



**CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social
y Cooperativa, n° 75, Agosto 2012, pp. 81-103**

Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general

María Pilar Alguacil Marí

Universidad de Valencia

CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa
ISSN edición impresa: 0213-8093. ISSN edición online: 1989-6816.

© 2012 CIRIEC-España

www.ciriec.es

www.ciriec-revistaeconomia.es

Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general

María Pilar Alguacil Marí

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Valencia

RESUMEN

Las empresas sociales y su actividad inciden en varias políticas de la Unión Europea, como se ha puesto de manifiesto en la reciente Comunicación de la Comisión sobre este tipo de emprendimiento. Asimismo, las ayudas públicas o el especial régimen fiscal de este tipo de empresas, y en particular cuando prestan servicios sociales, puede tener relevancia a efectos del Derecho europeo de la competencia, especialmente en relación con el tratamiento de las ayudas de Estado. La calificación de dichos servicios sociales como servicios de interés económico general tiene indudables repercusiones en el tratamiento jurídico de estas ayudas. Recientemente se ha modificado el régimen de excepciones de este tipo de ayudas para la compensación de obligaciones de servicio público, con lo que éste es un momento idóneo para una reflexión sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Ayudas de Estado, servicios sociales, servicios de interés económico general, empresa social, economía social.

CLAVES ECONLIT: H290, H430, D490, D710, J540.

Cómo citar este artículo: ALGUACIL, P. (2012): “Empresas sociales y políticas europeas: los servicios sociales de interés económico general”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 75, 81-103.

Entreprises sociales et politiques européennes : les services sociaux d'intérêt économique général

RESUME : Les entreprises sociales et leur activité influent sur plusieurs politiques de l'Union européenne, comme cela a été mis en évidence lors de la récente Communication de la Commission sur ce type d'entrepreneuriat. De la même manière, les aides publiques ou le régime fiscal spécial de ce type d'entreprises et, en particulier lorsqu'elles rendent des services sociaux, peut avoir de l'importance en ce qui concerne le Droit européen de la concurrence, surtout par rapport au traitement des aides de l'État. La qualification desdits services sociaux comme services d'intérêt économique général a des répercussions indiscutables sur le traitement juridique de ces aides. Récemment, le régime des exceptions de ce type d'aides pour la compensation des obligations de service publique a été modifié, il s'agit ainsi du moment idéal pour une réflexion sur le sujet.

MOTS CLÉ : Aides de l'État, services sociaux, services d'intérêt économique général, entreprise sociale, économie sociale.

Social Business and European policies: social services of general economic interest

ABSTRACT: Social enterprises and their activities have a bearing on a number of European Union policies, as highlighted in the recent Communication from the Commission on this type of venture. Also, public support or special tax treatment for such companies, particularly when they provide social services, may be relevant in relation to European competition law, especially regarding the treatment of State aid. Classifying these social services as services of general economic interest has an undeniable impact on the legal treatment of such aid. The rules on exceptions for this type of aid to compensate public service obligations have recently been amended, so this is a good time to reflect on the subject.

KEY WORDS: State aid, social services, services of general economic interest, social business, social economy.

1.- Introducción¹

En los últimos tiempos asistimos a una creciente presencia del concepto de « empresa social » entre los instrumentos que la Unión europea considera idóneos para ayudar a superar la actual crisis económica y financiera, y sobre todo, sus efectos en el empleo, la distribución de la riqueza y la situación de los colectivos más vulnerables.

La cuestión de las empresas sociales en relación con el Derecho europeo de la competencia se plantea, sobre todo, en relación con las ayudas que estas Entidades perciben de Entes públicos; ya sean en forma de subvenciones (ayudas directas), o en el establecimiento de un régimen fiscal distinto y menos oneroso para dichas actividades. Y cuando éstas realizan labores de carácter social; ya se trate de actividades económicas derivadas de su objeto típico (actividades institucionalizadas) o de *fundraising*, dirigidas a obtener beneficios para financiar las primeras. Y ello porque en el Derecho europeo podrían vulnerar el régimen previsto en los arts. 106 y ss del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) respecto de la incompatibilidad con el mismo de las ayudas de Estado prestadas a las empresas (Alguacil Mari, 2005 y 2009, Helios, 2007, Stevens, 2010).

En el trabajo vamos a centrarnos especialmente en las empresas sociales prestadoras de servicios sociales, ya que el régimen de ayudas de Estado de dichos servicios se ha visto directamente afectado por la modificación del régimen de servicios de interés económico general acaecida en el año 2011. Así, tras realizar una breve introducción al concepto de empresa social, se hace referencia a la relevancia que éstas han tenido en diversas políticas comunitarias, como forma de poner en este contexto el régimen de Ayudas de Estado en materia de servicios sociales. Posteriormente, y tras analizar dicho régimen, se llega a ciertas conclusiones sobre cómo afecta el mismo a las empresas sociales. Dado lo reciente del régimen, ésta es una primera aproximación que intenta aportar una panorámica, dejando para trabajos posteriores el análisis más detallado y profundo de aspectos parciales.

1.- El presente trabajo se enmarca en la investigación realizada en el seno del proyecto 'Las políticas públicas en el tratamiento fiscal y de ayudas públicas a las Entidades de la Economía social', financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia DER2009-14462-C02-01, y cuya investigadora principal es María Pilar Alguacil Mari (pilar.alguacil@uv.es).

2.- Concepto y funciones de las empresas sociales

Las empresas sociales constituyen uno de los fenómenos que se enmarcan dentro de la denominada “innovación social”, que supone la introducción de cambios relacionados con nuevas formas organizativas y de gestión dentro de la organización empresarial en el ámbito de los recursos humanos utilizados por la misma, conectándose con otros conceptos, como la responsabilidad social corporativa (Sanchis Palacio y Campos Climent, 2005: 279-306).

¿A qué nos referimos con empresa social?² En general, el término no hace referencia a una forma jurídica concreta -de hecho, las hay con diferentes formas jurídicas (Spear y Bidet, 2005)- sino que se trata de un fenómeno que disfruta de una doble vertiente: la de constituir una organización de gestión empresarial y la existencia de un fin social concatenado a la misma. El marco legal puede variar bastante de un país a otro, aunque se suele considerar que Italia, con su marco legal específico para las cooperativas sociales, constituye el líder en esta forma de empresa social (Nogales Muriel, 2007: 44-48, Borzaga, 1996 y 1995). En general, aunque la forma social no defina a la empresa social, sí es cierto que, en Europa, suelen predominar determinadas categorías de empresa, entre las que destacan las cooperativas sociales y las empresas de inserción.

Se ha señalado que la Economía social suponía y supone también, en sí misma, una forma socialmente innovadora de hacer empresa (Sanchis Palacio y Campos Climent, 2005: 279-306). Por ello, se ha destacado el claro posicionamiento de las empresas sociales en la “Nueva Economía social” (Defourny, Favreau y Laville, 2001), que incluiría a aquellas entidades de la Economía Social que desempeñan su actividad en el sector del empleo, de los servicios sociales, del medio ambiente y del desarrollo local, entre otros, es decir, lo que algunos autores denominan “servicios de proximidad” (Laville, Nyssens, Sajardo Moreno, 2001: 359). De hecho, la mayor parte de las empresas sociales europeas que realizan inserción sociolaboral se constituyen con figuras jurídicas de la Economía social (cooperativas, o asociaciones) (Spear y Bidet, 2005: 212).

