

LOS «SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL» TRAS EL TRATADO DE LISBOA: DE LA EXCEPCIÓN A LA REGULACIÓN POSITIVA

ANTONIO SEGURA SERRANO*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL IMPERIO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.
 1. SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 106.2 TFUE.
 - A) *Ámbito de aplicación.*
 - B) *La noción de «interés económico general».*
 2. RÉGIMEN JURÍDICO.
 3. LA NORMATIVA DE LA UNIÓN Y EL SERVICIO UNIVERSAL.
- III. LOS SIEG COMO VALOR CONSTITUCIONAL.
 1. EL REFORZAMIENTO DE LOS SIEG EN EL DERECHO PRIMARIO.
 - A) *El Tratado de Ámsterdam.*
 - B) *La Carta de los Derechos Fundamentales.*
 - C) *El Tratado Constitucional.*
 - D) *El Tratado de Lisboa.*
 - a) *Novedades introducidas.*
 - b) *Cuestiones problemáticas.*
 2. UNA NORMATIVA HORIZONTAL SOBRE LOS SIEG.
- IV. CONCLUSIÓN.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, España.

I. INTRODUCCIÓN

La referencia tradicional que el Tratado ha recogido en relación con los servicios de interés económico general (SIEG) ha venido establecida en el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ex-artículo 86.2 CE. Por un lado, este precepto se encuentra situado dentro del Capítulo I relativo a las «Normas sobre competencia» del Título VII (Tercera Parte) del TFUE, es decir, debe ser interpretado dentro de la lógica de la aplicación de las reglas del Derecho UE sobre defensa de la libre competencia. Por otro lado, este artículo enlaza con la actividad interventora de los Estados de cara a la protección del interés general en materia de servicios¹, tradicionalmente conceptuada por la doctrina administrativista como «servicio público»². Quizás como consecuencia de la introducción del ex artículo 16 CE (actual artículo 14 TFUE) por el Tratado de Ámsterdam, la propia Comisión ya puso de relieve en su Comunicación sobre los servicios de interés general del año 2000 que «en muchos casos el mercado no es el mejor mecanismo para prestar (ciertos) servicios»³. Con posterioridad, en un período de *impasse*, la Comisión presentó un Libro Verde⁴ y luego un Libro Blanco⁵ sobre los servicios de interés general, que ponen de manifiesto una cierta incapacidad para consolidar un estatus jurídico claramente identificado para los SIEG. Pues bien, el Tratado de Lisboa ha introducido importantes novedades en la regulación anteriormente existente, sobre todo por la consideración claramente positiva de estos SIEG.

¹ Véase SEGURA SERRANO, A., *El interés general y el comercio de servicios*, Tecnos, Madrid, 2003.

² Una reputada especialista en derecho de la competencia destaca recientemente las diferentes concepciones sobre el rol del Estado y el rol del mercado que existen en el Derecho UE, por un lado, y los Estados miembros, por otro, véase SCHWEITZER, H., «Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States», en CREMONA, M. (ed.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011, p. 51.

³ Véase la Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa», COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000, apartado 14. Esta Comunicación pone al día la anterior Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa», COM (96) 443 final, de 11 de septiembre de 1996.

⁴ Véase Libro Verde sobre los servicios de interés general, COM (2003) 270 final, de 21 de mayo de 2003.

⁵ Véase Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM (2004) 374 final, de 12 de mayo de 2004.

II. EL IMPERIO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 106.2 TFUE

Este precepto establece una regla general, la aplicación de las normas sobre competencia a las empresas que gestionan un SIEG, dentro de la cual se inserta una regla específica, la excepción que implica la no aplicación de dichas normas cuando puedan impedir la misión que supone el SIEG. Pero además, esta excepción comporta una limitación a las normas sobre ayudas de Estado y también por definición una restricción inherente a las normas relativas a la libre prestación de servicios (u otra libertad, en su caso). Siguen teniendo pues plena vigencia las palabras del ex-Presidente del TJUE, el Prof. Rodríguez Iglesias, al sostener que una de las finalidades principales de este precepto consiste en conciliar en la medida de lo posible el interés comunitario en el funcionamiento del Mercado Común, en el que el sector público ha de estar integrado, con la utilización del mismo como instrumento al servicio de objetivos legítimos de política económica nacional⁶.

En primer lugar, la derogación recogida en este precepto ha sido objeto tradicionalmente de una interpretación restrictiva⁷. Sin embargo, la idea de equilibrio que subrayaba Rodríguez Iglesias se mantiene, ahora más que nunca, no sólo entre la doctrina⁸, sino también en la jurisprudencia del TJUE⁹. La Comunicación de la Comisión de 2007 hace también hincapié en la idea de «equilibrio» que debe existir entre interés general y las reglas sobre competencia¹⁰. En segundo lugar, resulta problemática la noción

⁶ Véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Los monopolios de Estado», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1986, p. 484.

⁷ Véase PROSSER, T., «Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?» *European Public Law*, vol. 11, 2005, p. 551.

⁸ Véase BAQUERO CRUZ, J., «Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law», en DE BÚRCA, G. (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford University Press, 2005, p. 172 y ss., que niega que el artículo 106.2 establezca alguna prioridad del derecho de la competencia sobre los SIEG.

⁹ Véase sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, C-67/96, *Rec.* p. I-5751, apartado 103; sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens'*, asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97, *Rec.* p. I-6025, apartado 103; y sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Maatschappij*, C-219/97, *Rec.* p. I-6125, apartado 93.

¹⁰ Véase Comunicación de la Comisión «Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo», COM (2007) 725 final, de 20.11.2007, p. 6.

de «empresa encargada de la gestión de un SIEG», concepto que no ha sido desentrañado del todo por la jurisprudencia del TJUE.

A) *Ámbito de aplicación*

Para el derecho de la competencia de la UE, la «empresa» designa toda unidad económica que opera de manera independiente sobre el mercado¹¹. La naturaleza jurídica de la entidad, que sea una empresa privada o pública¹², es indiferente y lo que importa es la naturaleza económica o no de la actividad ejercida¹³. Respecto de lo que constituye una actividad económica, se considera que el Tribunal desarrolló una visión muy liberal¹⁴ al adoptar una definición extensiva del carácter económico de una actividad¹⁵. El TJUE ha utilizado distintos criterios a la hora de calificar una actividad como económica, entre otros, si la actividad implica la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado¹⁶, o si supone una función de autoridad pública¹⁷, si las actividades se prestan a cambio de una remuneración¹⁸, o si las actividades pueden ser suministradas por empresas que operen en condiciones de mercado¹⁹. Se puede afirmar que la «comercialización» de servicios públicos es lo que convierte a estos servicios en objeto de las normas de la UE sobre competencia y libre circulación²⁰.

¹¹ Véase sentencia de 12 de julio de 1984, *Hydroterm c. Compact*, 170/83, *Rec. p.* 2999, apartado 11.

¹² Véase sentencia de 21 de marzo de 1974, *BRT c. Sabam y Fonior*, 127/73, *Rec. p.* 313, apartado 20.

¹³ Véase sentencia de 5 de marzo de 2009, *Kattner*, C-350/07, *Rec. p.* I-1513, apartado 34; sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, *Rec. p.* I 1979, apartado 21.

¹⁴ Véase WACHSMANN, A. y BERROD, F., «Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 30, 1994, p. 47.

¹⁵ Véase sentencia de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, C-49/07, *Rec. p.* I-4863, apartado 22; sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, *cit.*, apartado 22.

¹⁶ Véase sentencia de 18 de junio de 1998, *Comisión c. Italia*, C-35/96, *Rec. p.* I 3851, apartado 36.

¹⁷ Véase sentencia de 18 de marzo de 1997, *Diego Cali*, C-343/95, *Rec. p.* I-1547, apartados 16 a 19.

¹⁸ Véase sentencia de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180-184/98, *Rec. p.* I-6451, apartado 76.

¹⁹ Véase sentencia de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Rec. p.* I-8089, apartado 20.

²⁰ Véase KRAJEWSKI, M. y FARLEY, M., «Limited competition in national health systems and the application of competition law», *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 850.

De este modo, el propio Estado o sus entes públicos territoriales pueden ser considerados como empresas cuando realizan actividades de producción, distribución o de prestación de servicios²¹. Incluso la ausencia de personalidad jurídica propia y distinta del Estado por parte de una entidad pública no es obstáculo para el reconocimiento de su cualidad de empresa²², o el hecho de que no tenga ánimo de lucro, si compite en el mercado con otros operadores²³. Ahora bien, quedan excluidas del ámbito de aplicación del derecho de la competencia europeo las funciones de autoridad pública, de poder público, en definitiva, de *imperium* del Estado. El TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse de forma meridiana sobre este extremo en el asunto *Eurocontrol*²⁴, en el que decidió que esta entidad ejercía funciones de control y de policía del espacio aéreo, por lo que no podía ser considerada como empresa. Además, el propio TJUE ha sentado el principio de que existen misiones de interés general que forman parte de las «funciones esenciales del Estado», incluso si son encargadas a un organismo de derecho privado²⁵. En cualquier caso, el derecho de la competencia resulta aplicable a las actividades económicas que sean separables de las actividades que un organismo realice en tanto que autoridad pública²⁶.

No obstante, esta primera delimitación relativa a la autoridad pública no es suficiente, ya que olvidaría la misión social que hoy día tiene atribuido el Estado. Pero el Tribunal de Justicia ha hilado muy fino a la hora de calificar o no estas actividades como económicas, destacando los principios de solidaridad y finalidad social o ausencia de ánimo de lucro. Por un

²¹ Véase sentencia de 16 de junio de 1987, *Comisión c. Italia*, 118/85, *Rec.* p. 2599, apartado 3.

²² *Ibid.*; Decisión de la Comisión, de 1 de agosto de 1990, relativa a la prestación en España de servicios de correo rápido internacional, *DO L 233*, de 28 de agosto de 1990, p. 19.

²³ Véase sentencia de 1 de julio de 2008, *MOTOE*, *cit.*, apartado 28; sentencia de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze*, C-222/04, *Rec.* p. I-289, apartados 122 y 123.

²⁴ Véase sentencia de 19 de enero de 1994, *Eurocontrol*, C-364/92, *Rec.* p. I-43, apartado 30.

²⁵ Véase sentencia de 18 de marzo de 1997, *Diego Cali*, *cit.*, apartado 22.

²⁶ Véase sentencia del TG de 12 de diciembre de 2000, *Aéroports de Paris*, T-128/98, *Rec.* p. II-3929, apartado 108; confirmada por sentencia de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris*, C-82/01 P, *Rec.* p. I-9297, apartado 76. Ahora bien, en los asuntos *FENIN* y *SELEX* no se podía operar dicha separabilidad, véase sentencia de 11 de julio de 2006, *FENIN*, C-205/03 P, *Rec.* p. I-6295 y sentencia del TG de 12 de diciembre de 2006, *SELEX*, T-155/04, *Rec.* p. II-4797.

lado, en el asunto *Höfner*²⁷ ha valorado las actividades de colocación como económicas; en el asunto *FFSA*²⁸ sostuvo que el régimen de afiliación analizado se basaba en el principio de capitalización y las prestaciones dependían únicamente de las cotizaciones, por lo que primaba su carácter económico; y en el asunto *Albany* afirma que un fondo de pensiones, a pesar de ciertos elementos de solidaridad, constituye una actividad económica debido al régimen de capitalización y a la afiliación facultativa que le caracterizan²⁹. Por otro lado, en el asunto *Poucet*, el Tribunal excluye de toda consideración de actividad económica al concepto de «servicio público de Seguridad Social» caracterizado por la afiliación obligatoria, el principio de solidaridad y la ausencia de objetivo lucrativo³⁰; de modo similar, el Tribunal interpreta que no hay actividad económica en el seguro obligatorio analizado en el asunto *Cisal di Battistello Venanzio*³¹, teniendo en cuenta la afiliación obligatoria y la solidaridad derivada del régimen de cotizaciones y prestaciones, bajo control del Estado. Se puede afirmar pues que, si priman los elementos de solidaridad en el régimen de seguridad social o similar examinado por el TJUE, se entenderá que estamos ante una actividad no económica³². La Comisión ha reconocido la situación particular de los servicios sociales y sanitarios en su reciente Comunicación de 2007³³.

