CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 19 de septiembre de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Gobierno belga ha impugnado la Decisión de 4 de febrero de 1987, mediante la que la Comisión declaró la ilegalidad (por infracción de las obligaciones derivadas del apartado 3 del artículo 93 del Tratado CEE) y la incompatibilidad con el mercado común con arreglo al artículo 92 y ordenó que se suprimiera por vía de recuperación la importante aportación financiera (más de 12 000 millones de BFR) concedida de diversas formas (aumento de capital y suscripción de obligaciones convertibles, conversión en capital de préstamos garantizados y otros pagos) por dicho Gobierno a la empresa siderúrgica Tubemeuse en el período de 1984 a 1986.

La cuestión preliminar

2. Antes de examinar el fondo del recurso es necesario analizar una cuestión sobre la que la Comisión se detuvo extensamente en sus escritos y en la vista y respecto a la que solicitó que el Tribunal de Justicia se pronunciara de manera explícita.

En efecto, con carácter preliminar, la Comisión invoca que debe declararse la inadmisibilidad de los motivos del recurso relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 92 del Tratado.

El Gobierno belga, en realidad —dice la Comisión—, no ha negado que exista en el caso de autos una infracción del procedimiento que impone el apartado 3 del artículo 93. Ahora bien, dicha infracción supondría por sí sola la ilegalidad de la ayuda en cuestión, con independencia de la comprobación de su compatibilidad con las disposiciones de carácter sustancial del apartado 3 del artículo 92. De ahí deriva, según la Comisión, que no procede admitir las objeciones formuladas en el recurso respecto a la aplicación de tales disposiciones.

3. Ha de precisarse en primer lugar que, por su alcance y consecuencias, la cuestión planteada por la Comisión no me parece efectivamente que deba ser calificada de *excepción de inadmisibilidad* en sentido propio.

En primer lugar, de hecho, la Decisión impugnada contempla las dos violaciones, tanto la del apartado 3 del artículo 93 como la del artículo 92 (artículo 1: «Por otra parte, estas ayudas son incompatibles con el mercado común en virtud del artículo 92 del Tratado CEE»), ya que la motivación se refiere a entrambos aspectos. Asimismo, procede admitir la crítica que el Gobierno belga dirige a la parte de la Decisión relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 92. En segundo lugar, la Comisión, como lo ha precisado explícitamente también en la vista, solicita que el Tribunal de Justicia aplique más bien *un criterio de economía procesal,* es decir, que cuando se haya probado que la

* Lengua original: italiano.

medida estatal de que se trate es ilegal a la vista del apartado 3 del artículo 93 del Tratado no sea necesario proceder ulteriormente al examen de si dicha medida es o no conforme a otras disposiciones del Tratado y sobre todo si es compatible con el mercado común en el sentido y a los fines del apartado 3 del artículo 92.

Básicamente, la Comisión pide que se le reconozca el derecho a comprobar si es compatible con el mercado común cualquier intervención del Estado que constituya una ayuda en el sentido del apartado 1 del artículo 93 y que haya sido llevada a efecto infringiendo el apartado 3 del artículo 93 (obligación de notificación y efecto suspensivo) sin estar obligada en dicho caso a comprobar si la ayuda de que se trata puede o no ampararse en las excepciones del apartado 3 del artículo 92. La Comisión solicita, por otra parte, al Tribunal de Justicia que no proceda a dicho examen por cuanto no tiene una «facultad discrecional» respecto a tales ayudas (escrito de contestación, pp. 6 y siguientes).

El argumento de la Comisión es muy claro: la infracción del apartado 3 del artículo 93 del Tratado es un vicio que no se puede subsanar, por tratarse de una disposición de orden público y de efecto directo, y por lo tanto hace que la ayuda sea ilegal *per se* y definitivamente y además incompatible con el mercado común, sin necesidad de ulteriores comprobaciones «de fondo». Si no se discute la infracción (y el Gobierno belga no la ha discutido en este caso) las críticas sobre el fondo «no pueden admitirse» en el sentido de que el Tribunal de Justicia no debe ocuparse de ellas.

4. Al solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la cuestión que se acaba de exponer, la Comisión subraya su importancia a los fines de la efectividad del régimen de control sobre las ayudas públicas.[1] La Comisión ha comprobado que en los últimos tiempos se ha producido un crecimiento progresivo de las ayudas prestadas sin notificación preventiva.[2] Cada vez más a menudo, por consiguiente, los Estados, en lugar de comunicar las ayudas cuando son un simple *proyecto* —como lo exige el apartado 3 del artículo 93—, las prestan directamente. Se limitan a esperar que la Comisión, bien *motu proprio*, bien previa denuncia de terceros, pida explicaciones sobre las medidas adoptadas. Entonces y sólo entonces el Estado comunica las informaciones solicitadas y permite así, cuando sea necesario, iniciar el procedimiento a que se refiere el número 2 del artículo 93.

Por lo demás, incluso cuando el procedimiento concluya con una Decisión que declare incompatible la ayuda y ordene además su supresión *ex tunc*, por vía de recuperación, semejante solución no es satisfactoria a juicio de la Comisión.

En primer lugar, la posibilidad de recuperación sería tanto más remota cuanto más larga fuera la duración del procedimiento de control, duración que —según la Comisión— los Estados miembros tienden a prolongar artificialmente mediante actitudes dilatorias.

En segundo lugar, al haberse llevado a cabo la ayuda mientras se sustanciaba el procedimiento de control, prescindiendo de la obligación de «standstill» establecida en la última frase del apartado 3 del artículo 93, se

1 — Hay que precisar que la cuestión de las consecuencias de la ilegalidad *per se* de las ayudas concedidad en infracción del apartado 3 del artículo 93 ha sido planteada por la Comisión en una serie de asuntos; véanse, en particular, los asuntos República Francesa/Comisión (C-301/87, Rec. 1990, p. I-307), Comisión/República Francesa, C-61/88, Comisión/República Francesa, C-162/88; Poclain SA y Tenneco Europe Ltd/Comisión, C-294/88, República Italiana/Comisión (C-303/88, asuntos actualmente en tramitación).

2 — Según los datos aportados por la Comisión, en el período 1984/1988 se han señalado más de cien casos de ayudas concedidas infringiendo el apartado 3 del artículo 93.

produciría una distorsión continuada de la competencia, cuyos efectos perjudiciales, especialmente en los sectores en crisis, no pueden remediarse con una recuperación posterior y en todo caso hipotética por el Estado de los beneficios concedidos ilegalmente (piénsese en particular en los competidores de las empresas ayudadas que se hayan visto obligados a interrumpir sus operaciones).[3]

En definitiva, el sistema de *control preventivo* establecido por el Tratado corre el peligro de disiparse por obra de una actitud, cada vez más generalizada, que consiste en colocar a la Comisión ante el «hecho consumado». Es éste un fenómeno ciertamente ilegal, que las medidas *ex post* sólo pueden remediar en parte. De ahí deriva la necesidad de precisar una nueva forma de intervención *ex ante*, una especie de «disuasión» que lleve a los Estados o bien a comunicar a tiempo los proyectos de ayuda o bien, cuando se trate de ayudas prestadas antes de tiempo (pendiente su control), a restablecer el *status quo ante* a instancia de la Comisión; así tendría esta última la posibilidad (por lo menos cuando lo considerase indispensable) de ejercitar el control preventivo de compatibilidad únicamente en relación con ayudas que estén aún en estado de *proyecto* y, por ello mismo, exactamente en las condiciones queridas por el Tratado.

5. Como complemento de cuanto se ha expuesto hay que indicar que en las tesis de la Comisión se distinguen dos aspectos nuevos. En primer lugar, como queda dicho, la Comisión reclama una especie de nuevo poder de decisión consistente en la posiblidad de declarar y de hacer valer la ilegalidad de una ayuda por infracción del apartado 3 del artículo 93. Se trataría pues, por lo menos *prima facie*, de una facultad que se sitúa fuera del procedimiento previsto, tanto por el artículo 169 (desde el momento en que la Comisión declara directamente la infracción cometida) como por el apartado 2 del artículo 93 (desde el momento en que la Decisión correspondiente prescinde del examen de la compatibilidad).

Un análisis más atento muestra que no es éste, sin embargo, el punto esencial del razonamiento de la Comisión. Puede observarse que, con independencia de quién y cómo compruebe la infracción del apartado 3 del artículo 93, lo que importa es la *consecuencia* que quiera hacerse derivar de semejante infracción. El efecto disuasorio que quiere conseguirse frente a los Estados miembros, para conseguir la observancia del apartado 3 del artículo 93, depende efectivamente de la posibilidad de que, una vez comprobado que la ayuda es ilegal, la Comisión quede dispensada de enjuiciar si cabe dentro de las excepciones establecidas por el apartado 3 del artículo 92 y por lo tanto si es compatible en cuanto al fondo con el mercado común.

Por ello voy a analizar a continuación este segundo aspecto.

Con carácter preliminar señalaré que la cuestión planteada por la Comisión también podría encontrar una respuesta en los mismos términos de procedimiento en que se ha formulado, con arreglo a Derecho, pero impropiamente. Si se extrema el rigor, en efecto, y se quieren respetar al máximo los límites procesales de la apreciación del Tribunal de Justicia, bien podría este último li-

3 — A ello debe añadirse el riesgo de que, ante la concesión de ayudas públicas contra las que no se ha luchado eficazmente en el plano comunitario, los demás Estados miembros decidan intervenir cada uno por su cuenta mediante los concesión de beneficios análogos a las empresas nacionales.

mitarse a un fallo (desestimatorio a mi parecer) sobre la excepción de inadmisibilidad y plantear el tema de la compatibilidad de las ayudas de Estado que se discuten a la luz del artículo 92 del Tratado, como ha hecho por lo demás la Comisión en la Decisión impugnada.

Sin embargo, creo que debe analizarse en todo caso en cuanto a su sustancia la cuestión planteada por la Comisión, desde el momento que tiene gran importancia, y nadie puede ignorarlo, y merece, al margen de todo rigorismo procesal, una atenta reflexión.

Siempre con carácter preliminar, señalaré que la tesis de la Comisión se apoya en una consideración de base: la infracción del apartado 3 del artículo 93 carece actualmente de consecuencias sustanciales de eficacia suficiente. En definitiva los Estados no tienen «nada que perder» al incumplir dicho precepto, lo que explica el aumento de los casos de ayudas públicas hechas efectivas ilegalmente.