También gran parte de las empresas del denominado “Tercer sector” o sector non-profit han debido introducirse en el mercado y, por su forma organizativa del factor laboral, se han transformado en empresas sociales. En este sentido, la transformación en empresas de las Entidades tradicionalmente no lucrativas ha supuesto una radical innovación en el sector, realizando una actividad de interven-

2.- La OCDE (2001) propone la siguiente definición: “La empresa social hace referencia a toda actividad privada, de interés general, organizada a partir de una gestión empresarial que no tiene como principal objetivo la maximización de los beneficios, sino la satisfacción de determinados objetivos económicos y sociales, así como la capacidad de establecer, mediante la producción de bienes o servicios, nuevas soluciones a los problemas de exclusión y desempleo”. Asimismo relevantes son las definiciones de los investigadores del proyecto EMES (1996-1999), “Emergencia de la empresa social en Europa”, y del proyecto PERSE (2001-2004) sobre los resultados socioeconómicos de las empresas sociales de inserción laboral.

ción directa en el mercado. Esto ha llevado a cambiar su forma de financiación, que ha evolucionado desde una total dependencia del sector público a la obtención parcial de recursos por su actividad económica (Dart, Johnson).

Por ello, podríamos indicar que las empresas sociales se caracterizan por desarrollar, sobre todo, una doble función:

- prestar servicios sociales y locales (servicios de proximidad)
- generar autoempleo y/o inserción sociolaboral

En este segundo terreno, están las empresas de inserción (Bonet Sánchez, García Maynar y Esteve Arnal) y las empresas de participación de los trabajadores (cooperativas de trabajo asociado y, en nuestro país, sociedades laborales), ambas consideradas Entidades de la Economía social en el art. 5 de la ley 5/2011, de Economía Social.

Por «empresa social», la Comisión³ entiende, en particular, las empresas:

- a) para las cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social;
- b) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social;
- c) y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión.

Así, pueden ser:

- empresas que prestan servicios sociales o suministran bienes y servicios destinados a un público vulnerable (acceso a la vivienda, acceso a los cuidados, ayuda a las personas de edad o con discapacidad, inclusión de grupos vulnerables, guardería infantil, acceso al empleo y a la formación, gestión de la dependencia, etc.); y/o
- empresas cuyo modo de producción de los bienes o servicios persigue un objetivo de tipo social (integración social y profesional mediante el acceso al trabajo de personas desfavorecidas, sobre todo por razón de su escasa cualificación o de problemas sociales o profesionales que provocan exclusión y marginación), pero cuya actividad puede incluir bienes o servicios que no sean sociales.

Sin perjuicio de indicar su relevancia, dejaremos para otros trabajos el tratamiento que en la política de Ayudas de Estado tienen las empresas de autoempleo o empresas de participación, y nos vamos a ocupar aquí únicamente de las empresas sociales que podríamos calificar de “acción social”, y que prestan servicios sociales, incluida la integración social y socio-laboral, dado que son aquellas en las que se plantea su inclusión en el régimen de servicios de interés económico general.

3- Comunicación “Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la Economía y la innovación sociales”, SEC (2011) 1278 final.

3.- Las políticas de la UE sobre emprendimiento social

3.1. Los valores sociales en el Derecho europeo

Es de conocimiento común que la construcción del mercado común ha sido un objetivo prioritario de las políticas europeas, por encima de los fines sociales. Sin embargo, en los últimos años se ha planteado cada vez más frecuentemente la cuestión de si olvidar los objetivos de cohesión social no supondría poner en peligro la “cohesión económica” (Héritier, 2001a y b, Bauby y Boual). Por dicha razón, durante los últimos veinte años, la cohesión social y territorial ha sido considerada uno de los pilares de la construcción de la Unión Europea.

El concepto de cohesión no se define en el Tratado, pero parece ligado inicialmente, a las disparidades regionales, constituyendo una manifestación del principio de solidaridad territorial (Carrasco Morales). Es en el Tratado de Maastricht cuando se consagra como una de las misiones fundamentales de la Comunidad, y adopta una estrecha relación, asimismo, con el concepto de “ciudadanía europea”, cambiando su significado hacia objetivos de bienestar social mínimo uniforme en el ámbito de la Comunidad (Alonso Olea y Casas Baamonde, 2004: 75).

En ese sentido, aun cuando la política social ha generado mucha menor intensidad de acción *positiva* que la relativa a la competencia- en el marco, además, de la diferente intensidad de la competencia comunitaria en ambos ámbitos (Nieto Solís, p. 13), y de las dificultades de eficacia que afectan, en general, a los derechos sociales (Monereo Perez); lo cierto es que de la visión de los actuales Tratados se pueden deducir unos criterios axiológicos, y la existencia de ciertos valores materiales en el terreno social (Häberle, 1993: 1045). Lo que hace particularmente importante esta mayor intensidad para modular la política de competencia, y en particular, la prohibición de Ayudas de Estado a las empresas.

En relación con los servicios sociales, debe decirse que el Tratado de Lisboa reconoce el papel esencial de los servicios públicos y, al mismo tiempo, su diversidad en el modelo de sociedad europeo (Ross, 2007). Este enfoque dual se refleja en el nuevo Protocolo 26 de los Tratados, según el cual entre los valores comunes de la Unión se encuentran, en particular, «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios», y en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) se establece como objetivos prioritarios de la misma fomentar la protección social, así como la cohesión económica y social y territorial. Por su parte, los derechos sociales han sido incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea, en cuyo preámbulo se incluye, entre los valores comunes de dicha Unión, el de la solidaridad. Dicho valor se traduce en un Título IV de la Carta en el que se contiene el art. 34, que establece el derecho a los servicios sociales.

3.2. Relevancia otorgada a las empresas sociales y a la innovación social

Las organizaciones de la Economía social han sido objeto de numerosas declaraciones realizadas por los distintos órganos comunitarios. En ellas, se han constatado repetidamente las ventajas aportadas por estas Entidades en relación con varias políticas comunitarias. Así, se le atribuyen usualmente las siguientes notas características: solidaridad, cohesión social, responsabilidad social, gestión democrática, participación y autonomía⁴. Pero sin duda, la declaración más rotunda de un órgano comunitario al respecto se contiene en la **Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009, sobre economía social**⁵, donde se pone de manifiesto la relación entre Economía social, inserción social e innovación social. El papel de las Entidades de la economía social en la creación de empleo y en la inserción laboral es asimismo puesto de manifiesto por la Resolución, considerando que *“... son importantes agentes de la reinserción, y acoge con satisfacción sus esfuerzos por crear y mantener empleos de alta calidad, buenos y estables, y de invertir en los trabajadores.”* El Parlamento considera que (2.0) *“...la economía social contribuye a rectificar tres desequilibrios fundamentales del mercado de trabajo: el desempleo, la inestabilidad en el trabajo y la exclusión de los desempleados tanto en el plano social como en el mercado laboral;...”*

En ese sentido, la función social desempeñada por las Entidades de la Economía social sí podría constituir un criterio idóneo para modular la aplicación del régimen de Ayudas de Estado, que se ejerce de forma discrecional por la Comisión (Slotboom, pág. 290, Arpio Santacruz, Hernández Martín pág. 55). Así lo pone de manifiesto dicha Resolución, específicamente, al pedir a *“ la Comisión que tenga en cuenta la realidad de la economía social al revisar la política de ayudas estatales puesto que las pequeñas empresas y las organizaciones que operan a escala local tienen grandes dificultades para acceder a la financiación,...”*.

