

LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES: A VUELTAS ENTRE LA REGULACIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA*

Javier GUILLÉN CARAMÉS

Profesor Titular de Derecho Administrativo acreditado a Catedrático
URJC

1. INTRODUCCIÓN

La decidida intervención de las autoridades de la Unión Europea de cara a desarticular los tradicionales monopolios públicos de los Estados en sectores esenciales para la economía como las telecomunicaciones, energía o los servicios postales ha sido una política continua y progresiva en los últimos veinticinco años. La declaración de incompatibilidad con los antiguos Tratados comunitarios y, en la actualidad, con el TUE y el TFUE, de los principales monopolios públicos y la progresiva liberalización de estos sectores con la consiguiente entrada en juego de las normas del Derecho de la Competencia, así como de nuevos operadores económicos en los mismos, ha ido configurando un nuevo régimen jurídico de intervención pública sobre estos ámbitos económicos.

Fundamentalmente la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE con su importante y trascendental jurisprudencia en estos ámbitos, han ido construyendo un novedoso régimen jurídico en torno a la intervención pública en los denominados servicios de interés económico general (SIEG). Estos servicios se han ido convirtiendo en uno de los pilares del modelo europeo de economía social de mercado en un entorno de progresiva liberalización de mercados, tal y como apunta H. BROKELMAN¹. No obstante, la configuración de los mismos ha planteado diversos problemas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, especialmente en lo relativo a su aplicación o no a los mismos. En este sentido,

* Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto de Investigación «La potestad sancionadora de los organismos reguladores» (DER2011-22549), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y que se desarrolla en la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Véase «Los límites al Derecho comunitario a las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general», en *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Valencia, Tirant lo Blanch-UNED, 2009, pp. 39 y ss.

es expresivo cómo la Comisión Europea ha mostrado su preocupación al establecer que

«la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) eficaces y de alta calidad es un componente clave del Estado de bienestar europeo y es esencial para asegurar la cohesión social y territorial, también en los ámbitos de la educación, la formación y la cultura, y para el ejercicio de una ciudadanía efectiva. Los SIEG de gran calidad también contribuyen a la competitividad de la economía europea. Los Estados miembros disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad para decidir si se financia la prestación de servicios de interés económico general y cómo hacerlo. Sin embargo, para evitar el falseamiento de la competencia, las compensaciones que se concedan deberían posibilitar la ejecución de misiones de servicio público sin caer en compensaciones excesivas y en falseamientos indebidos de la competencia»².

Por esta razón y con el firme propósito de que las reglas de competencia contenidas en los Tratados no se vean afectadas de forma arbitraria por los Estados miembros por la implantación de los SIEG, la Comisión y el TJUE se han mantenido muy atentos y vigilantes a la hora de analizar la compatibilidad con el TUE y TFUE de los diversos modelos de financiación de esta modalidad de servicios públicos desarrollados por los Estados miembros, concretamente en los aspectos relativos a la prestación de obligaciones de servicio público por parte de las empresas a quienes las legislaciones nacionales han impuesto este tipo de deberes.

En el presente trabajo vamos a examinar los criterios que la Comisión y el TJUE han construido sobre los SIEG y su financiación, centrándonos en concreto en el sector de los servicios postales en España. En primer lugar estudiaremos los principios generales que delimitan el concepto de SIEG y los parámetros que sirven de base para calcular la compensación que los Estados atribuyen a las empresas que prestan los mismos por las obligaciones de servicio público que tienen el deber de desarrollar. Una vez examinados desde una perspectiva general las pautas de los SIEG nos centraremos en un sector concreto, el de los servicios postales, para examinar cómo la legislación española ha configurado los mismos, así como los modos de financiación del servicio postal universal.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINA GENERAL SOBRE EL ALCANCE DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

El concepto de SIEG es un concepto cambiante que depende, entre diversas cosas, de las necesidades de los ciudadanos, la evolución de las nuevas tecnologías y de los mercados, así como de las preferencias sociales y políticas en los Estados miembros. De hecho el TJUE ha señalado que los

² COM (2005) 107, 7 de junio de 2005.

SIEG son servicios que poseen características específicas respecto a otras modalidades económicas³.

Al no existir unas normas de la UE que definan el alcance de la existencia de un SIEG, han sido los Estados miembros los que al disponer de un amplio margen de discrecionalidad y apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SIEG, así como de conceder las compensaciones de servicio público a los prestadores de dichos servicios, los que han ido estableciendo los perfiles de los mismos, incurriendo en determinadas ocasiones en excesos. Ello ha provocado la reacción tanto de la Comisión como del TJUE que han ido estableciendo el alcance de los SIEG. A continuación, vamos a examinar en primer lugar cuál es la base jurídica de los mismos en los Tratados para posteriormente analizar los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta figura.

A. MARCO JURÍDICO-COMUNITARIO DE LOS SEIG

Los SIEG son citados en diversos preceptos del TFUE, así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, lo que revela la importancia que tienen dentro del desarrollo de la política económica de la Unión. No obstante, a pesar de su mención, no se delimita una definición de los mismos en los Tratados, lo que ha originado diversas controversias como examinaremos más adelante.

En primer lugar, aparece en el TFUE una declaración programática de los SEIG en su art. 14 que establece lo siguiente:

«Sin perjuicio del art. 4 del Tratado de la Unión Europea y de los arts. 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

De esta forma, el citado precepto reconoce de forma expresa, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la competencia de los Estados para poder delimitar la prestación y financiación de este tipo de servicios, lo que viene a reforzar la responsabilidad conjunta de la UE y los Estados miembros en esta materia.

³ Asuntos C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*; C-242/95, *GT-Link A/S*; y C-266/96, *Corsica Ferries/france SA*.

Por su parte, el art. 106.2 TFUE señala que:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

Como puede observarse en ambos casos, el TFUE menciona esta categoría peculiar de servicios públicos, si bien no entra en su definición. Esta realidad ya ha sido puesta de manifiesto por el propio TG que en el asunto *BUPA* señala que

«[...] en Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión, SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG»⁴.

Finalmente, debe destacarse el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que dispone:

«La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión»⁵.

Este precepto dispone de un valor jurídico fundamental, totalmente idéntico al de las disposiciones de los Tratados anteriormente enunciadas, tal y como se deriva del art. 6.1 TUE:

«La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

⁴ Sentencia TG, de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c. Comisión*, asunto T-289/03.

⁵ Sobre el art. 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, véase L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El derecho de acceso a los servicios de interés económico general», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 494 y ss.

B. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ALCANCE DE LOS SIEG

Los Tratados, como ha podido observarse, no contienen ninguna definición conceptual de lo que son los SIEG, por lo que ha sido la Comisión Europea, así como el TJUE y el TG los que han tenido que delimitar el concepto y el alcance de los mismos, a través de diversas Comunicaciones y de la jurisprudencia emanada de diversos asuntos en lo que los Tribunales comunitarios han tenido que pronunciarse sobre cómo debe interpretarse el art. 106.2 TFUE.

En efecto, la Comisión Europea fue la que a través del empleo de las técnicas de *soft law* ofreció por primera vez una definición de lo que eran los SIEG. Así, en su Comunicación sobre los Servicios de Interés General en Europa, publicada en 1996, la Comisión precisaba que los SIEG eran aquellas

«actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público»⁶.