Observo al respecto que esta consideración es fruto de un análisis tal vez un poco demasiado pesimista. La infracción del apartado 3 del artículo 93 supone en efecto para el Estado que la comete consecuencias precisas, ya en el plano interno, ya en el comunitario. Por ello, la referida disposición está provista de garantías efectivas en la misma medida, si no mayor, que otras disposiciones obligatorias del Tratado.

Teniendo en cuenta la importancia de este aspecto, parece oportuno, antes de examinar el núcleo principal de la tesis de la Comisión, indicar los caracteres esenciales de las obligaciones que establece el apartado 3 del artículo 93 y examinar, a la luz de la práctica administrativa y jurisprudencial, cuáles son las consecuencias posibles de su incumplimiento.

6. Se ha de precisar que el régimen de control preventivo de las «ayudas nuevas» (o modificaciones de ayudas anteriores) responde al objetivo esencial de evitar que dichas ayudas se presten y produzcan efectos de distorsión sin que antes se haya enjuiciado su compatibilidad a nivel comunitario.

El control preventivo supone para los Estados miembros una doble obligación:

— Informar a tiempo a la Comisión de los proyectos encaminados a establecer o modificar ayudas (llamada comúnmente obligación de notificación, pese a que la terminología del Tratado es menos precisa, puede que no por casualidad).

— No llevar a la práctica las actuaciones proyectadas antes de que concluya el procedimiento comunitario [4] (obligación de «standstill» o prohibición de actuación).

4 — Dicho procedimiento, como es sabido, se divide en dos fases. La primera, de carácter preliminar, consiste en una cognición sumaria del proyecto de ayuda notificado y se ordena a precisar si dicho proyecto es, *prima facie*, claramente compatible con el mercado común o si, por el contrario, existen al menos dudas razonables sobre su compatibilidad. En este caso, la Comisión está obligada a pasar a la fase siguiente y a abrir el procedimiento contradictorio regulado por el apartado 2 del artículo 93. Quede claro que la fase preliminar presupone necesariamente la notificación del proyecto. A los dos meses de la notificación (según la doctrina sentada por la sentencia de 11 de diciembre de 1973, Lorenz, 170/73, Rec. 1973, p. 1471), o al mes si se trata de ayudas individuales, la Comisión debe decidir si procede dar principio a la fase contradictoria. Por otra parte, si la Comisión considera suficiente el examen preliminar para resolver que la ayuda es compatible, puede dar por terminado el procedimiento sin adoptar ninguna decisión formal. Ha de recordarse por último que, aunque no haya habido un procedimiento preliminar (por no haber sido notificada debidamente la ayuda) se puede también iniciar el procedimiento contradictorio bien de oficio, bien a instancia de cualquier interesado que haya «denunciado» ante la Comisón la concesión de la ayuda.

Obsérvese que la primera de estas obligaciones, considerada por separado, no tiene efectos directos, en el sentido de que, según resolvió el Tribunal de Justicia en el asunto Costa/ENEL[5]«no crea directamente derechos subjetivos en favor de los particulares» *(traducción provisional)*, sino que establece un vínculo, un compromiso, que despliega sus efectos exclusivamente en la relación entre los Estados que lo han asumido y la Comunidad. Por lo demás, no está claro que el hecho de no haber comunicado una ayuda aprobada pero no llevada a efecto constituya en todo caso una infracción del Derecho comunitario. Hay infracción sin duda si el acto que establece la ayuda dispone o simplemente consiente su puesta en práctica. Por el contrario, podría sostenerse que el establecimiento de una ayuda, no notificada, mediante una disposición que suspenda expresamente su ejecución hasta que haya completado el control comunitario, no es de por sí ilegal, ya que el Estado se ha limitado a reservarse la posibilidad de opción entre notificar la ayuda posteriormente (abriendo el procedimiento de control) o de revocarla por entero. Se trata quizá de un supuesto improbable, pero no imposible.

Más importante, porque puede suponer distorsiones efectivas de la competencia, es la infracción de la obligación de «standstill». Según la sentencia Heineken:[6]

«[...] la última frase del apartado 3 del artículo 93 constituye una cláusula de salvaguardia del sistema de control establecido por este artículo, el cual, a su vez, es esencial para garantizar el funcionamiento del mercado común. La prohibición de ejecución que establece dicho artículo trata de garantizar que los efectos del régimen de ayudas no se produzcan antes de que la Comisión haya tenido un plazo razonable para examinar a fondo el proyecto y para iniciar en su caso el procedimiento contemplado en el apartado 2 del mismo artículo» (apartado 20) *(traducción provisional)*.

Además, el Tribunal de Justicia, desde la sentencia Costa/ENEL, ha reconocido el efecto directo de la prohibición de actuación.

También ha precisado su alcance, indicando que la obligación de «standstill» despliega sus efectos no sólo durante el procedimiento de control del apartado 2 del artículo 93, sino también «durante toda la fase preliminar iniciada con el primer examen del proyecto de ayuda»[7] *(traducción provisional)*.

A fortiori, la prohibición de ejecución es aplicable a las ayudas no notificadas respecto a las que, por lo tanto, ni siquiera ha podido iniciarse la misma fase preliminar.

7. Con estos antecedentes, ¿cuáles son las consecuencias de una infracción del apartado 3 del artículo 93?

A este respecto es menester distinguir en primer lugar entre los aspectos puramente internos y los comunitarios.

En el plano interno, como se ha dicho, después del asunto Costa/ENEL, el Tribunal de Justicia ha tenido varias ocasiones para pronunciarse sobre el efecto directo de la prohibición de actuación.

5 — Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa/ENEL, 6/64, Rec. 1964, p. 1141).

6 — Sentencia de 9 de octubre de 1984 (Heineken Brouwerijen BV, 91/83 y 127/83, Rec. 1984, p. 3435).

7 — Auto de 20 de septiembre de 1983 (Comisión/República Francesa, 171/83 R, Rec. 1983, p. 2621); véase también sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Gebr. Lorenz GmbH, 120/73, Rec. 1973, p. 1471).

En en la sentencia Capolongo [8] se ha observado que, en relación con las nuevas ayudas,

«la última frase del apartado 3 del artículo 93 establece criterios de procedimiento a los que puede atenerse el Juez nacional» *(traducción provisional).*

Posteriormente, en las sentencias Lorenz, Markmann, Nordsee y Lohrey, [9] tras haber afirmado que el efecto inmediato de la prohibición de actuación se extiende a todo el período durante el cual sigue la prohibición en vigor, el Tribunal de Justicia ha precisado que dicho efecto:

«[...] afecta a cualquier régimen de ayuda prestada sin notificación preventiva a la Comisión y, si la notificación se ha producido, dicho efecto despliega su eficacia durante la fase preliminar y, si la Comisión incoa el procedimiento contradictorio, la mantiene hasta que haya recaído la Decisión final» (apartado 8) *(traducción provisional);*

y ha concluido después:

«El efecto inmediato de la prohibición vincula al Juez nacional a hacerla respetar, sin que ninguna norma interna pueda evitarlo. El ordenamiento jurídico nacional establece el procedimiento a seguir para garantizar este respeto» (apartado 9) *(traducción provisional).*

En la sentencia Steinike, [10] partiendo de la base de que:

«por lo que se refiere a las nuevas ayudas que los Estados miembros tengan el propósito de autorizar, se establece un procedimiento preliminar sin el que no puede considerarse que una ayuda haya sido autorizada conforme a Derecho» (apartado 9) *(traducción provisional),*

el Tribunal de Justicia ha añadido que:

«(los límites que los particulares encuentran respecto) a la posibilidad de acogerse al artículo 92 no suponen sin embargo que no se puedan plantear ante los Jueces nacionales litigios en los que se vean en la necesidad de interpretar —cuando sea preciso, con previo recurso al procedimiento del artículo 177 del Tratado— y de aplicar el artículo 92, sin que por esta razón hayan de resolver acerca de la eventual incompatibilidad de una ayuda de Estado, salvo en el caso de una ayuda en contra del apartado 3 del artículo 93 del Tratado.

Un Juez nacional, por ejemplo, puede tener que interpretar y aplicar la noción de ayuda en el sentido del artículo 92 para determinar si una medida estatal, adoptada sin seguir el procedimiento de control preliminar regulado por el apartado 3 del artículo 93, tiene o no que serle sometida» *(traducción provisional).*

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, en el plano interno, el pleno cumplimiento del control comunitario constituye un elemento esencial y si éste falta no puede considerarse que la ayuda ha sido *establecida*

8 — Sentencia de 19 de junio de 1973 (Capolongo, 77/72, Rec. 1973, p. 611).

9 — Sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Gebr. Lorenz GmbH, ya citada, en la nota 7); sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Markmann KG, 121/73, Rec. 1973, p. 1495); sentencia de 11 de diciembre de 1973, Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH, 122/73, Rec. 1973, p. 1511; sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Fritz Lohrey, 141/73, Rec. 1973, p. 1527).

10 — Sentencia de 22 de marzo de 1977 (Steinike y Weinlig, 78/76, Rec. 1977, p. 595).

conforme a Derecho ni puede por consiguiente producir *ningún efecto.*

Se puede afirmar, por consiguiente, que el procedimiento (legislativo y administrativo) mediante el que se establece una ayuda no se completa hasta haberse realizado, con resultado positivo, el control «preventivo» sobre la compatibilidad por parte de la Comisión. Dicho control constituye así una condición legal de eficacia, de carácter constitutivo, cuya necesidad se justifica también por la circunstancia de que el mismo control recae sobre el *fondo* de la intervención del Estado, suponiendo al mismo tiempo valoraciones de índole político-económica ampliamente discrecionales, como ha subrayado también el Tribunal de Justicia.

De ahí se sigue que todos los que tengan interés pueden hacer valer ante el Juez nacional que es contrario al Derecho Comunitario el *acto por el que se establece* la ayuda, cuando prevea su puesta en vigor con independencia del control comunitario, así como en cualquier supuesto la ilegalidad de los *actos de ejecución* efectuados en consecuencia.

