

Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega
Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

I. NORMATIVA

En este primer apartado de nuestro Informe, dedicado a la normativa adoptada en el marco de la Unión Europea en 2016, incluimos tres disposiciones –dos Reglamentos y una Directiva– dedicadas a dos cuestiones que por su carácter horizontal presentan interés para los entes locales de los Estados miembros: la libre circulación de trabajadores, a la que se refiere uno de los Reglamentos, y la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, desarrollada por el otro Reglamento y la Directiva.

La primera cuestión es abordada por el Reglamento (UE) núm. 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, que constituye una revisión de disposiciones anteriores (Reglamento [UE] núm. 492/2011 y Decisión de Ejecución 2012/733/UE) para adaptar el marco normativo de la Unión a los nuevos desafíos en este ámbito, como las nuevas pautas de movilidad, la mayor exigencia de una movilidad equitativa, los cambios en la tecnología de intercambio de datos sobre ofertas de empleo, el uso de una variedad de canales de contratación por los trabajadores y los empresarios, y un papel cada vez más importante de otros agentes del mercado laboral, junto con los servicios públicos de empleo (SPE), en la prestación de servicios de contratación.

El Reglamento 2016/589 establece como principio que los Estados miembros deben conceder el mismo acceso a todo nacional de un tercer país que, en este

ámbito, disfrute, en función del Derecho nacional o de la Unión, de una igualdad de trato con respecto a sus propios ciudadanos. Eso sin perjuicio de las normas de acceso de nacionales de terceros países a los mercados laborales nacionales establecidas en la legislación de la Unión y en la legislación nacional pertinente.

Para dar respuesta a la interdependencia entre los mercados de trabajo se plantea una mayor colaboración entre los servicios de empleo, incluidos los de las regiones transfronterizas. Con ese fin se considera conveniente establecer un marco de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros en lo que respecta a la movilidad laboral voluntaria dentro de la Unión, de forma que se agrupen las ofertas de empleo de toda la Unión y se establezcan condiciones para el suministro de los correspondientes servicios de apoyo a los trabajadores y a los empresarios, previendo un enfoque común para compartir la información necesaria a efectos de facilitar tal cooperación.

Uno de los elementos destacables de este Reglamento es el restablecimiento de la red EURES, modificando su marco normativo en lo que respecta a objetivos, composición y estructura. En cuanto a su funcionamiento se señala que la Oficina Europea de Coordinación, gestionada por la Comisión, asistirá a la red EURES, en particular definiendo y asumiendo el mantenimiento y desarrollo del portal EURES y los correspondientes servicios informáticos, incluidos los sistemas y procedimientos para el intercambio de ofertas y demandas de empleo, CV y documentos justificativos, y otra información. Asimismo esa Oficina desarrollará actividades de información y comunicación sobre la red EURES, además del análisis de la movilidad geográfica y laboral, teniendo en cuenta las distintas situaciones de los Estados miembros o el desarrollo de una estructura adecuada para la cooperación y la compensación en la Unión sobre los períodos de aprendizaje y de prácticas. El Reglamento fija también las responsabilidades de las Oficinas Nacionales de Coordinación y establece los criterios de designación de los SPE por los Estados como miembros de EURES, así como la admisión de otros miembros y socios de EURES y sus responsabilidades.

El Reglamento se ocupa también de la organización de una plataforma informática común, a efectos de la puesta en correspondencia de las ofertas y las demandas de empleo, estableciendo que cada Estado miembro publicará en el portal EURES todas las ofertas de empleo que publiquen los SPE, así como las comunicadas por los demás miembros y, si procede, por los socios de EURES. El portal recogerá también todas las demandas de empleo y los CV que publiquen los SPE, así como los proporcionados por los demás miembros y, en su caso, por los socios de EURES, siempre que los trabajadores interesados hayan dado su consentimiento para la publicación de esa información. El acceso a la plataforma informática común se prevé a escala nacional estableciendo un mecanismo

para facilitar el acceso a los trabajadores y los empleadores, para lo que se crean unos servicios de apoyo para el acceso a la información básica y una asistencia posterior a la contratación.

En caso de que, en regiones transfronterizas, miembros o socios de EURES participen en estructuras específicas de cooperación y de servicio, como las asociaciones transfronterizas, se facilitará a los trabajadores y empresarios fronterizos información relacionada con la situación particular de los trabajadores fronterizos que sea pertinente. El cometido de las asociaciones transfronterizas de EURES podrá incluir servicios de contratación y colocación, la coordinación de la cooperación entre las organizaciones participantes y la realización de actividades correspondientes a la movilidad transfronteriza, incluida la información y orientación de los trabajadores fronterizos, centrándose específicamente en servicios multilingües.

Por último, para el intercambio de información, se establece que la Comisión y los Estados miembros supervisarán y harán públicos los flujos y las tendencias de movilidad laboral dentro de la Unión Europea sobre la base de las estadísticas de Eurostat y de los datos nacionales disponibles. El Intercambio de información entre Estados miembros se facilitará a través de una programación concreta y de la recogida y análisis de datos.