Como ha advertido la doctrina que ha estudiado en profundidad los SIEG, el concepto de los mismos se vendría a identificar, más o menos, con lo que en determinados Estados miembros, como Francia y España, se califica como «Servicio público», hasta el punto de que en diversas ocasiones se emplean de forma indistinta ambos términos⁷.

La prestación de los SIEG conlleva una serie de cargas para las empresas que los prestan, inicialmente compensadas con la atribución de regímenes de monopolio, normalmente de naturaleza pública, o la atribución de derechos especiales o exclusivos. Los procesos de liberalización desarrollados en Europa sobre determinados sectores, como los servicios postales, conlleva la necesidad de que los Estados miembros deben compensar a las empresas que asumen este tipo de prestación con determinadas transferencias de recursos públicos que garanticen no sólo la viabilidad económica de los mismos, sino que además resulten atractivos para las mismas y, con ello, surgió el problema de que la compensación que los Estados otorgaban a las empresas prestadoras de SIEG superase el sobre coste real o pudiera agravarse artificiosamente la necesidad de compensación derivando recursos a actividades que no constituyen propiamente SIEG, alterándose de este modo las reglas sobre competencia que establecen los Tratados. A este particular dedicaremos las siguientes páginas.

⁶ DO C 281, de 26 de septiembre de 1996. Esta Comunicación ha sido sustituida por una nueva Comunicación que contiene el mismo título *Los servicios de interés general en Europa* [COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000]. Igualmente, han sido numerosas las comunicaciones en relación con los SIEG, véase sobre este tema la web de la DGCOMP: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/SGEI.html.

⁷ Véase J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 33 y ss.; J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 of the EC Treaty*, Oxford University Press, 2000; J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «La financiación pública de los SIEG y la jurisprudencia post-Altmark», *Azpilcueta, Cuadernos de Derecho*, núm. 21, 2010, pp. 95 y ss.

a) *En general, el art. 106.2 TFUE y la exclusión de las normas de competencia en los SEIG*

En virtud del art. 106.2 TFUE determinadas empresas puedan quedar exentas de la aplicación de las normas de competencia previstas en el propio Tratado, cuando éstas presten o estén encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. La Comisión ha venido afirmando que en la práctica comunitaria se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

Como puede apreciarse el término SIEG se circunscribe a los servicios de naturaleza económica, de tal modo que los servicios de carácter no económico quedan sujetos a un régimen jurídico diferente. En general, la praxis comunitaria ha delimitado como económicos los servicios que se ofertan en el mercado. Así, son SIEG los relativos a las denominadas infraestructuras en red, como las telecomunicaciones o la energía, pero también caen dentro de este concepto otros servicios como los de empleo o determinados servicios sociales, con independencia de que puedan ser prestados por entidades sin ánimo de lucro⁸.

A su vez, el elemento clave de la calificación de un SIEG reside en la atribución de obligaciones de servicio público. En este sentido, la Comisión dio una definición de las mismas como aquellas «obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público».

⁸ Así, por ejemplo, la Comisión Europea ha publicado una *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratos públicos y de mercado interior*, SEC (2010) 1545 final (Bruselas, 7 de diciembre de 2010), en donde se examina la problemática de los servicios sociales de interés general (SSIG), identificando dos grandes grupos: a) Los sistemas legales y los sistemas complementarios de protección social, en sus diversas formas de organización (mutualidades o profesionales), que cubren los riesgos fundamentales de la vida, como los relacionados con la salud, la vejez, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación o la discapacidad, y b) los demás servicios esenciales prestados directamente a la persona. Estos servicios ejercen una función de prevención y de cohesión social y aportan una ayuda personalizada para facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de sus derechos fundamentales. Incluyen, en primer lugar, la ayuda a las personas para afrontar problemas vitales inmediatos o crisis (endeudamientos, desempleo, toxicomanía o ruptura familiar). En segundo lugar, abarcan las actividades destinadas a asegurar que las personas en cuestión posean las competencias necesarias para su inserción completa en la sociedad (rehabilitación o formación lingüística para inmigrantes) y, en particular, en el mercado laboral (formación o reinserción profesional). Estos servicios completan y sostienen el papel de las familias en los cuidados destinados, en particular, a los más jóvenes y a los mayores. En tercer lugar, forman parte de estos servicios las actividades destinadas a garantizar la inclusión de las personas con necesidades a largo plazo debidas a una discapacidad o a un problema de salud. En cuarto lugar, también se incluye la vivienda social, que permite un acceso a la vivienda a las personas con escasos ingresos [...].

Este tipo de SSIG pueden ser de carácter económico o no económico, en función de la actividad en cuestión. En efecto, el hecho de que la actividad en cuestión se califique como «social» no es en sí mismo suficiente para sustraerse a la calificación de «actividad económica». Los SSIG de carácter económico son por tanto SIEG. En este sentido, lo ha expresado el TJUE en Sentencias de 22 de enero de 2002, *Pavlov*, C-218/00 y de 22 de mayo de 2003, *Freskot*, C-355/00.

La *publicatio* de esta tipología de servicios públicos radica en la determinación de obligaciones específicas a una o varias empresas concretas ligadas a la consecución de un interés público que ha de ser igualmente determinado.

Los Estados miembros disponen de un amplio margen de la hora de considerar qué servicios representan un *interés económico general*⁹. Resulta necesario, para que el art. 106.2 TFUE sea de aplicación, que la empresa en cuestión haya sido expresamente determinada por un poder público para el ejercicio de esta modalidad de servicio público. El propio TJUE establece que la categoría de empresas «encargadas» ha de ser definida en un sentido estricto, dado que el citado precepto supone una excepción al cumplimiento de las normas del Tratado¹⁰. Resulta indiferente que la empresa en cuestión revista una forma de personificación pública o privada siempre que haya sido una autoridad pública la que le haya atribuido la prestación del servicio de interés general a través de un acto determinado que no necesariamente tiene que tener rango legal.

Por otro lado, la aplicación del art. 106.2 TFUE conlleva la inaplicación de las normas del Tratado. Como ha señalado el TJUE la correcta interpretación de dicho precepto no exige que la prestación del SIEG sea totalmente imposible en el caso de aplicarse las normas del Tratado; basta con que los Estados miembros se encuentren en disposición de poder demostrar que la derogación de las disposiciones del Tratado resulta «necesaria» para que el SIEG sea eficazmente prestado. En este sentido, el TJUE en el asunto *Ayuntamiento de Almelo* dispuso:

«Es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida»¹¹.

Además, en el supuesto de que una derogación de la aplicación de las normas del Tratado sea efectivamente necesaria para poder desarrollar el objetivo de interés económico general, dicha excepción debe ser proporcional con los objetivos de interés público perseguidos por el Estado. Así, lo recalcó el TJUE en el asunto *Corbeau*:

⁹ Véanse Sentencias TG de 15 de junio de 2005, *Fred Olsen*, asunto T-17/02; y de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c. Comisión*, asunto T-289/03.