Además, dichos actos, cuando sean de naturaleza administrativa, son revocables con las condiciones propias de la revocación de actos administrativos ilegales. Revocación que responde a un motivo de interés público particularmente cualificado, toda vez que los actos de que se trate pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

La infracción de la prohibición de ejecución puede dar lugar además a nivel nacional al ejercicio de *acciones cautelares* (en particular, la suspensión de la ejecución de la ayuda cuya compatibilidad con el mercado común no haya sido examinada) y también de *acciones de indemnización* frente a la Administración pública (puede suponerse o bien la acción de los competidores perjudicados por la puesta en práctica de una ayuda ilegal o bien la acción del beneficiario de la ayuda cuya ejecución haya sido suspendida o anulada por infracción de las normas de procedimiento). [11]

8. Hay que señalar, de todas formas, que la posibilidad de poner remedio en el plano interno a las infracciones del apartado 3 del artículo 93 se limita en concreto por la presencia de una serie de factores. Recordaré entre ellos los siguientes:

a) La falta de transparencia respecto a las intervenciones llevadas a efecto por los Estados y las eventuales reacciones de la Comisión en la fase de control preliminar: no existe hoy en día un sistema de publicidad de las notificaciones de nuevas ayudas ni de la eventual Decisión de la Comisión de no iniciar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 en relación con las ayudas notificadas, lo que priva a los interesados de elementos indispensables para el oportuno ejercicio de eventuales impugnaciones. [12]

b) Diferencias entre los distintos ordenamientos respecto a las condiciones y a la extensión de la protección jurisdiccional que se dispensa (piénsese, por ejemplo, en los límites de los procedimientos cautelares ante el Juez administrativo).

11 — Estos aspectos han sido detalladamente analizados en el 12º Congreso de la FIDE (París, 1986) al que me remito para datos más precisos.

12 — *Véanse actas del* congreso FIDE citado, pp. 205 y 296, así como E. H. Pinacker Hordijk: «Judicial Protection of Private Interests under the EEC Competition Rules Relating to State Aids», en *Legal Issues of European Integration*, 1985/1, p. 67 (en particular, pp. 74 a 78).

c) Dificultades específicas en el ejercicio de determinados tipos de acción (por ejemplo, en las acciones de indemnización, se señalan las incertidumbres —especialmente en un mercado no oligopolístico— respecto a la determinación de un nexo de causalidad entre la ayuda concedida y el perjuicio alegado. [13]

d) Una cierta prevención, por parte de los competidores de las empresas ayudadas, a recurrir —incluso si no hay dificultades significativas— a la vía jurisdiccional, prefiriendo a veces, por diversos motivos, solicitar de las autoridades públicas la concesión a su favor de beneficios análogos o equivalentes. [14]

e) Resistencias, sobre todo de algunos órganos jurisdiccionales, a reconocer y aplicar en consecuencia el principio del «efecto directo», ya en general, ya con particular referencia a las disposiciones de que se trata, resistencias que, al aumentar su incertidumbre, pueden contribuir a desanimar el recurso a los medios de recurso internos. [15]

9. A pesar de estas dificultades no debe sin embargo creerse que el sistema de protección interna sea inoperante del todo.

Al respecto pueden recordarse dos sentencias de la Corte Costituzionale italiana [16] en las que se declararon contrarias a la Constitución leyes regionales que establecían ayudas, aprobadas por la Asamblea regional, antes de que se hubiera completado el procedimiento de control comunitario. [17]

Más interesante, por estar fundada más claramente en el «efecto directo» del apartado 3 del artículo 93, es una sentencia de la Court of Appeal de Londres de 24 de febrero de 1986 (R. contra Attorney-General ex p. Imperial Chemical Industries), donde se reconoce que la Autoridad pública está obligada a «not to implement the aid or plan unless and until the Commission (has) approved it». [18]

No faltan, por otra parte, señales recientes de un desarrollo de las controversias nacionales en materia de ayudas, [19] que indican una mayor atención sobre la importancia de los aspectos que se discuten, del mismo modo que de forma progresiva e inevitable van desapareciendo las resistencias al pleno reconocimiento del efecto directo.

La misma Comisión podría contribuir también a resolver algunas de las difucultades indicadas, por ejemplo, mediante el deseable establecimiento de un régimen de publicidad para las notificaciones de los proyectos de ayudas.

13 — Véanse actas FIDE cit., pp. 79 y 299.

14 — Véanse actas FIDE cit., p. 78.

15 — Véanse actas FIDE cit., p. 183; véase también la Decisión de 24 de enero de 1989 del Consiglio di Stato italiano, que prescinde explícitamente de la eficacia directa de una Decisión de la Comisión basada en el apartado 2 del artículo 93.

16 — Corte costituzionale italiana, 9 de abril de 1963, nº 49, Foro italiano, 1963, I, 859, y 8 de julio de 1969, nº 120, *ibid.*, 1969, I, 2069.

17 — La Corte costituzionale ha considerado que los órganos deliberativos regionales habían traspasado los límites de la competencia legislativa que se les reconoce al no observar las normas de procedimiento del apartado 3 del artículo 93 del Tratado, tal como han sido precisadas conforme a Derecho por los órganos competentes del Estado.

18 — Véase J. Flynn, «Can misapplication of a fiscal measure constitue State aid?»; *Eur. Law Rev.*, 1986, p. 232.

19 — Puede citarse por ejemplo el juicio contencioso administrativo italiano relativo a determinadas disposiciones de la Ley nº 64 de 1 de marzo de 1986 (Ley orgánica de la intervención extraordinaria en el Mezzogiorno), que ha dado lugar a diferentes cuestiones prejudiciales, pendientes actualmente, sometidas al Tribunal de Justicia; véase, también, significativamente, Lazio Tar, Sez. III, 22 de enero de 1985, en *Foro Amministrativo*, 1985, p. 941.

A la luz de estas observaciones considero que el «control difuso» que han realizado los tribunales nacionales sobre la observancia por los Estados miembros de la prohibición de ejecución contenida en el apartado 3 del artículo 93 constituye —y puede constituir en mayor medida posteriormente— un importante instrumento de garantía. Por ello sería oportuno que el Tribunal de Justicia en esta ocasión, para confirmar el efecto directo de la obligación de «standstill», subrayara que dicho efecto permite a cualquier persona interesada denunciar la ilegalidad de las ayudas prestadas antes de tiempo ante *todos los medios de tutela jurisdiccional* previstos por el ordenamiento interno.

10. Respecto a las consecuencias que la infracción del apartado 3 del artículo 93 produce en el plano comunitario, hay que señalar que el problema ya ha sido examinado varias veces por parte del Tribunal de Justicia y de la misma Comisión.

Se confirma claramente un primer punto: el carácter esencial del sistema de control preventivo y, en particular, de la «cláusula de salvaguardia» representada por la obligación del «standstill» implica que llevar a la práctica una ayuda infringiendo los criterios de procedimiento del apartado 3 del artículo 93 es ilegal. Por ello se plantea en primer término la cuestión de establecer cuáles son los procedimientos para hacer constar la ilegalidad de la mencionada actuación.

En la sentencia 173/73, Italia contra Comisión,[20] el Tribunal de Justicia ha precisado claramente que, en caso de que el Estado infrinja las obligaciones derivadas del apartado 3 del artículo 93, la Comisión dispone de dos medios de actuación *concurrentes:* el procedimiento del artículo 169 y el del apartado 2 del artículo 93.[21] En otras palabras, la infracción del Derecho comunitario puede declararse (cuando se trate de incumplimiento de la obligación de notificar o de la obligación de «standstill») o autónomamente, por medio del procedimiento general, o en el marco de la comprobación de la compatibilidad de la ayuda en cuanto al fondo. Nada excluye, por lo demás, que los dos procedimientos se ejerciten conjuntamente cuando la Comisión lo considere indispensable.[22]

No faltan ejemplos al respecto. Así, en el asunto 171/83, Comisión contra Francia, la Comisión actuó *con base en el artículo 169* contra Francia, que había llevado a la práctica un proyecto de ayuda (notificado) a pesar de que se había iniciado el procedimiento contradictorio con base en el apartado 2 del artículo 93. En este caso la Comisión presentó, al mismo tiempo que interpuso el recurso, una petición de medidas provisionales con arreglo al artículo 186 del Tratado, con el objeto de conseguir el cese inmediato de la intervención discutida.[23]

Además, son distintas las hipótesis en las que, en relación con ayudas prestadas infringiendo el apartado 3 del artículo 93, la Comisión consideró oportuno abrir inmediatamente el procedimiento basado en el *apartado 2 del artículo 93.* Pueden sacarse ejemplos en este sentido, además de la citada sentencia 173/73, también de la sentencia Bélgica contra Comisión, del auto Deufil y de la sentencia Comisión contra

20 — Sentencia de 2 de julio de 1974 (Italia/Comisión, 173/73, Rec. 1974, p. 709).

21 — En especial el Tribunal de Justicia ha observado que «los medios de actuación de la Comisión no pueden limitarse a recurrir al procedimiento más complicado que regula el artículo 169» (traducción provisional).

22 — Véase A. Dashwood «Control of State Aids in the EEC: Prevention and Cure under Article 93», *C.M.L.R.*, vol. 12, 1975.

23 — Dicha petición fue estimada por el Tribunal de Justicia mediante el citado auto de 20 de septiembre de 1983 (posteriormente la Comisión pudo desistir de llevar adelante las actuaciones del procedimiento principal).

República Federal de Alemania.[24] En estos dos casos —como, por lo demás, en el supuesto presente— la Comisión, como resultado de un procedimiento basado en el apartado 2 del artículo 93, adoptó una Decisión en la que declaraba simultáneamente que la ayuda era ilegal (por infracción de las obligaciones de procedimiento) y que era incompatible con el mercado común.

11. La posibilidad de emplear este procedimiento para perseguir las infracciones del apartado 3 del artículo 93 ha sido reforzada varias veces, en términos generales, por la propia Comisión. En la Comunicación de 30 de septiembre de 1980 (DO C 252, p. 2; EE 08/02, p. 78), tras precisar que no era posible ningún pago en infracción de lo que dispone el apartado 3 del artículo 93, añade:

«Por consiguiente, *con arreglo al artículo 169 del Tratado o a las demás medidas previstas en éste,* se perseguirá sistemáticamente toda señal de una tendencia a violar sistemáticamente o de manera flagrante las obligaciones de los Estados miembros.»

Posteriormente la Comisión ha vuelto sobre el tema mediante su Comunicación de 24 de noviembre de 1983 (DO C 318, p. 3; EE 08/02, p. 122).[25] Además, en el *Decimoquinto Informe sobre la política de competencia,* la misma Comisión subraya que ha dado instrucciones a sus servicios para que inicien automáticamente el procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93 cuando un Estado no responda a un requerimiento de notificación en los plazos concedidos al efecto.