La segunda cuestión incluida en este informe es, como ya se señaló, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales y la garantía de la libre circulación de estos dentro de la Unión y a ella se refieren el Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. La primera de esas disposiciones establece, de conformidad con el art. 16.2 TFUE, las normas generales en la materia, difiriendo su aplicabilidad a 25 de mayo de 2018 y derogando la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin embargo, tal como se señala en la Declaración núm. 21 aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, en razón de su naturaleza, requieren normas específicas. A ese fin responde la Directiva (UE) 2016/680, que se centra en la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública.

El Reglamento 2016/679 comienza recordando la condición de la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales

como un derecho fundamental protegido en el ámbito de la Unión (artículo de la 8.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 16.1 TFUE). No obstante, como tal derecho no tiene carácter absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. A continuación se apuntan diversos factores que influyen en la cuestión de la protección de datos personales en el sentido de operar un aumento sustancial de flujos transfronterizos de los mismos. A ese respecto se señalan la integración económica y social resultante del funcionamiento del mercado interior o la rápida evolución tecnológica y la globalización. Esos factores requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea que genere la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. A ello trata de responderse con estas disposiciones, añadiéndose en el Reglamento que ese marco debe articularse con la vista puesta en dos objetivos: que las personas físicas tengan el control de sus propios datos personales y que se refuerce la seguridad en la transmisión de los mismos.

Un principio central en esta materia es que el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Es decir que la aplicación de las normas dirigidas a ese fin debe ser coherente y homogénea en toda la Unión. Ello no obsta que los Estados, para realizar misiones en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, puedan mantener o adoptar disposiciones nacionales a fin de especificar en mayor grado la aplicación de las normas de este Reglamento.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación el Reglamento señala que se aplica a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. Ello excluye de dicho ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas o los supuestos de circulación de datos personales relacionada con actividades excluidas del ámbito del Derecho de la Unión, como las relativas a la seguridad nacional, o desarrolladas por los Estados miembros en relación con la política exterior y de seguridad común de la Unión. Queda excluido igualmente del ámbito de aplicación del Reglamento el tratamiento de datos personales por personas físicas en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial, lo que no obsta su aplicación a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

El Reglamento señala la necesidad de adaptar al mismo el Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Y recuerda que el tratamiento de datos de carácter personal por las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales es objeto de un acto jurídico específico, por lo que este Reglamento no debe aplicarse al tratamiento destinado a tales fines, aunque sí es aplicable a las actividades de los tribunales y otras autoridades judiciales. En ese sentido se intenta preservar la independencia del poder judicial excluyendo de la competencia de las autoridades de control el tratamiento de datos personales cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. A ello se añade que ese control ha de encomendarse a organismos específicos dentro del sistema judicial del Estado miembro, que deben garantizar el cumplimiento del presente Reglamento, concienciar más a los miembros del poder judicial acerca de sus obligaciones en virtud de este y atender las reclamaciones en relación con tales operaciones de tratamiento de datos. El Reglamento resulta también aplicable al tratamiento de datos personales de residentes en la Unión por responsables no establecidos relacionado con la observación del comportamiento de aquellos que tenga lugar en la Unión.

La protección contemplada incluye toda información relativa a una persona física identificada o identificable, incluyendo en esta última categoría los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional. Por otra parte se establece que el consentimiento para el tratamiento de datos personales debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio *web* en *internet*, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. Además el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con los mismos fines.

Los niños merecen una protección específica, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales cuan-

do se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños.

Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física, y leal, de manera que quede totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro.

Ese régimen general se completa con la Directiva (UE) 2016/680, referida como ya se señaló al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública. Esta Directiva, que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, prevé el 6 de mayo de 2018 como fecha límite para su transposición por los Estados miembros, e incluye un concepto amplio de autoridades que comprende cualquier organismo o entidad en que el Derecho del Estado miembro haya confiado el ejercicio de la autoridad y las competencias públicas a los efectos de la presente Directiva. Esta disposición trata de conciliar dos objetivos relevantes: facilitar la libre circulación de datos personales entre autoridades con esos fines y garantizar un alto nivel de protección de dichos datos. A este respecto debe recordarse que conforme al Reglamento (UE) 2016/679, los datos personales que figuran en documentos oficiales que se encuentren en posesión de una autoridad pública o de un organismo público o privado para la realización de una tarea de interés público pueden ser divulgados por dicha autoridad u organismo de conformidad con el Derecho de la Unión o del Estado miembro que resulte de aplicación a dicha autoridad u organismo público a fin de conciliar el derecho de acceso del público a los documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales.

La Directiva establece normas armonizadas que garanticen el mismo nivel de protección de las personas físicas a través de derechos jurídicamente exigibles en toda la Unión, evitando de esa forma divergencias que dificulten el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes. Ello sin embargo no significa que deba impedirse a los Estados miembros que ofrezcan garantías mayores que las establecidas en la presente Directiva. Además, la Directiva se entiende sin perjuicio del principio de acceso del público a los documentos oficiales.