¹⁰ STJUE, de 27 de marzo de 1974, asunto 127/73, *BRT c. SABAM y NV Fonior*.

¹¹ STJUE, de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Ayuntamiento de Almelo y otros c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Por sumarte, el TG, en un asunto posterior, *Air Inter SA c. Comisión*, T-260/94, de 19 de junio de 1997, fue más allá del examen de la mera necesidad de la excepción a las reglas del Tratado al exigir, «la indispensabilidad» de dicha derogación. En opinión de la doctrina, la divergencia puntual en este último asunto se debe a que en el asunto *air Inter* se atribuían derechos exclusivos o especiales de nueva configuración, por lo que éstos se encontraban sometidos a un control más estricto por parte del TG. Véase, al respecto, J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, «Servicios de interés general y art. 86 del tratado CE: una visión evolutiva», *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU*, núm. 1, 2005.

«15. Por lo que respecta a los servicios de que se trata en el asunto principal, es innegable que la *Régie des postes* está encargada de un servicio de interés económico general, consistente en la obligación de efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de los usuarios, en la totalidad del territorio del Estado miembro interesado, a unas tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares, sin considerar las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual.

16. En consecuencia, se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, disfrutar de condiciones económicamente aceptables.

17. Para efectuar dicho examen, procede a partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables.

18. En efecto, 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 titulares 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.

19. Sin embargo, la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el sector geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicios de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo»¹².

b) *La retribución de los costes generados por prestación de SEIG. En especial, la doctrina Altmark y la necesaria delimitación de las compensaciones estatales por prestación de obligaciones de servicio público*

El establecimiento de determinadas obligaciones de servicio público, sea a operadores públicos como privados genera una serie de costes a di-

¹² STJUE, de 19 de mayo de 1993, C-320/91.

chos entes. Surge de esta forma la necesidad de retribuir los costes generados derivados de las obligaciones impuestas por las autoridades públicas.

De hecho, para que algunos SIEG funcionen con arreglo a principios y en condiciones que les permitan cumplir con su contenido, resulta necesario un apoyo financiero del Estado que asuma en todo o en parte los costes específicos derivados de las obligaciones de servicio público.

El tipo de retribuciones pueden adoptar diversas fórmulas, que van desde una mera asignación en los presupuestos a la Administración Pública que asume la obligación de prestar el servicio público determinado, hasta la atribución de derechos exclusivos o especiales a las empresas a las que se les imponen estas obligaciones de servicio público.

El problema de la financiación de las obligaciones de servicio público ha girado en torno a dos puntos: en primer lugar, a si las compensaciones estatales por prestación de obligaciones de servicio público podían ser consideradas o no ayudas de Estado y, en consecuencia, debían ser notificadas a la Comisión y esperar a que ésta autorizase, antes de proceder a su concesión definitiva. Y, en segundo lugar, si dichas compensaciones estatales podían ser consideradas excesivas, superando la mera retribución del coste de la obligación de servicio público, de tal modo que dicha compensación constituyera un privilegio para el ente que lo percibe.

Estas cuestiones han sido resueltas por el TJUE en la conocida Sentencia *Altmark*¹³. Este asunto examinaba la cuestión de si las subvenciones recibidas por una empresa de transporte regional para poder ejecutar las obligaciones de servicio público derivadas de las licencias de transporte concedidas por las autoridades públicas resultaban compatibles con las normas del Tratado y, en concreto, constituían una ayuda de Estado. En concreto, el requisito que suscitaba dudas a la hora de delimitar si la financiación de la prestación de un SIEG constituye o no una ayuda, era si en estos casos la financiación recibida por el operador que tiene obligaciones de servicio público realmente otorga una ventaja o beneficio a la empresa encargada de gestionar el servicio o si, por el contrario, sólo compensa los costes incurridos en dicha prestación, y por tanto, no debe ser considerada dicha compensación una ayuda de Estado.

Debe señalarse que con anterioridad a este pronunciamiento jurisprudencial existían posturas contrapuestas sobre si la financiación por parte de los Estados miembros de las obligaciones de servicio público derivadas de los SIEG, eran o no ayudas de Estado, aspecto que queda resuelto en la Sentencia *Altmark*¹⁴.

¹³ Asunto C-280/00, *Altmark Trnas GmbH y Regierungsprasidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, de 24 de julio de 2003.

¹⁴ Las primeras posiciones del TJUE en torno a esta cuestión se encuentran en la Sentencia de 7 de febrero de 1985, *Association de Defense des Bruleurs d'huiles Usagees (ADBHU)*, C-240/83, en el que se resolvía una cuestión prejudicial sobre si la indemnización que debían concederse a las empresas de recogida y/o eliminación de aceites usados como contrapartida de las obligaciones de recogida y de eliminación impuestas por los Estados miembros al amparo de la legislación comunitaria era o no conforme a las disposiciones del Derecho comunitario. En este caso, el TJUE concluyó que dicha

En primer lugar el TJUE señala que cualquier intervención con independencia de la forma que adopte, que pueda favorecer directa o indirectamente a las empresas o que pueda considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado, constituye una ayuda estatal a efectos del art. 107.1 TFUE. El TJUE, no obstante, citando la jurisprudencia expuesta en el asunto *Ferring*, recuerda que si una intervención estatal puede ser considerada como una compensación que constituye la contrapartida necesaria de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, las empresas beneficiadas, en realidad, *no gozan e una ventaja financiera. Por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, de tal modo que dicha intervención no se encuentra sujeta al art. 107.2 TFUE.*

No obstante, en la Sentencia *Altmark*, el TJUE da un paso más y exige el cumplimiento cumulativo de cuatro requisitos para poder acogerse a esta jurisprudencia de la compensación:

indemnización no constituía ayuda estatal, sino era la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas.

Esta línea jurisprudencial no fue seguida ulteriormente y tanto el TG como el TJUE se inclinaron por una interpretación expansiva de la noción de ayuda estatal, arrastrando consigo la posición que mantenía la Comisión al hilo de la sentencia anteriormente citada. Así, el TG (anterior TPI) en su Sentencia de 27 de febrero de 1997, *Federation Francaise des Societes d' Assurances (FFSA) y otros c. Comisión*, T-106/95, en la que enjuiciaba la nulidad de una Decisión de la Comisión relativa a la posible existencia de ayudas estatales en relación con las actividades competitivas del Servicio de Correo francés (*La Poste*), consideró, a pesar de confirmar la Decisión impugnada, que las medidas cuestionadas sí eran ayudas estatales, si bien podían beneficiarse de la excepción del art. 106.2 TFUE (ex art. 86.2 TCE). De este modo, se cambiaba la jurisprudencia en el sentido de que las compensaciones por prestación de obligaciones de servicio público se revelaban como verdaderas ayudas estatales, cuya eventual compatibilidad derivaría del hecho de que no superarán los costes en que se hubiera incurrido a causa de las misiones específicas encomendadas a la empresa. La consecuencia de este fallo era que si este tipo de compensaciones eran ayudas estatales debían ser notificadas a la Comisión y debería suspenderse su ejecución hasta que la misma autorizase dichas ayudas.