La Comisión también ha considerado a la economía social y la innovación social un instrumento de la cohesión territorial y de búsqueda de soluciones originales para los problemas sociales y, en concreto, en la lucha contra la pobreza y la exclusión, en su Estrategia Europa 2020 («Europa 2020 – Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020), y en otras iniciativas emblemáticas⁶, dejando patente su interés en el buen funcionamiento del fenómeno para la consecución de objetivos europeos.

4.- El CESE ya había puesto de relieve el gran papel que desempeñaban en la contribución al bienestar, el empleo, el crecimiento sostenible, la cohesión social, y el desarrollo local, en su Informe- síntesis sobre “Tercer sistema , empleo y desarrollo regional” (Agosto 1999), y posteriormente, en su Dictamen sobre “Economía social y mercado único”, en 2000, y en el dictamen sobre “La diversificación económica en los países adherentes: Función de las PYME y de las empresas de la economía social”. En particular, el Dictamen del Consejo Económico y social Europeo sobre “Economía social y mercado único” (2000/C117/11) tenía como objetivo poner de relieve la importancia de la economía social en Europa a fin de *“...mejorar sus posibilidades de contribuir al bienestar, el empleo, el crecimiento sostenible y la cohesión social”*.

5.- 2008/2250(INI).

6.- Así, en «Unión por la innovación» (Comunicación sobre la Unión por la innovación, COM(2010) 546 final de 6 de octubre de 2010), en la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social (Comunicación «La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial» COM(2010) 758 final de 16 de diciembre de 2010) y en el Acta del Mercado Único (AMU) («Acta del Mercado Único – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza», COM(2011) 206 final de 13 de abril de 2011).

Específicamente, la Comisión hace referencia a la empresa socialmente innovadora en el capítulo 2.4 de la Comunicación de 2010 “Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos”⁷, que tiene el título de “Nuevos medios para la economía social de mercado”, y de la que debemos destacar en este momento las propuestas nº 36 y 37. En la propuesta nº 36, se prevé una iniciativa en favor de las empresas sociales, a fin de respaldar los proyectos de empresa innovadores en el plano social y de guiar su desarrollo en el mercado único. Según la Comisión, la innovación social es una fuente de crecimiento económico y de cohesión social. Así, como que: “...han aportado soluciones creativas a problemas socioeconómicos importantes causados, a menudo, por una situación de exclusión (acceso a los productos agroalimentarios, a la vivienda, a la atención sanitaria, al mercado de trabajo, a los servicios bancarios, a servicios que facilitan la inserción de las personas con discapacidad, etc.), así como por el envejecimiento de la población.”

Además, se hace una referencia específica a la necesidad de incentivar a las empresas de la Economía social en la **propuesta 37**, donde se compromete a mejorar sus estructuras jurídicas. Las empresas sociales son consideradas una prioridad (la número 8) de las 12 expuestas en la Comunicación⁸ “**Acta del Mercado Único**. 12 prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»», de 13 de abril de 2011.

La Comisión Europea considera explícitamente a las empresas sociales como parte de la Economía social⁹, y así puede observarse en la **Comunicación Revisión de la «Small Business Act» para Europa**¹⁰, donde se compromete ya a “adoptar de aquí a finales de 2011, una Iniciativa de Empresa Social sobre las empresas con finalidad social”. Dicha iniciativa es el objeto de la Comunicación « Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la Economía y la innovación sociales », de 25 de octubre de 2011 (COM (2011) 682 final) y que está en la misma línea que la Comunicación sobre responsabilidad social de las empresas de la misma fecha (COM (2011) 681 final).

En ella, se toma nota de la existencia de problemas propios de estas empresas, puestos de manifiesto en varios informes¹¹. Dichos problemas son, fundamentalmente, el acceso a la financiación, el escaso reconocimiento del emprendimiento social, y la falta de regulación *ad hoc* en su entorno normativo, incluido su sometimiento a las reglas de competencia.

7.- Bruselas, 27.10.2010 COM(2010) 608 final.

8.- Bruselas, 13.4.2011, COM(2011) 206 final.

9.- La Comisión se refería ya a las empresas sociales y a la innovación social en su Libro verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” de 2001 COM (2001) 366 final de 18.7.2001, donde señalaba que por la peculiar estructura y forma de funcionamiento de las empresas en ella integradas, la Economía social supone un ejemplo de responsabilidad social, amén de constituir un instrumento especialmente valioso para las políticas sociales y de empleo.

10.- COM (2011) 78 final. Bruselas, 23.2.2011

11.- Study on Practices and Policies in the Social Enterprise Sector in Europe, Instituto Austriaco para la Investigación sobre PYME y TSE, Facultad de Ciencias Económicas de Turku, Finlandia-Viena, junio de 2007, informe realizado por encargo de la Comisión Europea; Empowering people, driving change: Social innovation in the European Union, Bureau des Conseillers Politiques (BEPA), Comisión Europea, julio de 2010.

Por todo ello, la Comisión propone 11 medidas clave – recogiendo el contenido de las propuestas 36 y 37 a las que hacíamos referencia, contenidas en la Comunicación de 2010-, y entre las que se encuentran algunas referidas a la mejora del entorno jurídico de las empresas sociales¹², y de eliminación de las dificultades que estas Entidades encuentran en el marco de la contratación pública¹³. Especialmente relevante para nuestro objeto de estudio es la propuesta de simplificar la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios sociales y a los servicios locales. En efecto, como pone de manifiesto la Comisión, esta simplificación beneficia muy específica y directamente a las empresas sociales, en la medida en que éstas prestan servicios sociales o de carácter local; esto es, sin efecto en el comercio entre los Estados miembros.

4.- Los servicios sociales prestados por Empresas sociales frente al Derecho Europeo de la competencia

Según el artículo 107, apartado 1, del TFUE, por regla general, las normas sobre ayudas estatales solo se aplican cuando el beneficiario es una «empresa». Por tanto, que la Entidad social prestadora de un servicio de interés económico general sea considerado, o no, una empresa es fundamental para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación¹⁴. El concepto de «actividad económica» es un concepto del Derecho de la Unión que el Tribunal ha desarrollado progresivamente sobre la base de los artículos 49 y 56 del TFUE.

Según las normas del Tratado sobre el mercado interior, cualquier prestación de servicio remunerada debe considerarse como una actividad económica. Según el Tribunal, el servicio no deben necesariamente pagarlo sus beneficiarios, pero la prestación del mismo implica la existencia de una contrapartida económica. El Tribunal consideró, por ejemplo, que los servicios hospitalarios prestados

12.- Así, presentar una propuesta de simplificación del Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa europea, proponer un Reglamento de Fundación Europea, e iniciar un estudio sobre la situación de las mutuas en todos los EEMM. Report from the commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. The application of Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) Brussels, 23.2.2012, COM(2012) 72 final. Proposal for a COUNCIL REGULATION on the Statute for a European Foundation (FE), Brussels, 8.2.2012, COM(2012) 35 final, 2012/0022 (APP). CONSULTATION DOCUMENT: MUTUAL SOCIETIES IN AN ENLARGED EUROPE 10/2003, puede consultarse: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/mutuals/mutuals-consult-doc_en.pdf

13.- Así como dar mayor valor al elemento de la calidad en la adjudicación de los contratos, sobre todo en el caso de los servicios sociales y sanitarios, y estudiar cómo podrían tenerse en cuenta las condiciones de trabajo de las personas que participan en la producción de los bienes y servicios objeto del contrato. En este momento, hay una Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la contratación pública /* COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD) */

14.- Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros.

gratuitamente en especie en virtud del régimen de seguro de enfermedad aplicable podían constituir una actividad económica con arreglo al Tratado.