12. Éstos son, pues, los procedimientos disponibles a nivel comunitario. Lo que interesa aquí subrayar es que dichos procedimientos no se refieren solamente a la mera comprobación de que se ha producido una infracción. En efecto, una vez comprobado que una ayuda ha sido prestada prescindiendo de las obligaciones que impone el apartado 3 del artículo 93, deriva de ello una importante consecuencia de carácter *sustancial:* la posibilidad de que se reclame a los Estados la *recuperación de la ayuda concedida ilegalmente.*[26]

La posibilidad de que la Comisión exija a los Estados que procedan a semejante recuperación en el marco de la misma Decisión (con base en el apartado 2 del artículo 93) que decide sobre si la ayuda es compatible ya ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de julio de 1973, asunto 70/72.[27]

Hay que señalar que la devolución, como se funda en el designio de *restablecer la legalidad comunitaria* violada al establecer contra Derecho la ayuda, puede disponerse con independencia de que la ayuda en cuestión sea compatible o incompatible en cuanto al

24 — Sentencia de 10 de julio de 1986 (Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. 1986, p. 2263); auto de 6 de febrero de 1986 (Deufil GmbH & Co. KG, 310/85 R, Rec. 1986, p. 537); sentencia de 2 de febrero de 1989 (Comisión/República Federal de Alemania, 94/87, Rec. 1989, p. 175).

25 — En estas dos Comunicaciones la Comisión se ha referido expresamente a la sentencia Capolongo sobre el efecto directo del apartado 3 del artículo 93.

26 — Véase la citada Comunicación de 24 de noviembre de 1983, que dice: «Por consiguiente, la Comisión informa a los beneficiarios potenciales de ayudas estatales sobre el carácter precario de las que les sean concedidas ilegalmente, ya que se podrá obligar a cualquier beneficiario de una ayuda concedida ilegalmente, es decir, sin que la Comisión haya llegado a una decisión definitiva acerca de su compatibilidad, a devolver dicha ayuda. En cuanto tenga conocimiento de que un Estado miembro ha adoptado medidas de ayuda sin respetar las obligaciones del apartado 3 del artículo 93, la Comisión publicará en el Diario Oficial un aviso específico que advierta a los beneficiarios potenciales de la ayuda de la precariedad de la misma». Hay que precisar (véase la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita nº 181/88, DO C 151 de 19. 6. 1989, p. 9), que el importe total de las ayudas concedidas ilegalmente cuya recuperación ha exigido la Comisión ha sido del orden de 5 millones de ecus en 1985, de 11 millones de ecus en 1986 y de 747 millones de ecus de 1987 (en esta última cifra se incluye la devolución de 210 millones de ecus exigidos a la empresa Tubemeuse).

27 — Sentencia de 12 de julio de 1973 (Comisión/República Federal de Alemania, 70/72, Rec. 1973, p. 813).

fondo. Así lo declara la sentencia Italia contra Comisión, donde se indica que:

«El espíritu y el sistema del artículo 93 implican que la Comisión, cuando compruebe que una ayuda ha sido establecida o modificada sin tener en cuenta lo establecido en el artículo 3, puede decidir, *en especial si considera que la ayuda no es compatible con el mercado común en el sentido del artículo 92*, que el Estado interesado tiene que suspenderla o modificarla, sin estar obligada a conceder ningún plazo, dejando a salvo la posibilidad de recurrir al Tribunal de Justicia si el Estado miembro de que se trata no se atiene a la Decisión con la debida diligencia» (apartado 16) *(traducción provisional).*

Por consiguiente, cualquiera que sea la valoración sobre el fondo, la ayuda prestada antes de que se haya llevado a cabo el control es y sigue siendo ilegal. Lo mismo que el Juez nacional, en el marco de los medios procesales que le ofrece el ordenamiento jurídico interno, la Comisión puede también señalar la mencionada ilegalidad en el campo de la Decisión que resuelve —incluso positivamente— acerca de la compatibilidad, sacando de ello las oportunas consecuencias en cuanto a la devolución.

Sin embargo no se ha dado el caso de que la Comisión haya reclamado la devolución *ex nunc* de una ayuda que se haya declarado compatible. Se trata quizá de una prudencia excesiva, puesto que una actitud más enérgica haría más evidente el carácter precario de las ayudas concedidas infringiendo el carácter suspensivo del apartado 3 del artículo 93. Hay que considerar que en tales circunstancias los Estados tenderían a notificar y a no ejecutar antes de tiempo por lo menos los proyectos de ayudas que en principio pudieran acogerse a una de las excepciones del apartado 3 del artículo 92, siquiera con algunos ajustes que se realizaran de común acuerdo.

13. Según estas observaciones, la infracción del apartado 3 del artículo 93 es perseguible en el plano comunitario y puede dar lugar como consecuencia a la recuperación de la ayuda prestada ilegalmente. Sin embargo, la Comisión señala que la eficacia práctica de esta «sanción» queda sensiblemente reducida por el hecho de que la Decisión fundada en el apartado 2 del artículo 93, que impone eventualmente la devolución de la ayuda, se produce mucho tiempo después de que tuviera lugar la intervención del Estado. Por consiguiente, la recuperación de lo que haya sido pagado indebidamente puede resultar difícil.

No hay duda de que la excesiva duración del procedimiento de control constituye un problema real, no sólo porque compromete como se acaba de ver el restablecimiento del *status quo ante*, sino sobre todo porque la ejecución ilegal de una ayuda que posteriormente sea declarada incompatible da lugar a distorsiones de la competencia a las que no se puede poner remedio.[28]

Hay que precisar sin embargo que, por lo general, entra dentro de la responsabilidad de la Comisión controlar el desarrollo de este procedimiento también respecto a su *duración*. Una vez más, incluso en este aspecto específico, la Comisión no está «desarmada» por completo.

En primer lugar, eventuales actitudes dilatorias por parte de los Estados, que se concretan en la tendencia a no proporcionar a tiempo las informaciones que se les requieren, no dejan de tener consecuencias desfa-

28 — Véanse al respecto Actas del Congreso FIDE cit., p. 359, donde se observa que «the longer the gap between grant and recovery, the less effective recovery is», anadiéndose sin embargo que «the gap is further lengthened by the Commission's delatoriness in enforcing recovery orders when Member States refuse to comply with them».

vorables para los Estados mismos. En efecto, recae sobre ellos el deber de colaboración y en su virtud están obligados a participar de modo leal en la instrucción del procedimiento de control, e incluso es evidente que un Estado miembro no podría obtener ventajas de que no se haya realizado el análisis de una ayuda por su reticencia en la presentación de los datos que se le hayan requerido.[29]

Así, en el asunto 234/84,[30] el Tribunal de Justicia ha reconocido que la legalidad de la Decisión de la Comisión (basada en el apartado 2 del artículo 93) en la que se declaraba, entre otras cosas, que tenía carácter de ayuda la entrega de un capital que había realizado el Estado belga,

«debe examinarse [...] en función de los elementos de información de que disponía la Comisión en el momento de adoptarla» (apartado 16).[31]

En la misma sentencia el Tribunal de Justicia declaró que la motivación de la Decisión discutida podía considerarse suficiente

«a pesar de su carácter sucinto, debido en parte a la falta de colaboración del Gobierno belga» (apartado 22).

De ahí se deduce que la Comisión no está enteramente privada de la posibilidad de imprimir al procedimiento administrativo el «ritmo» que considere apropiado a la urgencia del caso. Podrá señalar plazos razonablemente breves, subrayando su carácter perentorio y dando a entender que una falta de colaboración por parte del Estado que concede la ayuda se traducirá en exclusivo perjuicio de este último.

Este aspecto apenas esbozado me parece especialmente importante en relación con los problemas reales que la Comisión está llamada a afrontar. Y no faltan al Tribunal de Justicia ocasiones para confirmar y subrayar con más fuerza este «deber de colaboración» de los Estados y para precisar sus consecuencias también respecto a la obligación de motivación que pesa sobre la Comisión. Quede claro que, a mi parecer, corre a cargo de los Estados la carga de la prueba respecto a las informaciones y a los datos que deben proporcionar a la Comisión en función de la aplicación exigida del apartado 3 del artículo 92 del Tratado, disposición que, no hay que olvidarlo, contempla excepciones a la prohibición general de ayudas que establece el apartado 1 del artículo 92. Corresponde, pues, a los Estados proporcionar a la Comisión, desde el acto de la notificación o a más tardar en el plazo del requerimiento, todas las circunstancias que puedan justificar una excepción a la prohibición. De ello se deduce claramente que la amplitud de la motivación que se requiere a la Comisión ha de ser necesariamente proporcional a las informaciones que haya recibido de los Estados miembros.

14. En segundo lugar —y éste es un aspecto que me parece de particular importancia— existe un remedio específico para oponerse a tiempo a la ejecución ilegal de una ayuda con independencia de la duración del procedimiento de control sobre el fondo. Como ya ha habido ocasión de indicar, la Comi-

29 — La existencia de un deber específico de colaboración a este respecto, que representa una manifestación concreta del deber general al que se refiere el artículo 5 del Tratado, es subrayada por Smit & Herzog: *The Law of the EEC*, 1982, Vol. 3, p. 414 y ss., donde se observa: «Article 93 (1) obligates the Member States to co-operate with the Commission in its investigation and to supply it with all necessary data. This obligation receives further support from Artice 5, paragraph 1».

30 — Sentencia de 10 de julio de 1986 (Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. 1986, p. 2263).

31 — Sobre el alcance que cobra el deber de colaboración en el procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93, véase, significativamente, Smit & Herzog, cit., p. 415, donde se dice: «Although the Member State wishing to grant an aid does not have the burden of proof in the technical sense, it must supply the Commission with those facts and data which the Commission cannot conveniently obtain itself».

sión tiene efectivamente la posibilidad de actuar con base en el artículo 169 frente al Estado que no haya respetado la prohibición de ejecución, solicitando expresamente al Tribunal de Justicia (con base en el artículo 186) que ordene las medidas provisionales necesarias. Hay que subrayar que, en la hipótesis mencionada del asunto 171/83, el auto del Tribunal de Justicia que concedió las medidas provisionales requeridas fue dictado sólo tres meses después del escrito de requerimiento enviado por la Comisión. Me parece por ello un instrumento eficaz (teniendo en cuenta también el relieve que un auto del Tribunal de Justicia puede alcanzar en el marco de un eventual procedimiento nacional relativo al mismo objeto) y sobre todo oportuno, al poderse adoptar en un plazo razonablemente breve desde que la Comisión haya recibido la primera información de que se ha llevado a efecto la ayuda.