II. JURISPRUDENCIA

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluida en el Informe se mencionan tres sentencias que guardan relación directa con los intereses de los entes locales. La primera de ellas tiene a España como demandante en el marco de un recurso de anulación contra una Decisión de la Comisión en relación con la ayuda financiera concedida por el Estado para apoyar el proceso de transición de la radiodifusión analógica a la digital. Las otras dos sentencias responden a cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Países Bajos acerca de la clarificación de la condición de un Ayuntamiento como sujeto pasivo del IVA.

1. RECURSO CONTRA LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN POR LA QUE SE DECLARA COMO AYUDA DE ESTADO INCOMPATIBLE CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA LA FINANCIACIÓN CONCEDIDA POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS PARA APOYAR EL PROCESO DE TRANSICIÓN DE LA RADIODIFUSIÓN ANALÓGICA A LA DIGITAL EN ESPAÑA EN LA CONOCIDA COMO ZONA II

La sentencia del Tribunal General, de 26 de noviembre de 2015 (as. T-461/13), rechaza el recurso de anulación planteado por España en relación con la Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013, fundado sobre cinco argumentos. El primero de ellos consiste en considerar un error la calificación de ese régimen de financiación como ayuda de Estado dada la ausencia de actividad económica de las entidades implicadas, la falta de carácter selectivo del citado régimen que constituía un servicio de interés general y la ausencia de falseamiento de la competencia.

El Tribunal afirma a este respecto que el carácter económico de una actividad no depende del estatuto público o privado de la entidad que la ejerce ni de su rentabilidad. Que una empresa desarrolle actividades que implican prerrogativas de poder público no implica que toda su actuación escape a la aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia; deberá examinarse actividad por actividad para identificar las que, por estar vinculadas al ejercicio de prerrogativas de poder público, estarán incluidas en la exención de esas normas de competencia.

A continuación el Tribunal rechaza la argumentación de España de que el mantenimiento y la explotación de la red de TDT en la zona II por parte de Comunidades Autónomas, empresas públicas y ayuntamientos es una actividad vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público, cuyo único interés era atender a las necesidades de la población rural, garantizando la cobertura de te-

levisión en esa zona. La sentencia recuerda a este respecto que son los efectos de una intervención, y no su finalidad, los que determinan la calificación o no de ayuda en el sentido del art. 107 TFUE. En este caso el Tribunal considera que la conclusión de la Comisión no incurre en error ya que se trata de una actividad económica, similar a otras en las que se produce una gestión de infraestructuras por parte de las autoridades regionales, a lo que se añade la existencia de un mercado, que resulta de la presencia de otros operadores dispuestos a prestar ese servicio o en condiciones de hacerlo, en concreto se recuerda que son varias las empresas que operan en el mercado de la zona I y que había un operador europeo de satélites dispuesto a hacerlo en la zona II.

La sentencia desestima igualmente las alegaciones planteadas por España en cuanto a que la extensión de la TDT fuese desarrollada por empresas públicas que actuaban como medio propio de la Administración. En opinión del Tribunal para calificar una actividad como económica es indicio suficiente que la misma pueda ser ejercida por una empresa privada, siendo irrelevante que el Estado actúe directamente a través de un órgano de la Administración o de una entidad a la que haya concedido derechos especiales o exclusivos. Por otra parte la alegación española de inexistencia de un mercado, dado que el objetivo de la intervención era asegurar el derecho de todas las personas a recibir comunicación audiovisual televisiva, choca con la existencia de un operador dispuesto a prestar el servicio en la zona II y de varias empresas que prestan ese servicio en la zona I. Tampoco se considera relevante que las empresas implicadas no obtuvieran contraprestación económica, ya que el carácter económico de la actividad no depende ni de la existencia de inversores privados dispuestos a llevarla a cabo en las mismas condiciones ni de su rentabilidad. Por último se rechaza la alegación española de que el despliegue de la red digital en la zona II solo afectaba a canales nacionales y regionales privados ya que en la práctica totalidad de esa zona la obligación de cobertura impuesta a los radiodifusores nacionales garantizaba el acceso a los canales públicos.

En cuanto a la falta de carácter selectivo del régimen puesto en marcha por las autoridades españolas, basada en la consideración de la explotación de las redes de difusión de radio y televisión como un servicio de interés económico general (SIEG), el Tribunal advierte que el que la actividad en cuestión constituya un SIEG presenta un criterio independiente del carácter selectivo de una ayuda de Estado en el sentido del art. 107.1 TFUE. La consideración como SIEG de una actividad es pertinente en relación con la existencia de una ventaja económica, el carácter selectivo guarda relación con la exigencia de que la ayuda favorezca a determinadas empresas o producciones. Al parecer del Tribunal España no ha argumentado suficientemente su conclusión de que no se ha favorecido a determinadas empresas. Sobre este particular España se apoyaba en la