Otra cuestión que se suscita es la relativa al término «encargadas» de la gestión de SIEG. Desde el asunto *BRT c. Sabam* en 1974, el TJUE ha dejado claro que sólo un acto de poder público puede constituir la base de tal encargo³⁴. Dicho de otro modo, si no existe obligación legal para la empresa de gestionar el servicio es porque ese servicio no reviste ningún interés económico general. Sin embargo, esta exigencia de investidura a través de un acto de autoridad pública se ha visto de algún modo flexibili-

²⁷ Véase sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, *cit.*, apartado 23.

²⁸ Véase sentencia de 16 de noviembre de 1995, *FFSA*, C-244/94, *Rec.* p. I-4013, apartado 17.

²⁹ Véase la sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, *cit.*, apartado 84.

³⁰ Véase sentencia de 7 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Rec.* p. I-637, apartado 18.

³¹ Véase sentencia de 22 de enero de 2002, *Cisal di Battistello Venanzio*, C-218/00, *Rec.* p. I-691, apartados 44-45.

³² Véase ALEXIS, A., «Services publics et aides d'État», *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2002, n.º 1, p. 79.

³³ Véase Comunicación de la Comisión «Servicios de interés general, incluidos los sociales...», *cit.*, p. 7.

³⁴ Véase sentencia de 21 de marzo de 1974, *BRT c. Sabam y Fonior*, *cit.*, apartado 20.

zada por algunas decisiones de la Comisión y alguna sentencia del TJUE³⁵. La propia Comisión ha aceptado que desde el denominado asunto *EDF*³⁶ un contrato sirve como medio a través del cual se puede encargar una misión de interés general³⁷.

B) *La noción de «interés económico general»*

Esta noción de «interés económico general» no se encuentra definida en el artículo 106.2 TFUE, ni en el Derecho UE en general. El punto de partida generalizado ha consistido en sostener la «libertad de apreciación amplia» de la que deben disfrutar los Estados a la hora de definir este concepto. Ello necesariamente conduce a la ausencia de unidad de criterio, es decir, lo que en unos Estados miembros constituye un interés económico general podría no serlo en otros. Sin embargo, el Tribunal y la Comisión han ido delimitando, aunque sea negativamente, esta noción. El Tribunal, por su parte, sin definir lo que significa este concepto, ha realizado una interpretación del mismo que se ha caracterizado por una rigurosidad acentuada al comienzo de los años noventa. En efecto, el Tribunal ha sostenido que la actividad que supone un servicio de interés económico general ha de constituir una actividad que no es susceptible de ser ejercida por toda empresa³⁸. En concreto, el Tribunal parece exigir una especificidad en la actividad que permita elevarla al rango de SIEG³⁹.

Sin embargo, una nueva etapa importante para el significado del concepto de SIEG se abre con las sentencias *Corbeau* y *Almelo*⁴⁰. En estos

³⁵ Véase Decisión de la Comisión de 16 de enero de 1991, *Ijsselcentrale*, DO L 28, de 2 de febrero de 1991, p. 43. Por otro lado, el Tribunal podría corroborar esa flexibilización al aceptar que una mera concesión de derecho público no exclusiva cumple el mencionado requisito, véase la sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo*, C-393/92, *Rec. p.* I-1477, apartado 47, y sentencia del TG de 15 de junio de 2005, *Fred Olsen*, T-17/02, *Rec. p.* II-2031, apartado 188; o cuando la misión del SIEG viene establecida por la normativa nacional aplicable, véase sentencia del TG de 12 de febrero de 2008, *BUPA*, T-289/03, *Rec. p.* II-81, apartado 182.

³⁶ Véase sentencia de 13 de Octubre de 1997, *Comisión c. Francia*, C-159/94, *Rec. p.* I-5815, apartado 66.

³⁷ Véase la Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa», 2000, *cit.*, apartado 22.

³⁸ Posición mantenida *a contrario* por el Tribunal en la sentencia de 13 de diciembre de 1991, *RTT*, C-18/88, *Rec. p.* I-5941, apartado 22.

³⁹ Véase sentencia de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, «*Puerto de Génova*», C-179/90, *Rec. p.* I-5889, apartado 27.

⁴⁰ Véase sentencia de 19 de marzo de 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Rec. p.* I-2562; sentencia de 27 de abril de 1994, *Almelo*, *cit.*

asuntos, la naturaleza de la actividad ejercida parece asociarse al régimen de este ejercicio, es decir, que las obligaciones de servicio público se convierten en un elemento capital para la conceptualización del interés económico general. Ello no hace sino recordarnos el concepto de servicio público tradicional de los Derechos administrativos internos «a la francesa»⁴¹. En efecto, la línea que se inicia con estas sentencias *Corbeau* y *Almelo* se ha visto confirmada después con las importantes sentencias del TJUE de 1997, 1999 y 2001⁴², y también del TG⁴³. De este modo, las instituciones de la UE poco a poco han venido a reafirmar, precisamente, la libertad y el amplio margen de apreciación que tienen los Estados en la definición del interés económico general⁴⁴.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico que se deriva de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación del artículo 106.2 TFUE consta de dos fases. En la fase de los años ochenta y noventa, los asuntos que ha debido resolver el Tribunal tenían que ver con las disposiciones aplicables a las empresas, en concreto el artículo 102 TFUE (ex artículo 82 CE). En la primera década del pre-

⁴¹ Véase KOVAR, R., «La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée (1re partie)», *Europe*, juillet, 1994, Chron. n.º 6, p. 4 y 5.

⁴² Véase sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Países Bajos*, C-157/94, *Rec.* p. I-5699; sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Italia*, C-158/94, *Rec.* p. I-5789; sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia*, C-159/94, *Rec.* p. I-5815; y, con menor trascendencia, sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. España*, C-160/94, *Rec.* p. I-5851. Véase sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Albany International*, *cit.*, apartado 104; sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens'*, *cit.*, apartado 104; sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Maatschappij*, *cit.*, apartado 94. Véase sentencia de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, *cit.*, apartado 55.

⁴³ Este Tribunal envió una clara advertencia a la Comisión en este sentido cuando sostuvo que: «(L)a Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la organización y la amplitud de las misiones de servicio público que incumben a una empresa pública, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades nacionales competentes asuman al respecto», véase sentencia de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros c. Comisión*, T-106/95, *Rec.* p. II-229, apartados 108 y 192; véase también la reciente sentencia del TG de 12 de febrero de 2008, *BUPA*, *cit.*, apartado 167, con un análisis competencial a este respecto que refuerza la posición de los Estados miembros.

⁴⁴ Véase Comunicación de la Comisión «Servicios de interés general, incluidos los sociales...», *cit.*, p. 10.

sente siglo, han sido los asuntos sobre ayudas de Estado del artículo 107 TFUE (ex artículo 87 CE) los que han centrado su jurisprudencia.

PRIMERA FASE. Por lo que respecta a la cuestión de cuándo las normas de competencia impiden el cumplimiento de la misión del servicio de interés general, las instituciones de la UE se han mostrado muy exigentes desde el inicio. Ante todo, la carga de la prueba corresponde a la empresa que quiere prevalerse de la excepción. Por lo que se refiere a la Comisión, ha sido muy rigurosa al sostener que no basta con que la aplicación de las normas del Tratado haga más difícil el ejercicio de la misión de la empresa, sino que se requiere que ésta no disponga de ningún otro «medio técnicamente posible o económicamente realizable»⁴⁵. Pero también el Tribunal ha hecho prueba de ese rigor ya desde el asunto *Sacchi*⁴⁶ e, incluso, en asuntos posteriores⁴⁷. Sin embargo, como afirma el A. G. Darmon⁴⁸, la sentencia *Corbeau* «marca un cambio de actitud» en la jurisprudencia cuando el Tribunal afirma que la empresa que realiza este tipo de misión debe poder beneficiarse de «condiciones económicamente aceptables» o de «condiciones de equilibrio económico»⁴⁹. De este modo, la necesidad de permitir a una empresa encargada de gestionar un SIEG que cumpla su misión constituye el fundamento mismo del recurso al artículo 106.2 TFUE, es decir, son las sujeciones particulares que pesan sobre estas empresas, sus obligaciones de servicio público, las que pueden justificar restricciones a la competencia a título de compensación.

Esta jurisprudencia se ha consolidado e, incluso, desarrollado un poco más en la misma dirección indicada con cuatro sentencias de 1997, ya citadas, en donde el Tribunal ha llegado a sostener que «no es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada» como condición

⁴⁵ Véase decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1981, *Navewa c. Anseau*, DO L 167, de 15 de julio de 1982, p. 39; también, decisión de la Comisión de 11 de junio de 1993, *UER/Sistema Eurovisión*, DO L 179, de 22 de julio de 1993, p. 23.

⁴⁶ El Tribunal se refiere a la «incompatibilidad con el ejercicio de su misión», véase sentencia de 30 de abril de 1974, *Sacchi*, 155/73, *Rec.* p. 409, apartado 15.

⁴⁷ Véase sentencias *RTT y Höfner y Elser*, ya citadas; en el asunto ERT el Tribunal sostenía que: «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas a las normas sobre la competencia mientras no se demuestre que la aplicación de dichas normas es *incompatible* con el ejercicio de su misión específica», véase sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.* I-2925, apartado 33.

⁴⁸ Véase las conclusiones del A.G. Darmon en el asunto *Almelo*, *cit.*, puntos 144-146.

⁴⁹ Véase sentencia de 19 de marzo de 1993, *Corbeau*, *cit.*, apartados 16 y 17, respectivamente.

para aplicar la derogación del artículo 106.2 TFUE y tampoco que el Estado «demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones»⁵⁰. El recurso al artículo 106.2 TFUE se ha hecho así cada vez más sistemático, a medida que la ola desreguladora inicial ha ido dando paso progresivamente a una aceptación de la reglamentación pública que, suponiendo una restricción a las normas de competencia, persigue garantizar el interés general. No obstante, persiste la polémica doctrinal relativa a si el TJUE ha establecido en esta jurisprudencia un control de mera necesidad o, por el contrario, un control de proporcionalidad. Éste último constituye un control más riguroso, puesto que exige a los Estados demostrar que no existe una alternativa menos restrictiva. Aunque se mantienen posiciones favorables a la instauración de un control de proporcionalidad en sentido estricto, la balanza parece inclinarse a favor de la existencia de un mero control de necesidad⁵¹.

SEGUNDA FASE. Si la aplicación del artículo 106.2 TFUE se planteó inicialmente con relación al artículo 102 TFUE, con posterioridad ha sido su aplicación respecto de las normas sobre ayudas de Estado (artículo 107 TFUE, ex artículo 87 CE) la que ha suscitado mayores contenciosos ante las instituciones de la UE. La financiación de los servicios públicos requiere en muchos casos de la subvención por parte de las autoridades públicas y ello viene planteando una incompatibilidad con el artículo 107 TFUE que sólo puede salvarse a través de la excepción que supone el artículo 106.2 TFUE. Aunque en principio se planteó la posibilidad de no considerar como ayuda de Estado las compensaciones financieras otorgadas a las empresas encargadas de los SIEG (no se vulneraría el artículo 107 TFUE)⁵², en la jurisprudencia se impuso el criterio que considera dicha compensación como ayuda de Estado, que puede ser justificada *a posteriori* a través del artículo 106.2 TFUE. Esta consideración del artículo 106.2 como jus-

⁵⁰ Véase sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Países Bajos*, cit., apartados 43, 52 y 58; en el mismo sentido, sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Italia*, cit., apartado 54; sentencia de 23 de octubre de 1997, *Comisión c. Francia*, cit., apartados 95 y 101.