Pero hay más. La Comisión tiene de hecho la facultad jamás ejercitada, pero que de todos modos ha sido reconocida expresamente por el Tribunal de Justicia, de adoptar ella misma *medidas provisionales y de urgencia.* En la citada sentencia 70/72, el Tribunal de Justicia, siquiera *in ob iter dictum,* ha observado que lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 93

«supone que la Comisión tiene el poder de adoptar, si es necesario, medidas urgentes y provisionales» *(traducción provisional).*

Me parece que tales medidas, si llegaran a adoptarse, podrían resolver gran parte de las dificultades señaladas por la Comisión. Ésta tendría en efecto la posibilidad de obligar a los Estados, mediante una resolución propia —aunque fuera con carácter provisional—, a cumplir las obligaciones que derivan del apartado 3 del artículo 93. Dicha resolución, además, al ser directamente aplicable, podría invocarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Por último, es oportuno destacar que dicha medida podría adoptarse en unos pocos días desde que se tuviera noticia de que se había prestado la ayuda, porque sólo se trata de precisar si un Estado ha llevado a la práctica o no una actuación en beneficio de una empresa faltando el control necesario. El carácter inmediato de esta forma de reacción permitiría así reducir al mínimo —y quizá eliminar por completo— el riesgo de que la ayuda prestada dé lugar a que se creen situaciones consolidadas y por lo tanto irreversibles o que se produzcan distorsiones de la competencia que luego no se puedan neutralizar.

Las medidas cautelares, lo mismo si las adopta el Tribunal de Justicia que la Comisión, se presentan como un remedio particularmente apropiado, incluso por la flexibilidad de su contenido. Puede recurrirse a ellas o bien para impedir la intervención del Estado o bien para suspender su ejecución o bien, por último, para conseguir la recuperación de lo que ya se haya pagado. Por consiguiente tales medidas cautelares se configuran como el medio más adecuado para conseguir el restablecimiento inmediato del *status quo ante* en todos los casos en que ello sea necesario para evitar que la puesta en práctica de la ayuda haga que la posterior Decisión definitiva quede sin efecto en lo fundamental.

15. A partir del análisis hasta aquí realizado, es posible examinar específicamente la tesis mantenida por la Comisión en el presente pocedimiento.

Como se ha indicado anteriormente, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que le reconozca un poder de decisión que, por su naturaleza, contenido y efectos, se distingue de los que hemos examinado hasta aquí.

Se trataría en efecto de una decisión mediante la cual:

— Se da por probado que una determinada intervención de un Estado constituye una ayuda en el sentido del apartado 1 del artículo 92 y que es ilegal por cuanto se ejecutó en infracción del apartado 3 del artículo 93.

— Se requiere al Estado para que ponga fin a dicha infracción recuperando la ayuda (tanto si la ha notificado como si no) que hubiera prestado antes de tiempo y, por ello, ilegalmente.

En segundo lugar —y éste es el aspecto principal— quedaría subordinado a esta notificación y/o recuperación el examen —en el marco del procedimiento del apartado 2 del artículo 93— de la posibilidad de aplicar las excepciones contempladas en el apartado 3 del artículo 92.

De ello se sigue que semejante Decisión vendría a ser enteramente independiente del procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93, por cuanto prescinde y, en cierto sentido, hace inútil el examen de la compatibilidad fundada en el apartado 3 del artículo 92. Por otra parte, dicha Decisión, a diferencia de las medidas cautelares, antes examinadas, tendría carácter virtualmente *definitivo*, eximiendo a la Comisión, según los casos, de abrir o de llevar adelante el procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93.

16. La argumentación de la Comisión, en verdad, no carece de rigor lógico. No hay duda, además, de que esta tesis supone una sensible ampliación del campo de maniobra de la Comisión: ésta llegaría a ocupar el puesto de *dominus* del procedimiento de control, con la posibilidad de regir su desarrollo con amplias facultades discrecionales y, sobre todo, pudiendo (en caso de ayudas prestadas ilegalmente) resolver acerca de las mismas y enjuiciarlas con arreglo al apartado 3 del artículo 92.[32]

Sin embargo, aunque comparto en gran medida los presupuestos y las razones que la inspiran, no puedo dejar de manifestar alguna perplejidad acerca de las consecuencias más innovadoras y avanzadas que supone esta tesis. A este respecto hay que hacer algunas consideraciones tanto de carácter sistemático como de oportunidad.

En primer lugar, puede surgir alguna duda respecto al poder de decisión que reclama la Comisión. Como se ha señalado, la infracción de las obligaciones derivadas del apartado 3 del artículo 93 puede ser declarada o bien con carácter general por el Tribunal de Justicia en el marco del recurso fundado en el artículo 169, o bien con carácter excepcional por la Comisión mediante una Decisión fundada en el apartado 2 del artículo 93 que se dirige esencialmente, por su parte, a resolver sobre la *compatibilidad* de una ayuda. Por el contrario, la facultad de adoptar decisiones *definitivas* sobre la *ilegalidad* de una ayuda que prescindan del examen de la compatibilidad y del *procedimiento correspondiente* se coloca evidentemente fuera de los dos esquemas de procedimiento indicados.

32 — Hay que observar por otra parte que, si se quiere compartir hasta el extremo la tesis de la Comisión, habría que llegar a la conclusión de que la ilegalidad por infracción del apartado 3 del artículo 93 excluye por entero el examen de la compatibilidad con arreglo al apartado 3 del artículo 92, al no poder deducirse de ello, en el plano de una correcta interpretación jurídica, ninguna facultad discrecional de la Comisión (ni tampoco del Tribunal de Justicia, como afirma la propia Comisión en su escrito de contestación).

Sin embargo, esta observación no es en sí misma insuperable. De hecho, resolver que una ayuda es ilegal es el presupuesto de la Decisión constitutiva mediante la cual se ordena la recuperación de la ayuda contemplada en el apartado 2 del artículo 93. La facultad reconocida expresamente[33] a este respecto, por lo tanto, incluye implícitamente la de declarar la infracción de la prohibición de ejecución y de la obligación de notificación.

Ahora bien, es verdad que normalmente la Comisión ordena la recuperación de una ayuda prestada ilegalmente en la misma Decisión en que resuelve sobre la compatibilidad. Pero se trata de dos aspectos independientes, hasta el punto de que —como ha observado el Tribunal de Justicia— puede exigirse la devolución *ab initio* de una ayuda que en la misma Decisión se declare compatible, pero sólo con eficacia *ex nunc*. Nada excluye, sin embargo, que la Comisión pueda, incluso antes de pronunciarse sobre la compatibilidad, señalar que la ejecución de la intervención estatal es ilegal y exigir su revocación.

En la práctica, sin embargo, hay motivos de oportunidad que hacen preferible adaptar, dentro del procedimiento basado en el apartado 2 del artículo 93, una sola Decisión que decida simultáneamente sobre los dos aspectos. En primer lugar, por razones de simplicidad, toda vez que con un solo acto se puede regular por completo la validez y la eficacia en el tiempo de la ayuda correspondiente, estableciendo sus efectos para el pasado (teniendo en cuenta una posible ejecución ilegal) y para el futuro (teniendo en cuenta su compatibilidad sustancial). Pero también por una razón de fondo. La orden de recuperación no es una consecuencia automática de la ejecución ilegal. Es la Comisión quien decide si debe o no adoptarla, a partir de valoraciones ampliamente discrecionales. Por ello podría ser preferible que la Decisión definitiva sobre la recuperación se tomara como consecuencia del procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93, es decir, cuando la Comisión —después de haber oído, entre otras cosas, a todos los interesados— dispone del conjunto de datos necesarios para enjuiciar la incidencia sobre el mercado de la ayuda en cuestión y para poder en consecuencia ejercitar mejor sus propias facultades discrecionales.

Naturalmente esto nada tiene que ver con la posibilidad de que la Comisión, en el curso del procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93, o incluso antes de que se inicie dicho procedimiento, adopte medidas provisionales y de urgencia frente a ayudas ejecutadas ilegalmente: en este caso las decisiones correspondientes revisten carácter provisional y no definitivo.

17. En cualquier caso, como se ha subrayado repetidamente, no es éste el aspecto determinante. El contenido más innovador de la tesis de la Comisión consiste en la posibilidad de que la ilegalidad de la concesión de la ayuda —una vez declarada— pueda eximir a la Comisión de iniciar o de proseguir el control de la compatibilidad.

Es este punto el que suscita mayor perplejidad.

33 — El fundamento de la facultad de declarar ilegal una ayuda podría a primera vista fundarse también en lo que dispone el apartado 2 del artículo 93, sobre cuya base la Comisión puede decidir la supresión de una ayuda también en el supuesto de que «*se aplique de manera abusiva*». Sin embargo, parece preferible considerar que esta expresión se refiere no a las ayudas concedidas infringiendo el apartado 3 del artículo 93, sino a las ayudas que únicamente en la fase de *ejecución* se muestran incompatibles con el mercado común. En estos casos, pues, la Comisión adoptará una decisión sobre la *compatibilidad* sustancial de la ayuda y no una decisión sobre su legalidad.

No hay dudas respecto a que la falta de notificación y sobre todo la ejecución antes de tiempo de la ayuda son ilegales. Semejantes comportamientos constituyen una clara infracción de las obligaciones impuestas por el apartado 3 del artículo 93.

Es asimismo evidente que semejante infracción altera las condiciones en que debería ser realizado el control de la compatibilidad. En efecto, como dicho control ya no se puede realizar en relación a *proyectos de ayudas notificados,* se produce en un *contexto patológico,* es decir, distinto radicalmente del previsto en el Tratado.

18. Estas consideraciones, sin embargo, ¿son suficientes para llegar a la conclusión —como hace la Comisión— de que el control de la compatibilidad *puede no* tener lugar?

Entiendo que procede responder negativamente a esta pregunta.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que las obligaciones impuestas por el apartado 3 del artículo 93 se refieren al procedimiento. Tales obligaciones, que definen las condiciones en que debe desarrollarse el control, son *instrumentales* respecto de este último.

Teniendo en cuenta su objeto y naturaleza, dichas obligaciones cobran importancia únicamente en la fase de control; si se infringen suponen —como se ha dicho— que es ilegal el acto por el que se concede la ayuda y cuantos actos de ejecución de la ayuda se lleven a efecto antes de efectuar el control. Pero una vez que de un modo u otro se haya tomado una decisión sobre la compatibilidad —positiva o negativamente— y a partir de este momento, la anterior infracción de las obligaciones de procedimiento deja de tener relevancia. Desde el momento en que recae la decisión sobre la compatibilidad, es sólo ésta la que determina *ex nunc* el régimen de la ayuda de que se trate, aunque como es obvio se mantenga el eventual carácter ilegal, ha de repetirse, de los actos de ejecución llevados a cabo.

En este sentido la relación que existe entre el artículo 93 y el artículo 92 no puede asimilarse a la que existe entre el artículo 92 y cualquier otra norma sustancial del Tratado, como por ejemplo los artículos 30 o 95.