conclusión establecida por el propio Tribunal en su sentencia *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00), de 24 de julio de 2003, en la que se concluía la no sujeción al art. 107.1 TFUE de aquellas intervenciones estatales que compensan las prestaciones realizadas por empresas beneficiarias para la realización de obligaciones de servicio público, de forma que esas empresas no disfrutaran de ventaja financiera y dicha intervención no tiene como fin situarlas en situación competitiva más favorable. No obstante, esa exención se supedita al cumplimiento acumulativo de cuatro requisitos, de los que dos no se cumplen en este caso. El primero se refiere a que la empresa debe estar encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público que han de estar claramente definidas. El Tribunal concluye que la legislación española (Leyes Generales de telecomunicaciones 11/1998 y 32/2003) considera que los servicios de telecomunicaciones son SIEG pero sin rango de servicios públicos. Además, el principio de neutralidad tecnológica que preside la legislación española impide extender a la explotación de una determinada plataforma soporte la definición de servicio público que se establece para la radiodifusión pública. Así, cuando existan varias plataformas disponibles no puede considerarse una de ellas como esencial para la transmisión de señales.

A continuación el Tribunal aborda el amplio margen de apreciación de los Estados en la definición de un SIEG, afirmando que no es ilimitado ni puede ejercerse arbitrariamente para favorecer a un sector concreto evitando que se le apliquen las normas de competencia. En ese contexto la capacidad de actuación de la Comisión frente a esas definiciones de SIEG se reduce a casos de error manifiesto y, por su parte, el Tribunal se circunscribe a comprobar la existencia de requisitos mínimos: existencia de acto del poder público que haya encargado al operador una misión de SIEG y carácter universal y obligatorio de esa misión. España precisó que se había encomendado a los operadores la ejecución de obligaciones de servicio público mediante actos de las autoridades, concretamente los contratos públicos con los operadores. Para el Tribunal eso no demuestra que la Comisión incurriera en error ya que el servicio en cuestión no había sido definido claramente como servicio público; además el mero hecho de que un servicio sea designado SIEG no implica que todo operador que lo efectúe esté encargado de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas. Por otra parte el art. 2.1 de la Ley 32/2003 dispone expresamente que los SIEG en el sentido de esta ley deben prestarse en régimen de libre competencia.

A eso se añade que, conforme al principio de neutralidad tecnológica de la citada Ley 32/2003, la explotación de una red terrestre no estaba definida como servicio público en el sentido de la sentencia *Altmark Trans*, y que no se encomendó a los operadores la ejecución de obligaciones de servicio de la manera antes indicada. A este respecto la sentencia señala que España no ha aportado

ningún contrato con los operadores concernidos que permita respaldar su postura, y que el mero hecho de que un servicio sea objeto de un contrato público no supone que revista automáticamente, sin ninguna precisión de las autoridades correspondientes, la calidad de SIEG.

El segundo de los requisitos establecidos por el Tribunal en la sentencia *Altmark Trans* es el referido a la garantía del menor coste para la colectividad, acogiéndose por el Tribunal la conclusión alcanzada por la Comisión en el sentido de que el considerar que la plataforma terrestre es la solución más eficiente en términos de costes en comparación con la plataforma satelital no basta, puesto que otros operadores terrestres también podían haber prestado ese servicio a un coste menor.

El tercero de los argumentos en los que se apoya este primer motivo de anulación, relativo al error de la Comisión en calificar el régimen puesto en marcha por España como ayuda de Estado, es el que se refiere a la inexistencia de distorsiones a la competencia. El Tribunal recuerda que la Comisión no está obligada a acreditar el falseamiento efectivo de la competencia sino que basta que las ayudas puedan afectar los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Y concluye que una ayuda de un Estado que refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales en la Unión debe considerarse que afecta a dichos intercambios. A continuación desestima las alegaciones españolas para sostener este motivo. En primer lugar considera que, a diferencia de la opinión de España de que ambas plataformas no operaban en el mismo mercado, ambas son capaces e idóneas para dar soporte a ofertas de televisión gratuita o de pago y los titulares de licencias para la emisión de TDT en España pueden emitir canales de pago, incluyéndose en la oferta de TDT en España tanto canales de pago como gratuitos. En cuanto a la conclusión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de excluir a los servicios portadores de difusión de la señal de televisión y radio vía satélite del mercado del servicio portador de difusión de televisión mediante ondas terrestres, el Tribunal señala que este órgano no precisó ni los casos ni las razones por los que concluyó que ambas plataformas no operaban en el mismo mercado. Por último se afirma que a la conclusión española de la falta de competencia en la zona II se opone que haya un operador de plataforma satelital que participó en la licitación relativa a la extensión de la cobertura de televisión digital en Cantabria.