⁵¹ Baquero sostiene que la jurisprudencia del TJUE no ha sido objeto de grandes cambios, como se ha mantenido, sino que siempre ha aplicado un mero control de necesidad y no de proporcionalidad en su sentido estricto, véase BAQUERO CRUZ, J., «Beyond Competition: Services of General Interest...», *loc. cit.*, p. 191 y ss.

⁵² Esta fue la posición inicial de la Comisión, véase decisión de la Comisión de 8 de febrero de 1995, FFSA, *DO C* 262, p. 11.

tificación no tiene sólo consecuencias sustantivas, sino también procesales⁵³, ya que la valoración de esta compensación como ayuda de Estado implica la obligación previa de su notificación y necesita la aprobación por la Comisión⁵⁴. Esta jurisprudencia inicial del TG se concretó en los asuntos *FFSA* y *SIC*⁵⁵ y fue objeto de algunas críticas. No obstante, esta interpretación cambia a partir de los años 2001-2003, cuando el Tribunal de Justicia acepta con el asunto *Ferring*⁵⁶ analizar la compensación financiera para la prestación de servicios públicos en el marco del propio artículo 107.1 TFUE, de manera que sólo se considera ayuda de Estado aquella compensación financiera que supere el sobrecoste ocasionado por las obligaciones de servicio público⁵⁷. De este modo, el TJUE comienza a interiorizar el servicio público como elemento de la definición de la ayuda de Estado⁵⁸, que cristaliza en los asuntos *Altmark*, *GEMO* y *Enirisorse*⁵⁹. La jurisprudencia *Altmark* resuelve definitivamente el debate entre el «enfoque de la compensación» y el enfoque «ayuda de Estado», a favor del primero, de manera que toda compensación que reúna los cuatro requisitos identificados por el Tribunal en los apartados 89 a 93 de esta sentencia⁶⁰ no será

⁵³ Véase IDOT, L., «Concurrence et services d'intérêt général. Bref bilan des évolutions postérieures au Traité d'Amsterdam», en LOUIS, J.-V. y RODRIGUES, S. (dirs.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 48.

⁵⁴ Véase sentencia de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, *Rec. p. I-877*.

⁵⁵ Véase sentencia TG de 27 de febrero de 1997, *FFSA*, T-106/95, *Rec. p. II-229*; sentencia TG de 10 de mayo de 2000, *SIC c. Comisión*, T-46/97, *Rec. p. II-2125*.

⁵⁶ Véase sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Ferring*, C-53/00, *Rec. p. I-9067*.

⁵⁷ El exceso de compensación determina la vulneración del artículo 107.1 TFUE y la existencia de ayuda de Estado, que no puede justificarse sobre la base del artículo 106.2 TFUE.

⁵⁸ Véase RODRIGUES, S., «Services publics et droit communautaire en 2001: de la régulation à l'évaluation?», *Europe*, febrero 2002, p. 5.

⁵⁹ Véase sentencia de 24 de julio de 2003, *Altmark*, C-280/00, *Rec. p. I-7747*; sentencia de 20 de noviembre de 2003, *GEMO*, C-126/01, *Rec. p. I-13769*, aunque en este asunto no se aplicó el test *Altmark* en sentido estricto; sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse*, C-34/01, *Rec. p. I-14243*.

⁶⁰ En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público,

considerada como ayuda y no vulnerará el artículo 107 TFUE (no necesitando entonces la ulterior justificación basada en el artículo 106 TFUE). Con el establecimiento de estos cuatro requisitos se persigue la no cualificación como ayudas de Estado de las compensaciones financieras al servicio público, supeditada al respeto del principio de la eficiencia⁶¹. Sin embargo, ya los Abogados Generales en estos mismos asuntos mostraron su disconformidad con este enfoque⁶². Las críticas se han realizado desde dos evaluaciones distintas en torno a la interpretación del Tribunal. Para unos, este nuevo enfoque de la jurisprudencia *Ferring-Altmark* resulta equivocado porque se aparta de las reglas del Tratado que exigen una consideración neutra de la existencia de ayuda de Estado de conformidad con la definición del artículo 107.1 TFUE, y sólo después permiten su derogación sobre la base del artículo 106.2⁶³. En efecto, el enfoque basado en la compensación traslada todo el análisis al momento de la cualificación de la ayuda y parece convertir en superfluo al artícu-

teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

⁶¹ Véase RENZULLI, A., «Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario», *European Public Law*, vol. 14, 2008, p. 399.

⁶² Sobre todo el A.G. Léger, para el que esta jurisprudencia conduce a comprimir el tradicional análisis bifásico (calificar la medida como ayuda para luego comprobar su justificación) en uno sólo, centrado en los objetivos de la medida y no en sus efectos, como sería lo correcto. Por otro lado, además de privar de eficacia al artículo 106.2, al sustraerle su rol como precepto que sirve a la transacción de intereses contrapuestos, este enfoque excluye el poder de control de la Comisión en este ámbito, véase conclusiones generales del A. G. Léger presentadas el 19 de marzo de 2002, *Altmark*, *cit.*, apartados 75 y ss.

⁶³ Desde esta posición, se critica que el TJUE recurre así a una especie de «regla de razón» basada en la protección de los intereses generales, que deconstruye y luego reconstruye el régimen establecido en el Tratado, al descartar la noción de ayuda de Estado cuando la compensación por las obligaciones de servicio público se limite al sobrecoste originado por las mismas, véase BRACQ, S., «Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au coeur de la tourmente», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 40, 2004, p. 52.

lo 106.2⁶⁴. Para otros, este test basado en los cuatro requisitos a los que se somete la legalidad de la compensación se revela como muy difícil de conseguir⁶⁵, lo que determinará que su superación se limite a muy pocos y específicos supuestos⁶⁶.

No obstante, en su práctica posterior⁶⁷ la Comisión ha dado juego al artículo 106.2 cuando una medida nacional no cumple con los cuatro requisitos *Altmark*, o sea, cuando se declara la existencia de una ayuda de Estado⁶⁸. Esta práctica es la que ha querido consolidarse a través del Paquete de 2005, en el que se aprueban una Decisión de la Comisión sobre la aplicación del artículo 106.2 TFUE⁶⁹ y un Marco Comuni-

⁶⁴ Siguiendo al A. G. Léger, se critica también que el enfoque de la compensación de la jurisprudencia *Ferring-Altmark* implica una alteración de la división competencial articulada en el Tratado, al eliminar el control de la Comisión sobre la base de los apartados 2 y 3 del artículo 107 a favor de un control *a posteriori* realizado por los jueces nacionales, lo que motivará un desincentivo a la notificación de ayudas por los Estados miembros, véase MEROLA, M. y MEDINA, C., «De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics», *Cahiers de Droit Européen*, 2003, n.º 5-6, p. 679.

⁶⁵ Véase THOUVENIN, J.-M., «The *Altmark* Case and Its Consequences», en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. y VAN DE GRANDEN, J. (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, La Haya, 2009, p. 105.

⁶⁶ Para Maillo, una interpretación exigente podría hacer muy difícil el cumplimiento de las cuatro condiciones, por lo que vaticina que en la práctica esta interpretación se limitará a los claros abusos o errores manifiestos, véase MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «Ayudas de estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post *Altmark*», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n.º 237, 2005, p. 40.

⁶⁷ Véase decisión de la Comisión 2004/838, de 10 de diciembre de 2003, *France 2 y France 3*, DO L 361, de 8.12.04, p. 21; decisión de la Comisión 2005/406, de 15 de octubre de 2003, RTP, DO L 142, de 6.06.05, p. 1.

⁶⁸ Sin embargo, cuando alguno de los dos requisitos sustantivos (el primero o el tercero) de la jurisprudencia *Altmark* no se satisfacen, entonces la medida no se justifica tampoco bajo el artículo 106.2, ya que los requisitos en el marco de uno y otro análisis son similares, véase RENZULLI, A., «Services of General Economic Interest...», *loc. cit.*, pp. 414-415.

⁶⁹ Véase Decisión de la Comisión 2005/842/CE de 28 de noviembre de 2005 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, DO L 312, de 29.11.2005, p. 67. Esta Decisión se aplica a las medidas estatales que no superan los requisitos *Altmark* pero satisfacen las condiciones sustantivas del artículo 106.2 TFUE y cuyo importe no es superior a un tope (volumen de negocio de la empresa SIEG de 100 millones y compensación por los SIEG de 30 millones), en cuyo caso no deben notificarse. También

tario⁷⁰, además de una nueva Directiva sobre Transparencia⁷¹. Este paquete permite prescindir del cuarto requisito relativo a la eficiencia y la consecuencia práctica es que la empresa encargada de un SIEG no tendrá que notificar la compensación (Decisión) o, si se notifica y se califica como ayuda, será declarada compatible (Marco).

En otras palabras, lo que este paquete y la jurisprudencia reciente del Tribunal General (aún por confirmar por el TJUE) ponen de manifiesto es que los requisitos del artículo 106.2 TFUE se configuran definitivamente como el referente de la articulación de la relación entre los SIEG y las ayudas de Estado. La idea nuclear derivada del asunto *Ferring* consiste en que el mero hecho de que haya compensación no implica que exista ventaja, y ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107.1 TFUE. Este análisis se ha refinado con la jurisprudencia *Altmark*, que refleja en última instancia los criterios ya establecidos en el artículo 106.2. Pero además, de incumplirse alguna de las cuatro condiciones *Altmark*, la ayuda de Estado podría aún ser justificada bajo el paraguas del artículo 106.2⁷². Esta solución ha vuelto a ser confirmada expresamente por la Comisión en los documentos de 2011 que recogen una evaluación de la aplicación del Paquete de 2005 por sectores de servicios, de cara a su reforma, y los resultados de la consulta pública planteada a estos efectos⁷³. En la práctica, y a pesar

se aplica a los hospitales y empresas encargadas de viviendas de protección oficial, sin límite en la compensación.

⁷⁰ Véase Marco comunitario sobre las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, *DO C 297*, de 29.11.2005, p. 4. Este Marco se aplica a las medidas estatales que no superan los requisitos *Altmark* y tampoco reúnen las condiciones establecidas en la Decisión de la Comisión de 2005. Por tanto, deben notificarse y deben ser evaluadas por la Comisión.

⁷¹ Véase Directiva 2005/81/CE de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas así como a la transparencia entre determinadas empresas, *DO L 312*, de 29.11.2005, p. 47.

⁷² La jurisprudencia más reciente del TG así lo confirma, véase sentencia del TG de 12 de febrero de 2008, *BUPA, cit.*, apartado 258; sentencia del TG de 11 de marzo de 2009, *TFI*, T-354/05, *Rec. p. II-471*, apartado 135; sentencia del TG de 11 de junio de 2009, *ASM Brescia*, T-189/03, *Rec. p. II-1831*, apartado 122.

⁷³ Véase la Comunicación «Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general», COM (2011) 146 final, de 23.03.2011, p. 5; véase el Documento de trabajo «La aplicación de las normas sobre ayudas estatales de la UE a los servicios de interés económico general desde 2005 y el resultado de la consulta pública», SEC (2011) 397, de 23.03.2011, p. 4. Por otra parte, la Comisión anuncia que la reforma se limitará a una mayor flexibilización en la aplicación del Paquete

de la aparente suavización del cuarto requisito *Altmark* en el asunto *BUPA* (el relativo a la eficiencia)⁷⁴, la Comisión suele realizar una evaluación expeditiva de los requisitos *Altmark* para concluir que no concurren y que existe ayuda de Estado,⁷⁵ para luego llevar a cabo el examen dentro del artículo 106.2⁷⁶. Esta jurisprudencia no hace sino apuntar hacia un posible cambio respecto del valor de los SIEG en el seno del Derecho UE.

