una o varias empresas a cambio de que éstas asuman una serie de obligaciones de servicio universal. La legitimidad de este objetivo y la posibilidad de invocarlo como justificación de una medida estatal restrictiva están fuera de toda duda⁶⁶.

2.3.1. El balance de proporcionalidad: ¿flexibilidad o rigidez?

Tradicionalmente se entiende por proporcionalidad la necesidad de que el objetivo de interés general invocado no pueda ser alcanzado por medios menos restrictivos de los intercambios comunitarios o de la competencia, es decir que la restricción sea indispensable para proteger el fin perseguido o los beneficios esperados. Así es como ha venido siendo interpretado, entre otros, en el ámbito de las excepciones a las libertades económicas del Mercado único. ¿Es ésta también la lectura que se ha hecho en el marco de la excepción del artículo 86.2?

Cuando el interés general invocado es uno de los habituales en otros ámbitos (medio ambiente, salud pública, orden y seguridad pública...), la interpretación de la proporcionalidad ha sido la tradicional, es decir la estricta⁶⁷.

Sin embargo, cuando para justificar la concesión de un derecho exclusivo se ha alegado la necesidad de garantizar el servicio universal, la aplicación del principio de proporcionalidad no ha sido tan

⁶⁴ Ver, entre otras, las sentencias del TJCE en as. Dusseldorp, cit. supra nota 31, ap. 65-67 y la de 23 de mayo de 2000, as. C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, ap. 73.

⁶⁵ Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, cit. supra nota 2, anexo II.

⁶⁶ Ibidem, ap. 18 y 25. Ver también, entre otras, las sentencias del TJCE de 19 de mayo de 1993, as. C-320/91, Corbeau, especialmente ap. 15-19; y en as. Almelo, cit. supra nota 56, especialmente ap. 46-49.

⁶⁷ Ver por ejemplo la sentencia del TJCE en as. Dusseldorp, cit. supra nota 31, ap. 65-67.

homogénea. Varias lecturas del principio han coexistido y/o se han ido alternando. Conviene pues analizar en detalle alguno de los casos más significativos para comprender las diferentes lecturas antes de intentar extraer conclusiones sobre la evolución jurisprudencial y su significado.

La lectura flexible: el asunto Corbeau

Hasta principios de los 90 todo parecía indicar que la lectura del principio de proporcionalidad en este ámbito no ofrecería diferencias con respecto al aplicado en otras áreas del Derecho Comunitario⁶⁸. La sentencia del TJCE en el asunto Corbeau vino a cambiar radicalmente tal impresión.

El Estado belga había concedido un derecho exclusivo sobre los servicios postales en general a la "Régie des Postes" imponiéndole al mismo tiempo una obligación de prestar el servicio universal postal básico en todo el territorio belga bajo una tarifa única. El Sr. Corbeau comenzó a prestar servicios de recogida y distribución de correo en la ciudad de Lieja a precios inferiores a los de la tarifa de la Régie des Postes y con prestaciones superiores (mayor rapidez, recogida a domicilio, etc). La Régie inició acciones penales contra el Sr. Corbeau por violación de su derecho exclusivo y el Sr. Corbeau alegó la incompatibilidad de dicho derecho exclusivo con el artículo 86.1. La Régie, por su parte, argumentó que, de existir tal violación, se podría aplicar la excepción del artículo 86.2 puesto que, sin tal derecho exclusivo, no podría cumplir adecuadamente con la misión de interés general asignada, la prestación del servicio postal básico universal en Bélgica. Si el monopolio no existiese, las empresas competidoras ofrecerían sus servicios solamente en las zonas más rentables –en el caso concreto la ciudad de Lieja-, quitándole así los mejores clientes y dificultando o imposibilitando el mantenimiento del servicio en zonas no rentables –las áreas poco pobladas y más alejadas de los núcleos urbanos- al poner en peligro el equilibrio económico de la empresa prestadora del servicio universal. Es el llamado argumento del *écremage* o *cherry picking* -los competidores se llevarían la mejor parte del pastel -la nata, los frutos- y dejarían solamente al prestador del servicio universal la peor parte -la leche sin nata o el árbol sin frutos-. El juez nacional planteó una cuestión prejudicial dando lugar al pronunciamiento del TJCE.

El Tribunal no sólo va a aceptar por primera vez el argumento del *cherry picking*⁶⁹ sino que va optar por una interpretación flexible del principio de proporcionalidad. En efecto, el Tribunal no se cuestiona en

⁶⁸ Ver por ejemplo la sentencia del TJCE de 1991 en as. RTT, cit. supra nota 38, ap. 22.