El Tribunal también ha precisado que el carácter «económico» de una actividad no depende del estatuto jurídico del operador o el organismo (que puede ser de carácter público o sin ánimo de lucro¹⁵), ni de la naturaleza del servicio (por ejemplo, el hecho de que una prestación pertenezca al ámbito de la seguridad social o de la salud no implica en sí que excluya la aplicación de las normas del Tratado¹⁶). Así por ejemplo, las actividades de los miembros de una comunidad religiosa o de una asociación deportiva de aficionados pueden considerarse económicas¹⁷. El carácter «económico» de una actividad no depende tampoco de su calificación en el Derecho nacional. Un servicio calificado en el Derecho interno como «no comercial» podrá considerarse como «actividad económica» desde el punto de vista de las normas del Tratado. Del mismo modo, el hecho de que una actividad se ejerza con un objetivo de interés general no afecta necesariamente al carácter económico de esa actividad.

Así pues, la clasificación de una entidad concreta como empresa depende totalmente de la naturaleza de sus actividades. Este principio general tiene implicaciones importantes:

- En primer lugar, el estatuto jurídico de la entidad en virtud de la legislación nacional no es decisivo. Por ejemplo, una entidad que esté considerada una Entidad sin ánimo de lucro por la legislación nacional puede, no obstante, ser considerada una empresa a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. El único criterio relevante al respecto es si ejerce una actividad económica.
- En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre ayudas estatales como tal no depende de si la entidad ha sido creada para generar beneficios. Según la jurisprudencia de los tribunales europeos, las entidades sin ánimo de lucro pueden ofrecer bienes y servicios en un mercado¹⁸. Cuando no sea ese el caso, naturalmente los prestadores sin ánimo de lucro permanecen totalmente fuera del control de las ayudas estatales.
- En tercer lugar, la clasificación de una entidad como empresa se relaciona siempre con una actividad específica. Una entidad que realiza actividades económicas y no económicas se considerará una empresa únicamente en lo referente a aquellas.

15.- C-172/98 *Comisión/Bélgica*. En C-157/99 *Smits y Peerbooms* (apartado 50), el Tribunal desestimó el argumento según el cual la búsqueda de un beneficio por parte del prestador de servicios constituye una condición suplementaria para que una prestación pueda ser una actividad económica según lo dispuesto en el artículo 60 del Tratado.

16.- *Sentencia Smits y Peerbooms* antes citada.

17.- C-196/87 *Steymann* y C-51/96 y C-191/97 *Delliège*.

18.- *Asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78*, *Van Landewyck*, *Rec.* 1980, p. 3125, apartado 21; *asunto C-244/94*, *FFSA y otros*, *Rec.* 1995, p. I-4013; *asunto C-49/07*, *MOTOE*, *Rec.* 2008, p. I-4863, apartados 27 y 28. p. I-4013, apartado 21.

Para aclarar la distinción entre actividades económicas y no económicas, el Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica¹⁹. Debe tenerse en cuenta que, al no haber en los Tratados una definición de actividad económica, es la jurisprudencia la que debe ofrecer diversos criterios para la aplicación de las normas del mercado interior y para la aplicación del Derecho en materia de competencia²⁰.

En este contexto, el hecho de que la actividad en cuestión se califique de «social» o que la ejerza un agente sin ánimo de lucro no es en sí suficiente²¹ para eludir la calificación de actividad económica. Dos categorías de actividades que han sido definidas como no económicas son las actividades vinculadas al ejercicio de las prerrogativas del poder público²², y ciertas actividades de carácter puramente social financiadas de forma solidaria, como el seguro obligatorio de salud²³ o la enseñanza pública gratuita²⁴.

Por lo tanto, ¿pueden aplicarse las normas del TFUE sobre ayudas estatales a los prestadores de servicios que constituyan empresas sociales, cuando se trata de Entidades sin ánimo de lucro? Hay que concluir en que sí, dichas normas pueden aplicarse.

Así, por ejemplo, el Tribunal ha determinado que la prestación de servicios de transporte urgente y de transporte de enfermos por organizaciones sin ánimo de lucro puede constituir una actividad económica. Las obligaciones de servicio público pueden hacer que los servicios prestados por tales organizaciones resulten menos competitivos que los servicios comparables ofrecidos por otros operadores no sujetos a dichas obligaciones, pero esta circunstancia no puede impedir que las actividades en cuestión se consideren como actividades económicas²⁵. En opinión de la Comisión²⁶, lo mismo ocurriría con los Centros de acción social que presten servicios a personas mayores y a discapacitados.

19.- Asunto 118/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2599, apartado 7; asunto C-35/96, Comisión/Italia, Rec. 1998, I-3851, apartado 36; asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, apartado 75.

20.- Asunto C-519/04 P, David Meca-Medina e Igor Majcen/Comisión, Rec. 2006, p. I-6991, apartados 30 a 33; asunto C-350/07, Kattner Stahlbau, Rec. 2009, p. I-1513, apartados 66, 72, 74 y 75; Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 10 de noviembre de 2005 en el asunto C-205/03 P, FENIN, Rec. 2006, p. I-6295, apartados 50 y 51.

21.- TJCE, sentencias Pavlov, apartado 118, de 22 de enero de 2002, INAIL, asunto C-218/00, Rec. 2002, p. I-691, apartado 37, y de 22 de mayo de 2003, Freskot, C-355/00, Rec. 2000, p. I-5263. TJCE, sentencia de 23 de abril de 1991, Höffner y Elser, asunto C-41/90, Rec. 1991, p. I-197, apartado 21.

22.- TJCE, sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/República Italiana, asunto 118/85, Rec. 1987, p. 2599, apartados 7 y 8.

23.- TJCE, sentencias de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, asunto C-159/91, Rec. 1993, p. I-637, de 22 de enero de 2002, INAIL, asunto C-218/00, Rec. 2002, p. I-691, apartados 43-48, de 16 marzo de 2004, AOK Bundesverband, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, Rec. 2004, p. I-2493, apartados 51-55, y de 22 de mayo de 2003.

24.- TJCE, sentencias de 27 de septiembre de 1988, Humbel, asunto 263/86, Rec. 1988, p. 5365, apartado 18, del 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania, asunto C-318/05, pendiente de publicación, apartados 74 y 75, y Decisiones de la Comisión relativas a las ayudas N118/00 - Subvenciones para los clubes deportivos profesionales, DO C 333/6 de 28.11.2001, http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n118-00.pdf, y NN54/2006 - Colegio de logística Prerov, DO C 291/18 de 30.11.2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/register/ii/doc/NN-54-2006-WLWL-EN-08.11.2006.pdf, Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC relativa al caso 39/07/COL sobre la financiación de instituciones municipales de atención diurna en Noruega: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/11305/data.pdf>

25.- TJCE, sentencia de 25 de octubre de 2001, Glöckner, asunto C-475/99, apartado 21.