El segundo de los cinco argumentos en los que se funda el recurso de España es que la Comisión no justificó el método de extrapolación empleado para llegar a la conclusión de que la mayoría de las licitaciones no eran tecnológicamente neutras, de forma que es imposible saber a qué licitaciones concretas se refiere. El Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia en relación con la in-

interpretación estricta de las excepciones al principio general de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior, recogido en el art. 107.3.c) TFUE. A ello se añade la amplia facultad de apreciación de la Comisión en materia económica, limitándose el control jurisdiccional a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos y la ausencia de errores de Derecho. Para ello el demandante debe aportar elementos de prueba suficientes para privar de plausibilidad las apreciaciones de la Comisión, en este asunto relativas a la falta de respeto del principio de neutralidad tecnológica, el carácter no proporcionado de la ayuda y su no consideración como instrumento idóneo para garantizar la cobertura de los canales en abierto a los residentes de la zona II. Por lo que respecta a la primera de esas consideraciones concluye el Tribunal que la mención a la falta de respeto del principio de neutralidad tecnológica en la inmensa mayoría de las licitaciones no supone invertir la carga de la prueba puesto que al examinar un régimen de ayudas la Comisión puede limitarse a apreciar las características del mismo para concluir si es o no adecuado a los objetivos previstos en el art. 107.3 TFUE, no estando obligada a analizar la ayuda concedida en cada caso individual. En caso de declarar la incompatibilidad del régimen de ayudas analizado en abstracto con el mercado interior y ordenar la recuperación de los importes recibidos, corresponde al Estado miembro comprobar la situación individual de cada empresa afectada por la operación de recuperación. Esa misma consideración sirve para desestimar la alegación de la no justificación del método empleado para la extrapolación, puesto que no hubo tal sino un análisis en abstracto del régimen de ayudas. Por último, en cuanto a la vulneración de la obligación de motivación la sentencia recuerda que su alcance depende de la naturaleza del acto y del contexto de adopción del mismo, teniendo como objeto mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución, permitiendo al juez el control de legalidad y a los interesados la defensa adecuada de sus derechos. Eso no exige en modo alguno especificar todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. En opinión del Tribunal la Decisión de la Comisión cumple con ese objeto.

El tercer argumento del recurso español es el que se refiere a la violación de normas procedimentales por no tomar en consideración las pruebas aportadas por España, por una instrucción incoherente del expediente, por dilación excesiva y cambios de instructor y por falta de objetividad y de imparcialidad. La primera de ellas consiste en que en opinión de España la Comisión no tuvo en consideración el Informe de costes de referencia para el proceso de universalización de la TDT en España de julio de 2007. Para el Tribunal dicho Informe sí fue examinado, concluyendo que no demostraba suficientemente la superioridad de la plataforma terrestre respecto de la satelital. A eso se añade que dicho Informe

apuntaba a que la solución final más apropiada sería considerar ambas plataformas, utilizando una u otra en función de las condiciones y circunstancias de la ubicación física de la población. España alega que la Comisión dio prioridad al estudio del operador europeo de satélites, realizado *ex post*, sin valorar que diversas Comunidades Autónomas evaluaron que la oferta de ese operador suponía un coste mucho mayor que la solución terrestre, lo que supone una prueba de parcialidad. Para el Tribunal el rechazo de los cálculos de algunas Comunidades Autónomas no se basa en el estudio del operador de satélites sino en que, además de la incertidumbre en cuanto a su fecha, ninguno presentaba el grado de detalle y solidez suficiente para justificar la elección de la tecnología terrestre, además de no haber sido realizados por expertos independientes.

La alegación de la incoherencia en la instrucción del procedimiento resulta de que la Comisión se limitó en su examen inicial al análisis de las medidas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, mientras que el examen detallado de las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas solo se integró en dicho análisis posteriormente. A eso se añade que la conclusión de que alguna licitación no fuera neutral no puede implicar la falta de neutralidad de todo el proceso y que la investigación concluyó prematuramente, imponiendo al Estado completarla y examinar caso por caso todas las licitaciones. Para el Tribunal el primero de los motivos debe desestimarse puesto que como España admite expresamente la Comisión también examinó las medidas presentadas por las Comunidades Autónomas. En cuanto a la conclusión prematura del procedimiento, se recuerda que en el examen de un régimen de ayudas la Comisión no está obligada a un análisis de la ayuda concedida en cada caso individual, que solo debe comprobarse al proceder a la recuperación de las ayudas.

Respecto al examen de la duración excesiva del procedimiento y los cambios de instructor el Tribunal recuerda que en los procedimientos de examen de ayudas de Estado la Comisión tiene la obligación de actuar dentro de un plazo razonable, no estando autorizada a perpetuar su estado de inactividad durante la fase previa de examen. Ese carácter razonable debe apreciarse en función de las características propias de cada asunto, su complejidad y el comportamiento de las partes. En este caso se recuerda que la fase previa de examen se prolongó algo más de dieciséis meses, lo que no se considera excesivo dada la implicación de autoridades de distintos niveles (nacional, regional y local) y el tiempo necesario para aportar información complementaria. Por su parte el procedimiento formal de examen tuvo una duración inferior a treinta y tres meses. Las circunstancias del caso, como por ejemplo la solicitud de las autoridades españolas a la Comisión de una ampliación de los plazos para formular observaciones, llevan a concluir que la duración del procedimiento formal de examen no fue desmesurada, ni siquiera teniendo en cuenta el cambio de instructor.