⁶⁹ Ap. 17 y 18 de la sentencia en el as. Corbeau, cit. supra nota 66.

ningún momento si existen otros medios menos restrictivos que la concesión del derecho exclusivo para garantizar la prestación adecuada del servicio universal. Podría haberse planteado por ejemplo si el mismo resultado hubiera podido conseguirse compensando al prestador con subvenciones estatales o creando un fondo sectorial de compensación y permitir de este modo que hubiese competencia entre distintos operadores. También se podría haber exigido un análisis más concienzudo de las ventajas que supone el derecho exclusivo y las pérdidas de la prestación del servicio universal en zonas no rentables. Sin embargo, el Tribunal se limita a señalar sin más que la imposición de una obligación de servicio público “presupone la posibilidad de realizar una compensación entre los sectores de actividad rentables y los menos rentables y justifica, por ello, una limitación de la competencia de los empresarios particulares en los sectores económicamente rentables”⁷⁰. Le basta, en definitiva, con comprobar que la concesión del derecho exclusivo contribuye y consigue garantizar la prestación del servicio universal para aceptarlo como *medio* adecuado, sin entrar más a fondo en el análisis. Esta interpretación poco exigente deja más margen al Estado permitiéndole en la práctica elegir entre los diversos medios posibles el que mejor le parezca.

La línea de razonamiento de Corbeau ha sido utilizada también por el Tribunal en otros casos posteriores⁷¹. Se ha visto además reforzada por otras serie de pronunciamientos en los que el Tribunal ha afirmado que, a pesar de que la carga de la prueba de la proporcionalidad la tiene quien alega la excepción –normalmente el Estado o la empresa privilegiada-, puede ser suficiente con demostrar que la supresión del derecho exclusivo generaría graves dificultades a la empresa en cuestión sin que se le pueda exigir demostrar adicionalmente que no existen otras medidas para garantizar la prestación del servicio universal⁷².

La lectura estricta: el asunto Air Inter

⁷⁰ Ibidem, ap 17.

⁷¹ Sentencias del TJCE de 1994 en as. Almelo, cit. supra nota 56, ap. 46 y ss, especialmente ap. 49; de 2001 en as. Ambulanz Glöckner, cit. supra nota 29, ap. 55 y ss, si bien en este caso el Tribunal parece imponer la condición adicional de que la empresa encargada de la gestión de interés general opere de manera eficiente -ver ap. 62-.

⁷² Sentencias del TJCE de 23 de octubre de 1997 en as. monopolios de electricidad y gas en Francia, cit. supra nota 55, ap. 90-107; en as. C-157/94, monopolio holandés de electricidad, Rec. I-5699, ap. 48-64; en as. C-158/94, monopolio italiano de electricidad, ap. 46-60.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1997 en el asunto Air Inter es el caso prototípico de una aplicación mucho más estricta del principio de proporcionalidad.

El litigio se originó por una queja de la compañía aérea privada TAT ante la Comisión y contra el gobierno francés que le había denegado un permiso para operar la ruta entre París-Orly y los aeropuertos de Toulouse y Marsella dado que estas rutas estaban concedidas en exclusiva a la empresa pública Air Inter. La Comisión consideró que la queja estaba fundada y dictó una decisión obligando a Francia a conceder el permiso a TAT. La empresa Air Inter recurrió la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia argumentando en esencia que sus derechos exclusivos estaban justificados por el artículo 86.2: gracias a la rentabilidad de las líneas discutidas París (Orly) - Marsella/Toulouse, Air Inter podía compensar las pérdidas generadas en otras rutas aéreas interiores no rentables que estaba obligada a mantener. De este modo, se contribuía a romper el aislamiento de gran número de ciudades y regiones francesas en el marco del objetivo general de mejorar la ordenación del territorio.

La sentencia del Tribunal del Primera Instancia va a confirmar la decisión de la Comisión aplicando el principio de proporcionalidad de una forma mucho más exigente que en Corbeau. Esa mayor dureza se aprecia principalmente en tres aspectos:

- No sólo recuerda que la excepción del artículo 86.2, como cualquier excepción a los principios fundamentales del Mercado Único, debe ser interpretada de forma estricta⁷³, sino que esto le lleva a establecer que:

*"... la aplicación de estos artículos sólo podría excluirse en la medida en que 'impidiera' el cumplimiento de las tareas encomendadas a la demandante. Dado que este requisito debe interpretarse de manera estricta, no bastaba con que simplemente se entorpeciera o hiciera más difícil dicho cumplimiento"*⁷⁴.