3. LA NORMATIVA DE LA UNIÓN Y EL SERVICIO UNIVERSAL

Los servicios públicos que se prestan en el marco de las grandes industrias de redes han sido objeto de un esfuerzo liberalizador por parte de las instituciones de la UE, en especial la Comisión, desde la segunda mitad de los años ochenta. De este modo, la normativa derivada de la Unión ha incidido en la regulación de los SIEG en ciertos sectores específicos como las telecomunicaciones, la energía, los servicios postales y los transportes. Esta liberalización ha permitido configurar mercados más competitivos en torno a la prestación de estos SIEG y ha modificado la prestación de servicios públicos a los ciudadanos o usuarios finales. La normativa de la UE ha ido introduciendo progresivamente una nueva terminología en este ámbito, de modo que, como sustitutos del tradicional servicio público, apare-

2005 (especialmente con relación a los servicios sociales y a los que tienen una dimensión marcadamente local), ya que las solicitudes de aclaración formuladas en la consulta por los Estados y otros entes (sobre todo, en cuanto a la definición de los SIEG) se reconducen de nuevo por la Comisión hacia la jurisprudencia del TJUE y no hacia el planteamiento de una norma horizontal.

⁷⁴ La doctrina se divide entre quienes entienden que con el asunto *BUPA* se ha relajado el test *Altmark* y los que creen que, simplemente, el TG ha aplicado dicho test adaptándolo a las circunstancias del caso, como BUENDÍA SIERRA, J. L. y RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., «Ayudas de Estado y Servicios de Interés Económico General: ¿*BUPA* versus *ALTMARK*?», *La Ley*, n.º 9, 2009, p. 58. Como señalan estos autores, el TG se atiene plenamente al test *Altmark* en otros asuntos, véase sentencia del TG de 10 de febrero de 2009, *Deutsche Post*, T-388/03, *Rec.* p. II-199, apartado 116.

⁷⁵ Ello ha motivado que el Tribunal haya reprimido su actitud a este respecto, véase sentencia del TG de 10 de febrero de 2009, *Deutsche Post*, *cit.*, apartado 115.

⁷⁶ Habrá que esperar para comprobar si el TJUE confirma esta relación entre el test *Altmark* y el del artículo 106.2, así como los intentos de la Comisión de reducir los SIEG al concepto de servicio universal, véase HANCHER, L. y LAROCHE, P., «The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest», en CRAIG, P. y DE BÚRGA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2011, pp. 761-765.

cieron conceptos tales como «servicio universal», «servicio de base» y «servicio de valor añadido»⁷⁷.

Respecto al «servicio universal», éste presenta una mayor trascendencia porque parecía llamado a sustituir o al menos modificar el concepto de servicio público. En efecto, este concepto fue introducido por la Comisión y se ha insertado en el Derecho UE a través de las medidas de liberalización, esto es, Directivas, adoptadas a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa. En la actual legislación de la Unión, el servicio universal se encuentra regulado, en particular, en el sector de las comunicaciones electrónicas⁷⁸, y los servicios postales⁷⁹, mientras que se habla de obligaciones de servicio público en los sectores de la energía⁸⁰ y los transportes terrestre⁸¹, marítimo⁸² y aéreo⁸³.

⁷⁷ Estos conceptos fueron ya retenidos por la Comisión en su citada Comunicación de 2000 (anexo II), así como en la de 1996 (p. 2), aunque ya aparecían también en el Proyecto de Carta sobre los servicios públicos de 1994, si bien se avanza muy poco sobre el contenido de estas nociones, constituyendo un mínimo denominador común.

⁷⁸ Véase artículo 3 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónicas (Directiva servicio universal), *DO L* 108, de 24.4.2002, p. 51.

⁷⁹ Véase artículo 1 de la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios, *DO L* 52, de 27.2.2008, p. 3.

⁸⁰ Véase artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, *DO L* 211, de 14.8.2009, p. 55; véase artículo 3 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, *DO L* 211, de 14.8.2009, p. 94.

⁸¹ Véase artículo 1 del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, *DO L* 315, de 3.12.2007, p. 1.

⁸² Véase artículo 4 del Reglamento (CEE) n.º 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), *DO L* 364, de 12.12.92, p. 7.

⁸³ Véase artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida), *DO L* 293, de 31.10.2008.

Para la Comisión, el servicio universal, tal y como se define en el artículo 3.1 de la Directiva 2002/22/CE, aplicable también a otras industrias de redes como la electricidad o los servicios postales, constituye una obligación que debe completarse con otras, como la obligación de continuidad en el servicio, la de calidad del servicio, la relativa a la asequibilidad (el precio ha de ser asequible para que el servicio sea accesible), obligaciones que se completan con la protección de los consumidores y usuarios. En opinión de la Comisión, todos estos elementos, delimitados como obligaciones para las industrias y como derechos para los ciudadanos, podrían configurar el concepto comunitario de servicios de interés general⁸⁴. Así definido, el servicio universal se acerca bastante al concepto de interés económico general establecido por el TJUE en las sentencias *Corbeau* y *Almelo*, en donde las características de continuidad e igualdad en la prestación del servicio ya jugaban un rol esencial⁸⁵. En el asunto *Corsica Ferries France*, el Tribunal opera de hecho una vinculación directa y clara entre SIEG y servicio universal⁸⁶. Y el TG descarta en el asunto *BUPA* que un SIEG que no abarca a toda la población o todo el territorio nacional no pueda considerarse un servicio de carácter universal⁸⁷.

Como ya sostenía Kovar⁸⁸, nada esencial separa las nociones de SIEG y la más tradicional de servicio público, al menos desde un punto de vista funcional. Las nociones de interés económico general, de servicio universal y de obligación de servicio público mantienen relaciones muy estrechas⁸⁹, y hasta se confunden, como se aprecia en las Directivas antes citadas en el sector de la energía. No obstante, la noción de SIEG abarca un ámbito más amplio que el de la noción de servicio universal y la engloba, hasta el punto de que el recurso al artículo 106.2 TFUE permite la extensión del régimen derogatorio aplicable a ciertas actividades de interés general más allá del perímetro del servicio universal. Es innegable que la introducción del concepto de servicio universal es el símbolo de un cambio, de una nueva concepción sobre el funcionamiento de los servicios pres-

⁸⁴ Véase Libro Verde sobre los servicios de interés general, *cit.*, p. 17.

⁸⁵ Véase sentencia de 19 de marzo de 1993, *Corbeau*, *cit.*, apartado 15.

⁸⁶ Véase sentencia de 18 de junio de 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, *Rec.* p. I-3949, apartados 46 y 47, respectivamente.

⁸⁷ Véase sentencia del TG de 12 de febrero de 2008, *BUPA*, *cit.*, apartados 186-187.

⁸⁸ Véase KOVAR, R., «Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 32, 1996, n.º 2, p. 241.

⁸⁹ Véase FERNÁNDEZ, T. R., «Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, 1999, p. 70.

tados en beneficio del interés general. Hasta cierto punto, se ha modificado el régimen jurídico de algunos servicios públicos nacionales, que han debido acostumbrarse al funcionamiento en un marco de libre competencia. Ello ha implicado la disociación de las funciones de regulación y de ejercicio de actividades económicas, ambas habitualmente en manos de la entidad beneficiaria de los derechos especiales o exclusivos; la individualización de dichas actividades económicas⁹⁰; o la obligación de distanciamiento respecto del Estado, que no tiene por qué significar necesariamente una privatización.

Sin embargo, al constituir un mínimo⁹¹, el servicio universal resulta insuficiente y su articulación jurídica no puede llevarse más allá de los sectores armonizados como las industrias de redes. Por esa razón, los SIEG siguen siendo cruciales para la protección de ciertos intereses generales y los Estados miembros han promovido su valorización al más alto nivel, el constitucional.

III. LOS SIEG COMO VALOR CONSTITUCIONAL

1. EL REFORZAMIENTO DE LOS SIEG EN EL DERECHO PRIMARIO

A) *El Tratado de Ámsterdam*

A pesar de que no habían originado un profundo debate a lo largo de la Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96) que tenía como objetivo llevar a cabo la que luego sería la tercera reforma institucional con ocasión del Tratado de Ámsterdam, las diversas posturas expresadas sobre los SIEG incidían en la necesidad de su reforzamiento. Por una parte, la Comisión⁹² sostenía la validez del concepto de interés económico general como elemento clave del «modelo de sociedad europeo» y proponía la inserción de una nueva letra u) al artículo 3 del Tratado CE, redactada de la

⁹⁰ Esto es, se exige la separación contable de las actividades de gestión de la infraestructura pública y de prestación de SIEG, para evitar las subvenciones cruzadas en beneficio propio que un organismo titular del monopolio de infraestructura pública podría recibir en abuso de su posición dominante.

⁹¹ Véase NEERGAARD, U., «Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast», en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. y VAN DE GRONDEN, J. (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, La Haya, 2009, p. 41.

⁹² Véase la Comunicación de la Comisión, «Los servicios de interés general...», 1996, *cit.*, apartado 73.

siguiente forma: «Una contribución a la promoción de los servicios de interés general». Por otra parte, ciertos Estados miembros mostraban un especial interés en la posibilidad de fortalecer la regulación de los SIEG en Derecho primario⁹³. Por su parte, el Grupo de Reflexión también era partidario de este reforzamiento, aunque no había unanimidad sobre si se debían añadir nuevas disposiciones al Tratado⁹⁴. Como es sabido, en la CIG 96 se adoptó el artículo 7 D del Tratado de Ámsterdam sobre los servicios de interés general, reenumerado como artículo 16 CE⁹⁵, hoy reconvertido en el artículo 14 TFUE por el Tratado de Lisboa. Además, se adoptaron también la Declaración n.º 13 sobre servicios públicos⁹⁶, el Protocolo n.º 32 sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros y la Declaración n.º 37 sobre las entidades de crédito en Alemania. La novedad que supuso la introducción de este precepto y de la Declaración n.º 13 merece algunas reflexiones. En primer lugar, el artículo 16 CE se situó en el marco de los principios de la Comunidad, en concreto en la primera parte del Tratado CE. Ello no pareció alterar los presupuestos de la relación entre competencia y prestación de SIEG, aunque sí significó el reconocimiento de la importancia de estos servicios⁹⁷. Sin embargo, el cambio resulta importante si se tiene en cuenta el matiz introducido: mientras que el antiguo artículo 86.2 CE toleraba los servicios públicos por vía de excepción, el precepto incorporado en Ámsterdam obligaba de modo positivo a partir de ese momento a la Comunidad a velar por que los servicios

⁹³ En realidad, sólo Francia (Documento CONF 3911/96, de 17 de septiembre de 1996, CIG 96) y Bélgica (Documento CONF 3895/96, de 1 de agosto de 1996, CIG 96) hicieron propuestas decididas para reforzar los SIEG en el Tratado.

⁹⁴ Véase SECRETARÍA GENERAL DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Conferencia Intergubernamental de 1996 (CIG 96). Informe del Grupo de Reflexión y otras referencias documentales, Bruselas, 1995, p. 46.

⁹⁵ Su texto decía así: «(S)in perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los SIEG ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

⁹⁶ La Declaración n.º 13 advierte que «(L)as disposiciones del artículo 16 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre *servicios públicos* se aplicarán con pleno respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, entre otras cosas en lo que se refiere a los principios de *igualdad de trato*, *calidad* y *continuidad* de dichos servicios» (cursiva añadida).