Frente a esta jurisprudencia el TJUE en su asunto *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001, C-53/00, reabrió la polémica sobre la naturaleza de las compensaciones por prestación de obligaciones de servicio público; señalando a tal efecto, respecto a la cuestión prejudicial que se le había planteado acerca de un gravamen impuesto sobre la venta de productos farmacéuticos, que no podía ser considerado como ayuda de Estado la simple compensación por parte de los poderes públicos de los sobrecostes en que incurran las empresas encargadas de SEIG. En concreto el TJUE señaló: «De forma similar, siempre que el gravamen sobre las ventas directas a que están sujetos los laboratorios farmacéuticos corresponda a los costes adicionales realmente soportados por los mayoristas distribuidores para el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, la no sujeción de estos últimos al gravamen citado, puede considerarse la contrapartida de las prestaciones realizadas y, por tanto, una medida que no constituye una ayuda de Estado en el sentido del art. 92 del Tratado. Por lo demás, cuando se cumple este requisito de equivalencia entre la exención concedida y los costes adicionales, los mayoristas distribuidores no disfrutan, en realidad, de una ventaja en el sentido del art. 92, apartado 1, del Tratado, ya que el único efecto de la medida de que se trata es colocar a éstos y a los laboratorios farmacéuticos en unas condiciones de competencia comparables».

Por lo que la problemática volvía a estar encima de la mesa, cuestión que va a ser resuelta por la Sentencia *Altmark* que se examina en el texto principal. Sobre esta cuestión, véase J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «El régimen jurídico comunitario de las compensaciones por SEIG y su delimitación por la jurisprudencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 25, Nueva Época, enero-febrero de 2012.

- a) En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- b) En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente.
- c) En tercer lugar, la compensación no debe superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.
- d) Finalmente, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de costes que había soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios pertinentes.

Por tanto, cuando estos criterios no se cumplan y se reúnan las condiciones de aplicabilidad del art. 107.1 TFUE, las compensaciones por servicio público sí que constituyen ayudas de Estado y se encuentran sujetas a las disposiciones del TFUE.

A sensu contrario, una de las ventajas de la denominada solución compensatoria dada en *Altmark*, será que siempre que se cumplan con los requisitos enumerados anteriormente, los Estados miembros no tendrán la obligación de notificar sus modelos de financiación de servicios públicos previamente a la Comisión, ni se encontrarán obligados a suspender la ejecución de los mismos hasta que la Comisión se haya pronunciado.

3. ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE SIEG EN EL SECTOR POSTAL EN ESPAÑA: EL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL Y SU FINANCIACIÓN

El sector postal ha estado inmerso en una profunda reordenación en la última década, fruto en gran medida de las modificaciones y necesidades de los consumidores y usuarios de los servicios postales.

En este sentido, la UE ha impulsado el proceso de adaptación del sector al nuevo marco económico desarrollado por esta transformación, promoviendo su progresiva liberalización y, en consecuencia, la apertura a la libre competencia del mismo, sin perder, no obstante, la perspectiva de que el mercado postal tiene una incidencia esencial en los ciudadanos lo que exige que se mantenga la prestación de determinados servicios postales bajo la órbita de los denominados servicios económicos de interés general.

De este modo en la liberalización de este sector por la UE se ha optado por hacerla de forma escalonada, como examinaremos a continuación, lo

que ha tenido como principal ventaja garantizar el servicio universal y que no se proceda a la apertura total del mercado hasta que éste no pueda ser desarrollado y asegurado por las fuerzas del mismo. Sin embargo, se presenta como factor positivo de esta liberalización escalonada la posibilidad de hacerlo atractivo para la iniciativa privada para que pueda ir desarrollando su actividad en el mercado postal¹⁵. Dos son los ejes en torno a los que gira la liberalización del sector postal: por un lado, la prestación de los servicios postales como servicios de interés económico general en régimen de libre competencia y de otro, la necesidad de garantizar la prestación del servicio postal universal en condiciones adecuadas de calidad, eficacia y eficiencia.

A. LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES

El primer impulso en la liberalización del sector postal lo constituyó la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a las Normas Comunes para el desarrollo del Mercado Interior de los Servicios Postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, que, si bien tenía como finalidad lograr una mayor armonización para incrementar la calidad en la prestación de los servicios postales, de tal modo que no se fomentaba la competencia en su prestación, en cambio sí que sujetaba éstos a la libre competencia¹⁶. Esta norma establecía unas reglas comunes dirigidas a garantizar una mayor armonización de las condiciones del sector postal en la UE. La Directiva no atribuía a los servicios postales la naturaleza de servicio público, si bien asumía que constituían un instrumento fundamental para la Comunidad y el comercio. La Directiva perseguía dos objetivos esenciales: por un lado, la liberalización gradual y controlada del mercado postal, mediante la progresiva supresión de los monopolios estatales, a cuyos efectos establecía unos límites máximos de los servicios postales que podían reservarse en régimen monopolístico. Y, por otro lado, buscaba garantizar un servicio postal universal para todos los usuarios de los Estados miembros.

Esta Directiva fue objeto de transposición mediante la Ley 24/1988, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, cuyo principal eje giraba en torno al concepto del servicio postal

¹⁵ Sobre la liberalización del sector postal véanse VVAA, *Régimen jurídico del sector postal* (dir. M.^a Victoria PETIT LAVALL), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Navarra, Aranzadi-Thomson/Ministerio de Fomento, 2004; J. J. MONTERO PASCUAL, *La liberalización de los servicios postales*, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005; L. PAREJO ALFONSO, A. DESCALZO GONZÁLEZ, M. GÁMEZ MEJÍAS y A. FORTES, *Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español)*, Madrid, Instituto Pascual Madoz, 2003; J. PEMÁN GAVÍN, «La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 963 y ss.

¹⁶ Sobre este punto, véanse F. PALAU RAMÍREZ, «Servicios postales y precios predatorios», en *Régimen jurídico del sector...*, op. cit., p. 291; y J. L. PULIDO REGINES y A. PUETZ, «La liberalización del sector postal en España», en *Régimen jurídico del sector...*, op. cit., pp. 29 y ss.

universal. Así, establecida la necesidad de garantizar los servicios postales por la gran relevancia que éstos tenían para la cohesión económica y social, el incremento de la economía y el desarrollo del comercio en España, el servicio postal universal era considerado como un servicio público como disponía su art. 1.2. La prestación de este servicio se encomendaba a la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en régimen de monopolio. Esta configuración jurídica del denominado servicio postal universal, así como su prestación por un operador designado *ex lege* respondía al deseo de garantizar un servicio postal básico de calidad, prestado de forma permanente y continua en toda España y a un precio asequible para todos los usuarios.

Por tanto, se podía desprender de lo establecido respecto al servicio postal universal, que todos aquellos servicios postales que no quedaban bajo la cobertura del servicio público podían ser prestados en régimen de libre competencia.

El proceso avanzó con la Directiva 2002/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio, por la que se modifica la Directiva de 1997 con el fin de proseguir con la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad. La finalidad de esta nueva norma radicaba en reducir el ámbito de la reserva de servicios que podían llevar a cabo las autoridades nacionales. A tal efecto, a partir del 1 de enero de 2003, se establecía un límite máximo de peso de los envíos reservados que pasó a ser de 100 gramos, y a partir de 2006 de 50 gramos. Del mismo modo, los límites de precio para que tales servicios pudiesen ser prestados por otras empresas diferentes del operador designado para la prestación del servicio postal universal se redujeron a tres veces la tarifa pública normal más rápida a partir del 1 de enero de 2003 y a dos veces y media a partir de 2006.

