

# Luces y sombras en la aplicación de un polémico precepto: el artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea

MARÍA YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA

## INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, el primer enunciado del artículo 86.2 (antiguo art. 90.2) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) contiene un mandato de sumisión de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas sobre la competencia<sup>1</sup>. El interés de este precepto no estriba, sin embargo, en dicho enunciado, sino en la posibilidad de excepcionar la aplicación de dichas normas cuando concurren las circunstancias y los límites en él contemplados, lo que constituye, dicho sea de paso, uno de los regímenes más controvertidos –al menos a nivel comunitario– de los últimos decenios. Más precisamente, las empresas mencionadas sólo quedarán sometidas a las normas sobre la competencia en la medida en que esa aplicación no impida el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

La simple lectura de este precepto sus-

cita importantes dudas, aun si, al igual que ocurre en otros ámbitos de la construcción comunitaria, la interpretación llevada a cabo por las instancias comunitarias –fundamentalmente, por la Comisión y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) al hilo de casos concretos– resulta de gran ayuda. No son pocos los autores que se refieren a la dificultad e incluso a la imposibilidad de abstraer o generalizar reglas de aplicación del precepto<sup>2</sup>.

El único aspecto que resulta suficientemente claro es que el primer criterio del que hay que partir a la hora de abordar la exégesis del precepto ha de ser el de su interpretación restrictiva o estricta. Así lo puso de manifiesto tempranamente la doctrina, la Comisión y el propio TJCE<sup>3</sup>. Los demás elementos y aspectos del precepto resultan mucho más controvertidos. Es lo que vamos a poder comprobar a lo largo del presente estudio, empezando por la delimitación de los supuestos regulados.

## I. DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS REGULADOS: LAS EMPRESAS "ENCARGADAS" DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

### A. Indiferencia de la naturaleza de las empresas

En relación con la cuestión de la naturaleza de las empresas en cuestión, no hay mucho que decir. En efecto, desde los primeros fallos interpretativos del TJCE, se viene considerando que las empresas a las que va dirigido el artículo 86.2 TCE pueden ser tanto públicas como privadas<sup>4</sup>.

### B. Exigencia de que el "encargo" se lleve a cabo mediante un acto específico y formal del Poder público

Para que estas empresas puedan acogerse al trato de favor previsto en el artículo 86.2 tce, es preciso que hayan recibido *el encargo* de gestionar un servicio de interés económico general. Este encargo ha de tener su origen en un acto específico y formal del Poder público<sup>5</sup>. Como vemos, por tanto, como ha explicado en varias ocasiones el TJCE, el hecho de que la empresa en cuestión desarrolle una actividad que objetivamente sea de interés económico general no es tan importante como el saber si existe un acto de los Poderes públicos que le asigne expresamente una misión de este tipo.

Es significativo que en algunos de los primeros pronunciamientos del TJCE, en los que se cuestiona la concesión de derechos especiales o exclusivos, no se entre a considerar la legitimidad de tal concesión sino la existencia del específico y formal acto del Poder público. Así, en la Sentencia de 27 de

marzo de 1974 "*Sabam*" (BRT-II), en la que se analizaba si una determinada organización que gestionaba los derechos de autor en Bélgica lo hacía con abuso de posición dominante, el TJCE se preguntaba si tal conducta podía estar justificada por haberle sido encomendada la gestión de un servicio de interés general, pues en tal caso su conducta se entendería exceptuada de la prohibición de la posición dominante, sin necesidad de plantearse la oportunidad o legitimidad de tal otorgamiento<sup>6</sup>. Lo mismo sucedió en la Sentencia de 14 de julio de 1981 ("*Züchner*"), en la que un banco alemán demandado invocaba que le había sido conferida una misión de interés económico general, a partir de lo cual defendía la validez de un cargo por transferencia de capital entre Estados miembros que un cliente estimaba contrario al Tratado. La Sentencia que declara dicha práctica contraria al Tratado subraya que no existe un acto de la autoridad otorgando dicha misión, pero no parece discutir la posibilidad legal de que hubiese sido confiada.

### C. Naturaleza del acto del Poder público por el que se realiza el "encargo"

En primer lugar, *el encargo* puede estar previsto en una norma legal o reglamentaria, o puede llevarse a cabo mediante acto administrativo. Pensemos en una ley que defina el objeto social y fije los estatutos de una empresa pública o en un acto de concesión<sup>7</sup>, un contrato de plan (o contrato programa) o una autorización o licencia. Lo realmente decisivo es que se trate de un acto del Poder público<sup>8</sup> (pudiendo tratarse o no de una autoridad de la Administración central), válido de conformidad con la legislación del correspondiente Estado miembro<sup>9</sup>.

## II. SENTIDO Y ALCANCE DE LA EXCEPCIÓN: LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA HA DE IMPEDIR EL CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN ENCOMENDADA A LA EMPRESA GESTORA DEL SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

### A. Planteamiento inicial

Retomando el tenor literal del artículo 86.2, en él se dispone que las empresas gestoras de servicios de interés económico general están sujetas a las normas sobre la competencia excepto si se demuestra que la aplicación de tales reglas impide el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada en cuyo caso, los derechos especiales o exclusivos sí serán conformes al Tratado.

En relación a este enunciado, existe unanimidad<sup>10</sup> a la hora de considerarlo una manifestación del principio de proporcionalidad contenido en el párrafo tercero del artículo 5.º del Tratado<sup>11</sup>, en virtud del cual, solamente las restricciones necesarias para asegurar un objetivo legítimo son admisibles<sup>12</sup>. Como comentaremos más adelante, para que una medida sea conforme a esta exigencia se debe demostrar que no existe ninguna otra alternativa menos restrictiva para los intercambios y la competencia.

### B. Presupuesto interpretativo de partida: la necesaria interpretación restrictiva de este enunciado

A pesar de la inicial claridad que puede conllevar el término imposibilidad contenido en el artículo 86.2 en su aplicación a los casos concretos, éste ha dado lugar a importantes problemas interpretativos. Como ocurre en relación a la definición de lo que

sea un servicio de interés económico general, las instituciones comunitarias no han hecho más que enfrentarse al tema de manera casuística.

Siguiendo la letra del enunciado, la cuestión a determinar es la de en qué casos la aplicación de las normas del Tratado impide el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa gestora del servicio de interés económico general o, como recuerda el Abogado general DARMON en sus conclusiones al asunto *Almelo*<sup>13</sup>, qué condiciones deben reunirse para cumplir la regla de proporcionalidad que el artículo 86.2 establece<sup>14</sup>.

Consecuentemente con el tenor literal del precepto y con el carácter restrictivo que ha de tener la aplicación de una excepción a las reglas del Tratado, el enunciado que estamos comentando debe entenderse de manera restrictiva en el sentido de que para que pueda alegarse con éxito que la aplicación del Tratado impide el cumplimiento de la misión específica confiada, debe demostrarse que la misión se ve imposibilitada, y no simplemente más difícil o más compleja<sup>15</sup>.

Esta interpretación se ha aceptado de manera más o menos flexible dependiendo de los posicionamientos doctrinales. Algunos autores han defendido el tenor literal del precepto en el sentido de que el cumplimiento de la misión se haga imposible. Mencionaremos las conclusiones de la Abogada general ROZÈS al asunto *Commission des Communautés européennes contre République italienne*<sup>16</sup> presentadas el 26 de abril de 1983, en las que señalaba que "no es suficiente, para proceder a inaplicar las reglas del Tratado que su aplicación haga más difícil el cumplimiento de la misión encomendada al monopolio. Es necesario que, para ejercer sus

funciones, éste último no tenga otra elección que violar las disposiciones del Tratado<sup>17</sup>. También CHEROT ha estimado que "hace falta que la aplicación de las reglas de la competencia haga imposible el ejercicio de la misión de interés general"<sup>18</sup>, añadiendo que "no es suficiente" que el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa "se haga más difícil"<sup>19</sup>. Otros autores, sin embargo, han hablado de que la misión quede "entorpecida o dificultada"<sup>20</sup>. En nuestra opinión, no debe haber ninguna otra vía, tanto desde el punto de vista económico, técnico o legal para que la empresa de que se trate pueda desarrollar su misión<sup>21</sup>. Se trata de condiciones –las recogidas en el artículo 86.2– extremadamente restrictivas que no deberían ser operativas más que en casos muy excepcionales.

Desde este planteamiento inicial que acabamos de exponer, se han suscitado, como veremos a continuación, diversas cuestiones sobre las cuales se han producido importantes cambios jurisprudenciales. Sin duda, las más relevantes han surgido a la hora de determinar qué se entiende por *imposibilidad* del cumplimiento de la misión encomendada a una empresa gestora de un servicio de interés económico general.

### C. ¿Qué se entiende por imposibilidad del cumplimiento de la misión encomendada a una empresa gestora de un servicio de interés económico general?

#### 1. Interpretación tradicional: vinculación de la imposibilidad a la puesta en peligro de la viabilidad económica de la empresa

Hasta fechas relativamente recientes, el Tribunal de Justicia comunitario –aunque no figura en el texto del artículo 86.2– ha veni-

do tradicionalmente entendiendo que las reglas sobre la competencia hacen imposible el cumplimiento de la misión de interés general si su aplicación pone en peligro la viabilidad económica de la empresa<sup>22</sup>. El presupuesto fáctico al que el Tribunal se ha enfrentado a la hora de resolver los casos que sobre monopolios nacionales se le han planteado ha sido el de considerar que la viabilidad financiera de los monopolios públicos vinculados a servicios de interés económico general puede ser solamente asegurada si legal o fácticamente tienen la posibilidad de impedir a los competidores privados que vulnereen o alteren su capacidad de utilizar las actividades rentables para subvencionar cruzadamente las actividades con pérdidas que han de llevar a cabo para hacer efectivos los principios que rigen la prestación de estos servicios (generalidad o universalidad, continuidad, calidad, carácter asequible de los precios, etc.). Las tradicionales argumentaciones en defensa de esta situación han sido que si se permitiera a los competidores privados dirigirse a los sectores de actividad rentables sin asumir ninguna obligación de servicio público, se produciría lo que de denomina un "descremado"<sup>23</sup> u "operación de descreme"<sup>24</sup> (*cream skimming*<sup>25</sup>, *écrémage*<sup>26</sup>) de los beneficios de la empresa gestora del servicio de interés económico general en cuestión y su viabilidad económica quedaría puesta en peligro.

Partiendo de esta interpretación se ha producido una evolución en la jurisprudencia del Tribunal que, al igual que respecto a los otros enunciados del artículo 86.2, ha sido más o menos sensible bien a los posicionamientos aperturistas de mercados a nivel comunitario europeo o bien a la defensa del mantenimiento de determinados derechos especiales o exclusivos. Como

vamos a ver a continuación, se ha mantenido la forma del enunciado interpretativo (puesta en peligro de la viabilidad económica de la empresa) pero su aplicación material o de fondo a los casos concretos ha variado sustancialmente en la evolución jurisprudencial.

Un temprano ejemplo aparece en la sentencia de 20 de marzo de 1985 al asunto *République italienne c/ Commission*<sup>27</sup>, en la que el Tribunal rechaza la tesis del Gobierno italiano que reprochaba a la Comisión el hecho de poner en peligro la realización de la misión impartida a este organismo al aplicarle las reglas de la competencia, alegando que la existencia de agencias privadas de reexpedición de mensajes no comprometería "desde un punto de vista económico" el cumplimiento de la misión<sup>28</sup>.