La última alegación de España desde esta perspectiva procedimental es la que acusa a la Comisión de falta de objetividad y de imparcialidad por tomar en consideración las conclusiones del operador de satélites que no habían sido objeto de ningún requerimiento, y que fueron comunicadas con mucho retraso a las autoridades españolas. Además la Comisión aceptó la solicitud de ese operador de que sus observaciones no fueran divulgadas a terceros mientras que a las autoridades españolas se les solicitaron versiones no confidenciales de sus observaciones. Por último España aduce que la Comisión aceptó como válidas las observaciones del operador sin haberlas contrastado con las de las autoridades españolas. El Tribunal responde que si bien las observaciones del operador fueron enviadas espontáneamente, también las autoridades españolas enviaron por su propia iniciativa información a la Comisión, que fue tenida en cuenta por esta. A eso se añade que el eventual retraso en el envío no basta por sí solo para fundamentar la falta de objetividad e imparcialidad. Lo mismo ocurre respecto de la solicitud del operador de que sus observaciones no fueran divulgadas a terceros, dada la obligación de secreto profesional que la Comisión tiene atribuida por el art. 24 del Reglamento (CE) núm. 659/1999, a lo que se suma que España no afirma no haber recibido los documentos pertinentes para su defensa. En cuanto a la consideración de las observaciones del operador sin contrastarlas con las de las autoridades españolas la sentencia señala que la Comisión se limitó a afirmar que las estimaciones de costes presentadas por el operador de satélites contradecían los resultados de los estudios presentados por una empresa que explota infraestructuras de telecomunicaciones y suministra equipos de redes. Pero en ningún caso se dio prioridad a las estimaciones del operador de satélites; ese extremo se confirma en opinión del Tribunal por la afirmación recogida en la Decisión de la Comisión de que la elección de una tecnología determinada hubiera sido aceptable en caso de justificarse por un estudio previo que, en términos de calidad y coste, optase por una única solución tecnológica. Por último señala el Tribunal que la ausencia de vulneración de las obligaciones de objetividad e imparcialidad resulta de que la Comisión no consideró que la solución satelital fuese más económica que la TDT, sino que únicamente aludió a determinadas especificidades de la misma que las autoridades españolas podían haber tomado en consideración, entre ellas las posibles reducciones de precio.

El cuarto argumento en que se basa el recurso de España contra la Decisión de la Comisión es el relativo a la ruptura de los principios de seguridad jurídica, igualdad de trato, proporcionalidad y subsidiariedad resultante del requerimiento de recuperación de la ayuda. En opinión de España la no identificación de los beneficiarios afectados ni de la cuantía a devolver vulnera el principio de seguridad jurídica. A ello se añade el traslado de la carga de la prueba respecto de la parte de la ayuda que no debía devolverse por considerarse, en cuan-

to ayuda *de minimis*, compatible con el mercado interior. El Tribunal advierte que el Estado que haya concedido una ayuda contraria a las normas de procedimiento del art. 108 TFUE no podrá invocar el principio de seguridad jurídica para eludir su obligación de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la Decisión que le impone la recuperación de dichas ayudas. Además se recuerda que incumbe a las autoridades del Estado comprobar la situación individual de cada uno de los afectados, por estar en mejor situación para ello y que ninguna disposición de Derecho de la Unión exige a la Comisión que fije el importe que debe devolverse sino que basta que incluya indicaciones que permitan a su destinatario por sí mismo, sin excesivas dificultades, determinar dicho importe. A este respecto se concluye que España no ha aportado elementos que permitan considerar que encuentra excesivas dificultades para esa determinación.

La vulneración del principio de igualdad de trato resulta de que la cancelación de los pagos pendientes impedirá exigir a los operadores que continúen con la explotación y el mantenimiento de la red en la zona II, de lo que resultará la interrupción de la señal que afectará a los grupos más desfavorecidos, dado el coste de las inversiones necesarias. La sentencia afirma por una parte que la Decisión de la Comisión no contradice un principio que implica que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que situaciones diferentes no se traten de manera idéntica salvo que haya una justificación objetiva para ello. Y por otra recuerda que este principio ha de conciliarse con el de respeto de la legalidad, impidiendo que nadie pueda invocar en su beneficio una ilegalidad cometida a favor de otro. Además se afirma que España no ha demostrado que la ordenación de la recuperación de la ayuda y la cancelación de los pagos pendientes aboque a una interrupción efectiva del servicio de TDT en el conjunto de la zona II ya que no ha precisado de forma suficiente los operadores afectados por esa medida de recuperación o cancelación. Por último la Decisión de la Comisión no afecta a la obligación de cobertura de la casi totalidad de la zona II, si bien España ha de organizar la extensión de la red de televisión digital de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado.