- No sólo reitera, como ya es habitual, que la carga de la prueba corresponde a quien alega la excepción sino que considera que dicha carga implica necesariamente la aportación de un estudio analítico de los ingresos adicionales derivados de los derechos exclusivos y de los costes de la prestación de la misión

⁷³ Sentencia del TPI en as. Air Inter, cit. supra nota 59, ap. 135.

⁷⁴ Ibídem, ap. 138. Cursiva añadida.

asignada⁷⁵. Sin esa cuantificación, las alegaciones no serán aceptadas y la excepción no será aplicable.

- Finalmente, somete el *medio* elegido por el Estado (la concesión de los derechos exclusivos) a un examen de proporcionalidad. La excepción sólo será aplicable si no existen otros medios alternativos menos restrictivos (como por ejemplo en el caso concreto, las subvenciones directas de las rutas deficitarias por parte del Estado). El Tribunal parece incluso exigir a la empresa que demuestre que no hay sistemas alternativos apropiados. Dice en concreto el Tribunal:

"...los sistemas conjugados de red aérea nacional y de reparto interno invocados por la demandante no constituían un fin en sí mismo, sino medios elegidos por los poderes públicos franceses para realizar la ordenación del territorio francés. Ahora bien, la demandante no ha alegado, y menos aún demostrado, que (...) no existiera ningún sistema alternativo apropiado que permitiera asegurar la ordenación del territorio y, en particular, garantizar la financiación de las rutas deficitarias..."⁷⁶.

Buscando sentido a la contradicción: ¿incompatibilidad o coexistencia de ambas lecturas?

Podríamos pensar que con el tiempo se ha endurecido el análisis de proporcionalidad bajo el artículo 86.2 y que, por lo tanto, la lectura flexible de Corbeau ha quedado superada por la lectura estricta de Air Inter. Podríamos también plantearnos que la lectura estricta de Air Inter sea una aplicación excepcionalmente estricta del principio de proporcionalidad debido a las circunstancias del caso concreto, que no ha sido confirmada por el TJCE y no está por lo tanto consolidada. Ambos planteamientos, sin embargo, pecan de simplistas y resisten mal a un análisis más detallado de la problemática y jurisprudencia relativa al artículo 86. Lo cierto es que las dos lecturas coexisten en cierta medida y para ciertos casos aunque no con todos los rasgos y crudeza con la que aquí las he presentado. ¿Cómo explicar entonces estas visiones tan distintas? ¿Cuál de ellas se debe aplicar en la actualidad en cada caso? ¿Se puede identificar alguna tendencia clara en la jurisprudencia?

Trataré de responder a estas preguntas señalando al mismo tiempo cuáles son las zonas oscuras en actualidad y apuntando algunos

⁷⁵ *Ibidem*, ap. 138, *in fine* y 139.

⁷⁶ *Ibidem*, ap. 140. Cursiva añadida.

posibles retoques que, en mi opinión, la jurisprudencia podría o debería aportar.

Primero.- Al menos en los casos de *nuevos derechos exclusivos o aquellos justificados en compensar obligaciones de servicio universal no tradicionales*, se ha impuesto una lectura estricta del principio de proporcionalidad. Esto supone que:

- La excepción sólo debe ser aplicable cuando los ingresos derivados de los derechos exclusivos concedidos no exceden de los costes (más un beneficio razonable) derivados de la prestación del servicio universal (o del cumplimiento de la misión de interés general asignada). Para tener constancia de ello, es necesario que las empresas dispongan de sistemas de contabilidad analítica que permitan realizar adecuadamente esta cuantificación. Sin dichos sistemas, la invocación de la excepción no puede admitirse.
- El nivel máximo de costes aceptable es el coste real incurrido por la empresa privilegiada en la prestación del servicio universal (o cumplimiento de la misión asignada) siempre que además la empresa mantenga un nivel de eficacia suficiente en la gestión del servicio de interés general.
- La excepción sólo será aplicable cuando, de no aplicarse, se “impidiese” el cumplimiento de la misión asignada. No es suficiente con que se “dificulte o se obstaculice” dicho cumplimiento. Entiendo, no obstante, que en el término “impedir” hay que incluir tanto situaciones de derecho como de hecho y por lo tanto situaciones en las que se haga tan difícil o se obstaculice tan seriamente el cumplimiento que resultaría *de facto* imposible o excesivamente difícil que la empresa consiguiese la misión asignada. Es pues una cuestión de grado que implica un cierto margen en la valoración.
- No basta con probar que el derecho exclusivo contribuye (incluso sustancialmente) a garantizar la prestación del servicio universal o la misión asignada. Ha de ser *indispensable* para el buen fin de la misión confiada: ha de quedar claro que no existen medios alternativos menos restrictivos de la competencia. Por lo tanto, si la financiación directa o a través de un fondo sectorial de servicio universal es posible, la concesión o el mantenimiento del derecho exclusivo no estaría justificado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que ambos instrumentos son menos restrictivos que el derecho exclusivo, dado que no imposibilitan la competencia de otros operadores.