En la sentencia *Corbeau* cambia la óptica interpretativa del Tribunal respecto al criterio que estamos tratando. Antes de ella, la Corte de Luxemburgo había siempre rechazado el juego de la excepción contenida en el artículo 86.2, estimando en el conjunto de los casos que a ella habían llegado que la aplicación de las reglas del Tratado no suponía la puesta en peligro de la viabilidad económica de la empresa encargada del servicio de interés económico general en cuestión. Algunos autores han hablado de ruptura en relación a la interpretación precedente del artículo 86.2. En relación al asunto *Corbeau*, el Abogado general DARMON, en las conclusiones presentadas al asunto *Almelo* afirmaba que dicho fallo —el del asunto *Corbeau*— "no recuerda a los Estados lo que tienen prohibido en materia de derechos exclusivos, sino que precisa lo que estos últimos pueden hacer"<sup>29</sup>. Para DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, tras la sentencia *Corbeau*, "ya no se trata de aportar la prueba de que las

reglas de la competencia harían imposible el cumplimiento de la misión de interés económico general impartida a la empresa, sino por el contrario de demostrar de manera positiva que las restricciones de la competencia son necesarias para el cumplimiento de la misión de interés general"<sup>30</sup>. En opinión de esta autora, el matiz entre las dos aproximaciones que comenta es importante: "la primera interpretación es más fiel a la letra misma del artículo 90.2; la segunda se aproxima a un tipo de razonamiento fundado en el principio familiar en el Derecho comunitario de proporcionalidad"<sup>31</sup>.

Se trataba de examinar en qué medida era necesaria una restricción o, incluso, la exclusión de toda competencia de los operadores económicos privados distintos a la empresa pública gestora del monopolio postal belga, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, como se afirma en la sentencia, "disfrutar de condiciones económicamente aceptables"<sup>32</sup>. Según el Tribunal, para efectuar dicho examen, procedía partir de la premisa de que la obligación del titular de la misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presuponía la posibilidad de compensación entre los sectores de la actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justificaba una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables. Como manifiesta el Tribunal, "si se autorizara a empresarios privados a hacer la competencia al titular de los derechos exclusivos en los sectores elegidos por los primeros, correspondientes a dichos derechos, podrían concentrarse en las actividades económicamente rentables y ofrecer, en ese sector, tarifas más ventajosas que las practicadas por los titula-

res de los derechos exclusivos, dado que, a diferencia de estos últimos, no están económicamente obligados a efectuar una compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables<sup>33</sup>.

La misma argumentación se recoge en la citada sentencia *Almelo* en la que el Tribunal afirmó que era preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se confió una misión de interés general de este tipo, teniendo para ello en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular, comenta este órgano jurisdiccional, los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida<sup>34</sup>.

Como vemos, en el conjunto de las sentencias citadas, el único criterio que el Tribunal da al juez nacional para enjuiciar si la aplicación de las reglas de la competencia impide el desempeño del cometido de interés económico general es el de las condiciones económicas en que debe operar la empresa en razón de las limitaciones que se le imponen. La interpretación tradicional por tanto de lo que sea imposibilitar la misión específica confiada a la empresa ha sido la de vincular dicho término a la viabilidad económica de la empresa, a su equilibrio económico o a su gestión en condiciones económicas aceptables.

Como ha ocurrido en relación a los otros enunciados del artículo 86.2, se han producido cambios sustanciales en posterior jurisprudencia. De esta interpretación tradicional que acabamos de comentar y

que se ha llegado a calificar de restrictiva se pasó a finales de 1997 a una interpretación más amplia que, como tal, flexibiliza notablemente la aplicación de la excepción contenida en el artículo 86.2. Veamos por qué.

## 2. Flexibilización de la interpretación tradicional

En los fallos de octubre de 1997<sup>35</sup> se resuelven los recursos interpuestos por la Comisión en los que se cuestionaban los derechos exclusivos otorgados por Francia, Países Bajos, Italia y España a determinadas empresas públicas que operaban en el sector eléctrico. En relación al tema que estamos tratando, la Comisión había defendido, —retomando la jurisprudencia establecida en la sentencia *Corbeau* y en la sentencia *Almelo*<sup>36</sup>—, que “el artículo 90.2 sólo autoriza las medidas contrarias al Tratado en la medida en que sean necesarias para permitir a la empresa de que se trate cumplir su misión de interés económico general *en condiciones económicas aceptables* y, por consiguiente, sólo cuando, de no existir tales medidas, *la propia viabilidad económica de la empresa estuviera amenazada*”<sup>37</sup>.

El Tribunal rechaza expresamente esta interpretación indicando que “basta con que la aplicación de las normas del Tratado impida de hecho o de Derecho el cumplimiento de las obligaciones específicas de dicha empresa. *No es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada*”<sup>38</sup>. El fallo recoge en este punto la argumentación del Abogado general COSMAS para quien “dicha disposición debe considerarse destinada a garantizar no sólo el equilibrio económico [...] sino, asimismo, el conjunto de las restantes condiciones necesarias para el cumplimiento de esa misión”<sup>39</sup>.

Se conecta pues de manera directa en esta nueva interpretación la imposibilidad de cumplir la misión, no ya a la supervivencia económica de la empresa sino a otro conjunto de condiciones generales como la obligación de suministrar a todos los clientes en todo el territorio nacional, la de garantizar la continuidad del abastecimiento, la de procurar las tarifas más competitivas y el mínimo coste para la colectividad, la de respetar la igualdad de trato entre los clientes o la de garantizar el buen funcionamiento del sistema a un coste lo más bajo posible<sup>40</sup>. Apoyando el razonamiento del Tribunal, *CHEROT* ha señalado que en base al interés general, puede imponerse a una empresa determinada una serie de obligaciones que no podrían ser cumplidas (con la aplicación de las reglas del Tratado) sin que se lleve a dicha empresa a la quiebra económica<sup>41</sup>.

De lo comentado hasta ahora, se puede comprobar fácilmente el grado de flexibilización que estas sentencias han aportado a las condiciones requeridas para la aplicación del apartado 2 del artículo 86. A partir de ahora, como han apuntado algunos autores, "el juez no tiene que razonar en términos de compensación estricta"<sup>42</sup>.

### 3. Reflexiones en torno a la evolución jurisprudencial

La consecuencia inmediata es que la amplitud que conlleva esta interpretación trae consigo una difuminación de los límites o criterios interpretativos de un precepto que como regla excepcional que constituye respecto al régimen general del Tratado ha de ser interpretado de manera restrictiva y conforme a unos principios o criterios lo

mejor perfilados posibles. Y supone nada más y nada menos que la quiebra de una idea comúnmente aceptada: si tradicionalmente se ha venido diciendo que no es suficiente que el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa se haga más difícil —como consecuencia de la aplicación de las normas sobre la competencia— sino que se requiere que dicha aplicación haga imposible el cumplimiento de la referida misión, la nueva interpretación puede posibilitar —en base a la generalidad y abstracción con la que pueden formularse los principios generales que deben perseguirse o que informan el servicio encomendado a la empresa (continuidad, generalidad, calidad, seguridad, nivel de precios, etc.)— que la argumentación (tanto de los Estados como la del propio Tribunal de Justicia al fallar en sus sentencias) se mueva no en términos de imposibilidad —como así exigiría el propio tenor del artículo 86.2—, sino en términos de mayor dificultad a la hora de cumplir la misión encomendada<sup>43</sup>. Se posibilitaría una fácil justificación de no pocos derechos exclusivos o especiales y de las tan criticables situaciones monopolísticas.

Por todo lo dicho, no resultan extrañas las favorables críticas con las que se recibió la sentencia en aquellos sectores defensores de dichas situaciones. Y es que en este sentido, no cabe duda de que la sentencia refuerza dichas tesis. Gráfico de ello es el respaldo de los tradicionales argumentos con los que se ha defendido el papel de los monopolios y de las empresas públicas. Se vuelve a reiterar que no puede prohibirse que los Estados "tengan en cuenta objetivos propios de su política nacional e intenten su consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas"<sup>44</sup>. Sin duda y potencialmente, el margen de manio-

bra reconocido a los Estados es muy grande, dificultando consecuentemente la perseguida armonización de modelos y la consecuente realización de un mercado interior. Habría que reconocer la pobreza de argumentos y el escaso esfuerzo del Tribunal a la hora de reconocer la existencia de otros medios menos lesivos de las libertades económicas gracias a los cuales pueden lograrse los objetivos o misiones asignados a estos servicios. Quizás pueda parecer paradójico que en momentos en los que se está procediendo a nivel sectorial a *neo*-regular los tradicionalmente considerados como servicios públicos, en los que se procede a la apertura de unos sistemas basados en la unidad económica nacional, a la puesta en práctica de redes comunitarias, el Tribunal de Luxemburgo insiste y profundiza en una línea que va en un sentido contrario a los objetivos pretendidos.

#### D. La carga de la prueba de la imposibilidad de la prestación

##### *1. Planteamiento de la problemática: qué ha de probarse y en quién se reside la carga de la prueba*

Siguiendo con el estudio del primer enunciado del artículo 86.2 (imposibilidad del cumplimiento de la misión por parte de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general), hemos de comentar algunas cuestiones interpretativas sobre las cuales se han producido relevantes cambios jurisprudenciales. Importantes interrogantes se han suscitado en relación a la prueba de la imposibilidad, interrogantes que pueden sistematizarse en torno a dos temas vinculados al elemento objetivo y subjetivo de la prueba: qué es lo

que ha de probarse y en quién se reside la carga de la prueba.

Sobre qué tenga que probarse, en principio la cuestión es clara a partir del tenor literal del artículo 86.2. Habrá que probar que la aplicación de las normas del Tratado hace imposible el cumplimiento de la misión de interés general conferida a la empresa gestora del servicio. Sin embargo, teniendo en cuenta que nos estamos moviendo en el campo de la aplicación de una excepción a las normas del Tratado, se puede suscitar la siguiente cuestión: en el caso de que efectivamente la aplicación de las normas sobre la competencia haga imposible el cumplimiento de la misión de interés económico general encomendada a la empresa, ¿no habría también que probar que no existe ninguna otra medida menos restrictiva de las libertades económicas y menos lesiva de las reglas de mercado para satisfacer la misión de interés económico general?, ¿a quién corresponde probar que no existen soluciones alternativas?

A estas cuestiones que se plantean en el ámbito objetivo de la prueba hay que añadir las que se suscitan en torno al elemento subjetivo: ¿quién ha de probar cada uno de los aspectos antes mencionados?, ¿los Estados miembros o los órganos comunitarios, en particular, la Comisión?, ¿ha de residenciarse el conjunto de las respuestas a las cuestiones planteadas íntegramente en los Estados o deben éstos sólo demostrar que la aplicación de las normas del Tratado hace imposible el cumplimiento de la misión de interés económico general conferida a la empresa sin probar que existen otras medidas menos restrictivas de las libertades económicas?