Igualmente, la Directiva introdujo algunas especificaciones relativas a las medidas tendentes a evitar la vulneración de las normas de competencia de los tratados en el mercado postal. De este modo, se establecía que las tarifas aplicadas al servicio postal universal debían ser objetivas, transparentes, no discriminatorias, ajustadas a los costes y asequibles para los usuarios.

La transposición de esta Directiva tuvo lugar por medio de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es decir, la denominada Ley de Acompañamiento, que en su art. 106 establecía la reducción de los límites de peso y de precio de los envíos reservados. En este sentido, se establecía una reducción progresiva de la reserva a favor de Correos y Telégrafos de la prestación del servicio postal universal que quedaba circunscrita a los envíos interurbanos y transfronterizos de peso igual o inferior a 100 gramos y, a partir de 1 de enero de 2006, a 50 gramos.

El último paso en el proceso de liberalización lo constituye la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero, rela-

tiva a la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios. Se daba un importante paso con esta Directiva para la culminación del mercado interior de los servicios postales, y conllevaba la prohibición de que los Estados miembros otorgaran o mantuvieran derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales. En consonancia con esta finalidad, los Estados miembros debían suprimir el área hasta ahora reservado al operador designado para la prestación del servicio postal universal procediéndose, por tanto, a la plena liberalización de todos los servicios postales definidos como tales en las legislaciones nacionales.

Esta Directiva fue objeto de transposición por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal (LSPU) que constituirá objeto de estudio en los próximos epígrafes en los aspectos relacionados con la prestación del servicio postal universal y de los requisitos de financiación de las obligaciones de servicio público que se imponen a los operadores de servicios postales encargados de la prestación de este servicio público o servicio de interés económico general.

B. EL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL COMO SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL

La delimitación del concepto de servicio universal realizada por la Comisión Europea, consiste en garantizar un servicio de calidad a un precio asequible para todos los usuarios del servicio público prestado. Los criterios de servicio universal están basados en los principios de igualdad, universalidad, continuidad y adaptación, así como en líneas de funcionamiento claras y precisas: transparencia de gestión, de tarificación y de financiación, y control a cargo de instancias distintas de los gestores. La totalidad de estos criterios no están siempre presentes a nivel nacional pero su introducción en virtud del servicio universal europeo ha impulsado el desarrollo de los servicios de interés general. El servicio universal constituye así la expresión en la UE de las exigencias y especificidades del modelo europeo de sociedad, en el marco de una política que concilia dinamismo de mercado, cohesión y solidaridad.

Por ello la prestación del servicio postal universal exige que el operador u operadores garanticen las condiciones requeridas de este servicio en las condiciones que establezca la LSPU y sus normas de desarrollo.

De acuerdo con el proceso de liberalización del mercado postal que hemos examinado y en coherencia con la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena liberalización del mercado interior de servicios postales comunitarios, se aprobó como ya he indicado la LSPU, cuya principal novedad es la supresión de un ámbito reservado a favor del operador al que se encomendaba la prestación del servicio postal universal.

Se trata de un cambio esencial en la intención del legislador de dar un paso adelante en la liberalización del mercado postal. Recuérdese que la anterior Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales configuraba una reserva legal a favor del operador al que se encomendaba el servicio postal universal. De este modo, se atribuía a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., una parte de los servicios postales de la que se excluía al resto de los operadores, con la finalidad de poder contribuir de una forma eficaz al sostenimiento financiero del servicio postal universal. Es esta noción de servicio postal universal la que constituye el «corazón», tal y como lo expresa la Exposición de Motivos de la LSPU, y en torno a la misma gira el resto de la Ley. Es indicativo de lo señalado el propio art. 1 LSPU cuando señala que «el objeto de la presente Ley es la regulación de los servicios postales con el fin de garantizar la prestación del servicio postal universal, de satisfacer las necesidades de comunicación postal dentro de España y de España con el extranjero, y de asegurar la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia y pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y sus trabajadores».

Además el derecho de los usuarios se configura como un auténtico derecho de los usuarios de los servicios postales que quedan comprendidos bajo su ámbito de acción. El art. 8 de la LSPU así lo proclama, señalando respecto a la prestación del mismo que será desarrollado «de forma permanente, en todo el territorio nacional y a precios asequibles».

El art. 20 LSPU define el servicio postal universal como «el conjunto de servicios postales de calidad determinada en la Ley y sus reglamentos de desarrollo, prestados en régimen ordinario y permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuarios». Este servicio comprende, conforme a lo previsto en el art. 21 LSPU las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta dos kilogramos de peso; paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta veinte kilogramos de peso; y la prestación de servicios de certificado y valor declarado, accesorios de los envíos anteriores.

Igualmente, también comprenden el servicio universal los envíos nacionales y transfronterizos de publicidad directa, de libros, de catálogos, de publicaciones periódicas y los restantes cuya circulación no esté prohibida, cuando el servicio encaje en alguna de las modalidades que admite el servicio universal; en esencia, cartas y tarjetas postales hasta de dos kilogramos de peso y paquetes postales hasta veinte kilogramos de peso, con o sin certificado de valor declarado.

Las prestaciones comprendidas en el servicio postal universal son objeto de determinadas obligaciones de servicio público, que persiguen la finalidad de garantizar el acceso a las mismas de todos los usuarios y a un precio asequible. Entre estas obligaciones se encuentran entre otras, las de

realizar, al menos, una recogida en los puntos de acceso a la res postal todos los días laborables, de lunes a viernes, con independencia de la densidad de población e incluso en zonas rurales; disponer de una cobertura adecuada en el ámbito territorial para el que haya sido designada y, en particular, asegurar la densidad de puntos de acceso a los servicios postales establecida en el plan de prestación y la accesibilidad a los citados puntos de las personas con discapacidad de cualquier tipo, así como las personas con movilidad reducida; o, por ejemplo, no denegar la admisión de los envíos cuando éstos reúnan los requisitos que reglamentariamente se establezcan y se satisfaga el precio correspondiente.

Finalmente, debe señalarse que con la aprobación del tercer paquete postal queda suprimida la reserva a Correos y Telégrafos, de tal manera que a partir del 1 de enero de 2011 todos los operadores que desarrollen sus actividades en el mercado postal intervienen de acuerdo con las reglas de la libre competencia, bien dentro de la órbita de prestación del servicio postal universal, bien fuera de la misma. Así se desprende del art. 2 LSPU que al regular la naturaleza jurídica y el régimen de prestación de los servicios postales dispone:

«Los servicios postales son los servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia.

Están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios incluidos en el servicios postal universal encomendados al operador designado conforme a lo disposición adicional primera, y los que se impongan a los titulares de autorizaciones administrativas singulares en los términos dispuestos en esta Ley».