- La carga de la prueba recae en quien alega la excepción. Serán por lo tanto normalmente el Estado que otorga el derecho exclusivo o/y la empresa beneficiada quienes tendrán que aportar las pruebas de que el derecho exclusivo posibilita el cumplimiento de la misión de interés general confiada. Esas pruebas incluirán, como ya he indicado antes, las cuantificaciones detalladas de ingresos y costes derivados, respectivamente, de la exclusividad y las obligaciones de servicio público impuestas. La carga de la prueba queda satisfecha, en mi opinión, demostrando que dichos ingresos se limitan a cubrir los mencionados costes (más un beneficio razonable) y permiten, por lo tanto, mantener el equilibrio económico de la empresa. No creo necesario que aporten de antemano un análisis detallado de que otros medios alternativos, imaginables o hipotéticos, no son posibles. Sí deben estar preparados, sin embargo, para demostrarlo caso de que la contraparte invoque alguno de ellos y bien demuestre o bien quepa presumir que serían *prima facie* una alternativa real y menos restrictiva.

Todo esto hace que las posibilidades reales de concesión de nuevos derechos exclusivos o de extensión de los ya existentes a nuevos ámbitos antes no reservados, se haya hecho más difícil con el tiempo. La lectura estricta del principio de proporcionalidad no imposibilita totalmente pero sí supone una limitación muy sustancial al incremento de los derechos exclusivos en el ámbito de los servicios económicos de interés general.

Segundo.- Con respecto a los *derechos exclusivos preexistentes destinados a garantizar servicios universales tradicionales*, el principio de proporcionalidad no se ha aplicado hasta el momento con la misma dureza. No parece posible, sin embargo, sostener que la lectura flexible de Corbeau siga viva tal cual se dictó:

- El mayor nivel de detalle y sofisticación en la aplicación de la proporcionalidad que acabamos de ver en relación a nuevos derechos exclusivos debe ser aplicable también en el caso de los preexistentes tradicionales. Así pues, considero igualmente aplicables a éstos últimos todo lo dicho sobre el necesario equilibrio ingresos-gastos, el nivel máximo de costes aceptable, la interpretación restrictiva del término “impedir” y lo relativo a la carga de la prueba. Naturalmente puede ser necesario un período transitorio razonable en ciertos casos para que las empresas con derechos exclusivos preexistentes tradicionales se adapten a las nuevas circunstancias e implanten por ejemplo los sistemas requeridos de contabilidad analítica.

- Más dudoso es si el Estado goza, en estos casos, de mayor margen para elegir el medio (derecho exclusivo, subvención directa o fondo de servicio universal). Hasta ahora el Tribunal había dejado esa mayor flexibilidad⁷⁷ y, con esa base, se ha defendido en la doctrina⁷⁸ que los Estados tienen y han de tener un mayor margen en cuanto a la elección del medio, al menos hasta el momento en que haya una intervención comunitaria⁷⁹ que precise o descarte alguno de esos medios. Entiendo que, en el caso de derechos exclusivos preexistentes tradicionales, pueda ser más conveniente regular el paso de un régimen de exclusividad a un régimen liberalizado con imposición de obligaciones de servicio público y los correspondientes mecanismos de financiación directa o por un fondo sectorial. La Comisión puede sentirse por lo tanto tentada -y utilizar en este sentido su margen de discreción- a no atacar individualmente los derechos exclusivos sino intentar que se aprueben normas generales que impongan la desaparición progresiva de los derechos exclusivos y delimiten los medios de financiación utilizables por los Estados para garantizar el servicio universal. Ahora bien, si el asunto se plantea ante un juez nacional, y no existe una normativa comunitaria que delimite los medios utilizables, ¿no debería el juez asegurarse de que el derecho exclusivo es el medio menos restrictivo de los posibles? ¿qué razón objetiva podría justificar una aplicación menos exigente del principio de proporcionalidad?