En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad se concluye que la recuperación de una ayuda ilegal es la consecuencia lógica de su declaración de ilegalidad por lo que no puede considerarse una medida desproporcionada con respecto a los objetivos del Tratado, sin que España haya formulado alegación alguna que permita apartarse de esta regla. Igualmente se desestima la alegación relativa a la vulneración del principio de subsidiariedad, ya que, a diferencia de la opinión de España que considera afectado dicho principio por el intento de la Comisión de imponer un determinado modelo audiovisual, cuestión que entra en el ámbito de competencia de los Estados, la Decisión se centra más bien en la apreciación de la compatibilidad de una ayuda con el mercado

interior, cuestión que es competencia exclusiva de la Comisión, bajo control del Tribunal, a la que no se aplica dicho principio que, conforme al art. 5.3 TUE, se limita a los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión.

El quinto y último argumento del recurso de España contra la Decisión de la Comisión es el relativo a la violación del derecho fundamental a la información, en relación con el requerimiento a la recuperación de la ayuda. Este requerimiento privaría de un millón doscientos mil habitantes del acceso a cualquier canal de televisión, impidiendo su ejercicio al derecho a la información (art. 11 CDFUE). La sentencia rechaza esta alegación ya que recuerda que la conclusión de que la Decisión impugnada conlleva la interrupción de la señal de televisión ya ha sido desestimada.

2. LA CONDICIÓN DE SUJETO PASIVO DEL IVA A LOS EFECTOS DE LA DEDUCCIÓN DEL IVA DEVENGADO POR UN AYUNTAMIENTO POR LA PRESTACIÓN DE DETERMINADOS SERVICIOS

La cuestión del reconocimiento a un Ayuntamiento de la condición de sujeto pasivo del IVA es abordada en dos sentencias con las que el Tribunal de Justicia responde a sendas solicitudes de cuestión prejudicial planteadas por el Tribunal Supremo de los Países Bajos con el objeto de interpretar ciertas disposiciones de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA.

La primera sentencia es de 12 de mayo de 2016 (as. C-520/14), y en ella el Juez europeo responde a la solicitud del tribunal nacional de interpretar los arts. 2.1.c) y 9.1 de la mencionada Directiva. La cuestión se enmarca en el procedimiento nacional iniciado por el Ayuntamiento de Borsele contra la negativa de la Secretaría de Estado de Hacienda de que se le reconozca la condición de sujeto pasivo del IVA por la prestación de servicios de transporte escolar. El Ayuntamiento organiza ese servicio contratando a ciertas empresas y cubriendo el coste del mismo en su mayor parte con cargo a fondos públicos, excepto un 3% del coste total que se cubre con las cantidades que abonan los padres de los alumnos. La negativa de la autoridad tributaria se funda en que esos servicios no eran prestados por el Ayuntamiento a título oneroso y por tanto no podía considerarse que este estuviese llevando a cabo una actividad económica.

El Tribunal comienza por determinar si puede considerarse que en este caso el Ayuntamiento realiza actividades económicas, entendiendo por tales las que se incluyen en el concepto recogido en el citado art. 9.1 de la Directiva. La Abogada General en sus conclusiones afirma que existe actividad económica a esos efectos cuando dicha actividad se corresponda con alguna de las operaciones a las que se refiere el art. 2 de la Directiva. Es decir que en este asunto se ha

de comprobar si en el contexto de la organización de ese servicio de transporte escolar el Ayuntamiento actuó en una de las operaciones de prestación de servicios a las que se refiere el art. 2.1.c). En opinión del Tribunal los datos aportados por el órgano jurisdiccional remitente permiten considerar el acto controvertido como prestación de servicios, por lo que debe analizarse si se llevó a cabo a título oneroso lo cual exige, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal, la existencia entre quien presta el servicio y su destinatario de una relación jurídica de intercambio de prestaciones recíprocas, siendo la retribución percibida por el prestatario del servicio el contravalor efectivo del mismo.

Aplicando ese razonamiento al presente asunto el Tribunal señala que la aportación de los padres a los gastos de transporte no está en relación a los costes reales del servicio; su importe no está vinculado ni a los kilómetros diarios recorridos, ni al precio por alumno ni a la frecuencia de los trayectos. Ello no obsta que deba recordarse que el que una operación se lleve a cabo por un precio superior o inferior al de coste no afecta su calificación de onerosa; para esto basta que exista una relación directa entre la entrega de bienes o la prestación de servicios y una contraprestación realmente percibida por el sujeto pasivo. Por ello el Tribunal afirma que la actuación del Ayuntamiento de Borsele en el presente asunto debe calificarse como prestación de servicios a título oneroso a efectos del art. 9.1 de la Directiva IVA.