26.- 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, 7.12.2010, SEC(2010) 1545 final, apartados 3.1.7, 3.1.8 y 3.1.9.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que puede existir ayuda de Estado y ser compatible con el Derecho europeo, si se cumplen objetivos de interés general europeo. Así, las ayudas a este tipo de servicios pueden ser compatibles si cumplen la normativa de excepciones a la que después haremos referencia. Pero además, específicamente, está la excepción a la aplicación del régimen de ayudas de Estado contenida en el art. 107.2.a) del TFUE, que establece que serán compatibles con el mercado interior las ayudas de carácter social *concedidas a los consumidores individuales* (no a las empresas). En esa línea, no serían ayuda de Estado, de acuerdo con dicha excepción las ayudas de los municipios consistentes en bonos para utilizar servicios sociales prestados por empresas de carácter social. También entrarían en esta excepción los supuestos en que el Ente público decida abonarla en todo o en parte al prestador del servicio correspondiente (p. ej., al arrendador social de la vivienda ocupada, al comedor escolar que frecuenten los niños, etc.), si la asignación y sus parámetros de cálculo están claramente definidos y estrechamente vinculados al beneficiario final como persona física. Ello implica que esa transferencia no debe generar otras ventajas para el prestador de servicios.

La Comisión ha recogido y sistematizado esta jurisprudencia en su Comunicación de 20 de Noviembre de 2011 sobre la aplicación de las normas de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general²⁷.

4.1. Los servicios sociales como servicios de interés general

Ahora bien, si las empresas sociales son sujetos del Derecho de la competencia, las actividades desarrolladas por estas empresas, en la medida en que prestan servicios sociales, deberían ser calificadas, a efectos del régimen de Ayudas de Estado, como servicios de interés (económico) general, con los efectos que ello acarrea, siendo por tanto su tratamiento el contenido en el art. 106 del TFUE y no únicamente el del art. 107 de dicho Tratado. Así se ha reconocido finalmente por la Comisión, tras un largo proceso en el que se produjeron muchos titubeos, y en que la incertidumbre fue la tónica de la cuestión.

No existe en el Tratado una definición de los “servicios económicos de interés general”. Según la Comisión, servicio de interés económico general es un concepto aplicable a los servicios de mercado a los que los Estados miembros imponen determinadas *obligaciones de servicio público* en virtud de criterios de interés general. Así lo indicaban las Comunicaciones de la Comisión en relación con los servicios de interés general en Europa de 1996 (OJ C281, de 26.9.1996) y de 2000²⁸ (OJ C 17, de 19.1.2001).

27.- C (2011) 9404 final

28.- Asimismo, pueden consultarse: el Libro Verde sobre los servicios de interés general (COM/2003/0270 fina), la Comunicación de la Comisión “Libro blanco sobre los servicios de interés general” (COM/2004/0374 final), el Informe de la Comisión sobre el estado de trabajo para las directrices sobre ayudas de Estado y servicios de interés económico general de 10 de junio 2002 (COM (2002) 280 final), y el Documento de debate (no oficial) de 12 de noviembre de 2002 sobre “Servicios de interés económico general y ayudas estatales”.

Del artículo 106, apartado 2, del TFUE se desprende que las empresas encargadas de la gestión de SIEG son empresas a las que se ha encomendado «una misión específica» y se someten a las normas sobre competencia y ayudas de Estado. En términos generales, el encargo de una «misión específica de servicio público» implica la prestación de servicios que una empresa, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones.

Para que algunos servicios de interés económico general funcionen con arreglo a principios y en condiciones que les permitan cumplir su cometido, puede resultar necesario un apoyo financiero del Estado que asuma total o parcialmente los costes específicos derivados de las obligaciones de servicio público. Por ello, el artículo 106, apartado 2, del TFUE establece una excepción a las normas del Tratado en la medida en que la aplicación de las normas en materia de competencia impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión encomendada.

Tres preceptos regulan, fundamentalmente, estos servicios, en la actualidad:

- 1) El nuevo artículo 14 incluido en el TFUE, que enfatiza la responsabilidad conjunta de la Unión y sus Estados miembros en materia de SIEG. Constituye un claro paso para la promoción de esta clase de servicios.
- 2) El acuerdo de los Jefes de Estado y de Gobierno en un Protocolo de servicios de interés económico general (26) para ser anexionado al Tratado de Lisboa constituye un acto decisivo para establecer un marco jurídico transparente y que otorgue seguridad jurídica.
- 3) La introducción del art. 36 en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, uniendo los servicios de interés económico general con los derechos fundamentales en una forma mucho más explícita e intensa que en la Carta anterior.

Dada la ausencia de definición del concepto normativo, y la subsidiariedad de la competencia de la UE en la definición de los objetivos de interés general, el Tribunal ha señalado que la definición de qué servicios cumplan un interés general depende de los Estados, definición que sólo estará sujeta a un control de los errores manifiestos²⁹.

No obstante, el Tribunal de Justicia también ha aclarado que, a efectos del artículo 106, apartado 2, del TFUE, no toda actividad económica puede ser considerada SIEG. En cualquier caso «la actividad ha de ser de interés económico general y poseer características específicas respecto al de otras actividades económicas»³⁰. Asimismo, ha establecido que los SIEG son servicios que presentan caracteres específicos con respecto a los que revisten otras actividades de la vida económica³¹,

29.- En particular, la STPI de 27.02.1997, FFSA Asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 192.

30.- Asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, Rec. 1991, p. I-5889, apartado 27; asunto C-242/95, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, Rec. 1997, p. I-4449, apartado 53 y asunto C-266/96, *Corsica Ferries France SA/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl y Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Rec. 1998, p. I-3949, apartado 45.

31.- TJCE, sentencias de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, asunto C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, apartado 27, de 17 de julio de 1997, *GT-Link A/S*, asunto. C-242/95, apartado 53, y de 18 de junio de 1998, asunto C-266/96, *Corsica Ferries France S.A.*, Rec. 1998, p. I-3949, apartado 45.

en que los Estados miembros supeditan a determinadas obligaciones de servicio público siguiendo un criterio de interés general³².

Al margen de los sectores en los que la definición de SIEG se ve afectada o limitada de alguna otra forma por el Derecho de la UE (por ejemplo, por Directivas sectoriales específicas), la discreción de los Estados miembros para definir SIEG está supeditada a verificación por parte de la Comisión, que comprueba que no existe error manifiesto. La Comisión ejerce esta competencia bajo la supervisión de los Tribunales de la Unión³³.

¿Y qué servicios se han considerado tales? La opinión de la Comisión ha evolucionado desde considerar únicamente los servicios de redes, hasta incluir actualmente la salud, la educación y la asistencia social. En efecto, en sus sucesivos pronunciamientos, y cada vez con mayor claridad y precisión, la Comisión ha encuadrado dentro de los servicios de interés general a los servicios sociales, y en particular a los prestados por las Entidades de la Economía social.

En la Comunicación de 20 septiembre de 2000 “Los servicios de interés general en Europa” 2001/C 17/04, (que constituye una actualización de su primera comunicación sobre el tema, sobre Servicios de interés general en Europa. COM(96)442, de 11 septiembre 1996) en su apartado 68, la Comisión se hace meramente referencia a que: *“Los servicios de interés general ligados a la función de protección y bienestar social son una cuestión de responsabilidad nacional o regional.”*

Esta inclusión fue tomada como premisa por el Dictamen del CESE sobre el tema “Los servicios sociales privados sin ánimo de lucro en el contexto de los servicios de interés general en Europa” 2001/C 311/08, 7 noviembre 2001, que define a las Entidades prestadoras sin ánimo de lucro como: *(1.3) “organizaciones privadas sin ánimo de lucro con estatutos variables en cada Estado (asociaciones, fundaciones), cuyas actividades se desarrollan en los ámbitos de la salud y de la acción social, sin que ello excluya, llegado el caso, actividades económicas subordinadas a sus principales fines sociales.”*

Posteriormente, el mismo Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre “Los servicios de interés general”, de 7 octubre 2002, 2002/C 241/23, considera a los servicios sociales prestados por entidades sin ánimo de lucro como parte integrante del “modelo social europeo”.