Como puede concluirse del estudio de los recursos por incumplimiento analizados,

las soluciones propuestas a estas cuestiones difieren según vengán formuladas desde el seno de los Estados miembros o desde la Comisión. Y también sobre este punto se ha producido un cambio en la interpretación de los órganos jurisdiccionales comunitarios en una línea de flexibilización. Los planteamientos divergentes en torno a estos temas aparecen sintetizados en la jurisprudencia que vamos a analizar en las líneas que siguen.

## 2. Interpretación doctrinal mayoritaria y de la Comisión europea

Empezando por la exégesis que ha llevado a cabo la Comisión europea, este órgano comunitario ha venido tradicionalmente entendiendo que corresponde a los Estados demostrar que la supresión del derecho especial o exclusivo tendría como efecto la focalización de la actividad de los operadores privados en las actividades más lucrativas y que ello pondría en peligro la viabilidad económica de la empresa gestora del servicio de interés económico general. Además, esta institución comunitaria ha interpretado que corresponde a los Estados demostrar que no existen soluciones alternativas que puedan garantizar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a la empresa gestora.

Una clara manifestación de la interpretación que acabamos de exponer son las alegaciones formuladas en los asuntos resueltos en octubre de 1997. Seleccionando uno de ellos, en el recurso planteado por la Comisión contra el monopolio eléctrico de la empresa holandesa *SEP*, este órgano comunitario alegaba que correspondía al Gobierno holandés "demostrar que la supresión del mencionado derecho exclusivo tendría como consecuencia el centrar la actividad de

los importadores en las actividades más lucrativas, que ello pondría en peligro la viabilidad económica de *SEP* y, por último, que no existen soluciones alternativas que puedan garantizar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que incumben a esta empresa"<sup>45</sup>. Frente a la interpretación de la Comisión, los Estados han entendido tradicionalmente que la carga de la prueba corresponde a la Comisión europea.

En lo que respecta a la doctrina, aunque no como posicionamiento unánime, se ha defendido que corresponde al Estado que invoca la aplicación del régimen excepcional del artículo 86.2 llevar a cabo la demostración de que la aplicación de las normas sobre la competencia hace imposible el cumplimiento de la misión encomendada a una empresa titular de derechos especiales o exclusivos o, en general, de una situación monopolística. La carga de la prueba corresponde, por tanto, a quien invoca su beneficio, esto es, al Estado<sup>46</sup>.

## 3. Interpretación jurisprudencial

Las instancias jurisdiccionales comunitarias han tenido ocasión de referirse a estas cuestiones sobre las que, como decíamos, se ha proyectado la tendencia flexibilizadora en la aplicación de la excepción contenida en el artículo 86.2. Sistematizando el conjunto de esta jurisprudencia, esta tendencia se puede confirmar en distintos fallos del año 97. Hemos de referirnos, en concreto, a una sentencia en materia de transporte aéreo en la que el Tribunal mantuvo un criterio de interpretación restrictivo. El artículo 86.2 (*ex* 90.2) fue invocado por la compañía aérea francesa *Air Inter* en su recurso contra las Decisiones de la Comisión de 27 de abril de 1994 elaboradas en aplicación del Regla-

mento 2408/92 de 23 de julio de 1992<sup>47</sup> en las que se obligaba a dicha compañía a abrir las líneas aéreas Paris (Orly)-Marsella y Paris (Orly)-Toulouse, y se ponía en cuestión la exclusividad del uso de los aeropuertos *Charles de Gaulle* y *Orly*. La recurrente argumentaba que la organización de los transportes aéreos nacionales reposaba sobre el sistema de perecuación entre líneas rentables y líneas no rentables y que la exclusividad que le había sido concedida sobre las líneas *Orly-Marsella* y *Orly-Toulouse* estaba justificada por su obligación de explotar las líneas no rentables de manera regular y a tarifas accesibles a fin de contribuir a la ordenación del territorio.

En la sentencia de 19 de junio de 1997 al asunto *Air Inter S. A. contra Comisión*<sup>48</sup>, el Tribunal de Primera Instancia empieza confirmando que, en tanto mecanismo de derogación a las reglas del Tratado, el artículo 86.2 (*ex* 90.2) debe ser interpretado de manera estricta<sup>49</sup>, y que, en el caso concreto, la recurrente —la compañía aérea francesa—, a la que incumbía la carga de la prueba, no había demostrado que la aplicación de la Decisión hacía imposible el cumplimiento de la misión particular que le había sido encomendada. Se señala en este sentido por el Tribunal que la demandante se limita a afirmar que la organización de los transportes aéreos nacionales se basaba en el sistema de reparto entre líneas rentables y líneas no rentables y que la exclusiva que le fue concedida sobre las líneas *Orly-Marsella* y *Orly-Toulouse* estaba justificada por su obligación de explotar las líneas no rentables de manera regular y con tarifas no prohibitivas para contribuir a la ordenación del territorio. La demandante, sin embargo, no cuantificó la pérdida de ingresos probable en el supuesto de que se permitiera a otras

compañías aéreas hacerle competencia en las dos líneas controvertidas. Se añade por otra parte que dicha empresa no demuestra tampoco que dicha pérdida de ingresos fuera a ser de tal magnitud que le forzara a abandonar determinadas líneas integradas en su red.

El Tribunal de Primera Instancia acepta que los sistemas combinados de red aérea nacional y de reparto interno invocados por la demandante no constituían un fin en sí mismo, sino medios elegidos por los Poderes públicos franceses para realizar la ordenación del territorio francés. Ahora bien, la demandante no alegó, y menos aún, demostró, que a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 2408/92, no existiera ningún sistema alternativo apropiado que permitiera asegurar la ordenación del territorio y, en particular, garantizar la financiación de las rutas deficitarias<sup>50</sup>. En consecuencia, concluye el Tribunal, "la demandante no ha probado que la Decisión impugnada impida, de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión específica a ella confiada"<sup>51</sup>.

De manera mucho más flexible ha procedido el Tribunal de Justicia a la aplicación del régimen excepcional en las sentencias relativas al sector eléctrico y del gas de 23 de octubre de 1997<sup>52</sup>. En concreto, en el asunto en el que se resuelve sobre los derechos exclusivos de importación y exportación de gas y electricidad de las empresas francesas *Électricité de France* y *Gaz de France* el Tribunal precisa —en una redacción un tanto enrevesada— que "si bien es cierto que corresponde al Estado miembro que invoca el apartado 2 del artículo 90 demostrar que concurren los requisitos previstos en esta disposición, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que, al exponer de manera detallada las razones

por las cuales considera que, en el caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro –no habla de imposibilidad– el cumplimiento de las misiones de interés económico general en condiciones económicamente aceptables, el Estado vaya aún más lejos y demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones”<sup>53</sup>.

En consecuencia, según esta jurisprudencia, corresponde al Estado probar que la supresión de los derechos exclusivos compromete el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa y corresponde a la Comisión el concreto examen de los medios de sustitución o de las alternativas al monopolio, interpretación que se aleja de la posición defendida por la Comisión europea en cuyo recurso, éste órgano comunitario había formulado que el Estado francés no había demostrado que no existía ninguna otra medida menos restrictiva para preservar los intereses cuya consecución se pretendía, en especial, en materia de seguridad de aprovisionamiento. El Tribunal insiste en su interpretación sobre la carga de la prueba al rechazar las propuestas que la Comisión había presentado –a pesar de entender el propio Tribunal que no le correspondía formular a ella–. En este sentido, la Corte de Luxemburgo expresa que “la Comisión tampoco ha examinado en concreto si las alternativas que sugiere permitirían a EDF y GDF cumplir las misiones de interés económico general que les han sido encomendadas guardando respeto a todas las obligaciones y exigencias que les han sido impuestas”<sup>54-55</sup>.

#### 4. Conclusiones

La interpretación llevada a cabo por el Tribunal en los asuntos relativos al sector de la electricidad y del gas a los que acabamos de referirnos, ha supuesto en nuestra opinión un claro paso atrás y el cuestionamiento de principios básicos del sistema económico establecido en el Tratado. Partimos de que la regla general es la libertad económica lo que implica que los derechos exclusivos o especiales han de representar –por su carácter contrario a las normas del Tratado– la excepción a este principio general. Como tal excepción, ha de interpretarse restrictivamente lo que lleva implícito el que los titulares de tales derechos, en principio, contrarios al Tratado deberán justificar que su existencia es necesaria y puede acogerse a la excepción prevista en el artículo 86.2 del Tratado.

Pero, además de ello, la justificación de que la existencia de derechos especiales o exclusivos es necesaria conlleva, a nuestro parecer, como idea inherente, la demostración de que no existen otras soluciones posibles. La complejidad que acompaña las estimaciones de política económica o la circunstancia de que nos movemos en una ponderación de hechos y valoraciones que sólo el Estado miembro afectado está en condiciones de invocar puede dificultar notablemente a la Comisión la formulación de soluciones cuyo grado de concreción, fuera de formulaciones genéricas, sea el suficiente para ser viable como tal solución alternativa. La Comisión europea, al menos en el ámbito de los recursos por incumplimiento carece de parámetros de determinación concreta<sup>56</sup>.

Esta situación es la que de hecho se produjo en los asuntos de octubre de 1997 que hemos comentado. La Comisión había plan-

teado en su escrito de réplica al recurso interpuesto contra los Países Bajos como posibles soluciones alternativas o medios sustitutivos al derecho exclusivo de importar electricidad de la empresa holandesa *SEP*, la constitución de un "Fondo de financiación del cumplimiento de las obligaciones de servicio público", la firma de "contratos de servicio público" o la exigencia de pago de una tasa para el acceso a la red<sup>57</sup>, o, como recuerda el propio Tribunal recapitulando la argumentación de la Comisión, "la distribución equitativa de los costes ligados a las obligaciones de servicio público entre, por una parte la empresa *SEP* y, por otra parte, los importadores"<sup>58</sup>. El Abogado general COSMAS ya afirmaba que estas soluciones alternativas se habían propuesto en términos tan generales –al menos las dos primeras– que era imposible apreciar si su adopción garantizaría efectivamente el cumplimiento de la misión de interés general<sup>59</sup>. Y en el mismo sentido se expresó el Tribunal en los términos de la sentencia al exponer que la Comisión "no había examinado *en concreto* si tales medios permitirían cumplir la misión de interés económico general encomendada" a la empresa holandesa<sup>60</sup>.

5. *Un tema abierto: la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación como justificación de la expansión de derechos especiales o exclusivos*

Fuera de valoraciones concretas sobre la interpretación jurisprudencial –interpretación mucho más flexible que la llevada a cabo a principios de los años 90– subyace bajo el análisis del tema que estamos tratando –la imposibilidad de llevar a cabo la prestación– un tema que ha hecho correr ríos de tinta no solamente en el marco de la interpretación

del artículo 86.2 del Tratado sino en el marco del conjunto del Derecho comunitario y en el seno de los Derechos nacionales. Se plantea de hecho en el conjunto de los casos que estamos examinando no ya sólo el tema del otorgamiento de derechos especiales o exclusivos, la constitución de un monopolio, sino también la expansión de tales derechos o del monopolio en cuestión a múltiples ámbitos de la actividad económica, ya sea dentro de un mismo sector como a sectores empresariales muy distintos, y ello amparándose en que es necesario para la financiación del servicio esencial encomendado a la empresa y la garantía en la continuidad y universalidad en su prestación. Aflora el tan debatido a nivel doctrinal principio de especialidad y el cuestionado problema de las subvenciones cruzadas<sup>61</sup>.