⁹⁷ Schaub sostiene que el artículo 16 CE confirmó esencialmente el equilibrio ya existente con anterioridad en el Tratado, véase SCHAUB, A., «Libéralisation et respect de l'intérêt général», *La documentation française. Études et documents*, n.º 50, 1999, p. 411.

públicos pudieran cumplir sus fines⁹⁸. En efecto, la Comisión puso de manifiesto que «el nuevo artículo 16 del Tratado CE reconoce el carácter fundamental de los valores subyacentes a estos servicios y la necesidad de que la Comunidad tenga en cuenta su función en la concepción y aplicación de todas sus políticas, situándola entre los principios del Tratado» y, aún de forma más clara, sostuvo que «el nuevo artículo 16 del Tratado reconoce explícitamente el papel de promoción de la cohesión económica, social y territorial de los SIEG y prevé el deber comunitario de facilitar el cumplimiento de su cometido»⁹⁹. Como se ha afirmado, en el marco del delicado equilibrio existente en el Tratado entre el servicio público y el mercado, este nuevo precepto viene a confortar al primero, sin que pueda aducirse que estamos ante una simple cláusula de estilo¹⁰⁰.

Las reuniones subsiguientes del Consejo Europeo confirmaron la preocupación institucional en el seno de la UE por la mejora de la regulación atinente a los SIEG. De este modo, la reunión del Consejo Europeo de Lisboa de 2000 permite a esta institución poner en directa relación la nueva «economía basada en el conocimiento» y los SIEG. Además se encarga a la Comisión la actualización de su comunicación de 1996 para su adaptación al Tratado, cuyo resultado fue la Comunicación de 2000¹⁰¹. En la reunión del Consejo Europeo de Niza se decide aprobar como Anexo II la «Declaración sobre los servicios de interés general» adoptada por el Consejo en septiembre de ese año 2000 y que hace específicamente hincapié en «el lugar eminente que los SIEG ocupan entre los valores comunes en que se basa el modelo social europeo»¹⁰². Se puede sostener que esta Declaración no aporta elementos significativamente novedosos a la regulación existente sobre los SIEG¹⁰³. Sin embargo, no es menos cierto que todas

⁹⁸ Véase LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B., «Alcance y aplicación del artículo 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 102, 1999, p. 298.

⁹⁹ Véase Comunicación de la Comisión, «Los servicios de interés general en Europa», 2000, *cit.*, apartados 2 y 54, respectivamente.

¹⁰⁰ Véase DUBOIS, L. y BLUMANN, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 5ª ed., Montchestein, París, 2009, p. 627.

¹⁰¹ Véase Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000, apartado 19.

¹⁰² Véase las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Niza de 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, p. 18.

¹⁰³ No obstante, Chaltiel entiende que en la Declaración se aprecia un vocabulario de fuerte connotación positiva hacia los SIEG, con lo que se quiere pasar de una fase de con-

estas reflexiones empiezan a traslucir un nuevo enfoque sobre los SIEG. De hecho, la misma Comisión asumió como propia la nueva tarea basada en «la necesidad de una actitud activa frente a los servicios de interés general, que incorpora y trasciende el planteamiento basado en el Mercado Único»¹⁰⁴.

B) *La Carta de los Derechos Fundamentales*

Parece claro que el Tratado de Ámsterdam quiso significar un serio esfuerzo en el camino hacia la afirmación de que el mercado y la libre competencia no siempre permiten asegurar los objetivos y valores propios del interés general. Es cierto que los servicios públicos europeos se encontraban deteriorados como consecuencia de la ausencia de competencia, pero ello no significa que la filosofía subyacente en el concepto de servicio público sea errónea y que dicho modelo no sea más adecuado que el del mercado, cumplidos ciertos requisitos, para la protección del interés general¹⁰⁵. A propuesta francesa, esta reflexión encontró acomodo en el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰⁶. Como es sabido, este texto ha dejado de tener un valor meramente político, fruto de una declaración por parte de las instituciones de la UE, para pasar a tener un valor jurídico vinculante a tenor de la nueva redacción del artículo 6.1 TUE.

Es cierto que la redacción del artículo 36 refleja un compromiso para alcanzar un contenido de mínimos¹⁰⁷, teniendo en cuenta la disparidad de

ciliación a otra de contribución a la libre concurrencia, véase CHALTIEL, F., «La déclaration de Nice sur les services d'intérêt économique général», *Revue de Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 445, 2001, p. 89.

¹⁰⁴ Véase Comunicación de la Comisión «Los servicios de interés general en Europa», 2000, *cit.*, apartado 57.

¹⁰⁵ Hay que reseñar que en esta época se estaban produciendo nuevas iniciativas para delimitar aún más el papel de los servicios de interés general en la Unión Europea y, así, se elaboró un «Proyecto de Carta Europea de servicios de interés general» por la Confederación de Sindicatos (CES) y el Centro Europeo de Empresas de Participación Pública (CEEP), véase *Europe Documents*, n.º 2200, de 6 de julio de 2000, p.1.

¹⁰⁶ El texto de este precepto, tras la reforma de Lisboa, dice así: «La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

¹⁰⁷ Véase BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2000, p. 200.

posiciones entre quienes defendían la incorporación de este precepto y quienes lo rechazaban. No obstante, con independencia del debate relativo a la fórmula elegida para la incorporación de la Carta al Tratado, resulta indiscutible el nuevo valor político y simbólico¹⁰⁸ que los SIEG reciben así en la Unión Europea. Si estos servicios en el pasado han sido meramente tolerados, como una estricta excepción al Derecho de la competencia, en la actualidad están siendo dotados de un carácter fundamental para el adecuado desenvolvimiento de la vida social dentro de la Unión. Los SIEG ocupan un lugar destacado desde este enfoque y se convierten así en «uno de los pilares del modelo europeo de sociedad». El A. G. Siegbert Albert ya afirmaba en 2001 que «el nuevo artículo 16 CE y el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea destacan la importancia de (los SIEG) como la expresión de un valor básico del Derecho comunitario»¹⁰⁹.

No obstante, tal y como se deriva de las explicaciones del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales, este artículo 36 «no crea nuevos derechos», luego no puede afirmarse que con el mismo se pretenda el establecimiento de un nuevo derecho subjetivo. Además, las explicaciones afirman que este artículo 36 «se atiende plenamente al artículo 14 TFUE». Por tanto, difícilmente se puede considerar que este precepto pretenda establecer un nuevo derecho subjetivo de los ciudadanos. Una interpretación sistemática del Tratado así lo vendría a confirmar, ya que esta disposición se encuentra situada en el marco del Título IV sobre «solidaridad», en lugar de encontrarse situada en el marco del Título V entre los derechos de la «ciudadanía». En otras palabras, este artículo 36 establece un principio transversal de los del artículo 52.5 de la Carta, pero no un derecho que pueda ser reclamado jurisdiccionalmente¹¹⁰.

¹⁰⁸ Véase LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 36: Acceso a los servicios de interés económico general», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 614.

¹⁰⁹ Véase conclusiones del A. G. Siegbert Albert presentadas el 1 de febrero de 2001, *TNT Traco*, C-340/99, *Rec.* p. I-4109, apartado 94.

¹¹⁰ Véase PRECHAL, S., «Fundamental Rights and the Liberalization of Service Markets», en VAN DE GRONDEN, J. (ed.), *The EU and WTO Law on Services: Limits to the Realization of General Interest Policies within the Services Markets?* Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 67-71. Por el contrario, Micklitz cree que el derecho de acceso previsto en este precepto, leído conjuntamente con las disposiciones del Derecho derivado, constituye un derecho subjetivo, véase MICKLITZ, H. W., «Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law», en CREMONA, M. (ed.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press, 2011, p. 98.

Ello plantea la cuestión relativa al objetivo perseguido con la introducción de semejante precepto. Pues bien, precisamente las explicaciones del Praesidium¹¹¹ parecen reforzar el simbolismo de los SIEG y la idea de que éstos constituyen un ámbito acotado a favor de los Estados miembros y que se erige en límite a la competencia de la Unión. En otras palabras, los Estados miembros son los responsables directos de los SIEG y los regulan a través de sus derechos internos. No obstante, la UE podría afectar a su funcionamiento con las medidas liberalizadoras y de preservación del mercado interior en condiciones de competencia no falseada. Para que la UE no interfiera negativamente en la prestación de este tipo de servicios, el artículo 36 de la Carta viene a establecer un principio de acción por el que la Unión deberá respetar las medidas nacionales que incidan en la marcha de los servicios públicos¹¹². De nuevo, es la cuestión competencial la que se encuentra en el centro de la configuración jurídica de los SIEG en un texto que debería estar destinado a la protección de los derechos de los ciudadanos de la Unión. Como se ha indicado¹¹³, hubiera sido deseable una mayor implicación de la UE en la garantía del acceso a estos SIEG, en lugar de dejar exclusivamente en manos de los Estados miembros dicha tarea. En la medida en que muchos aspectos de la normativa aplicable a los servicios de interés general se encuentran regulados por el derecho derivado en ciertos sectores, como en el caso de las telecomunicaciones, el servicio postal o la energía, este artículo 36 de la Carta debería haber incorporado alguna referencia a la labor positiva de la UE en este terreno. Sin embargo, la garantía relativa a la prestación de los denominados servicios universales, que sí están regulados por el derecho derivado de la UE, ha quedado fuera de esta disposición.

¹¹¹ Según estas explicaciones, este precepto «(S)ienta solamente el principio del respeto por parte de la Unión del acceso a los servicios de interés económico general tal como lo prevén las disposiciones nacionales, siempre y cuando éstas sean compatibles con el Derecho de la Unión».

¹¹² Véase BENOÎT-ROHMER, F., «Article 36», *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Bruselas, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, 2006, p. 312.

¹¹³ Véase LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 36: Acceso a los servicios...», *loc. cit.*, p. 618.

C) *El Tratado Constitucional*

Con el Tratado de Lisboa se han producido importantes novedades con relación a los SIEG. No obstante, algunos de esos cambios ya se habían anunciado con el fallido Tratado Constitucional¹¹⁴. Los trabajos preparatorios que tuvieron lugar durante la Convención Europea y la CIG de 2004 ya ponían de manifiesto un interés claro por modificar el *statu quo* existente hasta la fecha. Por una parte, los trabajos de la Convención se iniciaron con algunas propuestas en torno a la introducción de los SIEG en los objetivos de la UE, o bien a la inserción de una base jurídica específica¹¹⁵. No obstante, hubo que esperar a que se creara el grupo de trabajo sobre la «Europa Social» en diciembre de 2002 para que los SIEG fueran objeto de un tratamiento específico¹¹⁶. El Informe Final de este grupo de trabajo sugirió que el Artículo I-3 de la Constitución sobre los objetivos de la Unión debía incluir una referencia a la promoción de una alta calidad de los servicios sociales y los servicios de interés general. Además, se proponía la modificación del artículo 16 CE para convertirlo en una base jurídica afirmativa, que permitiera a la UE adoptar una legislación marco a escala europea¹¹⁷. Sin embargo, la sesión plenaria de la Convención puso de manifiesto una clara división entre sus miembros por lo que respecta a los SIEG y otras cuestiones de orden social¹¹⁸. Al principio, el Praesidium optó por no incluir las propuestas mencionadas, pero tras la presión ejercida por algunos de sus miembros, se aceptó la propuesta relativa a insertar una nueva base jurídica¹¹⁹, que sin embargo no contó con pleno consenso en el debate de la sesión plenaria¹²⁰. La CIG de 2004 retomó esta falta de consenso en torno a la nueva base jurídica insertada por la Convención, si bien

¹¹⁴ Véase el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, *DO C 310*, de 16.12.2004, p. 1.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, las contribuciones CONV 319/02 (CONTRIB 107), de 07.02.2002; CONV 468/02 (CONTRIB 178), de 07.01.2003; CONV 498/02 (CONTRIB 201), de 21.01.2003.