La Comisión trató la cuestión de la calificación de los servicios sociales como servicios de interés general, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general (Bruselas, 21.5.2003 COM (2003) 270 final), si bien al hilo de distinguir entre los “servicios económicos” y los “no económicos” (apartado 2.3). La consagración de los servicios sociales como servicios de interés general en la doctrina de la Comisión se manifestó en el “Libro Blanco sobre los servicios de interés general” (COM/2004/0374

32.- Véase el asunto T-289/03, BUPA/Comisión, Rec. 2008, p. II-81, apartados 166, 169 y 172.

33.- Véase el asunto T-17/02, Fred Olsen/Comisión, Rec. 2005, p. II-2031; asunto T-289/03, BUPA/Comisión, Rec. 2008, p. II-81, apartado 13; asunto T-309/03, BUPA/Comisión, Rec. 2008, p. II-2935, apartado 95.

final). Efectivamente, en su apartado 4.4., apuntó, finalmente la necesidad de reconocer a éstos el carácter de servicios de interés general, y de su naturaleza de pilares del modelo social europeo.

¿Qué se considera servicio social de interés económico general? Tampoco en este caso el TFUE ni el Derecho derivado de la Unión definen el concepto (SSIG). La Comunicación «Aplicación del programa comunitario de Lisboa - Servicios sociales de interés general en la Unión Europea», de 2006³⁴ identifica, más allá de los servicios de salud propiamente dichos, dos grandes grupos de SSIG:

– 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;

– los demás *servicios esenciales prestados directamente a la persona*. Incluyen, en primer lugar, la ayuda a las personas para afrontar problemas vitales inmediatos o crisis (endeudamiento, desempleo, toxicomanía o ruptura familiar). En segundo lugar, 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). En tercer lugar, 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. Esta doctrina fue confirmada por la Comunicación «Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo», de 2007³⁵.

Por lo tanto, a las ayudas directas o a los beneficios fiscales que pudieran disfrutar las empresas sociales prestadoras de estos servicios se les aplicaría el marco jurídico previsto para los servicios de interés económico general, que es bastante distinto y mucho más favorable que el régimen que aplicable con base en el art. 107 TFUE a las ayudas al resto de empresas.

4.2. Marco jurídico de las ayudas por compensación de SIEG

En efecto, estos “servicios de interés económico general” tienen un nivel permisivo, a efectos del Derecho de la competencia, más alto que el resto de actividades económicas, ya que el art. 106.2 (antiguo 86.2) establece que a los mismos se les aplicará el mismo *sólo en la medida* en que dicha aplicación no impida “el cumplimiento de la misión específica a ellos encomendada”. Aunque en ningún caso, el desarrollo de los intercambios debe quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés común. Varios pasos deben darse para saber el tratamiento aplicable a una concreta ayuda a las

34.- COM(2006) 177 final, de 26.4.2006.

35.- COM (2007) 725 final, de 20 de noviembre de 2007

empresas sociales: en primer lugar, si tal ayuda es tal, a efectos del Tratado, y se le aplica la prohibición del art. 106 TFUE; si la respuesta es negativa, el Estado miembro podría conceder la ayuda sin necesidad de notificación previa a la Comisión y la autorización de ésta. En caso de que sí fuera ayuda, sin embargo, también podría ser compatible, como indicábamos.

¿Cabe hablar de ventaja cuando se está compensando un coste impuesto por el Estado? En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia ha considerado, frente a su postura anterior (Maillo Gonzalez-Orús, págs. 35-44), que no sería ayuda de Estado las compensaciones realizadas a las empresas encargadas de los SIEG que no excedieran de los costes adicionales que les suponen las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado. Esta es la esencia de la doctrina del Tribunal emitida en la Sentencia *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001³⁶, que consideró que en la medida en que la ayuda no exceda de estos costes adicionales por el cumplimiento de los requisitos impuestos para la prestación del servicio público, el único efecto de la medida es colocar a sus beneficiarios en unas condiciones de competencia comparables a las de sus competidores. Doctrina confirmada por la Sentencia *Altmark Trans GMBH*³⁷.

En esta última Sentencia, el Tribunal estableció las **condiciones** necesarias para que las compensaciones por servicio público no constituyan ayudas estatales:

1. Existencia de una obligación de servicio público,
2. Acto de atribución de dicha obligación por parte de la Administración pública, donde ésta quede claramente definida.
 - a) En dicho acto deben fijarse los parámetros de la compensación.
 - b) Si dicho acto no es un acto de contratación pública competitivo, la compensación debe calcularse sobre los costes de una empresa “media”.
3. La compensación no debe superar el importe de los gastos necesarios para cumplir la obligación de servicio público.

Como consecuencia, las ayudas financieras que cumplan los requisitos de la Sentencia no constituyen ayuda de Estado (por tanto, no se produce el elemento de “ventaja” del art. 107.1 del Tratado) y no deben siquiera notificarse. Ahora bien, ello no excluye que la ayuda que no cumpla dichas condiciones pueda ser considerada SIEG y consiguientemente, sometida al régimen más permisivo del art. 106.2³⁸, cuestión que será dilucidada por la Comisión.

Desde la sentencia *Altmark*, los Tribunales de la Unión se han vuelto a pronunciar sobre la cuestión de la compensación por SIEG en unas cuantas ocasiones. Así, por ejemplo, el Tribunal General precisó que la finalidad de las cuatro condiciones *Altmark* no es otra que determinar si la compensación constituye ayuda estatal o no³⁹, mientras que el artículo 106, apartado 2, sigue siendo la base

36.- Asunto C-53/00.

37.- Sentencia de 24 de julio de 2003, en el asunto C-280/00.

38.- Véase sobre el tema la Opinión del Grupo de Ayudas de Estado de EAGCP, sobre Servicios de Interés Económico general, de 29 de junio de 2006.

39.- Asunto T-354/05, TF1, Rec. 2009, p. II-00471, apartado 130.

para determinar la compatibilidad de las compensaciones financieras a servicios de interés económico general que no cumplan las cuatro condiciones.

Por efecto de la doctrina de esta Sentencia, así como por la presión de los agentes sociales y los expertos, que pedían una clarificación del techo de las ayudas a los servicios de interés general, la Comisión emitió un paquete de medidas por el que se reguló la situación de los SIEG en los que no se cumplieran dichas condiciones; paquete ya previsto en el plan de acción de ayudas estatales, de 7 de junio de 2005 (COM(2005) 107 final, en su apartado II. 4 “Servicios de interés económico de gran calidad”. El Paquete constaba de tres instrumentos, conocidos habitualmente como la Decisión SIEG⁴⁰, el Marco SIEG⁴¹ y la Directiva sobre Transparencia⁴². Además, se publicó una Comunicación sobre servicios sociales de interés general en 2006. La evaluación de compatibilidad de los servicios sociales (SSIEG), fundamentada en el art. 106.2 TFUE se basaba en lo dispuesto en dicho Paquete.

Recientemente, la normativa relativa a las ayudas de Estado por servicios de interés general ha sido reformada. En efecto, la Comisión adoptó el 23 de marzo de 2011 una Comunicación sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general (COM (2011) 146 final). La reforma se basa en dos principios esenciales:

- *Aclaración*: en la medida de lo posible, la Comisión se plantea la posibilidad de arrojar más luz sobre una serie de conceptos clave de relevancia para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a los SIEG. Así, existen dos ámbitos en que tal aclaración resultaría conveniente, según la Comisión, y que son relevantes para nuestro trabajo: la distinción entre actividades económicas y no económicas⁴³, y las condiciones para que una actividad se considere local, y por tanto, no se entienda que afecta a los intercambios entre los EEMM. Esta consideración permite aplicar la regla *de minimis*, que supone la exoneración del régimen de Ayudas de Estado.