Los ejemplos que en la práctica se han dado son innumerables y muy gráficos. Mencionaremos por su carácter ilustrativo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991 recaída en el asunto *The British Broadcasting Corporation y BBC Enterprises Limited contra Comisión*<sup>62</sup>. En este caso debía dilucidarse, entre otras cuestiones, si una empresa que tenía encomendada la gestión del servicio nacional de radiodifusión podía mantener un monopolio sobre la publicación de las listas de programación semanal. El Tribunal de Primera Instancia debía determinar si la misión de interés general, consistente en la gestión del servicio de radiodifusión, podía quedar afectada si no se mantenía el monopolio sobre la publicación de las listas de programación. La demandante alegaba en defensa de esta situación que su misión, como servicio público de radiodifusión, no consistía únicamente en elaborar las listas con los avances de programas en el momento de

la planificación de las emisiones, sino también en dar la máxima difusión a la información sobre sus programas, "atendiendo a los intereses de las regiones y de las minorías y saliendo a la venta a un precio razonable"<sup>63</sup>, a lo que añadía que las revistas de televisión no constituían un mercado distinto del de la información exhaustiva de programas<sup>64</sup>. Sin entrar en las alegaciones en contra por parte de la Comisión<sup>65</sup>, el Tribunal entendió que "el mercado de las listas semanales y de las revistas de televisión en las que aquéllas se publican pertenecen a un campo de actividad económica, la edición, totalmente distinto del de la radiodifusión"<sup>66</sup>. A ello añadió que "el hecho de que la demandante publique su propia revista de televisión supone una actividad comercial absolutamente independiente de su actividad principal de radiodifusión. Esta afirmación no es desvirtuada por el hecho de que la demandante se esfuerce, en tanto que servicio público, por promocionar los programas que emite, y vigile principalmente que la información sobre sus programas, [...] responda a determinados criterios de calidad y presente los programas de manera exhaustiva en las dieciséis ediciones regionales de la revista"<sup>67</sup>. En resumen, el Tribunal entendió que el levantamiento del monopolio sobre esta actividad –la publicación de revistas– no ponía en peligro los objetivos de interés general, en particular, "la garantía de una cobertura de alta calidad y completa de todos sus programas, incluidos aquéllos destinados a una audiencia minoritaria y/o regional, y los de carácter cultural, histórico y educativo"<sup>68</sup>.

Más allá del caso concreto, el tema, como podemos deducir se mueve en el campo de la aplicación conjunta de los artículos 82, 86.1 y 86.2 del Tratado (*ex* 86, 90.1 y

90.2 respectivamente), aplicación conjunta gracias a la cual se ha llevado a cabo una importante liberalización en sectores fuertemente regulados y el cuestionamiento de una abusiva extensión a otros ámbitos con el objetivo de financiar el servicio esencial. Señalaremos que la doctrina general ha quedado puesta de manifiesto en diversas sentencias: las empresas colocadas en situación de monopolio no pueden aprovecharla para extender su posición a otros sectores del mercado. En este sentido, constituye un abuso a efectos del artículo 82 el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve sin justificación objetiva, una actividad auxiliar que pueda ser ejercida por una tercera empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto, con el riesgo de eliminar toda competencia por parte de los competidores<sup>69</sup>.

### E. Conclusiones generales

Haciendo un balance de todo lo expuesto hasta ahora, no cabe duda de que el tema de la imposibilidad del cumplimiento de la misión de interés económico general como justificador de la existencia de un derecho exclusivo y/o de su extensión a otros ámbitos de actividad plantea muy importantes problemas prácticos que evidencian la conveniencia de regular estos sectores y de huir de la utilización de criterios jurisprudencialmente elaborados. El criterio de la viabilidad económica de la empresa presenta la ventaja de su carácter más restrictivo a la hora de hacer operativa la excepción contenida en el artículo 86.2. Sin embargo, su puesta en práctica plantea complejas cuestiones, entre otras, la determinación precisa de las condiciones económicas

“aceptables” de la empresa o plantea que no siempre es fácil identificar los sectores que generan beneficios y los que generan pérdidas, especialmente en las industrias de alta tecnología donde, como recuerda GARDNER, el lugar en el mercado (*the marketplace*) cambia rápidamente<sup>70</sup>. Si estos sectores no pueden ser claramente identificados, resulta difícil determinar en los casos concretos que se han venido estudiando qué derechos exclusivos pueden o no ser abiertos a la libre competencia y qué cargas de acceso, si las hay, deberían pagarse al titular de tales derechos exclusivos.

Conviene añadir a lo que acabamos de exponer que a menudo es difícil determinar el grado de subsidios cruzados de una actividad rentable a otra con pérdidas que es necesario a un monopolio público para prestar el servicio a los clientes. Esta determinación requiere una compleja valoración del precio de mercado para cada tipo de servicio y un complejo método de prorrateo entre las ganancias y las pérdidas<sup>71</sup>. A estos condicionamientos a los que se han enfrentado las instancias comunitarias y que podríamos denominar objetivos o materiales del mercado, se añade otro de carácter estrictamente procesal y es la remisión a los Tribunales nacionales que los Tribunales comunitarios han hecho –en algunos de los casos planteados– de la definición precisa de alcance de los derechos exclusivos.

En resumen, la tarea a la que las instancias comunitarias se han enfrentado ha sido muy compleja al tratar de alcanzar –teniendo en cuenta que el Tratado permite el otorgamiento de derechos especiales o exclusivos– la adecuación precisa de las prerrogativas a la misión. No cabe duda de que en materia de servicios de interés económico general

podría admitirse alguna derogación a las reglas de la competencia y a la libre circulación si las medidas tomadas son las únicas posibles para permitir la realización del objetivo. El problema, como ha recordado más de un autor, es que “las prerrogativas exorbitantes acordadas a un servicio público van a menudo más allá de lo que es necesario”<sup>72</sup>.

Al hilo de todo lo expuesto, estimamos que es necesario un replanteamiento de fondo de los problemas interpretativos que hemos estudiado que arranque de dar solución a las necesidades de cumplir la misión perseguida pero no desde derechos especiales o exclusivos sino desde la consecución de los fines generales perseguidos a través de otros instrumentos mucho menos lesivos de las libertades económicas. Es necesario que se consolide un nuevo modelo regulador de los servicios esenciales económicos en red basado en principios como la desintegración vertical de los distintos segmentos de actividad que comprenden los servicios esenciales económicos en red, en el libre acceso a la red de infraestructura, en la formación competitiva de los precios, en la libertad de contratación, etcétera. Sólo desde aquí se alcanzará la necesaria y perseguida transparencia, la fijación precisa de las necesidades y la correcta asignación de los recursos a los fines.

Estamos muy lejos, frente a lo que algunos autores han planteado, de una “problemática entre soberanía y competencia”<sup>73</sup>, expresión retomada por CHAVRIER, LEGAL y BERGUES, quienes afirman que tal y como ha sido resuelto el tema de la carga de la prueba por la jurisprudencia comunitaria, “la soberanía ya no puede, tratándose de servicios públicos, ser contemplada como la excepción”<sup>74</sup>.

En una valoración más acertada y frente a un sector doctrinal que estima –recordando tradicionales y muchas veces infundadas argumentaciones– que la supresión de los derechos especiales y exclusivos y de las subvenciones cruzadas impediría el cumplimiento de la misión encomendada a las empresas gestoras de servicios esenciales económicos en red<sup>75</sup>, JESÚS TRILLO-FIGUEROA y LÓPEZ-JURADO, han insistido en que es cuestionable “que la exclusividad sea necesaria para el mantenimiento de la seguridad en la prestación –entendida ésta como continuidad–”<sup>76</sup>. Como han recordado, “el problema es económico, de compensación de costes y es en ese campo donde debiera ser resuelto”<sup>77</sup>.

### III. ESTUDIO DE LA CLÁUSULA DEL “INTERÉS DE LA COMUNIDAD” CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 86.2 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

#### A. Planteamiento inicial: la escasa dedicación doctrinal al tema

Si los distintos enunciados que contiene el artículo 86.2 (*ex* 90.2) del Tratado han dado lugar a importantes debates interpretativos jurisprudenciales y doctrinales, no ha sido el caso del último inciso de este precepto<sup>78</sup>. Ha sido muy insuficientemente estudiado a nivel doctrinal y escasamente invocado incluso por la Comisión en materia de recursos por incumplimiento. Aunque es temprano para hacer valoraciones, es posible que, como ha manifestado CHEROT, que con la evolución del mercado interior, dicho enunciado “estará cada vez más en el centro de los debates contenciosos en la aplicación del artículo 90.2”<sup>79</sup>.

#### B. Inserción de la cláusula en el último enunciado del artículo 86.2 TCE

Entrando en el estudio de la denominada segunda premisa del test de la proporcionalidad, recordaremos que en el artículo 86.2 último enunciado se establece que “*el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad*”<sup>80</sup>. Dicho en otros términos, el régimen que configura el artículo 86.2 tiene una excepción en beneficio de los intereses de la Comunidad que prevalecen en última instancia sobre los de la misión confiada cuando el desarrollo de los intercambios quede afectado en forma contraria a los intereses de la Comunidad. Queda claro que si retomamos el conjunto de los enunciados que hemos analizado hasta ahora, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 86.2 tiene una estructura compleja. Se parte, como vimos, de que las empresas encargadas de la gestión de un servicio esencial de carácter económico están sometidas a las reglas del Tratado y los Estados no pueden adoptar o mantener en lo que a ellas se refiere, medidas contrarias a éste. Se añade que las reglas del Tratado pueden ser inaplicadas si esto es necesario para permitir a las empresas gestoras del servicio el cumplimiento de la misión encomendada y responder a las obligaciones particulares que les son impartidas. Por último, se precisa que esta derogación al régimen general no debe aplicarse si afecta a los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad. Pasemos a analizar el alcance y significación del último enunciado del polémico artículo 86.2 del Tratado.

### C. En torno al enunciado relativo al desarrollo de los intercambios

Como hemos señalado al enunciar el tenor literal del precepto objeto de nuestro estudio, el artículo 86.2 permite no aplicar las reglas de la competencia a las empresas encargadas de la gestión de servicios esenciales de carácter económico, siempre y cuando esta inaplicación no afecte al desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. Ciertamente, la no aplicación de tales normas sobre la competencia afectará en mayor o menor medida a los intercambios intracomunitarios<sup>81</sup>. En este sentido, los redactores del Tratado fueron conscientes al prever un régimen excepcional a la aplicación de las normas sobre la competencia de que las posibles conductas anticompetitivas previstas afectarían o podrían afectar al desarrollo de los intercambios entre los Estados miembros, afectación o perjuicio que, según la ulterior interpretación que de él se ha hecho tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, ha de ser perceptible y de cierta importancia<sup>82</sup>. Como pautas indicadoras de este perjuicio, los órganos comunitarios tienen en cuenta, entre otros, el nivel de volumen de negocios de las empresas<sup>83</sup>, la posición de éstas en el mercado<sup>84</sup> y la estructura del mercado en cuestión<sup>85</sup>.