¹¹⁶ Véase WINTERSTEIN, A., «The Internal Market and Services of General Economic Interest», en AMATO, G. *et al.* (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 650.

¹¹⁷ Véase *Informe final del Grupo IX sobre la Europa Social*, CONV 516/1/03 (WG XI 9), de 04.02.2003, pp. 11 y 16, respectivamente.

¹¹⁸ Véase CONV 548/03, de 13.02.2003, pp. 4 y 6.

¹¹⁹ Véase *Proyecto de Constitución, Volumen II*, CONV 836/03, de 27.06.2003.

¹²⁰ Véase CONV 849/03, de 14.09.2003, p. 6.

las sugerencias ahora se centraron en el rol central de las autoridades nacionales al suministrar los SIEG¹²¹, propuesta que fue incorporada por la Presidencia¹²².

De este modo, el malogrado Tratado Constitucional vino a introducir en el artículo III-122 una nueva redacción del anterior artículo 16 CE, en el sentido de atribuir un fundamento jurídico a la UE para poder establecer los principios y condiciones de funcionamiento de los SIEG, mediante una ley europea¹²³. Por tanto, el Tratado Constitucional quería incorporar la posibilidad de una acción positiva de la Unión en este ámbito por primera vez.

D) *El Tratado de Lisboa*

a) Novedades introducidas

El Tratado de Lisboa ha asumido buena parte de las modificaciones ideadas con ocasión del Tratado Constitucional. El mandato de la CIG 2007 era muy específico en ese sentido e incluía expresamente los cambios acordados en la CIG de 2004 con respecto al artículo 16 CE y la anexión de un Protocolo nuevo a los Tratados¹²⁴.

En primer lugar, se han introducido algunos cambios de calado en el antiguo artículo 16 CE, hoy artículo 14 TFUE, siendo la primera vez que se opera una modificación en la redacción de este precepto. Llama la atención, por un lado, la ampliación de la salvaguardia que se hace al comienzo («sin perjuicio de») para incluir el respeto debido al artículo 4 TUE¹²⁵.

¹²¹ Véase CIG 37/03, p. 4.

¹²² Véase CIG 60/03 ADD1, p. 59.

¹²³ El artículo III-122 establecía: «Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante ley europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

¹²⁴ Véase el documento Consejo de la Unión Europea, *Mandato de la CIG de 2007*, 11218/07 (POLGEN 74), de 26.06.2007, p. 8.

¹²⁵ Como es sabido, este precepto recoge el principio de la atribución de competencias, el del respeto de la identidad nacional de los Estados miembros y sus funciones esenciales,

Por otro lado, se aclara que las «condiciones que les permitan cumplir su cometido» a los SIEG son condiciones económicas y financieras. En segundo lugar, se añade un párrafo segundo que resulta de una trascendencia fundamental¹²⁶, ya que por primera vez introduce un fundamento jurídico para la acción legislativa a favor de la UE en esta materia. En tercer lugar, se ha introducido un importante Protocolo n.º 26 sobre los servicios de interés general, anejo al Tratado de Lisboa, presentado y defendido por Holanda, en el que se destaca el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales (artículo 1), y que los Tratados no afectan la competencia de los Estados miembros con relación a los servicios de interés general que no tengan carácter económico (artículo 2), lo que constituye la primera referencia en Derecho primario a este tipo de servicios. Este Protocolo ha sido también objeto de comentario interpretativo por parte de la Comisión en su Comunicación de 2007¹²⁷.

b) Cuestiones problemáticas

No resulta fácil realizar una exégesis unívoca acerca de los elementos incorporados al Tratado en este ámbito de los SIEG. En primer lugar, se encuentra el problema de la utilización de conceptos diferentes en cada texto. La noción de SIEG ha constituido el concepto clásico desde su utilización por el antiguo artículo 86.2 CE y el ex artículo 16 CE. Sin embargo, en la Declaración n.º 13 al Tratado de Ámsterdam se hacía referencia a los servicios públicos. Ahora, el Protocolo n.º 26 al Tratado de Lisboa se refiere a los servicios de interés general, distinguiendo los servicios de interés general que no tengan carácter económico de los tradicionales SIEG.

así como el principio de la cooperación leal, véase MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 57 y 73.

¹²⁶ Este párrafo señala que «(E)l Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

¹²⁷ Véase Comunicación de la Comisión «Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo», *cit.*, p. 9, en donde extrae del Protocolo una serie de principios operativos: el papel y la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales; el respeto a la diversidad de los servicios; lograr un alto nivel de calidad, seguridad y asequibilidad; asegurar la igualdad de trato y promover el acceso universal; avalar los derechos de los usuarios; y, la no sujeción de los servicios no económicos.

Se trata de toda una novedad en el Derecho primario, que asume así la terminología manejada por la Comisión en sus Comunicaciones desde 1996, y ello a pesar de la confusión introducida por la Directiva Servicios¹²⁸. Esta diversidad conceptual no tiene una lectura fácil. Realmente, si se trataba de unificar y de determinar el ámbito material del actual artículo 106.2 TFUE, no se ha conseguido mucho.

En segundo lugar, se plantea la cuestión del alcance normativo, sobre todo del artículo 14 TFUE. En efecto, su inserción desde Ámsterdam dentro de la Primera Parte del Tratado, formando parte de los Principios de la Unión, parece dar a entender que se trata de una disposición con escasa virtualidad práctica¹²⁹, máxime si se tiene en cuenta que su tenor literal comienza advirtiendo «sin perjuicio de los artículos 93, 106 y 107...», todos ellos relativos al derecho de la competencia. No obstante, se puede mantener la opción contraria y sostener que ya desde Ámsterdam se está produciendo un reconocimiento cada vez más prioritario de estos SIEG como un valor de la Unión¹³⁰ y que el artículo 14 TFUE constituye una disposición con un «rango superior»¹³¹. Desde este enfoque, estaríamos ante un precepto de un vasto alcance jurídico¹³² y que genera una clara obligación de resultado para los poderes públicos, tanto de la Unión como de los Estados miembros, ahora de manera clara desde la introducción en Lisboa del segundo párrafo que así lo establece de forma explícita. Por un lado, las instituciones de la Unión se ven dotadas de competencia positiva para

¹²⁸ El párrafo 17 del Preámbulo excluye los servicios de interés general de su ámbito de aplicación, mientras que el artículo 2.2.a) excluye sólo los servicios no económicos de interés general, véase Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *DO L 376*, de 27.12.2006, p. 36.

¹²⁹ Véase DíEZ-PICAZO, L. M., «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, Iustel, Madrid, 2009, p. 420, que atribuye un valor de guía a este precepto.

¹³⁰ Véase ROSS, M., «Article 16 EC and services of general interest: from derogation to obligation?», *European Law Review*, vol. 25, 2000, p. 38.

¹³¹ Véase MOAVERO MILANESI, E., «Les «services d'intérêt économique général», les entreprises publiques et les privatisations», *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2000, n.º 1, p. 123.

¹³² Véase WERNICKE, S., «Taking Stock: The EU Institutions and Services of General Economic Interest», en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. y VAN DE GRONDEN, J. (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, La Haya, 2009, p. 71, sobre el alcance horizontal de este precepto y su influencia sobre el conjunto de políticas de la Unión.

adoptar normas derivadas sobre los SIEG, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Y se trata de una competencia normativa importante, ya que no depende para su desarrollo de las disposiciones relativas al derecho de la competencia o del artículo 352 TFUE, lo que le confiere ahora plena autonomía jurídica¹³³. Este derecho derivado adoptará la forma de Reglamentos, a tenor del texto del artículo 14, lo que quizá no es del todo positivo al dejar fuera otras posibilidades de acción legislativa¹³⁴. Por otro lado, la Unión respeta, en defecto de acción armonizada, la responsabilidad principal de los Estados miembros a la hora de «prestar, encargar y financiar dichos servicios», como se establece al final del segundo párrafo de este precepto.

En otras palabras, lo que se deriva de la modificación de Lisboa es un claro reforzamiento del lugar que ocupan los SIEG en el marco de los Tratados, y frente al derecho de la competencia¹³⁵. Por un lado, la UE asume una competencia positiva para legislar en esta esfera. Pero si esa competencia no se ejerce, y hasta tanto no sea así, lo que se infiere es la clara afirmación de la competencia y la responsabilidad de los Estados miembros en el funcionamiento de los servicios de interés general. No se produce una modificación de la división vertical de competencias. Por otra parte, no es que se excluya la aplicación del derecho de la competencia en este ámbito desde Lisboa. Pero sí se aprecia la voluntad de atribuir a estos SIEG un rol prioritario en el modelo europeo de sociedad, de manera que la realización de un mercado interior con condiciones de competencia no falseada no traiga como consecuencia el debilitamiento o la desaparición forzosa de estos SIEG. Es evidente que desde Ámsterdam y con Lisboa lo que se quiere es reforzar a los SIEG, y eso no puede ser sino frente al que hasta ahora ha sido el valor imperante, el derecho de la competencia, que pierde así terreno en la balanza de los valores protegidos desde la Unión. De hecho, existe ya toda una litera-

¹³³ Véase DUBOIS, L. y BLUMANN, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, op. cit., p. 628.

¹³⁴ Como se ha indicado, si lo que se quiere adoptar es una Directiva, entonces el artículo 14 TFUE dejaría de ser una base competencial adecuada y habría que plantearse si se puede recurrir al artículo 114 TFUE, ex artículo 95 CE, para la adopción de dicha normativa de aproximación de legislaciones, véase KRAJEWSKI, M., «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?», *European Public Law*, vol. 14, 2008, pp. 392-393.

¹³⁵ *Contra*, véase SCHWEITZER, H., «Services of General Economic Interest...», loc. cit., p. 56.

tura jurídica que gira en torno a la cuestión relativa a la desaparición de la referencia a la defensa de la competencia no falseada recogida en el ex artículo 3.1.g) CE, referencia que se ha trasladado al Protocolo n.º 27¹³⁶. Ahora bien, el efecto que esta desaparición pueda tener sobre el equilibrio previamente existente entre libre competencia, por un lado, y SIEG, por otro lado, es aún difícil de determinar¹³⁷.

Es cierto que la aproximación que venimos comentando debe ser reafirmada por la jurisprudencia, pero precisamente pueden ya apreciarse ciertos visos de esta evolución en algunas decisiones recientes. Por un lado, conviene recordar que la jurisprudencia del TJUE comienza ya a mostrar una mayor sensibilidad por los SIEG hacia mediados de los noventa con sentencias como *Corbeau* o *Almelo*, así como con los denominados asuntos «energía» de 1997 y los de 1999, una vez entrado en vigor el Tratado de Ámsterdam, en donde pretende integrar los servicios públicos en el mercado interior. En la presente década, donde han abundado los asuntos sobre ayudas de Estado, como se ha visto más arriba, puede que estemos ya asistiendo a otra vuelta de tuerca en la jurisprudencia a través de casos como el citado asunto *BUPA*. En este supuesto, el TG ha debido decidir sobre si el sistema de igualación de riesgos (RES) del mercado irlandés de los seguros de enfermedad privados constituía una ayuda de Estado, tal y como sostenía la parte reclamante. Pues bien, la decisión del TG ha sido absolutamente escrupulosa con la competencia discrecional del Estado miembro para definir la misión del SIEG, salvo error manifiesto, destacando la ausencia de derecho derivado¹³⁸ y retomando expresamente el tenor del antiguo artículo 16 CE. Esta tolerancia hacia la diversidad y la libertad de acción de los Estados miembros podría interpretarse como una aplicación avanzada del Protocolo n.º 26 al Tratado de Lisboa¹³⁹. En otras palabras,

¹³⁶ Véase SEMMELMANN, C., «The European Union's economic constitution under the Lisbon Treaty: soul-searching among lawyers shifts the focus to procedure», *European Law Review*, vol. 35, 2010, p. 522.