En la hipótesis de concurrencia de normas sustanciales (entre las que no exista una relación de regla y excepción) el hecho de que una actuación del Estado sea contraria a una de dichas normas puede hacer efectivamente superflua la valoración respecto de la otra: en efecto, la actuación ha de enjuiciarse en todo caso como incompatible con el mercado común, aunque sea por razones distintas de las relativas al régimen específico de las ayudas que recogen los artículos 92 y 93.

Por el contrario, la infracción de criterios procesales como los del apartado 3 del artículo 93, si bien supone que es ilegal la ejecución prematura de la ayuda, no influye en realidad sobre el enjuiciamiento de la *compatibilidad,* en el sentido y con los efectos que recoge el artículo 92.

Por consiguiente, este enjuiciamiento podrá realizarse siempre de por sí, a menos que aparezca que el legislador haya querido establecer al respecto requisitos de procedimiento como *condición preliminar* para el control de compatibilidad.

Sin embargo esto queda desmentido, en primer lugar, por la *práctica constante* de la Co-

misión, que hasta hoy no ha considerado nunca la infracción del apartado 3 del artículo 93 como una circunstancia que excluya el examen de la compatibilidad de la ayuda.

Muy al contrario, como se ve también en la Decisión impugnada, se da a la infracción del apartado 3 del artículo 93 la importancia que le corresponde, es decir, que constituye el fundamento de la recuperación de la ayuda concedida ilegalmente, sin que ello impida por lo demás el examen de sus aspectos sustanciales. Por lo demás, incluso en los casos en que la Comisión ha recurrido al Tribunal de Justicia para que éste declarara una infracción del apartado 3 del artículo 93, dicha acción no ha suspendido ni excluido el desarrollo paralelo del procedimiento de control. [34]

Que el respeto de las obligaciones de procedimiento no representa un requisito preliminar del control de compatibilidad está declarado en la citada sentencia 173/73, donde se reconoce que se puede pedir la recuperación de la ayuda cualquiera que sea el resultado del procedimiento de control.

Esto quiere decir, dejando a salvo, una vez más, los efectos característicos de la infracción del apartado 3 del artículo 93, que ésta no produce el efecto de impedir un pronunciamiento sobre la validez sustancial de la ayuda con eficacia *ex nunc*.

19. Pero hay otra consideración que me parece importante.

No ha de olvidarse que el control de compatibilidad no se realiza en interés del Estado que dispensa la ayuda, sino en el *interés general de la Comunidad*

A tales efectos, el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 trata de procurar a la Comisión todos los datos oportunos para determinar en el menor plazo posible si una determinada actuación del Estado es o no coherente con las exigencias del mercado común. En ambos casos hay una *exigencia general de certidumbre* que debe garantizarse. [35]

Si la ayuda resulta incompatible, además de ilegal, puede ser inútil en algunos casos «fragmentar» el procedimiento de control, resolviendo sobre la infracción del apartado 3 del artículo 93. Es preferible, por el contrario, que se declare definitivamente y sin tardanza que la intervención del Estado de la que se trata es contraria a los intereses de la Comunidad, aparte de no haber cumplido las obligaciones de procedimiento.

34 — Véanse en particular, las citadas sentencias 171/83, 173/73, 234/84 y 94/87.

35 — Parece en efecto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma que la apertura y desarrollo del procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93 tiene carácter imperativo siempre que haya aunque sólo sean dudas sobre si una ayuda es compatible. Es significativa al respecto la sentencia de 20 de marzo de 1984 (República Federal de Alemania/Comisión, 84/82, Rec. 1984, p. 1451) mediante la cual el Tribunal de Justicia estimó el recurso de la República Federal por el que se pedía la declaración de que la Comisión había infringido las obligaciones derivadas del apartado 2 del artículo 93 al no haber substanciado el oportuno procedimiento de control sobre la compatibilidad. En especial, el Tribunal de Justicia precisó que «una de las características principales que diferencia la fase de examen del apartado 2 del artículo 93 del la fase inicial del apartado 3 del artículo 93 consiste en que en dicha fase inicial no hay ninguna obligación a cargo de la Comisión de invitar a los interesados a presentar sus observaciones antes de que ella adopte su Decisión. Dicho procedimiento, que brinda a los Estado miembros y a los sectores interesados la garantía de poder ser oídos y que permite a la Comisión elucidar plenamente todos los datos del problema antes de adoptar su propria Decisión, se muestra sin embargo *indispensable* tan pronto como la Comisión encuentre dificultades para enjuiciar si un proyecto de ayuda es compatible con el mercado común» (apartado 13) (*traducción provisional*). Por más que en el caso de autos se trataba de un proyecto de ayuda debidamente notificada, entiendo que las observaciones del Tribunal de Justicia sobre la naturaleza y la finalidad del control de la compatibilidad tenían alcance general y que, por consiguiente, es menester iniciar dicho procedimiento siempre que la Comisión tenga noticia de ayudas concedidas ilegalmente.

Si la ayuda resulta, por lo menos en ciertas condiciones, compatible, es entonces todavía más importante que dicha compatibilidad sea declarada *erga omnes* y que así la ayuda misma pueda prestarse rápida y legalmente.

Esto tiene particular importancia respecto a las excepciones del apartado 3 del artículo 92. Está claro, efectivamente, que tales excepciones han sido previstas y deben aplicarse «en interés común». No hay pues razón para excluir su aplicación sólo porque el Estado que ha concedido la ayuda haya infringido el apartado 3 del artículo 93; de otro modo se correría el riesgo de no poner en práctica ayudas que responden a objetivos importantes y coherentes con los intereses de la Comunidad.

Añádase a ello que, si se quieren sacar todas las consecuencias de la tesis de la Comisión, incluso una ayuda que cumpliera lo previsto por el apartado 2 del artículo 92 del Tratado —y fuera por ello legal— sería incompatible con el mercado común si infringiera las obligaciones que impone el apartado 3 del artículo 93.

En efecto, aunque sigue habiendo la posibilidad de perseguir independientemente tal infracción, entiendo que la Comisión está obligada en todo caso a proceder a la valoración de la ayuda con referencia a las excepciones establecidas por el apartado 3 del artículo 92 y no puede limitarse a un enjuiciamiento fundado sólo en el apartado 1 del artículo 92. Si bien es verdad, efectivamente, que este enjuiciamiento tiene carácter discrecional, no lo es menos que su *objeto* está definido por el Tratado y corresponde al contenido de los tres apartados del artículo 92. Ahora bien, igual que no podría salirse de estos límites, también considero que la Comisión está obligada a ejercer el control de la compatibilidad de manera completa, es decir, en relación con todos los criterios enunciados en el artículo 92, incluidos los que se recogen en su apartado 3.[36]

20. Obsérvese, para concluir, que, en el marco del procedimiento basado en el apartado 2 del artículo 93, *todos los interesados,* Estados miembros o particulares, tienen que estar en condiciones de poder «presentar sus observaciones» (lo que por lo demás coincide con el objetivo principal de asegurar un pronunciamiento material todo lo completo y claro que sea posible).

Por otra parte, el Derecho comunitario ampara la posición de quien haya «denunciado» a la Comisión la existencia de una ayuda, garantizándole la posibilidad de recurrir o bien contra la Decisión de la Comisión que declara la compatibilidad de la ayuda, o bien contra una eventual omisión por parte de la institución que, como consecuencia de la denuncia, no adopte ninguna medida, positiva ni negativa, en ejercicio del apartado 2 del artículo 93.

Ahora bien, es evidente que cualquier mecanismo que produzca la consecuencia de impedir o incluso de retrasar el desarrollo completo del procedimiento basado en el apartado 2 del artículo 93 supone necesariamente un perjuicio para las *garantías sustanciales y de procedimiento* de que disfrutan los terceros (Estados o particulares) con arreglo al Tratado.

Considero en consecuencia que, siempre que le llegue la *notitia criminis* de la existencia de una ayuda, *la Comisión está obligada*

36 — Sobre el carácter *unitario* y *obligatorio* del control de la compatibilidad, véase especialmente Smit & Herzog, cit., p. 415: «When investigating the incompatibility of an aid with the common market, the Commission *should also examine on its own motion* whether any of the exceptions of Article 92 (2) or 92 (3) are applicable, in particular if the facts and the arguments advanced indicate that an exception may be applicable».

a poner en marcha, hasta la Decisión final acerca de la compatibilidad, el procedimiento fundado en el apartado 2 del artículo 93.

21. Naturalmente cuando parezca indispensable, para garantizar la efectividad del sistema de control preventivo, subordinar la aplicación del apartado 3 del artículo 92 a la observancia de las obligaciones impuestas por el apartado 3 del artículo 93, el legislador comunitario podría intervenir apoyándose en el artículo 94. Pero, mientras no haya tenido lugar esta intervención, me parece indiscutible que las obligaciones de procedimiento impuestas por el apartado 3 del artículo 93 y el control de compatibilidad se sitúan en planos diversos y que por consiguiente la infración de las primeras no puede impedir el debido y oportuno desarrollo del segundo.

Además esta conclusión me parece confirmada por el hecho de que —como ya se ha dicho— los actos ilegales por infracción del apartado 3 del artículo 93 pueden ser perseguidos eficazmente tanto en el plano interno como en el comunitario y que, sobre todo, para evitar que la prolongación del procedimiento de control pueda privar de significado a una eventual orden de recuperación, la Comisión tiene la posibilidad de pedir al Tribunal de Justicia, o incluso la posibilidad de adoptar *motu proprio,* las necesarias medidas cautelares. Pero —y éste es el punto que se ha de destacar— tales medidas, aunque las decide directamente la Comisión, no *excluyen* sino que *preparan* la Decisión final acerca de la compatibilidad (sobre la que el Tribunal de Justicia puede ejercitar su pleno control) evitando simplemente que se produzcan o permanezcan *medio tempore* situaciones de hecho que distorsionen la *competencia* y que posteriormente sea imposible o muy difícil remediar.

22. En síntesis, entiendo que del análisis realizado hasta aquí se derivan las siguientes conclusiones:

— La cuestión de la admisibilidad planteada por la Comisión habría de volverse a formular en el sentido indicado.

— El contenido y la finalidad de las obligaciones establecidas por el apartado 3 del artículo 93 implican que cualquier ayuda prestada en infracción de las mismas es ilegal.

— Tal ilegalidad supone consecuencias precisas y es perseguible tanto en el plano interno como en el comunitario.

— En particular, la Comisión puede ordenar la recuperación de la ayuda prestada ilegalmente, aun cuando la ayuda haya sido declarada compatible con el mercado común.

— Pueden adoptarse además medidas cautelares para evitar que los efectos de la Decisión definitiva de la Comisión queden comprometidos por la puesta en práctica de la ayuda ilegal.