Ahora bien, para que las reglas de la competencia no sean aplicadas a las conductas restrictivas de la competencia de las empresas a las que se refiere el artículo 86.2 es condición necesaria que el perjuicio que dichas conductas representan para los intercambios intracomunitarios no sea contrario al interés de la Comunidad. Significa esto, por consiguiente, que si tales conductas contravienen este interés, quedarán some-

tidas a las reglas de la competencia aun cuando su aplicación imposibilite el cumplimiento del correspondiente servicio de interés económico general. La cuestión clave del enunciado es, sin duda, qué se entiende por *interés de la Comunidad*.

### D. La cláusula de interés de la comunidad

#### 1. Su vinculación a los objetivos finales de la Comunidad

Al igual que ocurría con otros enunciados del artículo 86.2, por ejemplo, con el enunciado relativo al concepto de servicio de interés económico general, la referencia al *interés de la Comunidad*, sólo aparece en el artículo 86.2<sup>86</sup>. La mayoría de los autores reconduce éste último inciso del artículo 86.2 al ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>87</sup>, pero más allá de esta consideración, su determinación material no ha constituido –y lo señalábamos antes– objeto prioritario de estudio. En una primera aproximación, algún sector doctrinal se ha preocupado por determinar, desde una perspectiva negativa, qué no es este “interés de la Comunidad” (método del *videtur quod non*). En este sentido, se descarta la identificación del interés de la Comunidad con el interés de las empresas de la Comunidad. Tempranamente y aunque referido al artículo 3.º del Tratado de la extinguida CECA, el Tribunal de Justicia declaró que bajo los términos de “interés común” que en él aparecen recogidos no se comprenden los intereses de un determinado grupo<sup>88</sup>. Tampoco coincide la significación de este enunciado con los intereses comunes de los Estados miembros en cuanto el interés de la Comunidad trasciende a éstos. Y parece igualmente inexacto identificar el interés de

la Comunidad con el interés del mercado común; éste constituye una pieza fundamental de aquélla, pero no se confunde con ella.

Desde una óptica positiva (método del *videtur quod si*) se ha vinculado la noción a los principios en los que se cimenta la Comunidad, formulados en los artículos 2.º y 3.º del Tratado. Bajo este prisma, como ha apuntado BOTANA AGRA, el interés de la Comunidad se proyecta en el establecimiento de una zona de política económica común tendente al logro de una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, un rápido aumento del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados miembros<sup>89</sup>. En este sentido, el interés de la Comunidad se identifica con los fines especificados en el artículo 3.º contemplados en función de los objetivos últimos enunciados en el artículo 2.º<sup>90</sup>.

En general, se ha considerado la cláusula del interés de la Comunidad funcionalmente como una garantía del respeto de las reglas de la competencia y de la preservación de la unidad del mercado común<sup>91</sup>. Sin duda se presenta como un condicionamiento que limita la autonomía de los Estados —fundamentalmente, como comentaremos más adelante, en la utilización de su sector público como instrumento de su política económica o fiscal— y que condiciona la posible aplicación del régimen excepcional contenido en este citado artículo 86.2, máxime cuando el apartado tercero de este mismo precepto encomienda expresamente a la Comisión la difícil tarea de interpretar los conceptos jurídicos indeterminados de este artículo y, en consecuencia, la aplicación de este límite general y de la excepción.

Si esta es la determinación general de lo que sea interés de la Comunidad, determi-

nación hecha fundamentalmente a la luz de los escasos trabajos doctrinales que al tema se han dedicado, hemos de analizar la exégesis que de este enunciado se ha hecho por las instancias comunitarias.

## 2. *En torno al necesario control de proporcionalidad entre el interés nacional y el interés comunitario*

En lo que respecta a la interpretación de este enunciado del artículo 86.2 por parte de las instancias comunitarias, hemos de partir de que tampoco ha sido objeto de notables precisiones<sup>92</sup>. Por parte de la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal de Justicia no ha elaborado una interpretación precisa ni del concepto ni del conjunto del enunciado del precepto aunque sí se ha referido a él, insistimos de manera escasa y sucinta, en algunos de sus fallos y ha llevado a cabo recientemente algunas precisiones.

Como una de las raras referencias al interés comunitario, podemos destacar la sentencia de 19 de marzo de 1991 en el asunto *República francesa c/ Comisión*<sup>93</sup> en la que se recoge que "al permitir con sujeción a ciertos requisitos algunas excepciones a las normas generales del Tratado, esta última disposición pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, fundamentalmente del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad"<sup>94</sup>. Al hilo de esta interpretación, DE LA QUADRA-SALCEDO, señala que el último inciso del artículo 86.2 (*ex* 90.2) "supone una garantía a los intereses de la Comunidad que prevalecen sobre los de los Estados y su derecho a adoptar decisiones de política económica en torno a los servicios de interés económico general"<sup>95</sup>.

No cabe duda de que este último inciso del precepto exige, al menos en un plano teórico y al igual que el otro enunciado que hemos comentado en el punto anterior (el de la imposibilidad del cumplimiento de la misión), poner en práctica un control de proporcionalidad entre la aceptación de determinados privilegios en favor de una empresa gestora de un servicio esencial —en aras al cumplimiento de la misión encomendada— y el respeto al desarrollo de los intercambios intracomunitarios. Siempre, estimamos, desde el respeto a los objetivos primarios que son la plena eficacia de las normas sobre la competencia y la realización del mercado común.

Enlazando con esta interpretación jurisprudencial que acabamos de comentar, la Comisión europea estableció en su Decisión de 22 de diciembre de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE y del artículo 65 del Tratado CEEA<sup>96</sup>, que “el desarrollo de los intercambios no debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. De otro modo, el cumplimiento de los presupuestos del apartado 2 del artículo 86 se mediría exclusivamente por criterios nacionales, de modo que se dejaría en último extremo al arbitrio de los Estados miembros. En consecuencia, la necesidad de las medidas nacionales debe medirse con criterios comunitarios”<sup>97</sup>.

### 3. Especial referencia a la flexibilización jurisprudencial en el control de proporcionalidad

La interpretación del último inciso del artículo 86.2 que acabamos de comentar en el epígrafe precedente, que arranca del tenor literal del precepto, ha sido objeto, al igual que lo que ha ocurrido con los otros enun-

ciados del precepto, de una criticable flexibilización en la que la balanza interpretativa se ha inclinado claramente hacia el interés de los Estados miembros o de sus empresas, en la línea iniciada con las sentencias *Corbeau* y *Almelo*, relegando a un segundo plano la referencia del artículo 86.2 al interés comunitario.

Significativas son las citadas sentencias de 23 de octubre de 1997 de las que haremos hincapié en algunas cuestiones. Sintetizando el contenido de los distintos fallos, en todos ellos el Tribunal rechazó el argumento de la Comisión según el cual el mantenimiento de los derechos exclusivos de importación de gas y de electricidad conducía necesariamente a un desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad<sup>98</sup>.

Destacaremos dos aspectos. En primer lugar, en el conjunto de las sentencias la Corte de Luxemburgo acepta la ecuación que podríamos esquematizar de la siguiente manera: “alto volumen de intercambios comerciales” igual a “interés comunitario”, acudiendo por tanto a los resultados cuantitativos alcanzados por las empresas gestoras fuera de toda consideración de los medios utilizados y de su conveniencia y conformidad con los principios que informan el Tratado<sup>99</sup>. El Abogado general COSMAS en sus conclusiones había señalado que, a pesar de la existencia de los derechos exclusivos controvertidos, las importaciones realizadas por los titulares de dichos derechos “no son, en absoluto, insignificantes”, concluyendo a partir de ello que no se podía apreciar que “tales derechos afectaran a los intercambios intracomunitarios de electricidad y gas natural”<sup>100</sup>.

Además de lo que acabamos de comentar, el Tribunal vuelve, en relación al inte-

rés comunitario, a tratar el tema de la carga de la prueba. Sobre este tema, el órgano jurisdiccional considera que corresponde a la Comisión aportar la prueba de que el interés comunitario puede verse afectado y, en consecuencia, que debe ser ella quien demuestre como a falta de una política común en el ámbito de que se trata, habría sido posible un desarrollo de los intercambios directos entre productores y consumidores, paralelamente al de los intercambios entre grandes redes, sin la existencia de un derecho de acceso de dichos productores y consumidores a las redes de transporte y de distribución<sup>101</sup>. Y va más allá. Establece que corresponde a la Comisión definir, bajo control del Tribunal de Justicia, el interés de la Comunidad respecto del cual debe evaluarse el desarrollo de los intercambios<sup>102</sup>. En este punto remite a los poderes otorgados a dicho órgano en base al artículo 86.3, recordando la posibilidad de dirigir a los Estados miembros directivas o decisiones destinadas a velar por la aplicación del artículo 86<sup>103</sup>.

## E. Conclusiones

¿Qué conclusiones pueden extraerse de la exégesis llevada a cabo en torno a la cláusula del interés de la Comunidad contenida en el artículo 86.2? Hemos de detenernos especialmente en el tema tratado en el último epígrafe, esto es, la flexibilización en la aplicación del juicio de proporcionalidad al que ha de procederse en la interpretación del último enunciado del artículo 86.2.

En lo que respecta al tema de la carga de la prueba tal y como ha sido entendido recientemente por el Tribunal de Justicia, no consideramos que sea la interpretación acertada en cuanto supone contravenir lo

que debe ser el principio básico de interpretación y la carga de la prueba que éste implica. Esto es, teniendo en cuenta que el objetivo básico y primario de la Comunidad es la creación de un gran mercado donde operen las libertades económicas básicas y caracterizado por el libre desarrollo de los intercambios, todo derecho exclusivo o especial o, en definitiva, cualquier restricción al desarrollo de dichos intercambios es, en principio, contraria a los intereses y objetivos de la Comunidad. Correspondería en consecuencia a su "vulnerador", no solamente demostrar que la infracción de las normas sobre la competencia es necesaria para asegurar la continuidad y universalidad en la prestación de un determinado servicio esencial, sino además que dicha infracción no afecta a los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad.

Pero además hemos hablado de la aceptación por parte del Tribunal de la ecuación "alto volumen de intercambios de las empresas titulares de los derechos controvertidos" igual a "interés de la Comunidad". No consideramos acertada esta interpretación en cuanto tal elevado volumen puede ser fruto de privilegiadas situaciones de monopolio. De ello ilustra con creces el caso francés donde mientras no se puede cuestionar el elevadísimo volumen de negocios de las empresas *Électricité de France* o *Gaz de France*, su potencial económico, su constante expansión en el mercado, etc. no hay que olvidar que todo ello se hace desde una muy ventajosa situación de monopolio y fuertes privilegios, algo que choca frontalmente con los principios más elementales del Tratado.

Resulta muy criticable en coherencia con lo dicho, la interpretación llevada a cabo por

el Abogado general COMAS para quien el tenor literal del último inciso del artículo 86.2, especialmente el uso de los términos "desarrollo de los intercambios" y del verbo "quedar afectado" conduce a la conclusión de que los redactores del Tratado quisieron, con esta disposición, excluir la aplicación de la disposición excepcional del apartado 2 del artículo 86 cuando se trate de medidas que, además de poder tener efectos restrictivos en el comercio intracomunitario, hayan producido en la práctica tales efectos restrictivos, siendo estos, además de tal magnitud que los intercambios intracomunitarios en el correspondiente sector sean prácticamente inexistentes<sup>104</sup>.