¹³⁷ Véase FIEDZIUK, N. A., «Services of general economic interest and the Treaty of Lisbon: Opening doors to a whole new approach or maintaining the «status quo»», *European Law Review*, vol. 36, 2011, p. 230.

¹³⁸ Sobre todo en un sector como el de la salud, casi de la competencia exclusiva de los Estados miembros, ya que la acción de la UE es prácticamente inexistente en la esfera de la asistencia sanitaria, véase sentencia del TG de 12 de febrero de 2008, *BUPA*, *cit.*, apartados 166-167.

¹³⁹ Véase ROSS, M., «A healthy approach to services of general economic interest? The *BUPA* judgment of the Court of First Instance», *European Law Review*, vol. 34, 2009, p. 134.

la jurisprudencia parece que empieza a recoger de antemano el testigo enviado por los Estados miembros a través de las modificaciones del Tratado de Lisboa que señalan una nueva etapa en la relación entre SIEG y derecho de la competencia, etapa ahora marcada por una decidida y positiva acogida de estos SIEG.

2. UNA NORMATIVA HORIZONTAL SOBRE LOS SIEG

Paralelamente al reforzamiento constitucional de los SIEG, se ha planteado hasta qué punto podría ser útil o necesario adoptar una normativa general en la UE aplicable a los SIEG. La Comisión se hizo eco de las peticiones en este sentido¹⁴⁰ y el Parlamento Europeo se erigió en el máximo defensor de una normativa horizontal en este ámbito¹⁴¹, con el respaldo del Consejo Europeo¹⁴². Una normativa horizontal de este tipo podría definir, precisar y consolidar los objetivos y los principios comunes a todos los tipos de servicios de interés general¹⁴³. El problema fundamental radicaba en la posible base jurídica de esta normativa, ya que el ex artículo 16 CE no establecía un fundamento jurídico suficiente y el ex artículo 95 CE sólo podría haberse utilizado para los servicios de carácter *económico*, razón por la cual la Comisión abogaba por una modificación del Tratado. Sin embargo, el resultado de la consulta planteada en el Libro Verde no fue muy concluyente, de modo que el Libro Blanco reconoció cómo por el momento no existía pleno consenso en torno a la necesidad de una Directiva marco, por lo que la Comisión decidió posponer cualquier iniciativa

¹⁴⁰ Véase el Informe al Consejo Europeo de Laeken, Los servicios de interés general, COM (2001) 598 final, de 17.10.2001, p. 22, en donde la Comisión toma nota y decide iniciar un examen de la necesidad de una directiva marco sobre los servicios de interés general.

¹⁴¹ Véase Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión «Servicios de interés general en Europa», de 13 de noviembre de 2001, DO C 140E, de 13.6.2002, p. 153; Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre los servicios de interés general, de 14 de enero de 2004, DO C 92E, de 16 de abril de 2004, p. 294.

¹⁴² El Consejo Europeo de Barcelona de 2002 también invitó a la Comisión a presentar una propuesta de Directiva marco, véase las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Barcelona, 15 y 16 de marzo de 2002, SN 100/2/02 REV 2, párrafo 42.

¹⁴³ Véase el Libro Verde sobre los servicios de interés general, *cit.*, p. 14. Obsérvese que estas reflexiones de la Comisión se dirigen a los servicios de interés general en su conjunto, incluyendo económicos y no económicos.

en este terreno y no proponer dicha Directiva¹⁴⁴, posición que fue asumida por el Parlamento Europeo¹⁴⁵. No obstante, como se ha visto, el resultado de esta consulta no ha impedido que la reforma de Lisboa haya introducido una importante competencia legislativa de la UE en este ámbito de los SIEG a través del nuevo artículo 14 TFUE.

No parece casual que la iniciativa sobre una Directiva marco sobre los SIEG se haya producido de modo coetáneo, y casi como reacción, a la Directiva Servicios¹⁴⁶, cuyas previsiones sobre los SIEG no son muy favorables¹⁴⁷. Sin embargo, incluso si el contexto político varía y se hace evidente un mayor consenso con relación a una normativa horizontal sobre los servicios de interés general, habría que resolver algunos problemas jurídicos previos. En primer lugar, el relativo a la base jurídica, parece ahora más despejado, en la medida en que el artículo 14 TFUE establece explícitamente esa posibilidad. No obstante, este precepto habilita a las instituciones de la Unión de forma limitada, en concreto, solamente para establecer los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. Se trata pues de un fundamento circunscrito, ya que habría que dilucidar si esta formulación abarca cuestiones tales como la regulación detallada del régimen de las ayudas de Estado o la articulación de los SIEG con un régimen derogatorio dentro del mercado interior. Ello podría exigir la utilización combinada de los artículos 103 y 109 TFUE, y el artículo 114 TFUE, respectivamente.

No obstante, el valor añadido del nuevo artículo 14 TFUE es evidente.

¹⁴⁴ Véase Libro Blanco sobre los servicios de interés general, *cit.*, p. 12.

¹⁴⁵ Véase Resolución del Parlamento Europeo n.º A6-0275/2006, de 26 de septiembre de 2006.

¹⁴⁶ Véase DRIJBER, B. J., «Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services», en LOUIS, J.-V. y RODRIGUES, S. (dirs.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 92, para quien esta iniciativa sobre la Directiva marco respondía además al objetivo de preservar los poderes de los Estados miembros con el fin de salvaguardar una serie de principios y valores no económicos, una vez producido el rechazo francés y holandés al Tratado constitucional como reflejo del descontento frente al «dirigismo bruselense».

¹⁴⁷ Véase VAN DE GRONDEN, J., «The Services Directive and Services of General (Economic) Interest», en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. y VAN DE GRONDEN, J. (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, La Haya, 2009, p. 244, que destaca cómo el test de proporcionalidad, aplicable a los SIEG, acogido por la Directiva es más estricto que el derivado de la jurisprudencia del Tribunal.

Es cierto que el artículo 114 TFUE hubiera podido utilizarse como base jurídica para armonizar ciertos aspectos de los SIEG, tal y como demuestra la famosa jurisprudencia relativa a la publicidad del tabaco¹⁴⁸, en donde el TJUE permite que se tengan en cuenta otros objetivos en el marco de la armonización del mercado interior¹⁴⁹. Pero este precepto se puede utilizar con relación a los servicios económicos de dimensión comunitaria, los propios del mercado interior (básicamente, las industrias de red, ya ampliamente armonizadas). Por el contrario, la competencia normativa introducida en el nuevo artículo 14 TFUE persigue la adopción de legislación que regule los principios y condiciones básicas aplicables a todos los SIEG, fundamentalmente los sometidos a regulación nacional, regional o local, como excepción al derecho de la competencia y del mercado interior¹⁵⁰. No obstante, esta competencia se limitará a los SIEG (en donde el interés económico general es definido por los Estados), sin ir tan lejos como pretendía la Comisión (que abarcaba en sus documentos a los servicios de interés general, sin distinción). Por otra parte, nada parece impedir que una futura normativa horizontal utilice la base jurídica combinada de los artículos 14 TFUE y 114 TFUE, ahora que el artículo 3 TUE acoge el concepto de «economía social de mercado». En todo caso, los contenidos que la doctrina ha identificado como susceptibles de ser tratados por esta normativa horizontal incluirían la distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE, el rol de las autoridades reguladoras nacionales, el grado de aplicación de las normas sobre competencia y mercado interior o las reglas aplicables a la selección de los proveedores de SIEG o a su financiación¹⁵¹.

En segundo lugar, el artículo 14 TFUE establece la posibilidad de adoptar solamente Reglamentos, lo que excluye la Directiva como tipo normativo. Con independencia del hecho de que la Directiva marco no ha estado nunca prevista como acto jurídico distinto de la Directiva, la

¹⁴⁸ Véase sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. PE y Consejo*, C-376/98, *Rec. p. I-8419*, apartado 88.

¹⁴⁹ Véase DE VRIES, S. A., «Harmonization of Services of General Economic Interest: Where There's a Will There's a Way», en VAN DE GRONDEN, J. (ed.), *The EU and WTO Law on Services: Limits to the Realization of General Interest Policies within the Services Markets?* Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 146-154.

¹⁵⁰ *Contra* véase SCHWEITZER, H., «Services of General Economic Interest...», *loc. cit.*, p. 54.

¹⁵¹ Véase KRAJEWSKI, M., «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space...», *loc. cit.*, pp. 388-391.

cuestión evidente es que las instituciones de la UE no podrán recurrir más que al Reglamento como único medio para regular. Frente a quienes critican este resultado, en la medida en que los Estados miembros pueden verse privados de la flexibilidad necesaria en el proceso de transposición¹⁵², otros opinan con razón que el Reglamento ofrece la claridad y certidumbre legal necesaria en este ámbito, cuando se trata de concretar cuestiones tales como las ayudas de Estado o la contratación pública con relación a los SIEG¹⁵³. No obstante, el uso conjunto de las bases jurídicas del artículo 14 y 114 TFUE podría permitir la adopción de un paquete legislativo que combinase varios actos, incluyendo ambos tipos, Reglamentos y Directivas.

En cualquier caso, las razones esgrimidas desde comienzos de esta década para justificar la elaboración de una normativa horizontal sobre los SIEG siguen siendo válidas y se resumen básicamente en la seguridad jurídica que dicho instrumento aportaría a las autoridades públicas, muchas veces locales, los proveedores de estos servicios, e incluso los ciudadanos, con relación al régimen jurídico aplicable en este ámbito¹⁵⁴. Frente a la completa inacción actual de la Comisión, parece apropiado que esta institución se decida a proponer una normativa marco que permita establecer los elementos básicos para el funcionamiento de los SIEG¹⁵⁵, incluyendo las reglas para la selección y financiación de los mismos. Además, algunos Estados miembros, que ya se han posicionado de modo muy favorable a esta normativa horizontal¹⁵⁶, a buen

¹⁵² Véase SCHWEITZER, H., «Die Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents», en SCHWARZE, J. (ed.), *Die Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 304.

¹⁵³ Véase KRAJEWSKI, M., «Providing Legal Clarity and Securing Policy Space...», *loc. cit.*, p. 396-397.

¹⁵⁴ Véase RODRIGUES, S., «Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints», en KRAJEWSKI, M., NEERGAARD, U. y VAN DE GRONDEN, J. (eds.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe – Between Competition and Solidarity*, TMC Asser Press, La Haya, 2009, p. 261, que recuerda las razones políticas y jurídicas apuntadas por la propia Comisión para impulsar esta normativa horizontal, como son la consolidación del *acquis* comunitario, su valor simbólico y la seguridad jurídica.

¹⁵⁵ Véase WERNICKE, S., «Services of General Economic Interest in European Law: Solidarity embedded in the Economic Constitution», en VAN DE GRONDEN, J. (ed.), *The EU and WTO Law on Services: Limits to the Realization of General Interest Policies within the Services Markets?* Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 131-132.

¹⁵⁶ Véase el Informe del Senado francés, *Les services d'intérêt général après le traité de Lisbonne*, n.º 376, de 4 de junio de 2008.

seguro seguirán haciendo presión sobre la Comisión para que inicie esta acción legislativa¹⁵⁷.

IV. CONCLUSIÓN

Es de sobra conocido que la lógica que subyace al sistema establecido por el Tratado de Roma se fundamenta en la economía de mercado, a su vez basada en la libre competencia de los operadores económicos. Por tanto, resulta también lógico que el lugar reservado a los servicios públicos, como ejemplo de intervencionismo económico, no haya tenido sino un carácter subsidiario, ya que se materializa por vía de excepción a la regla general de aplicación de las normas sobre competencia. Esta visión desdibujada de los servicios públicos choca con las concepciones de muchos Estados miembros, no sólo por la tradición europea de regulación pública de ciertos bienes y actividades de interés económico general, sino porque los Derechos administrativos internos han desarrollado un concepto de servicio público casi sagrado, íntimamente relacionado con el propio fin o fundamento del Estado. Este «servicio público a la francesa» se ha caracterizado tradicionalmente por una fuerte relación entre dicho servicio público y el Estado, la atribución de prerrogativas de poder público y el sometimiento a un régimen jurídico especial derogatorio del Derecho común¹⁵⁸.