— La infracción de las obligaciones establecidas por el apartado 3 del artículo 93 no puede sin embargo eximir a la Comisión del examen de la compatibilidad de la ayuda incluso a la luz de las disposiciones del apartado 3 del artículo 92.

Sobre el fondo

A. La aplicación del apartado 1 del artículo 92

La naturaleza de la atribución de capital realizada por el Gobierno belga

23. El Gobierno belga niega que las intervenciones financieras realizadas en la sociedad Tubemeuse constituyan ayudas en el sentido del apartado 1 del artículo 92. Según él, por el contrario, estas atribuciones constituyen aportaciones de capital enteramente normales según la práctica corriente de las sociedades en una economía de mercado. En particular, el Gobierno belga dice haberse comportado como cualquier accionista que, tras haber realizado una inversión importante, al surgir nuevas dificultades se ve impulsado a realizar nuevas aportaciones para garantizar la continuación de las actividades de la empresa y, por tanto, una perspectiva de rendimiento, siquiera limitada.

En apoyo de esta tesis, el Estado demandante subraya en particular cómo su comportamiento como accionista ha sido sustancialmente análogo al de otros accionistas de empresas de la competencia; observa también que las inversiones de Tubemeuse han sido financiadas en parte por un consorcio internacional de bancos, lo que demostraría que, al menos a plazo medio-largo, deben existir perspectivas de recuperación económica; por último, el Gobierno belga precisa que las aportaciones financieras se han realizado a partir de indicaciones dadas por una conocida sociedad internacional de consultores de empresas.

24. Hay que recordar al respecto que, según jurisprudencia hoy reiterada del Tribunal de Justicia, la participación de un Estado en el capital de empresas puede ser calificada como «ayuda pública» cuando concurren los requisitos que indica el artículo 92 del Tratado.[37]

Además, según ha subrayado el Tribunal de Justicia en la sentencia Intermills, ya citada:

«[...]la concesión de ayudas, especialmente en forma de suscripción de participaciones por el Estado o entidades públicas, no puede ser considerada automáticamente como contraria a las disposiciones del Tratado. Independientemente de la forma en que sean concedidas las ayudas, esto es, de que se trate de préstamos o de participaciones, la Comisión debe pues determinar si dichas ayudas son contrarias al apartado 1 del artículo 92 y enjuiciar, en caso afirmativo, si no pueden eventualmente ser dispensadas de la prohibición que establece el apartado 3 del mismo artículo, motivando conforme a ello la correspondiente Decisión» (apartado 32) *(traducción provisional).*

En la sentencia 234/84, antes citada, se precisó también que, para comprobar si la participación financiera de un Estado en una empresa tenía carácter de ayuda,

«[...] lo adecuado es aplicar el criterio [...] basado en las posibilidades de la empresa de obtener las sumas en cuestión en los mercados privados de capitales. En el caso de una empresa cuyo capital social está en manos de las autoridades públicas, hay que examinar sobre todo si, en circunstancias similares, un socio privado habría procedido a

37 — Véanse, en particular, las sentencias de 14 de noviembre de 1984 (Intermills, 323/82, Rec. 1984, p. 2809), de 13 de marzo de 1985 (Leeuwarder Papierwarenfabriek, asuntos acumulados 296/82 y 318/82, Rec. 1985, p. 809) y de 10 de julio de 1986 (Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. 1986, p. 2281).

una aportación de capital semejante, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad y haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de política regional o sectorial» (apartado 14).

25. En la Decisión impugnada, la Comisión ha descartado la posibilidad de que la sociedad Tubemeuse tuviera la posibilidad de encontrar la financiación en cuestión en el mercado privado de capitales, teniendo en cuenta diversos factores. En particular se subraya pormenorizadamente que el sector en cuestión se caracteriza por una fuerte capacidad estructural excedentaria; que la demanda proveniente de la actividad de prospecciones de petróleo, que representa el componente más importante de la demanda de tubos sin soldadura, está en progresiva contracción; que la situación financiera de Tubemeuse se caracteriza desde hace mucho tiempo por pérdidas sustanciales (en 1984, el pasivo era superior al 14 % de la facturación, con una componente por cargas financieras del 8,4 %) que habían llevado a la retirada progresiva de los accionistas privados.

En estas circunstancias, no negadas en su aspecto sustantivo, hay que entender que la Comisión aplicó correctamente el apartado 1 del artículo 92, afirmando que las intervenciones financieras en cuestión constituían una ayuda de Estado encaminada a permitir que siguiera viviendo una empresa que de otro modo no hubiera podido encontrar en el mercado de capitales la liquidez necesaria para proseguir su propia actividad.

26. Además, la Comisión ha respondido de modo convincente a los argumentos presentados por el Gobierno belga en el presente procedimiento para demostrar que las aportaciones financieras en cuestión no podían considerarse una «ayuda de salvamento».

En particular, respecto al comportamiento de los accionistas de empresas de la competencia, se señala que no se aprecia ninguna analogía con el comportamiento del Gobierno belga como socio financiero de Tubemeuse, toda vez que dichas empresas, además de haber realizado efectivas operaciones de saneamiento, presentaban una situación de balance y perspectivas económicas sustancialmente positivas.

Respecto a las financiaciones bancarias conseguidas por Tubemeuse, a mi parecer, es determinante la circunstancia de que tales inversiones estaban cubiertas por la garantía del Estado belga, quien era así el que soportaba el riesgo de tales operaciones.

Por fin, respecto a la circunstancia de que el Gobierno belga se había atenido a las indicaciones de una sociedad de asesoría internacional, ha de recordarse en primer lugar que, como destaca la Comisión, el dictamen elaborado en 1986 por la referida sociedad ya de por sí saca a la luz que la situación global de la empresa era extremadamente precaria desde 1983 bajo distintos aspectos (resultados operativos, insuficiente diversificación, cargas financieras y estado de liquidez). Además, la Comisión ha presentado un documento redactado en 1985 por el «Comité National Belge de Planification et de Contrôle de la Sidérurgie» en que se precisa que, aunque la empresa hubiera conseguido, mediante una reestructuración financiera, reducir las cargas correspondientes, los costes de producción habrían seguido siendo en todo caso superiores en un 3,9 % al precio de venta. En el mismo informe se destaca que, frente a las dificultades económicas estructurales, que se manifestaron desde 1979, la sociedad Tubemeuse se dirigió a las autoridades públicas (locales y regionales) para tratar de buscar remedio.

Por todo ello debe pensarse que la Comisión ha considerado con razón que la sociedad belga no hubiera podido verosímilmente conseguir en el mercado financiero la liquidez que necesitaba y que por consiguiente la intervención del Estado ha de considerarse como una ayuda pública en el sentido del apartado 1 del artículo 92.

La incidencia en los intercambios intracomunitarios

El Gobierno belga hace observar, en primer lugar, que la sociedad Tubemeuse, en el momento en que fueron concedidas las ayudas, exportaba el 90 %, por consiguiente la casi totalidad de su producción, fuera de la Comunidad y concretamente a la Unión Soviética.

El Gobierno belga deduce, en primer lugar, de esta circunstancia que la intervención en cuestión podría considerarse todo lo más como una ayuda a la exportación a países terceros y por consiguiente una medida permitida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 112 del Tratado.

En segundo lugar, teniendo en cuenta la importancia de las exportaciones a terceros países, se debería considerar en todo caso que la ayuda en cuestión no estaba en situación de influir en los intercambios intracomunitarios. En cualquier caso, la Decisión de la Comisión no está adecuadamente motivada en este punto, según el Gobierno belga.

27. En relación con el artículo 112 hay que precisar que no cabe excluir *a priori* que una ayuda a la exportación a terceros países pueda, al menos en determinadas circunstancias, influir en el comercio intracomunitario provocando también alteraciones de la competencia. Podría comprobarse, por ejemplo, que un régimen de subsidios a la exportación hacia países no comunitarios permite además a la empresa ayudada aplicar en el mercado comunitario precios sensiblemente inferiores a los que le hubiera sido posible fijar en otro caso. En tal supuesto, no creo que el artículo 112, que se limita a establecer la progresiva armonización de los regímenes de ayuda a la exportación fuera de la Comunidad, sirva para sustraer la intervención pública a las disposiciones del artículo 92.

En efecto, el artículo 112, teniendo en cuenta su contenido, su finalidad y el sistema normativo en el que se inserta, no se puede interpretar como una norma que permita establecer excepciones a otras disposiciones del Tratado, como por ejemplo las relativas a las ayudas de Estado. Será menester más bien señalar caso por caso si una determinada ayuda a las exportaciones hacia terceros países puede o no incidir en los cambios y perjudicar la competencia dentro de la Comunidad. [38]

En líneas generales, pues, no parece que la interpretación del artículo 112 alegada por el Gobierno belga sea aceptable. Una vez dicho esto, sin embargo, es menester subrayar que en el caso de autos la ayuda concedida a la sociedad Tubemeuse no se podría considerar en ningún caso como una ayuda a las exportaciones fuera de la Comunidad. Efectivamente, no se trata de un beneficio concedido en relación con operaciones comerciales con terceros países; se trata por el contrario de una intervención orientada a sostener la actividad productora de la empresa y que, como tal, se sitúa fuera del ámbito de aplicación del artículo 112.

38 — En este sentido véase Smit & Herzog, cit., p. 397.

28. Lo que debe resolverse, pues, es sencillamente si la ayuda a la producción otorgada por el Gobierno belga, mediante las aportaciones financieras de que se trata, puede alterar el comercio interno de la Comunidad.

Precisaré que el requisito relativo a los efectos sobre el comercio entre Estados miembros responde a la finalidad de definir el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria en materia de normas sobre la competencia. Conforme a dicho criterio, quedan excluidos de la aplicación de las reglas comunitarias los actos o comportamientos cuyos efectos se limiten exclusivamente al territorio de un Estado miembro y que por consiguiente no puedan influir, ni siquiera indirectamente, sobre la libertad de comercio intracomunitario, en un sentido que pueda perjudicar la consecución de los fines de un mercado único, como podría suceder, por ejemplo, si uno de tales actos o comportamientos modificasen de modo sensible la estructura o el desarrollo de la competencia en el mercado común.[39]

Ahora bien, hay que observar, en primer lugar, que los productos de que se trata entran en los intercambios intracomunitarios. En particular, como aparece en la Decisión impugnada, casi el 50 % del total de la producción comunitaria queda absorbido por la demanda interior de la CEE; además, casi el 25 % de las exportaciones de los productores comunitarios se realizan en el interior de la Comunidad (situación en 1984). En la misma época la producción de Tubemeuse constituía el 17 % del output comunitario y, como se ha dicho, se dedicaba en casi el 90 % a exportaciones a la URSS.