En resumen, no estimamos nada acertada la interpretación que del tema se ha hecho, interpretación claramente favorecedora de cuestionables situaciones monopolísticas nacionales. Hay que decir que, a pesar del tenor literal del enunciado que permite una afectación de los intercambios en la medida que no sea contraria al interés de la Comunidad, por definición, todo derecho exclusivo, todo monopolio, afecta de manera contraria al interés primario de la Comunidad que es la consecución de un gran mercado. Ello exige que, teniendo en cuenta que el artículo 86.2 permite cierta afectación a los intercambios en la medida que no sea contrario al interés de la Comunidad, dicha afectación se haga siempre desde una óptica restrictiva, óptica que no es otra que la que informa, no ya solamente este último enunciado del artículo 86.2 que acabamos de estudiar sino el conjunto del citado precepto. En este sentido, habría que ser mucho más exigente o riguroso en la aplicación de este enunciado de lo que, en ese cambio de tono o "tono nuevo"<sup>105</sup> que se inició con las sentencias *Corbeau* y *Almelo*, el Tribunal ha sido.

- 1 "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia [...]". Este precepto se recoge en estricto tenor literal, al menos en sus primeros enunciados, en el artículo III-166.2, —refiriéndose obviamente a la Constitución en lugar de al Tratado— del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. En este último texto citado se cambia en el último enunciado del precepto "el desarrollo de los intercambios" por "el desarrollo del comercio".
- 2 Cfr. por ejemplo, J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE y F. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO. *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 312 y 313.
- 3 La solución aceptada por el TJCE ha ido reiterándose desde la sentencia de 21 de marzo de 1974, "*Sabam*", también conocida como "*BRT-II*" (127-73, Rec. 1974-I, apartado 19). Cfr. entre otras, la sentencia de 11 de abril de 1989, "*Abmed Saeed*" (66/86, Rec. 1989-4) o la sentencia de 10 de diciembre de 1991, "*Porto di Genova*" (C-179/90, Rec., 1191-10). Ténganse en cuenta las conclusiones del Abogado general DARMON referidas al asunto "*Almelo*" (C-393/92, Rec. 1994/4, apartado 143) presentadas el 8 de febrero de 1994. *Vid.* también, la sentencia de 17 de julio de 1997, "*GT-Link A/S*" (C-242/95, apartado 50).
- 4 Cfr. la sentencia de 21 de marzo de 1974, "*Sabam*" (127-73, Rec. 1974-I, apartado 20) o la sentencia de 22 de marzo de 1977, "*Steinike et Weinlig*" (78-76, Rec., 1977-1, apartados 16 y ss.).
- 5 Por parte de la Comisión, téngase presente la Decisión de 2 de junio de 1971, caso "*Gema*". A nivel jurisprudencial, cfr. la sentencia de 14 de julio de 1971, "*Hein*", también conocida como "*Port de Mertert*" (10/71, Rec., 1971-2). Cfr. también la citada sentencia de 21 de marzo de 1974, "*Sabam*" (127/73, Rec. 1974-1, apartado 20) o, entre otras, la sentencia de 14 de julio 1981, "*Züchner*" (172/80, Rec. 1981-6, apartado 7). A nivel doctrinal Cfr. J. A. GARCÍA DE COCA. "Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general", vol. col., *Derecho Europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, L. A. VELASCO SAN PEDRO (coord.), Valladolid, Lex Nova-Instituto de Estudios Europeos, 2005, pp. 648 a 650.
- 6 Cfr. los apartados 17 a 24.
- 7 Cfr. la Sentencia de 27 de abril de 1994, "*Almelo*" (C-393/92, Rec. 1994/4, apartado

- 47). Téngase también presente la Sentencia de 23 de octubre de 1997, "Comisión/República francesa" (C-159/94, apartado 66).
- 8 Cfr. J. M. NEBOT LOZANO. "Competencia y servicio público en la actividad eléctrica", vol. col., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Madrid, Civitas, 1998, p. 25; M. BOTANA AGRA. "La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE", vol. col., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Madrid, La Ley, 1994, p. 353.
- 9 Para M. WAELBROECK y A. FRIGNANI (*Derecho europeo de la competencia*, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1998, p. 398), esta exigencia "resulta excesiva". Según estos autores, no hay razón "para excluir del beneficio del apartado 2 del artículo 90 a los organismos cuya constitución está claramente inspirada por un objetivo de interés general, por el único motivo de que ello no resulte de un acto formal (loc. cit.). En tal sentido, señalan que desde el momento en que la empresa realiza de hecho "una actividad de interés general, y por ello se halla sujeta a un control por parte de la autoridad pública, no existe motivo alguno para negarle el derecho a invocar el apartado segundo" (loc. cit.). Cfr. también, R. FRANCESCHELLI. "Informe general", *Rivista di diritto industriale*, 1963, p. 87.
- 10 Cfr., sobre ella, el comentario de J. L. BUENDÍA SIERRA. "Services d'intérêt general en Europe et politique communautaire de concurrence", *Competition Policy Newsletter*, n.º 3, vol. 2, 1996, pp. 1 y 2.
- 11 Antiguo párrafo tercero del artículo 3B del Tratado. Sin haber alterado la redacción existente, en él se dispone que "ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado". En el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, hay que tener en cuenta, el artículo I-11.4 donde se señala que "en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución". Asimismo existe un Protocolo específico sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
- 12 Cfr. M. VAN DER WOUDE. "Article 90: Competing for competence", *European Law Review*, n.º 17, 1992, p. 60; R. KOVAR. "La "peau de chagrin ou comment le droit communautaire opera la reduction des monopoles publics", *Europe (ed. Techniques)*, juillet, 1992, pp. 1 a 4; C. ESTEVA MOSSO. "La compatibilité des monopoles de droit du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE", *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3, 1993, p. 445; M. KERF. "The Policy of the Commission of the ECC Toward National Monopolies. An Analysis of the Measures Adopted on the Basis of Article 90, paragraph 3 of the EEC Treaty", *World Competition*, vol. 17, n.º 1, 1993, p. 73; L. DELFALQUE. "Le Traité de la CEE interdit-il la création, le maintien ou l'extension des monopoles nationaux?", *Journal Trimestriel de Droit Européen*, n.º 2, 1993, p. 42; E. MALARET I GARCÍA. "Servicios públicos y Unión europea: los servicios públicos telefónicos en el marco de la liberalización de las telecomunicaciones, la reducción del ámbito del monopolio paso previo a su desaparición", vol. col., *Régimen jurídico de los servicios públicos*, E. MALARET GARCÍA (dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 123; G. ECKERT. "L'intervention des collectivités territoriales en matière d'infrastructures de télécommunications: difficultés nouvelles et solutions anciennes", *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 1, janvier-février, 2000, p. 153.
- 13 Recordamos, asunto C-393/92, resuelto por la sentencia de 27 de abril de 1994 (Rec., 1994/4, pp. I-1508-I-1524). Las conclusiones fueron presentadas el 8 de febrero de 1994. Cfr. pp. I-1480-I-1506.
- 14 Cfr. el apartado 142, p. I-1501.
- 15 A nivel comparado y en una temprana interpretación, ya el profesor DERINGER estimaba en 1968 que es lo que se desprendía de la terminología utilizada, por ejemplo, en alemán y en holandés ("verhindert") o en francés ("faire échec"). Vid. *The competition law of the EEC*, New York, Routledge, 1968, p. 252. Cfr., también, R. GARCÍA VICENTE y A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ. "Las privatizaciones en Europa. Implicaciones en Derecho comunitario", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 126, 1995, p. 32. Reproduciendo la terminología utilizada en otros idiomas se habla de la aplicación de las normas sobre la competencia a las empresas objeto de nuestro estudio "in so far as the application of such rules does not obstruct the performance [...] of the particular tasks assigned to them"; [...] nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento [...], della specifica missione loro affidata"; [...] dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement [...] de la mission particulière qui leur a été impartie; [...] soweit

- die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert; [...] na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento [...] da missão particular que lhes foi condiada"; o, como decíamos, en parecidos términos que en alemán, en holandés, "[...] met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, [...] van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert".
- 16 Asunto 78/82, resuelto por la sentencia de 7 de junio de 1983, Rec., 1983/6, pp. 1955-1971.
  - 17 Cfr. el apartado VI, letra B, p. 1988. Cfr., también, S. GOZI. *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 1998, p. 19.
  - 18 Cfr. "L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau", *Actualité Juridique. Droit Administratif*, n.º 3, mars, 1996, p. 177.
  - 19 Vid. *ibid.*, loc. cit. Cfr., también, O. RAYMUNDIE. *Gestion délégué des services publics en France et en Europe*, Paris, Le Moniteur, 1995, p. 355; J. M. NEBOT LOZANO. "Competencia...", cit., p. 29.
  - 20 Cfr. S. MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado. Fundamentos*, vol. 1, Madrid, Civitas, 1998, p. 201. En este sentido también se ha manifestado el *Conseil d'État* francés en su informe anual *Reflexions sur l'intérêt général*: "[...] il y a lieu d'y déroger (la application du droit de la concurrence) si une finalité d'intérêt général –l'accomplissement d'une mission de service public ou de service d'intérêt économique général– est compromise" (La documentation française, 1999, n.º 50, pp. 352 y ss.).
  - 21 En este sentido lo entendió la Comisión en su Decisión de 17 de diciembre de 1981 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/29.995, *Naveva-Anseau*) (82/371/CEE), DOCE L 167/39, 15.6.82, punto 66, p. 48.
  - 22 Según GARDNER, la Corte de Luxemburgo ha fundado esta interpretación en una enraizada doctrina del Derecho de la competencia según la cual, "restrictive provisions in agreements which would otherwise be contrary to Article 85.1 are permissible if they are directly related to and reasonably necessary for the implementation of pro-competitive transaction". Cfr. "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the free Market in Europe's Regulated Sectors", *European Competition Law Review*, n.º 2, 1995, p. 82.
  - 23 Cfr. las conclusiones del Abogado general TESAURO en el asunto *Corbeau* (C-320/91, Rec. 1993/5, pp. I-2563 y ss.) presentadas el 9 de febrero de 1993 (pp. I-2548 y ss.), en concreto, el apartado 15, p. I-2556.
  - 24 Cfr. J. DE LA CRUZ FERRER. *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Madrid, Macial Pons, 1999, p. 79; MALARET I GARCÍA. "Servicios públicos y...", cit., p. 120. Según esta autora, "la libre competencia en los sectores rentables llevaría al "descreme", es decir, a la actuación de los operadores únicamente en los sectores rentables", (vid. *ibid.*, loc. cit.).
  - 25 Cfr. GARDNER. "The Velvet...", cit., p. 82.
  - 26 Cfr. BUENDÍA SIERRA. "Services...", cit., p. 7.
  - 27 Asunto C-41/83, Rec., 1985/3, pp. 873 y ss.
  - 28 Cfr. especialmente los apartados 32 y 33, p. 888.
  - 29 Cfr. el apartado 144, p. I-1501.
  - 30 Cfr. "Note sous l'arrêt *Commune d'Almelo*", *Recueil Dalloz-Sirey*, n.º 2, 1995, p. 20.
  - 31 Vid. *ibid.*, loc. cit.
  - 32 Cfr. el apartado 16, p. I-2569.
  - 33 Cfr. los apartados 17 y 18, p. I-2569.
  - 34 Cfr. el apartado 49, p. I-1521.
  - 35 Cfr. las cuatro sentencias recaídas el 23 de octubre de 1997 en los asuntos C-157/94, C-158/94, C-159/94 y C-160/94, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, República Italiana, República Francesa y Reino de España*.
  - 36 Cfr. los ya citados apartados 14 a 16 y 49 de las respectivas sentencias.
  - 37 Las cursivas son nuestras. La argumentación de la Comisión aparece recogida en la sentencia al asunto C-159/94, en concreto, en el apartado 52, p. I-11 y en la sentencia al asunto C-157/94, apartados 35 ("sólo cuando sean necesarias para el equilibrio financiero de la empresa") y 53 ("en condiciones económicas aceptables"), p. I-9 y I-12 respectivamente.
  - 38 La cursiva es nuestra. Vid. el apartado 59 de la sentencia, pp. I-12-I-13. En idénticos términos la sentencia C-157/94 apartado 43, p. I-10.
  - 39 El Gobierno holandés había alegado que para justificar los derechos exclusivos concedidos en base al artículo 86.2 (ex 90.2) no había que demostrar que su supresión trastocaría el equilibrio económico de la empresa pública eléctrica (SEP), sino que había que demostrar que dicha supresión iba a alterar la aplicación de los principios básicos en los que se asentaba la gestión del sistema de suministro eléc-