De esta manera, dentro de la prestación del servicio postal universal debe distinguirse entre los operadores que pueden prestar libremente el servicio universal, y el que lo presta por imperativo de la LSPU, como operador designado al que el Estado configura para desarrollarlo en cumplimiento de obligaciones de servicio público. Al examen de estas dos posibilidades dedicaremos los dos siguientes epígrafes¹⁷.

a) *El operador designado: Correos y Telégrafos*

Uno de los requisitos de la jurisprudencia *Altmark* para que las compensaciones quedaran fuera del concepto de ayuda de Estado consiste en que la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En este sentido, la Ley 43/2010 establece que tiene la condición de operador designado para la prestación del servicio postal universal aquel al que el Estado ha encomendado la prestación del mismo.

En este sentido, la disposición adicional 1.^a de la LSPU confiere a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., la condición de operador de-

¹⁷ Véase, al respecto, J. M. ELÍAS DE TEJADA CASANOVA, «El servicio postal universal», en *Régimen jurídico del sector postal*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 200 y ss.

signado por un periodo de quince años a contar desde el 1 de enero de 2011. De acuerdo con el art. 22. LSPU, transcurrido dicho plazo el Estado podrá designar a una o varias empresas como proveedores del servicio universal de modo que quede cubierto la totalidad del territorio nacional, cabiendo también designar a diferentes empresas para la prestación de diversos elementos del servicio universal o cubrir distintas partes del territorio nacional¹⁸.

Por lo que se refiere a las condiciones de prestación del servicio universal por parte de Correos y Telégrafos, la LSPU articula dos mecanismos: el Plan de Prestación del Servicio Postal Universal y el contrato regulador de la prestación del servicio postal universal.

Respecto al primero, debe ser aprobado por el Gobierno y debe incluir, entre otras cuestiones: las condiciones de prestación del servicio postal universal, especialmente en las zonas geográficas de muy baja densidad de población, el procedimiento para la evaluación del coste del citado servicio y la forma de financiarlo, así como los criterios a tener en cuenta para determinar la contribución a ella por el Estado, tomando en consideración el Fondo de Financiación del Servicio Postal Universal.

A su vez, como consecuencia de la atribución por la Disposición Adicional Primera de la LSPU, a Correos y Telégrafos de su condición de operador designado, esta empresa ha de acomodar su planificación estratégica y su gestión y funcionamiento a las exigencias legales a través de un contrato regulador de la prestación del servicio postal universal que firmará el citado operador con los Ministerios correspondientes (Economía y Competitividad, Hacienda y Administraciones Públicas y Fomento), previo informe de la Comisión Nacional del Sector Postal y del Consejo Superior Postal. Este contrato se deberá celebrar cada cinco años y su contenido se encuentra determinado de la siguiente manera: los derechos y obligaciones de las partes; medidas que garanticen la mejora permanente de la calidad, la eficacia y la eficiencia en la prestación; las consecuencias de su incumplimiento; los mecanismos de control y seguimiento correspondientes; las causas y el procedimiento de liquidación del contrato, incluidas las condiciones de prestación del servicio postal universal durante el periodo de transición hasta el inicio efectivo de su prestación por el operador u operadores de que se designen.

b) *El resto de operadores postales*

El servicio postal universal puede ser, igualmente, prestado por operadores no designados de forma expresa por el Estado que desarrollen los servicios postales dentro del marco establecido en el art. 21.1 de la LSPU.

¹⁸ Este plazo ha sido duramente criticado por la CNC en su Informe sobre el sector postal debido a la excesiva duración del mismo. En este sentido se señala por la CNC que el legislador no ha tenido en cuenta las distorsiones de la competencia que se producirán con este plazo tan largo para mantener al operador designado. Entre otras consecuencias, destaca: la eliminación de la posibilidad de introducir competencia en la prestación del servicio postal universal durante un plazo extraordinariamente largo; el incumplimiento de la Directiva de 2008 que exige que la adjudicación se realice en base a un proceso abierto y transparente, etcétera.

Estos operadores se encuentran sometidos a la obligación de solicitar la correspondiente autorización administrativa singular que les habilita para la ejecución y prestación de cualesquiera de las funciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal.

Como señala la LSPU, las autorizaciones tienen carácter reglado, previa acreditación del cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigibles de acuerdo a lo establecido en el Título IV de la LSPU, de las condiciones expresadas en el art. 41.1 como contenido de la declaración responsable que deben presentar ante la Comisión Nacional del Sector Postal quienes pretendan prestar servicios postales comprendidos dentro del servicio postal universal y de las condiciones de calidad, extensión territorial y alcance material del servicio que voluntariamente ofrezca a sus clientes el solicitante de la autorización.

Adicionalmente, este tipo de operadores asumen el siguiente elenco de obligaciones: las de servicio público que les sean impuestas; la no perturbación, en la prestación de los servicios postales, de las garantías establecidas para compensar al operador designado para la prestación del servicio postal universal; facilitar a la Comisión Nacional del Sector Postal toda la información que se le requiera, con el fin de vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la LSPU o con fines estadísticos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos administrativos u organismos; y publicar un informe anual que contenga información sobre el número de reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios postales incluidos en el ámbito del servicio universal que presta y la forma en que fueron tramitadas y resueltas.

Estos operadores que presten servicios postales deben inscribirse en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales. La inscripción, tal y como prevé el art. 39.2 de la LSPU, se practicará de oficio por la Comisión Nacional del Servicio Postal a partir de la información contenida en la declaración responsable o, en su caso, en la autorización administrativa singular, dependiendo del régimen aplicable al servicio postal que se preste.

C. FINANCIACIÓN DEL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL: LA COMPENSACIÓN POR LA PRESTACIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

El establecimiento de obligaciones de servicio públicos, bien a antes de naturaleza jurídico-pública o a antes de naturaleza jurídico-privada, genera una serie de costes a los mismos. Se plantea así la necesidad de retribuir los costes generados por las obligaciones impuestas.

Las retribuciones pueden adoptar diversas modalidades, desde una mera asignación presupuestaria a la Administración que asume la obligación de prestar el servicio público, hasta la atribución de derechos especiales o exclusivos, pasando por subvenciones, tarifas, etcétera¹⁹.

¹⁹ Sobre las formas de compensación, véase J. J. MONTERO PASCUAL, «Régimen jurídico de los servicios de interés económico general», en *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Valencia, Tirant lo Blanch-UNED, 2009, pp. 31 y ss.

Esta compensación derivada de la asunción de obligaciones de servicio público plantea el problema de que la misma pueda ser excesiva, superando la mera retribución del coste generado por la obligación de servicio público, de tal modo que constituya una ayuda pública que distorsione la competencia entre las empresas que prestan sus servicios en un mercado determinado. Así, la obligación de servicio público puede realmente conllevar un privilegio para la entidad que la asume, lo que puede ser contrario a las normas de competencia establecidas en el TFUE.

Como señala la doctrina *Altmark* la clave del régimen jurídico de la compensación de las obligaciones de servicio público estriba en que «la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público». En consecuencia, si la compensación se limita a cubrir el coste de la prestación de la obligación de servicio público impuesto por la norma, no se vulneran las normas de competencia del TFUE.