29. Ahora bien, hay que destacar que la posición de una empresa que representa el 17 % de la producción comunitaria no puede en verdad considerarse marginal y que, por consiguiente, el decisivo apoyo que se le concedió es capaz de alterar el desarrollo normal de la competencia y por consiguiente de reflejarse en la marcha normal de las corrientes comerciales. Por otra parte, la circunstancia de que en el momento de la concesión de la ayuda la empresa exportase la mayor parte de su producción a un tercer país no parece que sea decisiva. Lo que importa, efectivamente, es que el producto en cuestión forma parte de intercambios intracomunitarios y que, en especial, la sociedad Tubemeuse estaba en condiciones de participar en dichos intercambios en una posición significativa. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado en otra ocasión que el hecho de que una empresa trate de orientar sus exportaciones hacia terceros países no sirve para excluir que la ayuda que se le ha concedido pueda considerarse capaz de perjudicar los intercambios entre Estados miembros.[40]

Por lo demás, esta última observación es coherente con la necesidad de enjuiciar si se cumple el requisito de que haya un perjuicio para el comercio (así como, por otra parte, el de que se altere la competencia) en una perspectiva *dinámica*.[41] Ahora bien, en el presente caso la Comisión, para enjuiciar la influencia sobre los intercambios de la ayuda en cuestión, ha tenido precisamente en cuenta la evolución previsible de las corrientes comerciales. En la Decisión impugnada, la Comisión ha insistido en particular en que, en un cuadro complejo que se

39 — Estos principios enunciados por el Tribunal de Justicia en el campo de la interpretación de los artículos 85 y 86 (véase, en particular, sentencia de 31 de mayo de 1979, Hugin, 22/78, Rec. 1979, p. 1869) se refieren también al artículo 92, ya que el requisito de influir sobre el mercado comunitario tiene evidentemente la misma función en el ámbito de estas tres disposiciones, que se incluyen las tres en el Capítulo del Tratado relativo a las «Normas sobre la competencia».

40 — Véase sentencia de 10 de julio de 1986 (Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. 1986, p. 2263, apartado 23).

41 — Véase en este sentido J. Megret: *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, Vol. 4, p. 384.

caracteriza por una fuerte integración de los mercados mundiales y por un desequilibrio creciente entre la demanda y la oferta mundial (debido a la creciente capacidad productiva de países recientemente industrializados y de comercio de Estado y a la contracción de la demanda de Estados Unidos por la entrada en vigor de restricciones a las importaciones y de la demanda específica del sector del petróleo) era razonablemente previsible una *nueva orientación* de la actividad de Tubemeuse hacia el mercado interior CEE. Hay que señalar que lo bien fundado de tales previsiones se ha visto confirmado por la evolución posterior a 1984. Según los datos presentados en la vista por el representante de la Comisión, en 1987 Tubemeuse exportó efectivamente al mercado común el 23 % de su producción, cifra que se elevó al 33,3 % en el primer semestre de 1988.

Hay que considerar por consiguiente que en el caso de autos la Comisión llevaba razón al apreciar que se daba una incidencia sobre el comercio intracomunitario de la ayuda concedida por el Gobierno belga y que, además, la Decisión impugnada contenía una motivación clara y suficiente acerca de las circunstancias y de los juicios a partir de los cuales la Comisión adoptó su resolución sobre este punto.

B. La aplicación del apartado 3 del artículo 92

30. Considera el Gobierno belga que en el caso de autos la Comisión hubiera debido en todo caso reconocer que la ayuda de que se trata podía ampararse en las excepciones que recogen las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92.

Hay que precisar que las alegaciones formuladas al respecto, además de ser sucintas, no están sustentadas por efectivos medios de prueba.

En particular, según la Decisión impugnada, la Comisión ha excluido en el caso de autos la aplicación de las disposiciones de la letra a) del apartado 3 del artículo 92, basándose en un análisis socio-económico precedente de las regiones belgas afectadas (Decisión 82/740/CEE de 22 de julio de 1982, DO L 212 de 9.11.1982, p. 18, modificada por la Decisión 45/544/CEE de 31 de julio de 1985, DO L 341 de 19.12.1985, p. 19), según el cual en dichas regiones el nivel de vida no era anormalmente bajo y no había un grave problema de desempleo. El Gobierno belga se ha limitado a presentar informaciones sobre el cierre de algunas empresas situadas allí sin que por ello discutiera el contenido de las valoraciones contempladas en dichas Decisiones.

Respecto a la excepción contenida en la letra c) del apartado 3 del artículo 92, la Comisión insiste en que, en el caso de autos, la empresa actúa en un mercado caracterizado por un fuerte exceso estructural de oferta y que la intervención financiera del Gobierno belga se muestra enteramente separada de cualquier plan de saneamiento, con la reducción consiguiente de la capacidad de producción. En tales cicunstancias, la ayuda concedida a la sociedad Tubemeuse le habría permitido conservar o aumentar su propia cuota de mercado en perjuicio de otras empresas que no hubieran recibido el mismo apoyo por los poderes públicos y obligadas, por las necesidades de un mercado excedentario, a redimensionar sus producciones. Por consiguiente, la ayuda en cuestión iba a alterar los intercambios en un sentido ciertamente contrario al interés común. Por ello

la Comisión llevaba razón al afirmar que no debía aplicarse la excepción recogida en la letra c) del apartado 3 del artículo 92.

C. La ejecución de la Decisión impugnada

31. En opinión del Gobierno belga, la Comisión no ha tenido en cuenta que la sociedad Tubemeuse se encontraba en situación de convenio judicial en el momento en que se publicó la Decisión impugnada y que, por consiguiente, ésta no se puede ejecutar.

A este respecto el Gobierno belga formula los siguientes argumentos:

— La Decisión impugnada carece de objeto y por consiguiente no puede ser ejecutada toda vez que la empresa había dejado de existir desde el punto de vista económico.

— La situación de convenio judicial hace imposible por lo menos la ejecución inmediata de la Decisión.

— Teniendo en cuenta la situación de convenio judicial, la obligación de recuperar la ayuda resulta desproporcionada.

32. Los argumentos formulados por el Gobierno belga conducen, si bien se examinan, a un resultado que llevaría a privar de efectividad a la normativa sobre las ayudas. Efectivamente, bastaría que una empresa que hubiera obtenido una ayuda financiera sustancial por parte del Estado diera lugar a un procedimiento de convenio judicial para impedir que se le aplicaran las disposiciones de los artículos 92 y siguientes.

Añádase que, en el caso de autos, incluso después de la Decisión discutida, la sociedad Tubemeuse siguió desplegando su propia actividad. Se imponía por tanto una plena ejecución de la Decisión de la Comisión para evitar que se prosiguieran las distorsiones de la competencia provocadas por la ayuda.

Por lo demás, no hay razón para otorgar a las empresas que se encuentren en situación de convenio judicial un trato más favorable, respecto a la obligación de recuperación, en relación con el que se concede a las demás empresas. Como se ha recordado ampliamente con anterioridad, la Comisión puede pedir siempre la devolución de las ayudas prestadas de manera ilegal. Es luego el Estado interesado quien tiene que señalar los modos adecuados para conseguir llegar a tal resultado. Esto es aplicable también a las empresas sujetas a un procedimiento de convenio judicial, teniendo en cuenta en particular que las sumas que el Estado está *obligado* a exigir se encuentran dentro del patrimonio de la misma empresa *de forma ilegal.*

Hay que subrayar por último que la Comisión no ha exigido una recuperación *inmediata* de los pagos ilegales, sino que se ha limitado a requerir al Gobierno belga para que tomara las medidas necesarias, en el marco de las posibilidades de su ordenamiento interno, para conseguir dicha devolución. Resulta al respecto que el Estado ha dado cumplimiento a dicha obligación incluyendo las sumas en cuestión en el pasivo del convenio judicial, comportamiento que la Comisión ha considerado adecuado para garantizar el cumplimiento de la obligación de devolución que establecía la Decisión discutida. Teniendo en cuenta estas circunstancias de hecho, no es menester siquiera hacer referencia a la conocida doctrina del Tribunal de Justicia según la cual sólo la *imposibilidad absoluta* podría aceptarse como

justificación de no ejecutar la orden de devolución.[42]

Considero por ello que la situación en que se encontraba la empresa en el momento en que se dictó la Decisión discutida no sirve para evitar la ejecución de la Decisión misma, tanto más cuanto que, al menos según lo alegado en el presente procedimiento, el Estado parece que ha cumplido efectivamente las obligaciones que se le han impuesto.

D. Violación del derecho de defensa

33. El Gobierno belga destaca que en la Decisión impugnada la Comisión se refiere a las observaciones presentadas por «otros tres Estados miembros y cuatro asociaciones profesionales de productores de tubos de acero». Estos documentos, importantes para la Decisión, no han sido presentados y comentados por las partes interesadas, según el Gobierno belga.

Baste señalar al respecto que la Decisión discutida se funda en un conjunto de datos económicos objetivos relativos a la situación y a la evolución del mercado relevante, de lo que el Gobierno belga estaba informado y a cuyo respecto ha presentado sus alegaciones. Considero por ello que las observaciones en cuestión, aunque sea de lamentar que no hayan sido comunicadas debidamente, no tienen de todos modos influencia sobre el contenido de la Decisión y por tanto la falta de comunicación no hace que la Decisión sea anulable.

Me remito al respecto a la citada sentencia Bélgica contra Comisión, 234/84, donde el Tribunal de Justicia, respondiendo a una alegación análoga, ha precisado que:

«la Decisión impugnada está suficientemente sostenida por los elementos objetivos indicados en su motivación, de los que el Gobierno estaba plenamente informado y sobre los que tuvo la debida ocasión de manifestar su punto de vista. De ello se deduce que, aun a falta de las observaciones que la Comisión había recibido de terceros interesados durante el procedimiento, la Decisión no podía haber tenido un contenido diferente. En tales circunstancias, el mero hecho de que la Comisión haya mencionado en su Decisión dichas observaciones, sin haber dado al Estado miembro en cuestión la posibilidad de comentarlas, no justifica la anulación de dicha Decisión» (apartado 30).

34. Teniendo en cuenta el conjunto de estas consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Declare que procede admitir el recurso íntegramente.

— Lo desestime en cuanto al fondo.

— Condene en costas al Gobierno belga.

42 — Véase recientemente la sentencia de 2 de febrero de 1989, Comisión/República Federal de Alemania, 94/87, en particular los apartados 8 y 9 (ya citada en la note 24).