El siguiente paso es comprobar que se dan las condiciones para considerar que esa prestación de servicios puede considerarse actividad económica. Para ello se señala que un método consiste en comparar las condiciones en las que se presta este servicio en este caso concreto con aquellas en las que habitualmente se produce la prestación de servicios de estas características. A ello se añaden otras condiciones relevantes para alcanzar una conclusión en ese sentido, como la importancia de la clientela o el importe de los ingresos. En todo caso el Tribunal recuerda que es tarea del juez nacional la apreciación de todos esos factores, lo que no obsta que el Juez europeo sea competente para dar indicaciones a aquel. En ese contexto se señala que el Ayuntamiento recupera a través de las aportaciones de los padres de los alumnos una parte mínima del coste total del servicio, apuntándose además que tan solo un tercio de los usuarios del mismo abona esa aportación. El resultado es que la suma de las mismas sólo alcanza el 3% del coste total del servicio. Esa diferencia entre lo aportado y el coste total conduce al Tribunal a afirmar que esas aportaciones de los padres deben verse más como un canon que como una remuneración propiamente dicha.

Por su parte la ausencia de relación efectiva entre la cantidad abonada y la prestación del servicio conduce al Tribunal a afirmar que no ha quedado de manifiesto la existencia de una relación de carácter directo entre el servicio pres-

tado por el Ayuntamiento y el contravalor que deben pagar los padres. A ello se añade que las condiciones en las que se presta este servicio son distintas de aquellas en que discurren habitualmente las actividades de transporte de viajeros. A este respecto se recuerda la afirmación recogida en las conclusiones de la Abogada General en el sentido de que el Ayuntamiento no ofrece prestaciones en el mercado general de servicios de transporte de viajeros sino que él mismo se presenta como beneficiario y consumidor final de las prestaciones de transporte que adquiere a las empresas que contrata y que luego pone a disposición de los padres de los alumnos en el marco de la provisión de servicios esenciales.

Por todo ello se concluye que conforme al art. 9.1 de la Directiva IVA una corporación territorial que preste servicios de transporte escolar en las condiciones presentes en este asunto no realiza actividades económicas, por lo que no tiene la condición de sujeto pasivo del IVA.

La segunda solicitud de cuestión prejudicial del Tribunal Supremo de Países Bajos se enmarca en el litigio planteado en el plano interno entre el municipio de Woerden y el Secretario de Hacienda, y en ella se plantea si la Directiva 2006/112/CE puede interpretarse de manera que el sujeto pasivo que hizo construir un edificio y lo vendió por un precio inferior al coste de construcción tiene derecho a deducir la totalidad del IVA pagado por la construcción del edificio o solo cabe una deducción parcial en proporción a las partes que el adquirente del mismo destine a actividades económicas.

La sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de junio de 2016 (as. C-267/15), comienza recordando que el derecho a la deducción (arts. 167 y siguientes de la Directiva) forma parte del mecanismo del IVA y, en principio, no puede limitarse, ejercitándose inmediatamente por lo que respecta a la totalidad de las cuotas soportadas en las operaciones anteriores. Su objetivo es descargar al empresario del IVA devengado o pagado en el marco de todas sus operaciones económicas. El sistema garantiza la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas sujetas al IVA, cualesquiera que sean sus fines o resultados. Así el IVA se aplica a cada transacción de producción o distribución, previa deducción del IVA que haya gravado directamente los costes de los diversos elementos constitutivos del precio.

Por su parte el derecho a deducir se condiciona a determinados requisitos materiales, conforme al art. 168.a) de la Directiva: que los bienes o servicios invocados como base de ese derecho sean utilizados por el sujeto pasivo para las necesidades de sus propias operaciones gravadas y que hayan sido entregados o prestados por otro sujeto pasivo. No se impone ningún requisito relativo a la utilización de esos bienes o servicios por la persona que los reciba o a quien se presten, puesto que eso implicaría una restricción del derecho a deducción del

sujeto pasivo en operaciones realizadas con un adquirente de los bienes o destinatario de los servicios que no ejerza una actividad económica. Además el derecho a deducir del sujeto pasivo dependería de las actuaciones posteriores del adquirente o destinatario, que tendría derecho a modificar la utilización del bien a corto o largo plazo.

En este caso el Tribunal de Justicia considera que debe calificarse al municipio de Woerden como sujeto pasivo en el sentido de la Directiva y que los edificios le fueron entregados por otro sujeto pasivo en el marco de una operación sujeta a IVA. Por ello el municipio tiene derecho a deducir la totalidad del IVA soportado sin tomar en consideración el uso que de los bienes haga el adquirente posterior. El Tribunal de Justicia califica de irrelevante a los efectos del derecho a deducción que la entrega se hiciese por un precio que cubría todos los costes, siempre que la propia actividad esté sujeta a IVA. De hecho aunque el precio de entrega sea inferior al de coste, la deducción no puede limitarse en proporción a la diferencia entre ambos, aun cuando el primero sea considerablemente inferior al segundo, a no ser que sea meramente simbólico.

Por todo ello el Tribunal concluye que la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que un sujeto pasivo, que hizo construir un edificio y lo vendió por un precio inferior a su coste de construcción, tiene derecho a la deducción de la totalidad del IVA pagado por la construcción del edificio y no solo a una deducción parcial en proporción a las partes del edificio que el adquirente del mismo destine a actividades económicas. La cesión gratuita del uso de una parte del edificio por el adquirente a un tercero resulta irrelevante a este respecto.