En aquellos supuestos en que la atribución de las obligaciones de servicio público no provenga o sea consecuencia directa de un acto de licitación pública, sino de la atribución directa por la Ley, en este caso por la LSPU, cabe que dicha atribución recaiga sobre un operador determinado, como es el caso de Correos y Telégrafos, o sobre otros operadores distintos²⁰.

El art. 28 de la LSPU establece expresamente la financiación de las obligaciones de servicio público del servicio postal universal impuestas al operador designado:

«La Comisión Nacional del Sector Postal determinará, previo informe preceptivo del Ministerio de Economía y Hacienda, la cuantía de la carga financiera injusta que comportan las obligaciones de servicio público del servicio postal para el operador designado.

A tal efecto, se entenderá por carga financiera injusta el resultado de minorar el coste neto en el importe en el que se cuantifiquen los ajustes derivados del incumplimiento de las condiciones de eficiencia establecidas en el Plan de prestación a que se refiere el art. 22 de la presente Ley. La cuantía de la carga financiera injusta se compensará con cargo al Fondo de Financiación creado [...]».

Por tanto, la compensación de las obligaciones de servicio público gira en torno a la figura de la *carga financiera injusta* y el cálculo de la misma, con el objeto de examinar si la compensación se encuentra dentro del marco de la doctrina *Altmark* o, por el contrario, es excesiva y constituye una ayuda de Estado que debe ser notificada y aprobada o rechazada por la Comisión.

²⁰ La opción empleada por la LSPU ha sido objeto de diversas críticas. Así, J. J. MONTERO PASCUAL señala que «en cualquier caso, la designación directa de Correos sin un proceso de licitación impide que a través del mismo se identifique al operador que más eficientemente puede prestar el servicio y, sobre todo, el coste que la prestación del servicio postal universal supone para dicho operador eficiente», *ibid.*

a) *La compleja determinación del coste de las obligaciones de servicio público*

La determinación del coste de la prestación de la obligación de servicio público en el ámbito de los SIEG ha resultado conflictiva. Así, el criterio jurisprudencia establecido en *Altmark* entiende que «el nivel de compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes de una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada [...] habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable para la ejecución de estas obligaciones».

La LSPU establece en su art. 27 la determinación del coste neto de las obligaciones de servicio público. En este sentido, se deben emplear para dicho cálculo los siguientes criterios: en primer lugar, se advierte que el coste neto se calculará como la diferencia entre el coste neto que le supone al operador designado prestar el servicio postal universal operando con obligaciones de servicio público y el correspondiente al mismo proveedor de servicios postales si operara en las citadas obligaciones. Además, en ese cálculo debe tenerse en consideración cualquier otro elemento que resulte pertinente como las garantías y las ventajas inmateriales y de mercado de que pueda gozar el operador designado para la prestación del servicio postal universal, el derecho a obtener un beneficio razonable y los incentivos dirigidos a obtener la eficiencia en costes.

Esta metodología que emplea la LSPU ha sido objeto de diversas críticas por parte de la CNC en su Informe sobre *El nuevo marco de regulación del sector postal tradicional es España*. Así en primer lugar, señala que el procedimiento de cálculo del coste neto adolece de falta de transparencia, dado que el operador designado para la prestación del servicio postal universal es una empresa estatal con capital íntegramente público, por lo que no puede descartarse el riesgo de un posible conflicto de intereses en el diseño que establezca este desarrollo de la metodología del cálculo de la compensación al operador designado. Por otro lado, las normas que fijan el cálculo de la compensación de la carga injusta deberían incluir, en primer lugar, la opción del modelo teórico de cálculo seleccionado, así como los detalles de la estimación de los beneficios comerciales derivados de la condición de prestador del servicio postal universal y de las ventajas intangibles asociadas a tal condición, la definición de qué debe entenderse por beneficio razonable, y la determinación de los mecanismos a introducir en el sistema de compensación para fomentar la eficiencia en costes del operador designado²¹.

²¹ Resulta interesante la Sentencia del TG de 1 de julio de 2008, asunto *Deutsche Post AG c. Comisión*, T-266/02, en el que se aborda un caso de subvenciones cruzadas en los servicios postales y donde queda puesto de manifiesto la complejidad de la determinación de los costes en que incurren los operadores que prestan obligaciones de servicio público de SIEG. El asunto se había originado por la denuncia presentada por dos competidores rivales de DPAG en el mercado de servicios de paquetería «puerta a puerta» que estaba abierto a la competencia y se centraba en la posible existencia de un abuso de posición de dominio por la venta a pérdida en sus servicios y por ayudas estatales,

b) *Los instrumentos de financiación de las obligaciones del servicio postal universal*

Diversos son los instrumentos diseñados por la LSPU para la financiación de la carga financiera injusta. La financiación de las obligaciones de servicio público no precisa de manera obligatoria del desembolso de fondos monetarios a favor del operador designado. La compensación puede llevarse a cabo mediante el otorgamiento de otras modalidades de beneficio económico para Correos y Telégrafos; de hecho la principal compensación otorgada a esta sociedad en el pasado era el derecho exclusivo a la prestación de los servicios postales reservados. Otras vías de financiación son los fondos públicos, las contribuciones de los operadores activos en el mercado o las contribuciones de los usuarios.

b.1) *El problema de los denominados derechos compensatorios*

Inicialmente, las Directivas postales, antes de su última reforma, preveían la posibilidad de conceder derechos exclusivos para la prestación de determinados servicios postales previstos de forma expresa²²; si bien exigía a los Estados miembros la justificación de la necesidad del mantenimiento de los citados derechos.

El TJUE en su Sentencia de 15 de noviembre de 2007, *International Mail Spain SL c. Administración del Estado y Correos*²³, que tenía por ob-

al sufragar dichas pérdidas «bien por medio de ingresos generados en el sector reservado, bien por medio de fondos públicos concedidos infringiendo el art. 87 TCE». La Comisión había dado la razón a los denunciantes.

Sin embargo, el TG anula la Decisión señalando que «cuando se conceden fondos estatales a fin de compensar los costes adicionales derivados del cumplimiento de un SIEG en las circunstancias que se mencionan [...], la Comisión no puede, si no quiere privar de toda eficacia al art. 86 TCE, apartado 2 (actual art. 106.2 SFUE), calificar como ayuda de Estado a toda o a una parte de los fondos públicos concedidos si la cuantía total de dichos fondos es inferior a los costes adicionales generados por el cumplimiento de dicha misión específica de SIEG». A continuación el TG procedió a examinar si las compensaciones superan a los costes derivados del SIEG asumido. A tal respecto, señala que «[...] si bien el tribunal de Primera instancia ha reconocido a la Comisión cierto margen de apreciación en cuanto a la adopción del método más apropiado para comprobar la inexistencia de subvención cruzada en beneficio de actividades competitivas [...], no es menos cierto que la Comisión conforme a la Sentencia *Altmark* [...], no puede calificar de ayuda de Estado los fondos estatales vinculados al cumplimiento de un SIEG. En el caso de autos, al no examinar si el importe de las transferencias de DB Telekom sobrepasaba el importe de los sobrecostes netos no discutidos, la Comisión, tal como se desprende del análisis de la Decisión impugnada [...], no podía presumir que dichas transferencias hubieren conferido a la demandante una ventaja, dado que la República Federal de Alemania le había proporcionado información de la que resultaba que era verosímil que el importe total de las mencionadas transferencias no sobrepasaba el importe total de los sobrecostes netos no discutidos». Sobre este tema, véase J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «La financiación pública...», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

²² Así, por ejemplo, se incluía el derecho al establecimiento de apartados postales destinados a la entrega de correspondencia, siempre que no incorporaran servicios liberalizados; la preferencia del despacho en el control aduanero de los envíos incluidos en el servicio postal universal; la distribución de los sellos de correos u otros medios de franqueo, pudiendo hacerse la venta al por menor a través de la red postal pública o a través de terceros; el derecho a la utilización exclusiva de la denominación «Correos», etc.; sobre este punto, véase E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La financiación de las obligaciones de servicio público en el sector postal», en *Financiación de las...*, *op. cit.*, p. 113.