El Tratado ha procurado desde el principio encontrar el «equilibrio justo» entre intervención pública en beneficio del interés general y aplicación de las reglas de competencia, objetivo que es asumido por las instituciones más implicadas en la puesta en marcha y el control de las mismas, la Comisión y el TJUE. Esa operación de equilibrado entre mercado y servicio público se ha materializado en gran parte a través de la noción de SIEG, si bien su operatividad se limitaba a la propia de una derogación del régimen jurídico aplicable en materia de libre competencia.

¹⁵⁷ Véase PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, p. 316.

¹⁵⁸ Este concepto es similar al concepto de servicio público existente en España y en una gran parte de los países europeos continentales, véase MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, n.º 145, 1998, pp. 58 y 69. Véase también la reflexión, con tintes nostálgicos, de FERNÁNDEZ, T. R., «Empresa pública y servicio público: el final de una época», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, 1996, p. 37.

Si en la década de los noventa ese «justo equilibrio» se escoraba hacia la férrea defensa de la competencia, una vez producida la apertura de los mercados por lo que respecta a las grandes industrias de red, en la actualidad lo que se demanda es una mayor garantía en el funcionamiento de los SIEG, cuya función social y de cohesión territorial no debe subestimarse. Los cambios se han ido produciendo en el marco de la jurisprudencia (el asunto *Altmark* ha buscado flexibilizar la carga burocrática de los SIEG; el asunto *BUPA* ha reforzado las competencias de definición de los Estados), en la acción de la Comisión (el Paquete 2005 y la práctica subsiguiente han suavizado el test *Altmark*) y en el Derecho primario con el Tratado de Lisboa, lo que refleja una tendencia creciente hacia un mayor reforzamiento de los SIEG. Se trata de una evolución evidente, que ya se pone de manifiesto en el artículo 3 del TUE, que hace por primera vez referencia al concepto de «economía social de mercado», y se concreta en el artículo 14 TFUE y el Protocolo n.º 26 antes analizado, que fundamentan una actividad positiva de la Unión en este terreno. El modelo europeo hacia el que se tiende implica una transformación de la articulación jurídica del mercado interior y del derecho de la competencia, que incluyen ahora elementos de solidaridad con claro fundamento jurídico, en un proceso que puede pronto llegar a superar la consideración de régimen derogatorio para los SIEG. El lugar esencial que ocupan estos SIEG dentro del «modelo de sociedad europeo», al que se refiere la Comisión de manera reiterativa en sus textos, no es fruto de la casualidad. Antes al contrario refleja la firme voluntad de los Estados miembros y de la ciudadanía de preservar ciertos valores por encima del mercado. Quizá incluso se hayan sentado ya las bases para la construcción de verdaderos servicios públicos comunes fruto de la acción positiva de la Unión¹⁵⁹.

Antes de que esto suceda deberán darse pasos políticos sustanciales y deberán resolverse cuestiones jurídicas cardinales, como la relativa a las consecuencias derivadas de la delimitación vertical de competencias vigente. En el contexto actual, mientras que los SIEG sigan estando sujetos a la regulación de las autoridades nacionales, la UE tendrá que limitar su ac-

¹⁵⁹ Véase ROJANSKI, V., «L'Union européenne et les services d'intérêt général», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2002, n.º 4, p. 768. *Contra*, véase SCHWEITZER, H., «Services of General Economic Interest...», *loc. cit.*, p. 58, que destaca cómo ni siquiera el concepto de servicio universal implica hoy día la puesta en marcha de una incipiente «solidaridad europea», puesto que los esquemas redistributivos para financiar los servicios no rentables se organizan a escala nacional.

ción al control propio del derecho de la competencia. Esto es, tal y como reza el artículo 14 TFUE que comienza diciendo «sin perjuicio de», lo que se garantiza tras la reforma de Lisboa es que la efectiva prestación de los SIEG prevalece sobre cualquier otra regla de los Tratados, ya que éste y no otro es el bien jurídico protegido en el artículo 106.2 TFUE, convertido ya en una regla de razón más que en una excepción. Pero además, la acción de control del respeto del derecho de la competencia deberá acomodarse a un nuevo enfoque más flexible fruto de las recientes evoluciones, reflejadas incluso en el Derecho primario. En cambio, en los sectores regulados (y liberalizados) por el Derecho UE, la Unión puede establecer y de hecho ha establecido reglas propias y comunes sobre la protección del interés general en el marco de la prestación de estos servicios. Estas normas constituyen un mínimo armonizado que necesita sin embargo de desarrollo bien por los Estados miembros, o por la propia UE en términos de derechos de los ciudadanos comunitarios.

No obstante, para aquellos sectores no armonizados en el plano comunitario, se plantea como una necesidad urgente la adopción de una normativa horizontal. Ahora existe una competencia normativa clara y autónoma que permite a las instituciones europeas legislar en el ámbito de los SIEG. Esta normativa marco está llamada a someter a reglas mínimas los elementos básicos de la prestación de SIEG, y de manera más urgente, las relativas a la selección de los proveedores y la financiación de los servicios. La Comisión debe pues iniciar la acción legislativa que permitirá dotar de mayor seguridad jurídica a un sector del ordenamiento que se encuentra ahora mismo sujeto a una gran incertidumbre por el riesgo de vulneración de un derecho de la competencia cuya confluencia con los SIEG da lugar a un régimen jurídico delimitado de modo bastante equívoco. Sin embargo, sus últimos documentos de 2011 no anuncian ninguna iniciativa en ese sentido, a pesar de que los resultados de la reciente consulta pública así lo aconsejan.

LOS «SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL» TRAS EL TRATADO DE LISBOA: DE LA EXCEPCIÓN A LA REGULACIÓN POSITIVA

RESUMEN: Los servicios públicos han sido considerados inicialmente de forma tímida en la UE a través de la noción de servicios de interés económico general (SIEG). En la primera parte de este trabajo, se analiza la aplicación por parte de la jurisprudencia del TJUE de la excepción sobre los SIEG recogida en el artículo 106.2 TFUE, donde destaca la priorización del derecho de la competencia sobre los SIEG. El examen del ámbito de aplica-

ción y la propia noción de SIEG resulta muy relevante desde el punto de vista de la delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros. Además, el régimen jurídico de los SIEG se ha visto sometido a un doble escrutinio, basado en los artículos 101 y 102 TFUE en una primera fase, mientras que ha sido su aplicación con respecto al artículo 107 TFUE el que ha generado más litigiosidad con posterioridad. Por otro lado, la normativa derivada de la UE relativa a los servicios prestados por las industrias en red ha procurado introducir la competencia y la liberalización en estos sectores, regulando a la par el servicio universal, que se configura como un mínimo obligatorio para los prestadores de estos servicios y funcionalmente equivalente a los SIEG.

En segundo lugar, se analiza la evolución experimentada en el Derecho primario de la UE hacia una mayor consideración de los SIEG. El Tratado de Ámsterdam primero, la Carta de Derechos Fundamentales después, y finalmente las modificaciones introducidas con el Tratado de Lisboa (ya anunciadas por el Tratado Constitucional) dibujan un panorama mucho más prometedor para la consideración de los SIEG en el Derecho de la UE, en particular, para su elevación al rango de valor constitucional. Además, se analiza la propuesta relativa a la adopción de una normativa horizontal sobre los SIEG, que permitiría introducir una regulación positiva de carácter transversal con gran alcance para estos servicios, aunque esta posibilidad no estaría exenta de cuestiones jurídicas problemáticas.

PALABRAS CLAVE: Derecho UE, Tratado de Lisboa, servicios de interés económico general, derecho de la competencia, ayudas de Estado, base jurídica, jurisprudencia Altmark.

«SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST» AFTER THE TREATY OF LISBON: FROM EXCEPTION TO POSITIVE REGULATION

ABSTRACT: Public services have been initially considered in a limited way in the EU through the notion of services of general economic interest (SGEI). In the first part of this paper, we examine the case-law of the CJEU to show the application of the exception regarding the SGEI set up in article 106.2 TFEU, where the prioritization of competition law over SGEI predominates. The analysis of its scope of application and also of the very notion of SGEI turns out to be extremely relevant from the point of view of the division of competences between the EU and the Member States. Moreover, the SGEI's legal regime has been subjected to a double scrutiny; on the one hand, one based on the application of articles 101 and 102 TFEU in the first phase, whereas its application with respect to article 107 TFEU has subsequently generated more cases. In addition to the case-law, EU secondary legislation on services provided by network industries has brought in competition and liberalization in these sectors, while regulating the universal service, which in turn has been arranged as a compulsory minimum on the part of the providers and as a functionally equivalent to the SGEI.

In the second part of this paper, we assess how EU Primary Law has evolved towards a higher valuation of the SGEI. The Treaty of Amsterdam first, the Charter of Fundamental Rights secondly, and finally the modifications set up by the Treaty of Lisbon (already announced by the Constitutional Treaty), all together point to a new horizon, much more promising regarding the appraisal of SGEI in EU Law, in particular, with respect of its

elevation to the rank of a constitutional value. In addition, we analyze the proposition of a horizontal legislation in the field of SGEI. This legislation may serve to incorporate positive regulation of a transversal character, perhaps with great reach for these services, although some problematic legal issues need to be solved before this possibility takes shape.

KEY WORDS: EU law, the Treaty of Lisbon, services of general economic interest, competition law, state aid, legal basis, Altmark case-law.

LES «SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL» APRÈS LE TRAITÉ DE LISBONNE: DE L'EXCEPTION À LA RÈGLEMENTATION POSITIVE

RÉSUMÉ: Les services publics ont été d'abord pris en compte dans l'UE timidement à travers la notion de services d'intérêt économique général (SIEG). Dans la première partie de ce travail, on analyse l'application par la jurisprudence de la CJUE de l'exception prévue à l'article 106.2 TFUE sur les SIEG, en soulignant la priorité du droit de la concurrence sur les SIEG. L'examen de la portée et la notion même de SIEG est très important du point de vue de la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. En outre, le statut juridique des SIEG a été soumis par la CJUE à un double épreuve, fondée sur les articles 101 et 102 TFUE dans une première phase, alors qu'il a été son application en ce qui concerne l'article 107 TFUE qui a généré plus de litiges après. D'autre part, les normes secondaires de l'UE touchant les services fournis par les industries de réseau ont cherché à introduire la concurrence et la libéralisation dans ces secteurs, en réglementant au même temps le nouveau concept de service universel, qui est configuré comme un minimum obligatoire pour les fournisseurs de ces services et fonctionnellement équivalent aux SIEG.

Deuxièmement, on examine les développements dans le Droit primaire de l'UE vers une plus grande considération des SIEG. Le Traité d'Amsterdam premièrement, la Charte des droits fondamentaux après, et enfin les amendements du Traité de Lisbonne (déjà énoncées par le Traité Constitutionnel) établissent un horizon bien plus prometteur pour l'articulation des SIEG dans le Droit de l'UE, en particulier, pour son élévation au rang de valeur constitutionnel. En outre, on analyse la proposition pour l'adoption de règles horizontales sur les SIEG, ce qui introduirait une réglementation positive à caractère transversal si puissant pour ces services, bien que cette possibilité ne serait pas libre des questions juridiques problématiques.

MOTS CLÉS: Droit de l'UE, le Traité de Lisbonne, les services d'intérêt économique général, droit de la concurrence, aides d'État, fondement juridique, l'arrêt Altmark.