2.4. EL INTERÉS DE LA COMUNIDAD: ¿UNA CONDICIÓN ADICIONAL?

El último inciso del artículo 86.2 establece que “el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”. Es la cláusula que podríamos llamar del “no perjuicio del interés comunitario”. Ahora bien, ¿tiene dicha cláusula un significado autónomo?, ¿exige un análisis independiente y adicional al del principio de proporcionalidad?

⁷⁷ En la sentencia de 1994 en as. Almelo, cit. supra nota 56, el Tribunal consideró proporcional la concesión del derecho exclusivo aunque teóricamente fuese posible concebir medios menos restrictivos como una financiación sectorial a través de un fondo de servicio universal.

⁷⁸ Buendía, cit supra nota 20, ap. 231, en especial tercer punto.

⁷⁹ Normalmente dicha intervención se producirá a través de una decisión o directiva de la Comisión con base en el 86.3, aunque también puede ser vía legislativa ordinaria.

Parece que la respuesta negativa es la predominante⁸⁰, aunque no deja de haber alguna indicación contradictoria⁸¹. Esto supone que, como regla general⁸², el artículo 86.2 tendría efecto directo en su totalidad.

CONCLUSIONES

Desde los Tratados originarios se previó la posible aparición de fricciones entre, por un lado, los poderes de los Estados miembros para establecer, mantener y desarrollar servicios de interés general y, por otro lado, la normativa comunitaria de competencia. El entonces artículo 90 CE (en la actualidad, artículo 86 CE) reflejaba en esencia el punto de compromiso y de solución en casos de conflicto. Ha sido, sin embargo, a lo largo de las dos últimas décadas cuando la interacción entre servicios de interés general y el Derecho Comunitario de la competencia ha pasado al primer plano del debate político y jurídico. La década de los 90 y la actual están siendo claves para desarrollar los parámetros de esa interacción y para terminar de perfilar su marco futuro. Se ha avanzado mucho camino pero el diseño final no está todavía cerrado como lo prueban, por ejemplo, los recientes debates provocados a nivel político por el Libro Verde y el Libro Blanco sobre los servicios de interés general en Europa o, a un nivel más jurídico, el vuelco jurisprudencial provocado

⁸⁰ Sentencias del TJCE en as. terminales de telecomunicaciones en Francia, cit. supra nota 39, ap. 11 y 12; y en as. monopolio de electricidad y gas en Francia, cit. supra nota 55, ap. 108.

⁸¹ Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 1995, as. C-19/93P, Rendo, Rec. p. I-3319, ap. 18-19 y conclusiones de AG Van Gerven de 19 de septiembre de 1991, as. puerto de Génova, cit. supra nota 31, ap. 25-28.

⁸² No hay todavía un pronunciamiento definitivo del Tribunal sobre esta cuestión. Todos los elementos del artículo 86 (2) excepto el del último inciso (no afectación de los intercambios "en forma tal que sea contraria al interés comunitario") pueden, sin duda alguna, ser aplicadas directamente. Además, varias sentencias del TJCE como, entre otras, Corbeau (cit. supra nota 65) o Almelo (cit. supra nota 55), prueban que los jueces nacionales no necesitan de un pronunciamiento previo de la Comisión, que descarte el daño a los intereses comunitarios, para aplicar el artículo 86 (2). Así pues, defiende que, al menos salvo que la Comisión intervenga invocando ese último inciso, la excepción del 86 (2) puede ser aplicada directamente. En ese mismo sentido, ver Waelbroeck & Frignani, cit. supra nota 24, pp. 390-394, o Bellamy & Child, cit. supra nota 24, ap. 13-027. Más dudas pueden existir en los casos en los que la excepción se aplique a ayuda de Estado dado que la Comisión juega en este área, como es sabido, un papel fundamental y tiene competencia exclusiva para declarar la compatibilidad de una ayuda con el mercado común de conformidad con los artículos 87 (3) y 88 del Tratado CE (ver sentencia de 22 de marzo de 1977, as. 78/76, Steinike, Rec. p. 595, ap. 17. Ver comentarios más detallados sobre este tema en Mailló González-Orús, J. "Ayudas de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post *Altmark*", Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia nº 237, Junio de 2005.

por la sentencia Altmark en materia de financiación de servicios de interés general y ayudas de Estado⁸³.

A la hora de evaluar los resultados de la interpretación y aplicación del artículo 86, conviene distinguir entre la definición de su ámbito de aplicación y el alcance de las limitaciones a los poderes estatales dentro ya de ese ámbito predefinido.