- trico nacional. *Vid.* sobre este punto el apartado 95 de las conclusiones del Abogado general presentadas el 26 de noviembre de 1996, p. I-64.
- 40 Cfr. el apartado 61 de la sentencia al asunto C-159/94, p. I-13 y el apartado 55 de la sentencia al asunto C-157/94 p. I-12.
- 41 Cfr., "L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité", *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 1, janvier-février, 1998, p. 140.
- 42 Cfr. H. CHAVRIER, H. LEGAL, y G. DE BERGUES. "Actualité de droit communautaire", *Actualité Juridique. Droit Administratif*, avril, 1998, p. 326.
- 43 Un ejemplo de lo que estamos diciendo aparece en la argumentación del Abogado general COSMAS en relación al recurso interpuesto contra el monopolio de la empresa eléctrica italiana ENEL, cuando este jurista se refiere a que la supresión del derecho exclusivo de importación de ENEL podía "obstaculizar el funcionamiento del mecanismo de compensación" (la cursiva es nuestra). Se ve claramente que no se refiere a imposibilidad. Cfr. el apartado 102, p. I-67.
- 44 Cfr., por ejemplo, la sentencia en el asunto C-159/94, punto 56, p. I-12.
- 45 Pueden verse sobre este tema las citadas conclusiones del Abogado general COSMAS, p. I-62. Cfr., también, el apartado 93 de la sentencia al asunto C-159/94, p. I-18.
- 46 Cfr. las conclusiones de ROZÉS en el asunto *Commission des Communautés européennes contre République italienne* (78/82, Rec., 1983/6, pp. 1955 y ss.) presentadas el 26 de abril de 1983, en concreto, el apartado B, p. 1988. Cfr. DERINGER. *The competition...*, cit., p. 252; las conclusiones del Abogado general VAN GERVEN en el asunto *Porto di Genova*, apartado 28, p. I-5920; WAELBROECK, FRIGNANI. *Derecho...*, cit., p. 390; RAYMUNDIE. *Gestion...*, cit., p. 355.
- 47 Cfr., especialmente, la Decisión de la Comisión de 27 de abril de 1994 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo, (Asunto VII/AMA/IV/93, TAT-París (Orly)-Marsella y París (Orly)-Toulouse), DOCE L 127/32 de 19 de mayo de 1994, pp. 32 a 37. El recurso también se refería a la Decisión de la Comisión de 27 de abril de 1994 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo, (Asunto VII/AMA/IV/93, TAT-París (Orly)-Londres), DOCE L 127/32 de 19 de mayo de 1994, pp. 22 a 31.
- 48 Asunto T-260/94, Rec., 1994, II, pp. 997 y ss.
- 49 El Tribunal reitera la jurisprudencia establecida en el asunto SABAM, de 21 de marzo de 1974 (127/73, Rec., 1974/1, apartado 19, p. 318). *Vid.* el apartado 135.
- 50 Cfr. los apartados 138 a 140, pp. II-31-II-32. 51 *Vid.* el apartado 141, p. II-32. Para un comentario de la sentencia, cfr. J. B. BLAISE y L. IDOT. "Concurrence", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 3, juillet-septembre, 1997, pp. 498 y ss.
- 52 Asuntos C-157/94, C-158/94, C-159/94 y C-160/94, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos, República Italiana, República Francesa y Reino de España.
- 53 Cfr. el apartado 101 de la sentencia al asunto C-159/94, p. I-20. En los mismos términos se expresa el Tribunal en relación a los derechos exclusivos de la empresa eléctrica holandesa SEP. Cfr. el apartado 58 de la sentencia al asunto C-157/94, p. I-13.
- 54 Cfr. el apartado 100 de la sentencia al asunto C-159/94, pp. I-19-I-20.
- 55 Aunque no en materia de interpretación y aplicación del artículo 86.2 (*ex* 90.2), mencionaremos la sentencia de 23 de octubre de 1997 en el asunto *Harry Franzén* (C-189/95, Rec., 1997). En ella se dilucidaba sobre el monopolio sueco de distribución de alcohol, monopolio en cuya defensa el Gobierno sueco había alegado la protección de la salud de las personas. El Tribunal de Justicia procede a la aplicación del principio de proporcionalidad (que, como hemos visto, también se proyecta en la interpretación del artículo 86.2 del Tratado) y sentencia que el Gobierno sueco "no ha demostrado que el régimen de licencias establecido por la Ley sobre bebidas alcohólicas [...] sea proporcionado al objetivo de salud pública perseguido, ni que dicho objetivo no pueda lograrse aplicando disposiciones que restrinjan en menor grado los intercambios intracomunitarios". (Las cursivas son nuestras). Cfr. el apartado 76, p. I-16.
- Como puede constatar, en lo que concierne a la aplicación del artículo 30 del Tratado (*ex* art. 36), la Corte de Luxemburgo ha sentenciado que la carga de la prueba sobre la proporcionalidad de una medida al objetivo perseguido —en el caso concreto, la salud pública— correspondía al Estado. Para un comentario, cfr. P. LOMBART. "La portée de l'arrêt au regard des monopoles d'importation et d'exportation de gaz naturel", *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, n.º 540, février, 1998, p. 62.

- 56 Según F. B. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, "no parece exagerado hablar de que estamos ante la exigencia de una *probatio diabólica* cuyo aparato argumental debería incluir poco menos que una propuesta acabada de regulación alternativa de sectores complejos como son la electricidad y el gas". Cfr. "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, pp. 302 a 304. En idéntico sentido, cita este autor a L. HANCHER, para la que "the task set Commission by the Court –to establish by way of detailed investigation, on all the facts of the case, that a Member State could have adopted a less restrictive approach to guaranteeing its chosen public service goals– is a virtually impossible one". Cfr. "Delimitation of Energy Law Jurisdiction: the EU and its Member States: from organisational to regulatory conflicts", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 16, febrero, 1998, p. 48, cit., *ibíd.*, loc. cit.
- 57 Cfr. el punto 40 del escrito de réplica. Muy críticos se han mostrado algunos autores defensores de los derechos exclusivos con las medidas propuestas por la Comisión. Cfr., entre otros, los comentarios de LOMBART. "La portée...", cit., p. 62, y P. BLANCHARD. "L'évolution du secteur électrique français au lendemain de l'arrêt de la Cour de Justice européenne sur les monopoles d'importation et d'exportation d'électricité", *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, n.º 540, février, 1998, p. 79.
- 58 Cfr. el apartado 56 de la sentencia al asunto C-157/94, p. I-13.
- 59 Cfr. el apartado 98 de sus conclusiones, p. I-65.
- 60 Cfr. el apartado 57 de la sentencia al asunto 157/94, p. I-13.
- 61 Podemos recordar las reflexiones de CHENOT en relación a la extensión del sector público, extensión que puede llevar a "une sorte d'anarchie féodale où chaque entreprise a pour principal but d'acroître son être", comme si elle était privée". Cfr. "Philosophie des nationalisations françaises", *Revue Française d'Administration Publique*, vol. 15, 1980, p. 10.
- 62 Asunto T-70/89, Rec., 1991-7/II, pp. II-538 y ss.
- 63 Cfr. el apartado 16 de la sentencia, p. II-547.
- 64 Cfr. el apartado 17 de la sentencia, p. II-548.
- 65 Cfr. los apartados 25 y ss., pp. II-551 y ss.
- 66 Cfr. el apartado 49, p. II-560.
- 67 Vid. *ibíd.*, loc. cit.
- 68 Cfr. el apartado 72, p. II-570. Pueden con-
- sultarse sobre este tema –abuso de posición dominante en relación a la edición y venta de guías semanales de televisión y su pretendida justificación en la gestión de un servicio de interés económico general– las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991 en los asuntos *Radio Telefis Eireann c/ Comisión* (T-69/89, Rec., 1991-7/II, pp. II-489 y ss.) y *Independent Television Publications Limited c/ Comisión* (T-76/89, Rec., 1991-7/II, pp. II-575 y ss.).
- 69 Cfr. las sentencias recaídas en materia de ampliación del monopolio de establecimiento y explotación de la red telefónica al mercado de aparatos telefónicos: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de noviembre de 1992 en el asunto *Reino de España y otros c/ Comisión* (asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Rec., 1992/9, pp. I-5833-I-5404), apartados 36 y 37, pp. I-5868-I-5869, y la sentencia de 13 de diciembre de 1991 al asunto *Régie des télégraphes et des téléphones contra GB-Inno* (asunto C-18/88, Rec., 1991/10, pp. I-5941-I-5985), apartados 19 a 24, pp. I-5980-I-5981. Para un comentario de estas sentencias nos remitimos a lo estudiado en epígrafes anteriores. Cfr., entre otros, J. L. DEWOST. "Service public et droit communautaire. Principes de base", vol. col. *Europe, Concurrente et Service Public*, ed. Masson/Armand Colin, Paris, 1995, pp. 159 y ss.; GARDNER. "The Velvet...", cit., pp. 79 y ss.; J. F. PÉREZ GÁLVEZ. "Liberalización de los servicios mortuorios", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 146, 1997 p. 57; MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado. Fundamentos*, cit., pp. 195 y ss. Para un ejemplo gráfico de la expansión empresarial a actividades conexas y su pretendida justificación en la financiación de un servicio público puede verse nuestro estudio sobre el sector eléctrico francés, *La regulación del sector eléctrico en Francia, pro manuscrito*, Valladolid, 1997, pp. 155 a 174. Cfr. también, S. CANCEL y G. DUVAL. "Enquête mensuelle de conjoncture", *Alternatives économiques*, n.º 149, juin, 1997, p. 40; C. BERGEAL. "La diversification des activités de Charbonnages de France et le principe de spécialité", *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 1, 1998, p. 53; D. TRIANTAFYLLOU. "Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris le marchés publics", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 1, janvier-mars, 1996, p. 68.
- 70 Este autor pone como ejemplo el servicio de cabinas telefónicas que funcionaban con monedas, servicio cuya prestación fue durante bastante tiempo considerado una actividad a pérdidas debido al alto grado de vandalis-