- *Enfoque diversificado y proporcional*: En particular, en la Comunicación (punto 4.2.2.1), la Comisión indica que *“algunos tipos de servicios sociales presentan una serie de particularidades por lo que se refiere a su estructura financiera y sus objetivos. Por consiguiente, una forma de adoptar un enfoque más diversificado podría ser simplificar la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales para estos tipos de servicios.”*

40.- Decisión 842/2005/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE [en la actualidad artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (DO L 312 de 29.11.2005, p. 67).

41.- Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (DO C 297 de 29.11.2005, p. 4).

42.- Directiva 2005/81/CE de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas así como a la transparencia entre determinadas empresas Directiva, en la actualidad codificada como Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17).

43.- Al respecto, la opinión del CESE, expresada en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general» [COM(2011) 146 final] sigue siendo contraria a la diferenciación entre ambos tipos de actividades.

Sobre las particularidades de las empresas de la Economía social en relación con los servicios sociales de interés general también se había pronunciado el CESE en su Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general» [COM(2011) 146 final], que proponía una exención directa para los servicios sociales que son servicios de interés económico general. Como veremos, en alguna medida, ésta ha sido la vía adoptada por la reforma del régimen.

Como consecuencia, se ha emitido ya un nuevo paquete que consta de varios instrumentos, a los que haremos referencia seguidamente, y que afectan, tanto a la regla *de minimis*, como a las causas de compatibilidad de las ayudas SIEG.

a) La regla *de minimis*.

En primer lugar, las ayudas para SIEG pueden resultar excluidas del régimen de ayudas de Estado si no reúnen los elementos del concepto de ayuda, y en particular, si cumplen la regla general *de minimis*, modificada al alza por el Reglamento (CE) N° 1998/2006, de 15 de diciembre, y que implica la no existencia de un elemento del concepto de Ayuda de Estado: la distorsión de los intercambios comerciales entre los Esta⁴⁴. En efecto, si se cumplen las condiciones de dicho Reglamento⁴⁵, esa ayuda no constituye ayuda estatal, según lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE y no debe notificarse a la Comisión.

Ahora bien, según la Comisión, el límite para las ayudas a servicios sociales puede en algunos casos ser diferente del límite general *de minimis* establecido en el Reglamento 1998/2006. Esta es la razón de la introducción de un nuevo Reglamento que contiene normas específicas *de minimis* para las empresas que prestan servicios de interés económico general, emitido en abril de 2012⁴⁶. Según el mismo, las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general no afectarían al comercio entre los Estados miembros y/o no falsearían o amenazarían con falsear la competencia siempre y cuando:

- a) El acto de atribución de la obligación de servicio de interés general sea escrito,
- b) El importe total de la ayuda concedida a una misma empresa no supere 500.000 € durante cualquier período de 3 ejercicios fiscales,
- c) La ayuda sea “transparente”; esto es, pueda calcularse el equivalente bruto de subvención, como en general se requiere en el régimen general de ayudas de *minimis*.

44.- Así lo pone de manifiesto la Comisión, en su 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, 7.12.2010, SEC(2010) 1545 final.

45.- Reglamento (CE) n° 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de *minimis*, DO L 379 de 28.12.2006.

46.- Reglamento n° 360/2012 de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de *minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este último requisito entorpece en gran manera la aplicación de este régimen a los incentivos fiscales, por la dificultad en garantizar, en el momento de su establecimiento, que no se sobrepasarán dichos límites. En España, esto supondría que no podría aplicarse la regla *de minimis*, por ejemplo, al régimen fiscal de la ley 49/2002, para Entidades sin ánimo de lucro, o a los posibles incentivos a cooperativas sociales en la ley 20/1990.

b) Ayudas compatibles.

Por otra parte, aunque sí sean Ayudas de Estado, éstas pueden ser consideradas compatibles de acuerdo con los criterios contenidos en el paquete de medidas normativas emitidas por la Comisión, y consistentes en una Decisión, un Marco, y una Comunicación.

1. La **Comunicación** de la Comisión de 20.12.2011 (C (2011) 9404 final) relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general. En ella se aclaran conceptos básicos sobre ayudas estatales, relativos a los SIEG, como las nociones de ayuda, SIEG, actividad económica, ausencia de ayuda, etc.

2. La **Decisión** de la Comisión de 20 de Diciembre de 2011⁴⁷, en la que se establecen las condiciones de compatibilidad de las compensaciones SIEG y las que las cumplan estarán exentas de la obligación de notificación previa prevista en el artículo 108, apartado 3, del TFUE. La exención se aplicará a las ayudas estatales por SIEG que correspondan a una de las categorías siguientes:

- a) Que tengan un importe anual inferior a 15 millones EUR.
- b) Realizadas por los hospitales que presten atención médica, y, cuando proceda, servicios de urgencia.
- c) Que atiendan necesidades sociales en lo referente a la asistencia sanitaria, asistencia de larga duración, asistencia infantil, acceso a la reintegración en el mercado laboral, viviendas sociales y protección e inclusión social de grupos vulnerables;

Esto supone la exención de notificación de la práctica totalidad de las ayudas estatales relacionadas con los servicios sociales. Así, con esta Decisión la Comisión habría seguido el criterio sugerido por el Parlamento europeo en el Proyecto de informe del Parlamento europeo sobre la reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general (2011/2146(INI)), en relación con los servicios sociales que estuvieran territorialmente limitados. También era ése el parecer del Comité de las Regiones, expresado en su Dictamen sobre «La reforma de las normas de la UE en materia de ayudas estatales aplicables a los servicios de interés económico general⁴⁸». Ahora bien, también aquí nos encontramos con dificultades para que se

47.- *Relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (C(2011) 9380)*

48.- 2011/C 259/08.

aplique a las ayudas de carácter fiscal: en efecto, requisito para la aplicación de la exención es que se garantice que al importe de la compensación no deberá superar el coste neto del servicio, incluido un beneficio razonable.

3. El “Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público⁴⁹ (2011) “Respecto de las ayudas que no puedan enmarcarse en la Decisión, la evaluación deberá realizarse caso por caso, mediante una ponderación del fin de interés general conseguido y la distorsión de la competencia producida, en los términos del art. 106.2. Evaluación para la que la Comisión deberá tener en cuenta sus propios pronunciamientos sobre la cuestión, y en particular los realizados en la Comunicación de 2006 sobre servicios sociales y de 2011 sobre SIEG, pero además los requisitos que se establecen en el Marco sobre SIEG. Este Marco resultará de utilidad, sin duda, para evaluar las posibles ayudas de carácter fiscal.