²³ C-162/06.

jeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, sobre el derecho exclusivo otorgado a Correos por la Ley postal, estableció que tanto la Directiva como el propio Tratado condicionaban el derecho exclusivo a la necesidad de la medida para la consecución del objetivo de interés económico general en cuestión, en este supuesto el servicio postal universal. Así, indicó

«[...] la utilización de la palabra “necesario” se opone a que dicha reserva se justifique por consideraciones de mera oportunidad».

De tal modo que la reserva sólo se justificaba cuando sin ella se impidiera la correcta prestación del servicio postal universal o su prestación no fuera posible en condiciones económicas viables.

En base a esta jurisprudencia, se modificó la Directiva postal en el sentido de excluir expresamente la posibilidad de compensar al operador designado a través de la atribución de derechos exclusivos o especiales para la prestación de este tipo de servicios públicos. Como afirma J. J. MONTERO PASCUAL «esto ha llevado a poner fin al monopolio histórico de Correos en España, uno de los hitos de la Ley 43/2010»²⁴.

No obstante, la LSPU incluye a lo largo de sus disposiciones una serie de privilegios, los denominados *derechos compensatorios*, a favor del operador designado para la prestación del servicio postal universal. A pesar de la prohibición expresa formulada por el Derecho comunitario de compensar al prestador del servicio postal universal, la legislación española recoge una serie de derechos compensatorios que, en algunos supuestos, implican una distorsión de la libre competencia, como señala la CNC en su Informe sobre este sector. Destacan, en este sentido, la exención tributaria garantizada a Correos y Telégrafos y las relaciones que éste tiene con las Administraciones Públicas.

Por lo que se refiere a la exención tributaria, el art. 22.2 de la LSPU establece que «el operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal quedará exento de los tributos que graven su actividad vinculada al servicio postal universal excepto el impuesto sobre sociedades». Esta previsión podría ser contraria a la prohibición de conceder derechos compensatorios al prestador del servicio postal universal, aparte de que podría ser considerada como una ayuda de Estado.

Debe advertirse, como hace la CNC en el informe mencionado, que la legislación europea permite la exención del IVA para aquellos servicios postales que se prestan con una vinculación directa a la satisfacción de obligaciones de servicio público, si bien el ámbito de la exención establecido en el art. 22.2 LSPU excede al de la normativa europea. Como ha señalado el TJUE en el asunto *TNT Post*²⁵, para que se pueda acoger un prestador de servicio postal universal a dicha exención tributaria deben cumplirse dos condiciones: una de índole subjetiva, esto es, que el bene-

²⁴ «La financiación del servicio...», *op. cit.*, p. 262.

²⁵ STJUE de 23 de abril de 2009, C-357/07.

ficiario debe ser el operador designado como prestador del servicio postal universal; y otra condición objetiva, de tal modo que sólo pueden quedar exentos los servicios prestados en el marco de las obligaciones de servicio postal universal.

Por tanto y de acuerdo con esta jurisprudencia, no cabe *a sensu contrario*, aplicar la exención a aquellos servicios distintos del servicio de interés general, como pueden ser los que responden a las necesidades específicas de algún operador. Entre éstos se pueden incluir las prestaciones desarrolladas por los servicios públicos postales cuyas condiciones se negocian individualmente, entre los que pueden incluirse los contratos con grandes emisores de correos. Los descuentos aplicados en estos supuestos y las condiciones de preparación del correo son, sin duda, el resultado de una negociación entre las partes. En consecuencia, no resulta viable eximir del pago del IVA a estos servicios.

En este sentido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2011 recogió una serie de reformas en la Ley del IVA que incluyeron la adaptación de la exención del IVA postal. Así, el nuevo art. 20.1 de la Ley del IVA, recoge el ámbito de la exención tributaria a la que tiene derecho Correos y Telégrafos que se circunscribe a «las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal siempre que sean realizadas por el operador u operadores que se comprometen a prestar todo o parte del mismo», y advertir de que «esta exención no se aplicará a los servicios cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente».

Por otro lado, respecto a las relaciones con las Administraciones Públicas la LSPU otorga en exclusiva a Correos y Telégrafos la presunción de veracidad y fehaciencia de las notificaciones de órganos administrativos y judiciales por medios físicos y telemáticos, que otorgan al operador designado ventajas que pueden exceder de la justa compensación por su prestación de obligaciones de servicio público.

Finalmente, la LSPU mantiene otros derechos de carácter compensatorio a favor del operador designado, derivados fundamentalmente de la fuerte vinculación pública de esta empresa, como son la utilización del término España y de los signos de Correos, la ocupación del dominio público para el desarrollo de la red postal y la condición de beneficiario en procedimientos de expropiación forzosa; y, la cesión de espacios por los entes que gestionan la red de ferrocarriles, puestos y aeropuertos para que sean destinados a la prestación del servicio postal universal.

b.2) *Otras vías de financiación*

El art. 29 de la LSPU prevé entre las diversas fuentes de financiación de la carga financiera injusta del operador designado las transferencias consignadas en los presupuestos generales del Estado, creándose un Fondo de Financiación del servicio postal universal.

De igual modo, la LSPU contempla la financiación por prestaciones patrimoniales de carácter público impuestas a los propios operadores postales. Así, el art. 31 de la LSPU prevé la denominada contribución postal, que consiste en una contribución anual del 0,5 por 100 del importe neto de la cifra de negocios que obtengan en cada periodo impositivo los titulares de licencias individuales, incluyendo al operador designado.

Quedan exentos de la contribución postal los operadores con una cifra de negocios inferior a los 50.000 euros. Se trata de una cautela establecida por la LSPU tendente a reducir el impacto en la competencia así como el coste administrativo del sistema. Igualmente, quedan exentos los operadores a los que se puede llegar a imponer obligaciones de servicio público, de acuerdo con lo previsto en el art. 43.2.a) LSPU.

Finalmente, se establece otra posible fuente de financiación de la carga financiera injusta como es el pago por los usuarios de una cantidad por el uso de los servicios postales, en forma de donaciones o legados para la financiación del servicio postal universal, que como apunta J. J. MONTERO PASCUAL «no parece llamada a tener un gran protagonismo»²⁶.

²⁶ «La financiación del servicio...», *op. cit.*, p. 265.