Con respecto al ámbito de aplicación, merece destacarse que, en términos generales, la interpretación de los requisitos básicos para su aplicación (medida estatal, empresa pública o privilegiada, derechos exclusivos o especiales, vínculo de conexión con empresa pública o privilegiada) puede calificarse de generosa por lo que el ámbito de aplicación es más amplio de lo que una primera lectura hubiera sugerido. La principal duda que persiste es saber si podría extenderse a determinadas omisiones de un comportamiento estatal debido. No me parece que tal extensión sea descartable, aunque quedase limitada a supuestos de clara negligencia. También el concepto de empresa pública plantea todavía ciertas dudas que he tratado de resolver. Por otra parte, la concepción bruta (o teoría de la ventaja aparente) que predominada en ayudas de Estado hacía necesario acudir con frecuencia al artículo 86 CE (en particular a su apartado 2) para justificarlas. Así pues, ambos aspectos abogaban por una utilización amplia de esta disposición. Dos líneas jurisprudenciales de notable impacto han venido, sin embargo, a restringirlo:

- En primer lugar, se ha establecido con claridad que los servicios del Estado de bienestar (y sus aspectos accesorios) no quedan sometidos a la normativa de competencia y por lo tanto los Estados gozan de mayor libertad a la hora de regularlos. La línea jurisprudencial abierta por Eurocontrol y Poucet ha venido a establecer que estas actividades, aunque contengan algún aspecto pseudo-económico, no pueden considerarse de naturaleza económica. Se ponía así un límite expreso a la hasta entonces tendencia expansiva del concepto de actividad económica;
- En segundo lugar, las financiaciones públicas a servicios económicos de interés general siempre que se limiten a cubrir los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público (y cumplan otra serie de condiciones impuestas en la jurisprudencia Altmark) no serán consideradas ayudas de Estado. La reciente jurisprudencia, cuyo alcance final todavía está por concretarse, supone también vaciar de parte de su contenido y funcionalidad anterior al artículo 86 CE.

⁸³ Para un estudio de la nueva era post Altmark, ver Maillou, cit. supra nota 82.

Dentro ya de su ámbito de aplicación predefinido, el análisis de la aplicación del binomio prohibición-excepción de los apartados 1 y 2 del artículo 86 CE nos revela datos muy interesantes sobre la evolución del margen permitido a los Estados miembros para regular servicios económicos de interés general y adoptar medidas regulatorias anticompetitivas. En concreto se puede concluir que:

- En primer lugar, el alcance de la prohibición del apartado 1 parece estar ya bastante bien definida. Por ejemplificarlo en los casos de aplicación combinada del artículo 86.1 y 82 -los más frecuentes-, está consolidado que tanto las medidas que conducen a abusos efectivos como las que llevan a abusos potenciales infringen la prohibición. No basta, sin embargo, con que la medida estatal produzca efectos similares a un abuso. En contra de la tendencia iniciada por Corbeau a principios de los 90, parece que hoy la teoría del comportamiento es claramente dominante frente a la teoría de los efectos (con la única salvedad, quizás, del supuesto de extensión de la posición de dominio a un mercado vecino). No hay por lo tanto abuso automático ni la concesión de un derecho exclusivo puede considerarse *prima facie* ilegal. Será necesario demostrar que la empresa pública o privilegiada a quien se le concede, se ha visto o se verá obligada jurídicamente o de hecho, o al menos se verá inducida, a cometer esos comportamientos abusivos. En cualquier caso, la prohibición tal cual es actualmente interpretada impone límites sustanciales a la concesión de derechos exclusivos o privilegios salvo que el Estado los ampare en la excepción del apartado 2.
- En segundo lugar, con respecto al alcance de la excepción, se ha impuesto una lectura estricta del principio de proporcionalidad al menos para los casos de nuevos derechos exclusivos o aquellos justificados en compensar obligaciones de servicio universal no tradicionales. En relación a los derechos exclusivos preexistentes destinados a garantizar servicios universales tradicionales, el principio de proporcionalidad no se ha aplicado hasta el momento con la misma dureza. No parece posible, sin embargo, sostener que la lectura flexible de este principio que se hizo en Corbeau a principios de los 90 siga viva tal cual se dictó, ni siquiera para los servicios universales tradicionales. Así pues, por un lado, se han ido restringiendo las posibilidades reales de concesión de nuevos derechos exclusivos o de extensión de los ya existentes a nuevos ámbitos antes no reservados; por otro lado y al mismo tiempo, parece que una mayor dureza y una mayor sofisticación en el análisis de la proporcionalidad con respecto a los derechos exclusivos ya existentes (o los tradicionales) obligará a los Estados a un

mayor rigor en la justificación y supone un marcaje más estrecho de los Estados y las empresas públicas o privilegiadas afectadas.