En conclusión, éste sería el régimen aplicable:

Servicios sociales como SIEG a efectos del régimen de Ayudas de Estado		
1) Desarrollan una actividad “no económica” 2) Desarrollan una actividad “económica”	De acuerdo con Comisión TJUE	No están sometidos al Derecho de la competencia Se someten a los arts 106.2 y 107 del Tratado
La compensación financiera estatal		
A. Cumple los 4 requisitos <i>Altmark</i>		No es ayuda de Estado. No debe notificarse
B. No cumple los requisitos <i>Altmark</i>		
a) Es ayuda de Estado. Aplicación de los arts. 106 y 107 en el marco SIEG		b) Cumple los requisitos de minimis. No es ayuda de Estado No debe notificarse
↓		
Por tanto,		
COMISIÓN	Decisión de 20 de Diciembre de 2011	No deben notificarse
	Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, de 20 Diciembre 2011	Establece las condiciones de aplicación de la excepción del art. 86.2
	Comunicaciones de la Comisión - “Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión europea”, de 26 de abril 2006 - “Aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general”, de 20 Diciembre 2011	

FUENTE: Elaboración propia.

5.- Conclusiones

Las empresas sociales prestadoras de servicios sociales, en cuanto que desarrollan una actividad económica, son sujetos del Derecho europeo de la competencia. Entendiendo por actividad económica aquella que se desarrolle en el mercado, en los términos expresados por el TJUE, con independencia de que se realicen o no con ánimo de lucro.

En la medida en que estas empresas se financian muy a menudo, total o parcialmente, con fondos públicos, y disfrutan de regímenes tributarios especiales y más favorables que el resto de empresas, resultará muy probable que estas ayudas y regímenes puedan resultar afectados por el régimen de Ayudas de Estado contenido en los arts. 106 y 107 del TFUE.

Tras una larga evolución marcada por la incertidumbre, la Comisión europea ha reconocido el carácter de servicio de interés económico general de los servicios sociales, lo que acarrea que a las ayudas para compensar las cargas de las empresas que los llevan a cabo se les aplique el régimen especial del art. 106 del TFUE.

Para ser servicio de interés económico general, debe haber una atribución del poder público que imponga cargas especiales que impliquen la necesidad de la compensación. En el caso de que se trate de una mera compensación, según la doctrina del TJUE, no habrá ayuda de Estado al no existir tratamiento de ventaja para la empresa.

En todo caso, las ayudas a la prestación de servicios sociales que no superen el coste del servicio estarán exentas por la aplicación de la especial *regla de minimis* establecida para los servicios sociales de interés económico general.

Esta exención, sin embargo, no sería de aplicación a las ayudas de carácter fiscal, dado que éstas no son "transparentes": dado su carácter indefinido y permanente, no puede calcularse en el momento de su concesión el importe total de la ayuda. Por lo tanto, deberán aplicarse a los incentivos fiscales de las empresas sociales los criterios de compatibilidad establecidos en el Paquete normativo europeo de SIEG, o en otras normativas sectoriales de compatibilidad.

En caso de no poder aplicarse, deberá evaluarse la compatibilidad caso por caso. En particular, las Comunicaciones de la Comisión relativas a los servicios sociales aportan valiosa información sobre los criterios de ésta para dicha evaluación.

Bibliografía

- ALGUACIL MARÍ, M.P. (2005): "Entidades de Economía social y ayudas de Estado". En: Calvo Ortega (Dir.) *Fiscalidad de las Entidades de la Economía social*, Thompson Civitas.
- ALGUACIL MARÍ, M.P. (2009): "El régimen de Ayudas de Estado en las Entidades sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sociales", *Noticias de la Unión Europea*, 297, págs. 71 y ss.
- BAUBY, P. & BOUAL, J.C. (1994): *Pour une citoyenneté européenne: quels services publics?*, Paris, Editions de l'Atelier / Editions Ouvrières.
- BONET SÁNCHEZ, P. (2010): "Empresas de inserción: razones para una fiscalidad específica", *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 21.
- BORZAGA, C. (1996): "Social Cooperatives and Work Integration in Italy", *Annals of Public and Cooperative Economics*, 67:2, 209-234.
- BORZAGA, C. (1995): "La cooperation sociale en Italie", *Revue internationale de l'économie sociale*, 258, 47-96.
- BORZAGA, C. & DEFOURNY, J. (2001): *The Emergence of Social Enterprises*, Routledge, London.
- BORZAGA, C. & DEFOURNY, J. (2010): "State aid and Public Private Partnerships - Containing the threat to free markets and Competition", *European Public Private Partnership Law Review*, 5:3, 167-190.
- BORZAGA, C. & DEFOURNY, J. (2005): "Financing services of general interest, public procurement and state aids: the delineation between market forces and protection in the European Common market", *Journal of Business Law*.
- CARRASCO MORALES, E. (1999): "La cohesión económica y social: concepto y fundamentos teóricos", *Boletín económico del ICE*, 2619, págs. 21 y ss.
- DART (2004): "The Legitimacy of Social Enterprise", *Nonprofit Management & Leadership*, 14:4, Summer.
- DEFOURNY, J. & BORZAGA, C. (2001): *Social Enterprise in Europe*, Routledge, London.
- DEFOURNY, J., FAVREAU, L. & LAVILLE J.-L. (2001): "New Directions in a Plural Economy". In Spear R., Defourny, J., Favreau, L. and Laville, J.-L. (Eds.) *Tackling Social Exclusion in Europe*, Ashgate, Aldershot.
- EMES (2006): *Social enterprise. At the crossroads of market, public policies and civil society*, Marthe Nyssens ed. Routledge.

- GARCÍA MAYNAR & ESTEVE ARNAL (2007): "Las empresas de inserción en España: normativa y Características", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 59, 153-178.
- HELIOS, M. (2007): "Taxation of non-profit organizations and EC law", *EC Tax Review*, 2, 65-73.
- HÄBERLE, P. (1993): "Derecho constitucional Común europeo", *REP*, 80.
- HÉRITIER, A. (2001a): "Market integration and social cohesion: the politics of public services in European regulation", *Journal of European Public Policy*, October, 825-852.
- HÉRITIER, A. (2001b): *The politic of Public Services in European Regulation*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn.
- LAVILLE, J.-L., NYSENS, M. & SAJARDO, A. (Eds.) (2001): *Economía Social y Servicios Sociales*, Edita CIRIEC-España, Valencia.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (2005): "Ayudas de Estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark", *Gaceta jurídica*, 237, mayo/junio, 35-44.
- MARCUELLO SERVÓS, C. (2007): "Empresas de inserción: respuesta ciudadana contra la exclusión social", *Economía Social*, 44, Diciembre, 36-41.
- NOGALES MURIEL, R. (2007): "Aparición y evolución de la empresa social en Europa", *Economía social*, 39, junio, 44-48.
- OECD (1995): *Employment Outlook*, Paris.
- OECD (2003): *The non-profit sector in a changing economy*, Paris.
- OECD (2001): *The Well-being of Nations: The Role of Human and Social Capital*, Paris.
- PRADINI, J. (2003): "La Economía Social y las Empresas de Inserción". En AA.VV. *La Economía Social y el Tercer Sector*, Escuela Libre Editorial, p. 234.
- ROSS, M. (2007): "Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?" *CMLR*, 44, 1057-1080.
- SANCHIS PALACIO, J.R. & CAMPOS CLIMENT, V. (2005): "Inserción Sociolaboral, Economía Social y Desarrollo Local. Estudio empírico sobre la realidad actual del Agente de Empleo y Desarrollo Local en España", *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 52, agosto, 279-306.
- SLOTBOOM, M. (1995): "State aid in community Law: a Broad or Narrow Definition", *European Law Review*, Abril.
- SPEAR, R. & BIDET, E. (2005): "Social enterprise for work integration in 12 european countries: a descriptive analysis", *Annals of Public and Cooperative Economics*, 76:2, 195-231.
- STEVENS, A. (2010): "Tax Aid and Non-Profit Organizations", *ECTax Review*, 4, 156-169.