- mo. Sin embargo, con la introducción de las tarjetas de teléfono se convirtieron en una actividad muy rentable. Cfr. "The Velvet...", cit., p. 83.
- 71 Aunque no vamos a entrar en detalle ahora, uno de los objetivos perseguidos por la Comisión en todo momento y que ha informado sus Decisiones y Directivas en materia de servicios de interés económico general en red ha sido tratar de evitar los subsidios cruzados. Cfr., entre otros, G. ARIÑO ORTIZ. "El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad", *Noticias/CEE*, n.º 100, 1993, pp. 12 y ss.; J. M. GIMENO FELIU. "Reflexiones sobre el mercado interior eléctrico: a propósito del "common carrier"", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 115-116, 1993, p. 56; A. MCHARG. "Accountability in the electricity supply industry", *Utilities Law Review*, Spring, 1995, pp. 34 a 41; J. P. BOUTTES y R. LEBAN. "Competition and regulation in Europe's network industries from theoretical approach to sectorial application", *Utilities Policy*, n.º 2, 1995, pp. 127 a 146; G. ARIÑO ORTIZ. "El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencias en el umbral de 1995", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 125, 1995, pp. 19 y ss.; O. RUIZ CAÑETE. "La abolición de los derechos exclusivos de la empresa pública", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 126, 1995, p. 48; L. HANCHER. "Cross-subsidisation and EC Law", *Utilities Law Review*, April, 1996, pp. 71 a 75; S. ARROWSMITH. "The implications of the Advocate General's Opinion in the "Leased Lines" Case for the Drafting of the New Regulations on Utilities", *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 1996, pp. 157 y ss.; J. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE. "Liberalización eléctrica en España: aspectos básicos de su regulación", vol. col., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 37 y ss.; J. M. NEBREDÁ PÉREZ. "Liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización", vol. col., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 231 y ss.
- 72 Cfr. DEWOST. "Service...", cit., p. 159.
- 73 Cfr. D. EDWARD y M. HOSKINS. "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference", *Common Market Law Review*, n.º 1, 1995, p. 157.
- 74 Cfr. "Actualité de droit communautaire", *Actualité Juridique. Droit Administratif*, avril, 1998, p. 329.
- 75 Cfr., entre otros, F. DÍEZ MORENO. "La incidencia del artículo 90 del Tratado CEE en el sector eléctrico", *Noticias de la Unión Europea*, n.º 58, 1989, p. 64; M. BOITELUX. "Concurrence, régulation, service public. Variations autour du cas de l'électricité", *Futuribles. Analyse et prospective*, n.º 205, janvier, 1996, pp. 39 y ss.
- 76 Cfr. *La regulación...*, cit., p. 312, donde, en apoyo de su argumentación, citan a L. RITTER. Langfristige Liefer- und Bezugsverträge im Energierecht und ihre Beurteilung, "Recht der Energiewirtschaft", n.º 2, 1995, p. 52.
- 77 Vid. *ibíd.*, loc. cit.
- 78 En él se señala, (tras someter a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas sobre la competencia en la medida en que la aplicación de dichas disposiciones no impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada) que "el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad". Este último inciso ha sufrido una ligera alteración en su redacción en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en concreto en el artículo III-166.2, al señalarse que "El desarrollo del comercio no deberá verse afectado de forma contraria al interés de la Unión. Las cursivas son nuestras.
- 79 Cfr. "L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après ...", cit., p. 146. Para DE LA QUADRASALCEDO y en relación al sector de las telecomunicaciones la cláusula del interés de la Comunidad "es la excepción a los derechos de los Estados que hubiera merecido una interpretación extensiva apropiada para fundar la liberalización de las telecomunicaciones, en lugar de forzar una interpretación restrictiva del alcance de los servicios de interés económico general, que es la vía utilizada en la práctica por la Comunidad". Cfr. *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 66. Cfr., también, J. A. GARCÍA DE COCA. "Régimen jurídico de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general", vol. col., *Derecho Europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, L. A. VELASCO SAN PEDRO (coord.), Valladolid, Lex Nova-Instituto de Estudios Europeos, 2005, pp. 655 y 656.
- 80 Esta condición puede ser comparada con la formulada en términos muy similares en el artículo 87.3, letra c) [ex 92.3 c)] en el marco de las excepciones al principio de incompatibilidad de las ayudas otorgadas por los Estados con el mercado común. En este precepto se dispone que "podrán considerarse

- compatibles con el mercado común: [...] las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común".
- 81 Intercambios que, según WAELBROECK, incluyen el conjunto de actividades económicas a que se refiere el Tratado. Cfr. *Derecho...*, cit., p. 390.
- 82 Cfr. C. BELLAMY y G. CHILD. *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Civitas, 1992, p. 741.
- 83 Cfr. la Decision de la Comisión de 5 de mayo de 1969, *relative à une procédure au titre de l'article 85 du Traité CEE (IV/242-295-Convention chaufourniers)*, (69/152/CEE), DOCE L 122, de 22 de mayo de 1969, pp. 8 a 11.
- 84 Cfr. la sentencia de 9 de julio de 1969 en el asunto *Franz Völk c/ SPRL* (5-69, Rec., vol. XV, 1969, pp. 295 y ss.), especialmente, su apartado 7 donde se establece que "un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'article 85.1", pp. 302-303. Cfr., también el apartado II de las conclusiones del Abogado general GAND a este asunto, pp. 305 y 306.
- 85 Cfr. la sentencia de 28 de marzo de 1984 en el asunto *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rhein zinc c/ Commission* (affaires jointes 29 et 30/83, Rec., 1984-3, pp. 1679 y ss.), especialmente los apartados 27 y ss., pp. 1704 y ss.
- 86 En otros preceptos del Tratado se utiliza la expresión de "interés común", por ejemplo, como señalábamos antes, en el artículo 87.3, letras b), c) y d) (ex 92.3), en materia de ayudas compatibles con el mercado común o, en el artículo 99 (ex 103), en relación a las políticas económicas de los Estados miembros.
- 87 Cfr., entre otros, J. THIESING, H. SCHRÖTER y I. M. HOCHBAUM. *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE*, Paris, LGDJ, 1977, p. 294; M. BOTANA AGRA. "La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, Madrid, La Ley, 1994, p. 357; NEBOT LOZANO. "Competencia...", cit., p. 30.
- 88 Cfr. la sentencia de 12 de junio de 1958 en el asunto *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, 15/57, Rec., vol. IV, 1958, pp. 161 y ss.
- 89 Cfr. BOTANA AGRA. "La aplicación...", cit., p. 357.
- 90 Cfr. WAELBROECK. *Derecho...*, cit., p. 390.
- 91 Cfr. D. NEDJAR. "Les competences de la Commission des Communautés européennes et la situation des entreprises publiques. Note sur l'arrêt de la CJCE du 19 mars 1991, Directive relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication", *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 2, mars-avril, 1992, pp. 293 y ss.; P. BLANCHARD. "L'évolution du secteur électrique français au lendemain de l'arrêt de la CJCE sur les monopoles d'importation et d'exportation d'électricité", *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, n.º 540, février, 1998, p. 79.
- 92 Por no entrar ahora en su escaso uso como medio justificador de la aplicación de medidas "antidumping o antisubsidios". Sobre este tema, cfr. R. M. MACLEAN y R. J. ECCLES. "A change of style not substance: the Community's new approach towards the Community interest test in anti-dumping and anti-subsidy Law", *Common Market Law Review*, n.º 36, 1999, pp. 124 y ss.
- 93 Asunto C-202/88, Rec., 1991/3, pp. 1259 y ss.
- 94 Cfr. el apartado 12, p. I-1263. Para un comentario, cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. "Prólogo" a la obra de J. A. GARCÍA DE COCA. *Sector petrolero español: análisis jurídico de la despublicación de un servicio público*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 18. Cfr., también, H. CHAVRIER. "La jurisprudence de la Cour de Justice sur l'application de l'article 90 du Traité de Rome", *Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*, n.º 509, avril, 1995, p. 134.
- 95 Cfr. *Liberalización...*, cit., p. 74.
- 96 (IV/33.151- "Jahrunndertvertrag"), (IV/33.997- VIK-GVSt), DOCE L 50/14, de 2 marzo 1993, pp. 14 a 26.
- 97 Cfr. el apartado 29, p. 22.
- 98 Cfr. el apartado 111 de la sentencia al asunto C-159/94, p. I-22.
- 99 Cfr. los apartados 109 y 110 de la sentencia al asunto C-159/94, pp. I-21 y I-22 o el apartado 66 de la sentencia al asunto C-157/94, p. I-14.
- 100 Recoge COSMAS, en apoyo a su razonamiento, los volúmenes de intercambios de las

empresas titulares de los derechos. En relación a los Países Bajos, señala que la empresa en cuestión importó el 15% de la cantidad total de electricidad disponible; Italia aumentó sus importaciones en un 11,6%; En relación a Francia, los intercambios de electricidad representaban casi el 10% del consumo total de la Comunidad de los Doce, etc. (cfr. el apartado 127 de las conclusiones, p. I-76-I-77). Y, en una pobre argumentación añade que, "por lo demás [...] el hecho de que la existencia de derechos exclusivos controvertidos en los Países Bajos, Italia y Francia no ha afectado al desarrollo de los intercambios en forma tal que perjudique el interés de la Comunidad se desprende asimismo de las Exposiciones de motivos de las Directivas 90/547/CEE y 91/296/CEE del Consejo, relativas al tránsito de electricidad y gas natural [...] En efecto, en el sexto considerando de la Directiva relativa al tránsito de electricidad se indica lo siguiente: "[...] la importancia de los intercambios de energía eléctrica entre las grandes redes de alta tensión de los países

Europeos viene creciendo año tras año". Cfr. el apartado 128, p. I-77.

- 101 Cfr. el apartado 115 de la sentencia al asunto C-159/94, p. I-22. Recordemos que en el momento de los hechos no había sido adoptada la *Directiva 96/92/CE* del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 *sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad* (DOCE L 27/20, 30.1.97), anteriormente citada.
- 102 Cfr. el apartado 113 de la sentencia al asunto C-159/94, p. I-22.
- 103 Cfr. el apartado 69 de la sentencia al asunto C-157/94, p. I-65.
- 104 Cfr. el apartado 126 de las conclusiones, p. I-76. Pueden verse también las conclusiones de la Abogada general ROZÉS al asunto *Commission des Communautés européennes c/ République italienne* (78/82, Rec., 1983-6, pp. 1955 y ss.), presentadas el 26 de abril de 1983, en concreto la letra C del apartado VI, p. 1989.
- 105 En estos términos se expresan CHAVRIER, LEGAL y DE BERGUES. "Actualité...", cit., p. 329.