- En conjunto, es evidente que los Estados han visto progresivamente restringido su margen para conceder derechos exclusivos o privilegios e incluso a la hora de mantener los ya existentes sus medidas son supervisadas más estrechamente. Se mantiene, sin embargo, la licitud *prima facie* de los derechos exclusivos habiéndose controlada la deriva excesiva que apuntaba la jurisprudencia Corbeau.



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo recibir gratuitamente los dos próximos Documentos de Trabajo de la serie Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

Nombre y Apellidos.....

Dirección.....

Población..... C.P.

País..... Teléfono.....

Correo electrónico.....

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS

Universidad San Pablo-CEU

Julián Romea, 22 - 28003 Madrid

E-mail: idee@ceu.es

Tfno: 91 514 04 22

Fax: 91 514 04 28

www.ceu.es/idee



PETICIÓN DE NÚMEROS ATRASADOS

Nombre y Apellidos.....

Dirección.....

Población..... C.P.

País..... Teléfono.....

Correo electrónico.....

Deseo recibir los siguientes Documentos de Trabajo de la serie Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU:

Nº

Títulos

.....

.....

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
Universidad San Pablo-CEU
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid
E-mail: idee@ceu.es
Tfno: 91 514 04 22
Fax: 91 514 04 28
www.ceu.es/idee

NÚMEROS PUBLICADOS

SERIE UNIÓN EUROPEA

- Nº 1 2000** "La política monetaria única de la Unión Europea"
Rafael Pampillón Olmedo
- Nº 2 2000** "Nacionalismo e integración"
Leonardo Caruana de las Cagigas y Eduardo González Calleja
- Nº 1 2001** "Standard and Harmonize: Tax Arbitrage"
Nohemi Boal Velasco y Mariano González Sánchez
- Nº 2 2001** "Alemania y la ampliación al este: convergencias y divergencias"
José María Beneyto Pérez
- Nº 3 2001** "Towards a common European diplomacy? Analysis of the European Parliament resolution on establishing a common diplomacy (A5-0210/2000)"
Belén Becerril Atienza y Gerardo Galeote Quecedo
- Nº 4 2001** "La Política de Inmigración en la Unión Europea"
Patricia Argerey Vilar
- Nº 1 2002** "ALCA: Adiós al modelo de integración europea?"
Mario Jaramillo Contreras
- Nº 2 2002** "La crisis de Oriente Medio: Palestina"
Leonardo Caruana de las Cagigas
- Nº 3 2002** "El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros"
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 4 2002** "La sociedad anónima europea"
Manuel García Riestra
- Nº 5 2002** "Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y

separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente”
Alberto Gil Ibáñez

Nº 6 2002 “Análisis de situación y opciones respecto a la posición de las Regiones en el ámbito de la UE. Especial atención al Comité de las Regiones”
Alberto Gil Ibáñez

Nº 7 2002 “Die Festlegung einer genaueren Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten”
José María Beneyto y Claus Giering

Nº 1 2003 “Un español en Europa. Una aproximación a Juan Luis Vives”
José Peña González

Nº 2 2003 “El mercado del arte y los obstáculos fiscales ¿Una asignatura pendiente en la Unión Europea?”
Pablo Siegrist Ridruejo

Nº 1 2004 “Evolución en el ámbito del pensamiento de las relaciones España-Europa”
José Peña González

Nº 2 2004 “Tres operaciones PESD: Bosnia i Herzegovina, Macedonia y República Democrática de Congo”
Berta Carrión Ramírez

Nº 3 2004 “Tres operaciones PESD: Bosnia i Herzegovina, Macedonia y República Democrática de Congo”
Berta Carrión Ramírez

Nº 4 2004 “Turquía: El largo camino hacia Europa”
Delia Contreras

Nº 5 2004 “En el horizonte de la tutela efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad”
Alfonso Rincón García Loygorri

Nº 1 2005 “The Biret Cases: What effects do WTO dispute settlement rulings have in EU law?”
Adrian Emch

Nº 2 2005 “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un

espacio financiero integrado"
José María Beneyto y José Puente

SERIE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

- Nº 1 2001** "El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas"
José María Beneyto
- Nº 2 2001** "Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa - Iberdrola"
Luis A tienza, Javier de Quinto y Richard Watt
- Nº 3 2001** "Empresas en Participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración"
- Nº 1 2002** "Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas"
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 2 2002** "Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia"
Santiago Illundáin Montoya
- Nº 3 2002** "Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos"
Mercedes García Pérez
- Nº 4 2002** "Test de dominancia vs. test de reducción de la competencia: aspectos económicos"
Juan Briones Alonso
- Nº 5 2002** "Telecomunicaciones en España: situación actual y

perspectivas”
Bernardo Pérez de León Ponce

- Nº 6 2002** “El nuevo marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones”
Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega
- Nº 1 2003** “Some Simple Graphical Interpretations of the Herfindahl-Hirshman Index and their Implications”
Richard Watt y Javier De Quinto
- Nº 2 2003** “La acción de oro o el problema de las privatizaciones en un mercado único”
Emilia Gargallo, Jesús Lavalle y Pablo Siegrist
- Nº 3 2003** “El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89”
Pablo Berenguer O´Shea y Vanessa Pérez Lamas
- Nº 1 2004** “Los puntos de conexión en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”
Lucana Estévez Mendoza
- Nº 2 2004** “Los impuestos autonómicos sobre los grandes establecimientos comerciales como ayuda de Estado ilícita ex art. 87”
Francisco Marcos

SERIE ECONOMÍA EUROPEA

- Nº 1 2001** "Impacto económico de la inmigración de los Países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea"
M^a del Mar Herrador Morales
- Nº 1 2002** "Análisis de la financiación de los Fondos Estructurales en el ámbito de la política regional de la Unión Europea durante el período 1994-1999"
Cristina Isabel Dopacio
- Nº 2 2002** "On capital structure in the small and medium enterprises: the spanish case"
Francisco Sogorb Mira
- Nº 3 2002** "European Union foreign direct investment flows to Mercosur economies: an analysis of the country-of-origin determinants"
Martha Carro Fernández
- Nº 1 2004** "¿Es necesario reformar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento?"
Ana Cristina Mingorance
- Nº 2 2004** "Perspectivas financieras 2007-2013: las nuevas prioridades de la Unión Europea y sus implicaciones en la política regional"
Cristina Serrano Leal, Begoña Montoro de Zulueta y Enrique Viguera Rubio

Nº 3 2004 "Stabilisation Policy in EMU: The Case for More Active Fiscal Policy"
María Jesús Arroyo Fernández y Jorge Uxó González

SERIE DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Nº 1 2003 "Papel de la UE en las recientes cumbres internacionales"
Mónica Goded Salto

Nº 1 2004 "La asociación Euro-Mediterránea: Un instrumento al servicio de la paz y la prosperidad"
Jesús Antonio Núñez Villaverde

Nº 2 2004 "La retroalimentación en los sistemas de evaluación. Experiencias en la cooperación al desarrollo"
José María Larrú Ramos

Nº 3 2004 "Migraciones y desarrollo: propuestas institucionales y experiencias prácticas"
Carlos Giménez, Alberto Acosta, Jaime Atienza, Gemma Aubarell, Xabier Aragall

Nº 4 2004 "Responsabilidad social corporativa y PYMES"
Amparo Merino de Diego

COMITÉ CONSULTIVO
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

RICARDO ALONSO SOTO
MANUEL AZPILICUETA FERRER
LUIS BERENGUER FUSTER
MIGUEL ÁNGEL CORTÉS MARTÍN
EMILIO CUATRECASAS
JOSÉ MARÍA CUEVAS
MILES CURLEY
CLAUS-DIETER EHLERMANN
ANTONIO GARRIGUES WALKER
ENRIQUE GONZÁLEZ-DÍAZ
LUIS DE GUINDOS
INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO
RAFAEL ILLESCAS
JUAN IRANZO
VICENTE LÓPEZ –IBOR MAYOR
CECILIO MADERO VILLAREJO
SANTIAGO MARTÍNEZ-LAGE
LUIS ORTIZ BLANCO
ENRIQUE MOYA FRANCÉS
JULIO PASCUAL Y VICENTE
MERCEDES PEDRAZ
AMADEO PETITBÓ JUAN
FERNANDO POMBO
JAVIER DE QUINTO ROMERO
RAFAEL RIPOLL NAVARRO
JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTÍN
ALEXANDER SCHAUB
GONZALO SOLANA
RODRIGO URÍA MERUÉNDANO

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

PRESIDENTE
MARCELINO OREJA AGUIRRE

DIRECTOR
JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ

COORDINADOR
JERÓNIMO MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS