CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN

presentadas el 11 de octubre de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante el presente recurso, la República Italiana (en lo sucesivo, «la demandante») solicita la anulación de la Decisión 89/43/CEE de la Comisión, de 26 de julio de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno italiano a ENI-Lanerossi [1] (en lo sucesivo, «la Decisión controvertida»). La Decisión controvertida de la Comisión (en lo sucesivo, «la demandada») se basa en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 93 del Tratado y es del siguiente tenor literal:

«*Artículo 1*

Las ayudas concedidas entre 1983 y 1987 a ENI-Lanerossi en forma de inyecciones de capital a las filiales del subsector de confección de prendas de caballero de dicho grupo y que ascendieron a 260 400 millones de LIT son ilegales, ya que se concedieron en violación del apartado 3 del artículo 93 del Tratado. Además, son incompatibles con el mercado común con arreglo al artículo 92 del Tratado.

Artículo 2

Las ayudas deberán reembolsarse por vía de recuperación.

Artículo 3

El Gobierno italiano informará a la Comisión, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión, acerca de las medidas que haya adoptado en cumplimiento de la misma.»

En otras palabras, el presente asunto se refiere a una ayuda de Estado que fue concedida en forma de inyección de capital a empresas en dificultades.

Hechos. Propuestas de reestructuración

2. De la Decisión controvertida resulta que, en 1962, Lanerossi SpA fue absorbida por el holding estatal italiano Ente Nazionale Idrocarburi (ENI), con objeto de resolver los problemas económicos y financieros de diversas firmas textiles y de confección que, a tal fin, fueron a su vez puestas bajo el control de Lanerossi. [2] Asimismo se deduce de esta Decisión que, mediante un considerable esfuerzo de reestructuración, se consiguió devolver la viabilidad a algunas de estas filiales, pero cuatro filiales del subsector de la confección masculina (Lanerossi Confezioni, Intesa, Confezioni di Filottrano y Confezioni Monti) continuaron experimentando pérdidas y recibiendo asistencia financiera por parte del Gobierno italiano en forma de compensación de las pérdidas. [3]

* Lengua original: neerlandés.

1 — DO 1989, L 16, p. 52.

2 — Decisión controvertida, parte I, párrafo primero.

3 — Decisión controvertida, parte I, párrafos segundo y tercero.

Tras pasar las pérdidas de estas cuatro empresas, entre 1974 y 1979, de 2 000 millones a 39 000 millones de LIT anuales, la demandada comunicó a la demandante, en carta de 26 de junio de 1980, que las intervenciones a favor de dichas empresas debían considerarse ayudas y sólo podían disfrutar de una excepción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 si la ayuda tuviese un límite temporal y se cumpliese el programa de reestructuración comunicado a la Comisión, con objeto de reducir las capacidades de producción de las referidas sociedades y convertirlas, a corto plazo, en viables y autónomas financieramente.[4]

En carta de 20 de mayo de 1983, la demandada consideraba que habían fracasado los esfuerzos de reestructuración de las cuatro empresas citadas durante los años transcurridos. Las pérdidas registradas de 1980 a 1982 habían superado con mucho los 150 000 millones de LIT y no podía esperarse un restablecimiento rápido.[5] La demandada ha señalado asimismo que la demandante le había notificado un programa de reestructuración para los años 1983 a 1986 y que cabía esperar que las citadas empresas continuasen apoyándose en las intervenciones masivas del Estado y de los poderes públicos para compensar sus pérdidas.[6] Consciente de la importancia social y regional de estas fábricas, la demandada no se opuso a la concesión de ayudas hasta finales de 1982, pero expresó serias dudas en cuanto a la posibilidad de que la ayuda económica procedente de los fondos públicos y destinada a compensar el déficit de explotación pudiese en el futuro considerarse compatible con el funcionamiento del mercado común.[7] La Comisión se mostró, pues, muy escéptica respecto al programa de reestructuración para los años 1983 a 1986. En la misma carta de 20 de mayo de 1983, recordó asimismo a la demandante su obligación de notificación, con arreglo al apartado 3 del artículo 93. Mediante télex de 24 de junio de 1983, la demandante confirmaba su intención de notificar cualquier otra intervención prevista en favor de las cuatro empresas mencionadas.[8]

En carta recordatorio de 22 de julio de 1983, la demandada señalaba que dada la evolución de las filiales y del mercado, se consideraría incompatible con el mercado común cualquier nueva ayuda a las mismas.[9] Mediante carta de 2 de noviembre de 1983, la demandante confirmaba que no tenía previsto conceder ayuda alguna a tales empresas, que la dirección de ENI-Lanerossi consideraba insalvables, por lo que no se pensaba aplicar el programa de reestructuración para el período 1983-1986.[10]

Al revelar la prensa que las referidas empresas seguían teniendo pérdidas, por lo que sin duda no podrían evitar la quiebra, a menos que recibiesen nuevas ayudas del Estado, la Comisión solicitó repetidamente a la demandante que le informase sobre cuál era la situación real. En carta de 30 de agosto de

4 — Decisión controvertida, parte I, párrafos tercero y cuarto.

5 — Decisión controvertida, parte I, párrafo sexto. Hay que subrayar que, en la misma carta, la demandada comunicó a la demandante que otra filial de Lanerossi del subsector de la confección para caballero, Lebole SpA, que había recibido también una ayuda en forma de compensación de pérdidas, había realizado efectivamente reestructuraciones concretas y las proseguiría en un futuro próximo y que la ayuda concedida podía acogerse, por consiguiente, a la excepción establecida en la letra c) del apartado 3 del artículo 92 (Decisión controvertida, parte I, párrafo quinto).

6 — Decisión controvertida, parte I, párrafo sexto.

7 — Decisión controvertida, parte I, párrafo séptimo.

8 — Decisión controvertida, parte I, párrafo octavo.

9 — Decisión controvertida, parte I, párrafo noveno.

10 — Decisión controvertida, parte I, párrafo décimo. La demandante aún no ha remitido, a instancias del Tribunal de Justicia, una copia de esta carta, ni ha negado tampoco su contenido, por lo que debe considerarse como cierto, tal como aparece reproducido en la Decisión.

1984, la demandante admitió que había compensado las pérdidas en 1983 y enviado a la demandada un resumen de un nuevo programa de reestructuración. De dicho documento se desprendía claramente que, en el futuro, continuaría siendo precisa la compensación de las pérdidas. [11] La credibilidad de dicho programa de reestructuración es, sin embargo, más que dudosa, dado que de la referida carta se deducía que la dirección de ENI-Lanerossi continuaba considerando estas empresas como no reestructurables.

3. Al haber iniciado la demandada el procedimiento del párrafo primero del apartado 2 del artículo 93, la demandante ha comunicado como primera réplica a la demandada, mediante carta de 28 de mayo de 1985, en la que solicitaba también una prórroga del plazo para la presentación de observaciones, que las empresas de que se trata reducían su mano de obra, que las reestructuraciones no podían tener éxito rápidamente, dada la situación en que se encontraban en el momento en que se hizo cargo de ellas ENI-Lanerossi (en 1962) y que se había llegado a la conclusión de que probablemente no podrían ser reestructuradas, lo que las obligaba a reconvertirse a otras actividades. Ahora bien, ello requeriría tiempo y exigiría otras intervenciones del Estado. [12] Durante una reunión bilateral celebrada el 21 de junio de 1985, la demandante anunció el envío de información complementaria sobre el nuevo programa, «dirigido a la reestructuración de determinadas divisiones de estas empresas y de reconversión de otras», y señaló que dicho programa resolvería rápida y definitivamente el problema. [13]

Ahora bien, hubo de esperarse hasta el 5 de febrero de 1986 para que la demandada recibiese la información prometida, que además tan sólo fue parcial. [14] Durante una reunión bilateral celebrada el 12 de junio de 1986, la demandante confirmó que las empresas citadas habían recibido en concepto de ayudas de Estado, en forma de compensación de pérdidas, 78 000 millones de LIT en 1983, 56 800 millones de LIT en 1984 y 42 200 millones de LIT en 1986 y señaló asimismo que las empresas afectadas se reprivatizarían o reconvertirían a otras actividades, o ambas cosas a la vez. [15] Se recordó de nuevo que la solución definitiva precisaría más tiempo. Al insistir la Comisión en que seguía faltando información para analizar el asunto en todas sus facetas, la demandante envió, por carta de 8 de septiembre de 1986, información complementaria, pero insuficiente, una vez más; en una reunión bilateral celebrada el 7 de noviembre de 1986, [16] se comunicaron otros datos. Al haber afirmado la demandante en el transcurso de esta reunión que pronto se hallaría la solución definitiva y que, a su debido tiempo, se enviaría a la Comisión toda la información necesaria, puede deducirse que en ese momento la demandante aún no disponía de un plan de reestructuración detallado, como había anunciado en 1984-1985 (véase más arriba, último párrafo del apartado 2 y párrafo primero del apartado 3).

4. Durante una reunión bilateral mantenida el 11 de septiembre de 1987, se aseguró que la reprivatización y reconversión a otras actividades seguían su curso pero aún no habían terminado. [17] En el curso de una reunión mantenida el 26 de enero de 1988, la demandante comunicó a la demandada que, a más tardar en marzo de 1988, ENI-Lane-

11 — Decisión controvertida, parte II, párrafos primero y segundo.

12 — Decisión controvertida, parte III, párrafo primero.

13 — Decisión controvertida, parte III, párrafo tercero.

14 — Decisión controvertida, parte III, párrafos cuarto y quinto.

15 — Decisión controvertida, parte III, párrafo sexto.

16 — Decisión controvertida, parte III, párrafo octavo.

17 — Decisión controvertida, parte III, párrafo noveno.

rossi reprivatizaría todas sus empresas, lo que efectivamente hizo y confirmó mediante télex de 5 de marzo de 1988 y carta de 22 de julio del mismo año.[18] La demandante precisó asimismo a la demandada que la compensación de pérdidas ascendió a 45 900 millones de LIT en 1986 y a 37 500 millones de LIT en 1987. La demandante confirmó lo que había dicho en la reunión de 26 de enero de 1988, es decir, que el resultado de las diversas privatizaciones se reflejaría en el hecho de que, de los 3 563 trabajadores de la empresa en 1983, el 38 % debería optar por la jubilación anticipada, el 25 % se transferiría al subsector civil de la confección para caballero, el 20 % al mismo subsector pero de carácter militar y el 17 % a los demás subsectores de la industria textil y de la confección y a otros ramos, por ejemplo, el del calzado.[19] Añadió que la (capacidad de) producción se había reducido y transferido con arreglo a criterios semejantes.[20] Ahora bien, según la Comisión, nada parece indicar que la capacidad de producción se haya reducido realmente en un 50 %, como afirma la demandante.[21]

5. De esta larga exposición de los hechos, no discutida por la demandante, se deduce, a mi juicio, que durante el período 1983-1987, al que se refiere la Decisión controvertida, la demandante sometió en primer lugar a la Comisión un plan de reestructuración para los años 1983-1986 que, como ella misma admitió posteriormente, *no* podía tener como resultado el saneamiento y anunció seguidamente planes de reestructuración que, en el mejor de los casos, sólo existían en fase de proyecto y/o debían aún ser elaborados *concretamente*, y ello mientras la propia dirección estimaba desde 1983 que las empresas no eran reestructurables. Ahora bien, contrariamente a lo que había prometido, la demandante siguió concediendo, sin informar de ello a la Comisión, como era su obligación, compensaciones de pérdidas considerables, que eran iguales, o incluso superiores, al volumen de negocios de las empresas de que se trata.[22]

Como respuesta a la petición del Tribunal de Justicia de que presentase todos los programas de reestructuración pertinentes, indicase cómo estos programas eliminaron o redujeron el exceso de capacidad entre 1979 y 1987 y aportase la prueba de la reducción de la capacidad de producción, la demandante tampoco pudo presentar un programa de reestructuración diferente a los indicados más arriba. Se limitó a dejar constancia *a posteriori* de una serie compleja de operaciones comerciales, referentes al cambio de propiedad de las diferentes sucursales de las cuatro empresas afectadas (sin que aparezcan claramente en todos los casos los motivos de dichas operaciones), y a ofrecer *a posteriori* un esbozo de los cambios en la composición del personal (—40 % entre 1983 y 1990), el volumen de producción (—38 % entre 1980 y 1985), la capacidad de producción (—30 % entre 1983 y 1987), la superficie de las fábricas (—20 % entre 1983 y 1987) y de la interrupción de la utilización de las máquinas y el equipo (25 %). Aun cuando estuviese establecido el método de cálculo de estos datos, lo cual es negado por la Comisión, ello no permite tampoco deducir que exista un programa de reestructuración efectivo y previo para el período de que se trata. Reducciones similares pueden efectuarse también en empresas en crisis que no han sido objeto de reestructuración. En otras palabras, la demandante no establece ningún vínculo evidente entre las reducciones comprobadas *a posteriori* y las medidas concretas de reestructuración, elaboradas previamente.

18 — Decisión controvertida, parte III, párrafos décimo y duodécimo.

19 — Véase nota 18.

20 — Decisión controvertida, parte III, párrafo décimo.

21 — Decisión controvertida, parte IX, párrafo cuarto.

22 — Decisión controvertida, parte III, párrafos sexto y duodécimo, y parte VII, párrafos séptimo, décimo, undécimo y duodécimo.

En función de estos datos, estimo que la demandada tenía derecho a admitir que la ayuda, que fue concedida durante el período 1983-1987 a las cuatro empresas citadas en forma de compensación de pérdidas, no contaba con uno o varios programas de reestructuración coherentes, concretos y previos, con posibilidades de éxito razonables. Se trata de un dato fáctico importante, que ha de tenerse en cuenta para analizar la argumentación jurídica de la demandante.

Ayudas concedidas por los Estados mediante fondos estatales, bajo cualquier forma

6. Con arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado CEE, son incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Examinaré más adelante (apartados 17 y siguientes) el requisito relativo a la influencia sobre los intercambios, tras examinar (en los apartados 8 y siguientes) la distorsión o amenaza de distorsión de la competencia.

La expresión «otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma», empleada en el Tratado, ha llevado al Tribunal de Justicia a interpretar las ayudas en sentido amplio. En la sentencia de 30 de enero de 1985, Comisión/Francia,[23] el Tribunal de Justicia afirmó que «de la propia redacción del apartado 1 del artículo 92 se deduce que una ayuda no tiene necesariamente que ser financiada con fondos estatales para ser calificada como ayuda estatal» *(traducción provisional)*. Además, no procede distinguir si la ayuda «es otorgada directamente por el Estado o por organismos públicos o privados creados o designados por él para gestionar la ayuda».

En una reciente sentencia de 2 de febrero de 1988,[24] el Tribunal de Justicia admitió además que la concesión de una ventaja económica a los consumidores de energía a través de una reducción de las tarifas (y, por tanto, mediante un lucro cesante) por una empresa privada, en la que un 50 % del capital es propiedad del Estado, que designa también a la mitad de los consejeros, debe calificarse como ayuda de Estado, dado que era asimismo un hecho probado que la empresa no disponía de «autonomía plena», sino que actuaba bajo control de los poderes públicos y siguiendo las directrices de éstos.

7. En el caso de autos, se trata de una ayuda pagada y financiada por el ENI, que actúa a través de su filial de propiedad íntegra Lanerossi SpA.

El ENI es un holding estatal, creado y dotado de capital por la demandante y dirigido por personas nombradas por el Gobierno.[25] El ENI ofrece numerosos rasgos que lo distinguen básicamente de las sociedades de Derecho privado: creación mediante ley y

23 — Asunto 290/83, Rec. p. 439, apartado 14. Véase asimismo la sentencia de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, Rec. p. 2855), apartado 12.

24 — Sentencia de 2 de febrero de 1988, Van der Kooy (asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 263), apartados 36 y 37.

25 — Artículo 12 de la Ley nº 136 de 10 de febrero de 1953, por la que se crea el ENI (GURI nº 72 de 27.3.1953), modificada posteriormente en varias ocasiones, entre otras por la Ley nº 1153 de 14 de noviembre de 1967 (GURI nº 310 de 13.12.1967).

estructura de sociedad de Derecho público (artículo 1), importante control estatal de todos sus órganos (artículos 11 a 17), así como de la adopción de decisiones importantes (artículos 4, 8, 10, 21 y 23), posibilidad de solicitar expropiaciones (artículo 23), derechos de monopolio (artículo 2), etc. A mi juicio, esta organización y esta estructura de la competencia demuestran desde el punto de vista jurídico que el ENI y sus filiales al 100 % son entidades estatales, en el sentido del apartado 1 del artículo 92, que canalizan ayudas de Estado. [26]

El capital del ENI es propiedad íntegra del Estado, es decir, de la parte demandante. Este capital se denomina «fondo de dotación» [27] y permite que el ENI pueda contratar empréstitos en el mercado de capitales. Tiene una función análoga a la de los capitales con riesgo en las empresas privadas. [28] Puede señalarse, para mayor abundamiento, que los capitales que el ENI toma a préstamo en el mercado de capitales para incrementar sus recursos por encima de su capital no se obtienen sin ayuda del Estado. En efecto, el ENI tomó a préstamo en 1985, en virtud del artículo 21 de la Ley relativa al ENI, con la autorización de la demandante, que al parecer además subvencionó los intereses, 51 700 millones de LIT en el mercado de capitales, con objeto de enjugar pérdidas en el sector textil. [29]

26 — En el asunto Meura (sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. p. 2263), ni siquiera se puso en tela de juicio la función de la sociedad pública de inversiones SRIW, como intermediaria para la concesión de ayudas de Estado en forma de una adquisición de participación en el capital.

27 — Artículo 7 de la citada Ley nº 136.

28 — Informe de la Comisión de expertos parlamentarios sobre las participaciones estatales en Italia (conocida con el nombre de «Comisión Chiarelli»), nº 19, párrafo segundo, publicado en *Foro amministrativo II*, 1975, apartado 653, p. 666.

29 — En el transcurso de la fase escrita y en la vista, la demandada aludió a la publicación en la GURI nº 6 de 9. 1. 1986, p. 40, de una decisión del Comitato interministeriale per la programmazione economica, de 28 de noviembre de 1985. La demandante se opuso al examen de este documento, porque no se mencionaba en la Decisión controvertida y no se dejó constancia del mismo sino en la fase escrita. No puede negarse, sin embargo, la existencia del mismo.

Ante tales circunstancias, no puede negarse, a mi juicio, que los fondos aportados por medio de su filial Lanerossi SpA, son ayudas de Estado indirectas, que son concedidas mediante fondos estatales en el sentido amplio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No puede pues exigirse, como ha querido la demandante incluso en la vista, la prueba de una «earmarking» específica de los fondos estatales, ni la prueba de una orden oficial, publicada y específica del Gobierno al ENI, de mantener la actividad de las cuatro filiales de Lanerossi de que se trata. Ello privaría de toda eficacia a las disposiciones del Tratado sobre las ayudas y facilitaría demasiado la infracción de las mismas.

Ayuda que falsea o amenaza con falsear la competencia

8. Llegamos así a la cuestión de si la demandada parte justificadamente en la Decisión controvertida de la idea de que la ayuda impugnada es incompatible con el mercado común, porque «falsea o amenaza con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». En apoyo de esta tesis, alega que las compensaciones de pérdidas mediante inyecciones de capital se efectuaron en condiciones que un inversor privado no hubiera podido aceptar en una economía de mercado. [30]

El 17 de septiembre de 1984, la demandada remitió a los Estados miembros un documento en el que desarrolla sus concepciones generales sobre la participación de las autoridades públicas en los capitales de las empresas a la luz del artículo 92. [31] Considera

30 — Parte IV de la Decisión controvertida.

31 — Boletín CE 9-1984, pp. 98 a 100; referencia en el *Decimocuarto Informe sobre la política de competencia*, 1984, nº 198.

en dicho documento que el criterio del inversor privado es el criterio de apreciación apropiado:

«3.3. *Se trata de ayudas de Estado* cuando existe aportación de capital nuevo en empresas si dicha aportación se realiza en circunstancias que no serían aceptables para un inversor privado que opera en condiciones normales de una economía de mercado.

Ese es el caso de:

La empresa cuya situación financiera y, en particular, su estructura y volumen de endeudamiento son de tal naturaleza que no parece justificado esperar un rendimiento normal (en dividendos o en valor) de los capitales invertidos en un plazo razonable; [...]»

9. Después de que el Tribunal de Justicia declarase en la sentencia Intermills que «no puede establecerse una distinción de principio según que la ayuda se haya concedido en forma de préstamos o de participación en el capital de las empresas»,[32] admitió plenamente el criterio del inversor privado expuesto en la sentencia Leeuwarder Papierfabriek,[33] que dice en sus pasajes esenciales:

«Al tratarse en primer lugar de una ayuda estatal, en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, de los considerandos de la Decisión se deduce que la Comisión parte de la tesis de que la prohibición de tales ayudas puede aplicarse igualmente a las aportaciones de capital efectuadas por entes públicos sujetos a la autoridad del Estado (considerando 8). Por lo que respecta al presente caso, el carácter de ayuda de la participación controvertida lo ha determinado la inexistencia de posibilidades de financiación en el mercado de capitales privado, en función de tres elementos, a saber, la estructura financiera de la empresa, su necesidad urgente de inversiones de sustitución y el exceso de capacidad en el sector de transformación del cartón, factores que, a juicio de la Comisión, hacían que fuese improbable que la empresa pudiese obtener las cantidades indispensables para su supervivencia en los mercados de capitales privados (considerando 9)» (Apartado 20).

«Esta motivación cumple las exigencias del artículo 190 del Tratado, por cuanto permite al Tribunal de Justicia ejercer su control y a los interesados dar a conocer eficazmente su punto de vista sobre la realidad y procedencia de los hechos y circunstancias alegados» (Apartado 21) *(Traducción provisional).*

10. La jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia ha seguido en la línea de este principio, en particular en el asunto Meura, en el que el criterio de que se trata se vinculó a circunstancias como la importancia de las pérdidas, la existencia de un exceso de producción en el sector y, en particular, la inexistencia de un plan de reestructuración efectivo.[34] Por su similitud con el presente asunto, citaré *in extenso* el pasaje siguiente:

«Para comprobar si una de estas medidas tiene carácter de ayuda estatal, lo adecuado es aplicar el criterio indicado en la Decisión de la Comisión que, por otra parte, el Gobierno belga no ha impugnado, basado en las posibilidades de la empresa de obtener

32 — Sentencia de 14 de noviembre de 1984, Intermills (323/82, Rec. p. 3809), apartado 31.

33 — Sentencia de 13 de marzo de 1985, Leeuwarder Papierfabriek (asuntos acumulados 296/82 y 318/82, Rec. p. 809).

34 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (Meura) (234/84, Rec. p. 2263), apartados 14 a 17.

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 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).

«Como ha mantenido el Gobierno belga, un socio privado puede aportar razonablemente el capital necesario para asegurar la supervivencia de una empresa que atraviesa dificultades pasajeras, pero que, tras una eventual reestructuración, estaría en condiciones de recuperar su rentabilidad. No obstante, en el caso de autos se trata de una empresa que en el momento de la aportación venía registrando desde varios años antes pérdidas importantes con respecto a su volumen de negocio, cuya supervivencia ya había exigido en varias ocasiones que las autoridades públicas reconstituyeran el capital social agotado en su totalidad, y cuyos productos debían venderse en un mercado caracterizado por un exceso de producción» (Apartado 15).

«Dado que el Gobierno belga alega que la aportación de capital estaba ligada a la realización de un plan de reestructuración de la empresa, conviene subrayar que debe examinarse la legalidad de la Decisión debatida en función de los elementos de información de que disponía la Comisión en el momento de adoptarla. Ahora bien, aun si las autoridades belgas han mencionado brevemente en su correspondencia con la Comisión la existencia de un plan de reestructuración, el contenido del mismo no se comunicó a ésta en ningún momento durante el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado» (Apartado 16).

«De lo anterior resulta que, habida cuenta de los elementos de información de que la Comisión podía disponer entonces, obró justificadamente al estimar poco verosímil que la empresa pudiera obtener las sumas indispensables para su supervivencia en los mercados privados de capitales, y que por ello consideró la aportación de capital suplementario por parte de la SRIW como una ayuda estatal» (Apartado 17).

Asimismo en asuntos más recientes, la inexistencia de un plan de reestructuración efectivo y realista ha constituido un dato esencial para calificar la participación de capital como ayuda de Estado.[35]

11. De lo antedicho se deduce claramente que el Tribunal de Justicia ha aceptado el criterio del inversor privado competente y lo ha relacionado con la existencia de un plan de reestructuración efectivo. La Comisión podía utilizar, por tanto, este criterio como elemento de apreciación en la Decisión controvertida.[36]

12. En línea con esta jurisprudencia, la demandante afirma que las cuatro filiales de que se trata han sido sometidas a una operación de reestructuración, que ha durado, sin embargo, más tiempo del previsto, y que las inyecciones de capital, efectuadas en el marco de dicha operación, eran necesarias para la supervivencia de la empresa. Deben considerarse, pues, correctas, habida cuenta de que un inversor privado hubiera actuado razonablemente de la misma forma.

35 — Véanse los apartados 26 a 30 de la sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), y los apartados 38 a 41 y 54 de la sentencia de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión (C-301/87, Rec. p. I-307).

36 — Decisión controvertida, parte II.

Esta alegación me parece exagerada. Las filiales que nos ocupan habían sido ya sometidas a una reestructuración, asignándoseles la correspondiente ayuda financiera, a raíz de la absorción de Lanerossi SpA por el ENI (en 1962). Difícilmente puede considerarse un período de veinte a veinticinco años un período de reestructuración razonable. Además, parece desprenderse de los hechos expuestos más arriba que, en relación con el período 1983-1987, no existió un programa de reestructuración efectivo y que la dirección de ENI-Lanerossi consideraba a partir de 1983 que las citadas empresas no eran reestructurables. Considero, por tanto, que la versión de los hechos ofrecida por la Comisión debe considerarse también fundada.

Desigualdad de trato entre empresas públicas y privadas

13. A la luz de lo antedicho, he de analizar brevemente el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas. Las partes no discuten el hecho de que tanto el artículo 90 como el 222 del Tratado CEE imponen la igualdad de trato. Según la demandante, se equivoca la demandada cuando ignora que un holding público como el ENI debe poder transferir capitales de una filial a otra en el marco de una estrategia a largo plazo.

14. Pienso a este respecto que las empresas públicas y privadas no se comportan de forma fundamentalmente diferente. El fragmento de frase recogido en la sentencia Meura, a saber, que el Estado debe compararse a un socio privado que se encuentre en circunstancias similares y que haga una aportación de capital «basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad y haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de política regional o sectorial»,[37] concuerda efectivamente, a mi juicio, con el citado principio de igualdad de trato. En efecto, el pasaje «haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de política regional» no puede entenderse literalmente, en el sentido de que un inversor privado hace en todo caso abstracción de consideraciones de carácter social o de política regional o sectorial. En una economía mixta, en la que están estrechamente relacionados los intereses del sector privado y del sector público y los intereses de los trabajadores se expresan con firmeza, un holding privado importante no podrá tampoco permanecer totalmente insensible al tema del empleo y el desarrollo económico de la región en que opera. *También* en función de ello, estará dispuesto a transferir capitales de una filial a otra, para contribuir a soportar pérdidas pasajeras. No obstante, incumpliría sus obligaciones para con los accionistas, los proveedores de fondos y sus trabajadores si enjugase pérdidas de empresas que operan en un sector caracterizado por el exceso de capacidad y las acumulase a pérdidas que absorban una gran parte o incluso la totalidad de su volumen de negocios, sin haber elaborado un plan de reestructuración serio que procure cumplir lo mejor posible.

Con razón ha podido admitir también la demandada en las circunstancias del presente caso que, incluso teniendo en cuenta consideraciones sociales y regionales, un inversor privado prudente no hubiera continuado acordando ayudas durante muchos años, o incluso durante muchos decenios (sin una ayuda de Estado clara o encubierta, que debe examinarse, en cuanto tal, conforme al artículo 92), si resulta al final de un período

37 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (234/84, Rec. p. 2263), apartado 14.

no demasiado largo que es imposible cualquier reestructuración y que así lo admite también la dirección de la empresa. Pienso que el comportamiento de un holding público no debe analizarse de forma fundamentalmente diferente. Si bien es cierto que tal holding puede prestar especial atención a las consideraciones sociales y de política económica, no cuenta, sin embargo, con medios para ignorar las leyes del mercado ni tiene derecho a hacerlo, en virtud, precisamente, del principio de igualdad entre empresas públicas y privadas. No debe admitirse, por tanto, la alegación de la demandante relativa a los artículos 90 y 222, habida cuenta de los hechos del presente caso.

Por esa misma razón, tampoco me parecen compatibles con las circunstancias del caso de autos las observaciones del Gobierno español. La posibilidad de que un holding acepte pérdidas de explotación pasajeras de una filial con el objeto de practicar una estrategia de obtención del máximo beneficio a largo plazo es una argumentación que no concuerda en el presente caso con los hechos. La afirmación según la cual un holding privado no permite que se dañe la reputación del grupo por una quiebra tiene un doble filo. En un caso concreto, puede también perjudicarse la credibilidad de un holding, sea éste público o privado, si dicho holding garantiza la supervivencia de filiales que continúan registrando pérdidas iguales a su volumen de negocios.

Desarrollo regional

15. Me detendré aún un instante en la alegación relativa al desarrollo regional, formulada por la demandante para justificar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común. Según la demandante, al menos una de las fábricas de las cuatro filiales tiene su domicilio en una provincia que puede acogerse a una ayuda comunitaria en virtud del Reglamento (CEE) nº 219/84 del Consejo;[38] las compensaciones de pérdidas pueden incluirse, por tanto, en la excepción prevista en la letra a) del apartado 3 del artículo 92.

La Comisión responde de forma general que, en su Decisión, ha tenido en cuenta consideraciones regionales y sociales para no oponerse a la concesión de ayudas hasta finales de 1982.[39] Sin embargo, no le parece justificado el recurso al Reglamento nº 219/84, dado que éste se refiere a los programas especiales de ayuda a la reconversión de determinadas regiones y no a ayudas de salvamento de empresas individuales.

16. Me parece correcta la postura de la Comisión. A raíz de la sentencia Philip Morris, quedó establecido que, para la concepción de excepciones a tenor del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CEE, la Comisión dispone de una amplia facultad discrecional;[40] en otras palabras, no existe derecho subjetivo, o incluso Derecho que pueda invocarse directamente, a la excepción, por lo que respecta a las medidas nacionales inspiradas en razones de política regional. La Comisión expuso convincentemente en la

38 — Reglamento nº 219/84 del Consejo, por el que se establece una acción comunitaria específica de desarrollo regional que contribuya a la eliminación de los obstáculos al desarrollo de nuevas actividades económicas en determinadas zonas afectadas por la reestructuración de la industria textil y de la confección (DO L 27, p. 22; EE 14/01, p. 80).

39 — Véase la Decisión controvertida, parte I, párrafo séptimo.

40 — Sentencia de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris Holland BV/Comisión, (730/79, Rec. p. 2671), apartados 16, 17 y 24; y sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartado 56.

Decisión controvertida (partes VII y VIII) que la demandante no había respetado las orientaciones que había comunicado previamente a los Estados miembros respecto a las ayudas en el sector textil y las ayudas al salvamento. La posibilidad de conceder una ayuda en el marco de un programa comunitario del Fondo Europeo de Desarrollo Regional no faculta a los Estados miembros para conceder, al margen de dicho programa comunitario, ayudas por su propia iniciativa y sin notificación previa.

Por otra parte, resulta de los artículos 1, 3, 4 y 5 del Reglamento nº 219/84 que, en las regiones objeto de la reestructuración de la industria textil y de la confección, la Comisión puede aprobar una acción específica en cuyo marco, aparte de otras medidas de saneamiento de la región afectada, puedan concederse ayudas suplementarias a las inversiones en pequeñas y medianas empresas. Estas ayudas deben tener por objeto la creación de nuevas empresas o la adaptación de la producción de las empresas existentes. El carácter complementario de dichas ayudas resulta del hecho de que se conceden en forma de subvención de capital o de bonificación de intereses y que la ayuda comunitaria concedida hasta un 50 % de la ayuda a la inversión prevista sólo puede alcanzar el 10 % del coste de la inversión y solamente puede tener una duración máxima de cuatro años. Por último, del apartado 2 del artículo 6 resulta que el Estado miembro interesado presentará al final de cada año un informe sobre el estado de ejecución del programa especial, que, como ya dije anteriormente, debe incluir medidas distintas de las ayudas. En el presente asunto, la demandante no ha alegado en ninguna fase del procedimiento que reúne los requisitos materiales y formales que permiten considerar que la ayuda controvertida es compatible con un programa especial del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, aprobado por la Comisión con arreglo al Reglamento nº 219/84.

Incidencia en el comercio entre Estados miembros

17. Según la demandante, la demandada no ha motivado suficientemente la alegación recogida en la Decisión controvertida, según la cual se cumple el requisito establecido en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CEE, relativo a la incidencia en el comercio entre los Estados miembros. A su juicio, no existe dicha incidencia, dada la limitada parte del mercado de las cuatro filiales de que se trata en el sector italiano de la confección de caballero y la parte relativamente limitada de la producción de estas cuatro empresas que se exporta hacia los demás países de la Comunidad.

En respuesta a esta imputación referente a la insuficiencia de motivación, la demandada señala, en primer lugar, que las partes VI a X de la Decisión controvertida se dedican en parte al citado requisito. En ella se utilizan profusamente determinados datos estadísticos. Pienso, por ello, que se cumple el requisito de la motivación si resulta que las afirmaciones recogidas en la Decisión controvertida son procedentes y sustentan la alegación de la Comisión relativa a la aplicabilidad del requisito del artículo 92, que voy a examinar a continuación.

18. En la Decisión controvertida, la demandada señala en varias ocasiones la existencia de un exceso de capacidad en el sector de que se trata,[41] elemento cuya pertinencia

41 — Párrafo cuarto de la parte VI, guión tercero de la parte VIII, párrafo penúltimo de la parte VIII, así como el párrafo segundo de la parte X y el párrafo octavo de la parte IX, en forma de una necesidad económica de que las empresas efectúen reducciones de capacidad.

para probar la influencia sobre el comercio intracomunitario en la Comunidad admitió el Tribunal de Justicia en el asunto Meura,[42] entre otros, al tiempo que deja constancia de la gran competencia que existe en este sector.[43] Señala a continuación que las cuatro empresas de que se trata son importantes, si se tiene en cuenta el tamaño medio de las empresas del sector en el que operan.[44] Considera la demandada que hay que tenerlo en cuenta para apreciar su parte en las exportaciones. Precisa asimismo en la Decisión controvertida que, si bien las cuatro empresas beneficiarias de la ayuda tan sólo han exportado una parte relativamente reducida de su producción (14 %), han participado activamente, sin embargo, en el comercio intracomunitario de un sector marcado por la intensidad y la progresión de los intercambios entre Estados miembros.[45] Señala por último en su Decisión que la producción y la exportación italiana ocupan un lugar importante en el comercio intracomunitario del sector textil y de la confección, en particular en el sector de prendas de caballero,[46] y que la ayuda impugnada ha conferido a esta industria una ventaja que puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros.[47]

19. A mi juicio, la demandante no ha conseguido probar que la Comisión no podía defender que la ayuda impugnada podía afectar a los intercambios entre los Estados miembros. Apoya sobre todo su argumentación en la limitada parte individual de las cuatro empresas en el comercio intracomunitario de los productos controvertidos. Ahora bien, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ello no es suficiente para rebatir lo que se afirma en la Decisión controvertida y se reproduce más arriba.

De ahí que la demandada se remita, justificadamente, para su defensa, a la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1987,[48] en la cual los estrechos márgenes de beneficios (debido al exceso de capacidad) en un sector concreto hacían que a la ayuda de Estado, de un importe relativamente limitado, le fuese aplicable la prohibición del artículo 92, y sobre todo la sentencia de 13 de julio de 1988 en el asunto SEB, en la cual el Tribunal de Justicia admitió la tesis según la cual una empresa que no participa en las exportaciones hacia otros Estados miembros puede contribuir, sin embargo, mediante ayudas de Estado a la producción, a disminuir las exportaciones de otras empresas establecidas en otros Estados miembros, con relación a la situación que se produciría de no existir ayudas de Estado. De ello se deduce que, incluso cuando el sector de que se trata no se caracteriza por el exceso de capacidad, puede falsearse la competencia en el mercado común, en beneficio de los productores nacionales.[49] Esta argumentación se aproxima mucho a los motivos indicados en la Decisión controvertida, que subrayan la función del referido sector de la producción nacional en un mercado común caracterizado por la importancia de los intercambios y una fuerte competencia.

Impedir los ataques contra el libre juego de la competencia en favor de todo un sector industrial nacional es uno de los objetivos

42 — Sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (234/84, Rec. p. 2263) apartado 22. En ella se hace referencia al penúltimo párrafo de la parte VIII de la Decisión controvertida.

43 — Párrafo primero de la parte VIII y párrafo segundo de la parte VI.

44 — Párrafo tercero de la parte VI y párrafo undécimo de la parte VII.

45 — Párrafo tercero de la parte VI de la Decisión controvertida.

46 — Párrafo segundo de la parte VI de la Decisión controvertida.

47 — Párrafo décimo de la parte VI de la Decisión controvertida.

48 — Francia/Comisión (259/85, Rec. p. 4393), apartado 24.

49 — Sentencia de 13 de julio de 1988, Francia/Comisión (102/87, Rec. p. 4067), apartado 19.

del artículo 92, que va adquiriendo cada vez más importancia, a medida que los Estados miembros no pueden seguir utilizando otros instrumentos de política económica para favorecer la producción nacional, lo que hace que tengan una mayor tendencia a conceder ayudas de Estado. Además, los ataques contra el libre juego de la competencia se sienten con mayor intensidad a medida que avanza la integración de los mercados. [50]

El hecho de que se flexibilice en la sentencia SEB el requisito relativo a la motivación de la influencia sobre el comercio interestatal debe situarse, a mi juicio, en esta perspectiva. Dada la importancia de esta sentencia en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [51] citaré el pasaje que interesa en su totalidad:

«A este respecto, el Gobierno francés afirma que no se puede considerar que el préstamo litigioso afecta a los intercambios entre Estados miembros y a la competencia. Alega, además, que la Decisión no incluye ningún elemento que permita comprender el razonamiento seguido por la Comisión sobre ese punto» (Apartado 17).

«Procede observar que la Decisión impugnada incluye un examen del mercado de la cerveza en Francia. Después de declarar que el consumo anual por habitante durante el período 1975-1985 se mantuvo estacionario en la mayoría de los Estados miembros y disminuyó ligeramente en Francia, la Decisión señala que Francia importa tradicionalmente de los demás Estados miembros algo más del 10 % de sus necesidades de abastecimiento. Las exportaciones francesas hacia otros Estados miembros han descendido ligeramente durante este mismo período representando alrededor del 1,5 % de la producción francesa. La empresa beneficiaria del préstamo FIM, añade la Decisión impugnada, está controlada al 100 % por un grupo francés cuya producción supera el 50 % de la producción francesa total y que participa en el comercio intracomunitario de cerveza. La propia empresa abastece a alrededor del 20 % del mercado francés» (Apartado 18).

«Tales circunstancias de hecho no han sido negadas por el Gobierno francés. No obstante, éste ha hecho observar que la Comisión ni señaló que hubiese un exceso de capacidad en el sector de la producción de cerveza, ni indicó la cuota de mercado que ocuparía la empresa beneficiaria en las exportaciones hacia otros Estados miembros. Sin embargo, una ayuda a una empresa puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros y falsear la competencia si dicha empresa está en competencia con productos procedentes de otros Estados miembros aunque ella misma no sea exportadora. Tal situación puede presentarse también aunque haya un exceso de capacidad en el sector de que se trate. En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la producción interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que, en condiciones como las señaladas por la Comisión, disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado miembro. Por lo tanto, una

50 — En este sentido, *Decimoctavo Informe sobre la política de competencia*, de 1988; 1989, nº 164, párrafo tercero.

51 — En las sentencias de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris, (730/79, Rec. p. 2671), apartado 11, y de 11 de noviembre de 1987, Francia/Comisión, (259/85, Rec. p. 4393), apartado 16, recogido en el apartado 43 de la sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (Tubemeuse) (C-142/87, Rec. p. I-959), el Tribunal de Justicia declaró que el tamaño reducido de la empresa beneficiaria de la ayuda o la escasa importancia de la ayuda no excluía la posibilidad de un perjuicio para los intercambios entre los Estados miembros. Ahora bien, la sentencia SEB va aún más lejos.

ayuda de tales características puede afectar al comercio entre Estados miembros y falsear la competencia» (Apartado 19).

A mi juicio, estas consideraciones muestran implícita pero innegablemente que, al operar una empresa beneficiaria de una ayuda en un mercado en el que existe una competencia real entre productores establecidos en diferentes Estados miembros, la Comisión puede admitir razonablemente que se cumple el requisito relativo a «la influencia negativa sobre los intercambios entre los Estados miembros». Según el Tribunal de Justicia, tal situación puede existir incluso cuando, al contrario de lo que ocurre en el presente asunto, no existe exceso de capacidad en el sector controvertido. De ello resulta, a mi juicio, que es únicamente en los mercados de productos para los que no existe comercio internacional, debido al elevadísimo coste del transporte o a otras circunstancias especiales, donde puede concebirse, en el estado actual de concentración de mercados, una ayuda que no cumpla el requisito relativo a la influencia sobre los intercambios.

20. A la luz de esta jurisprudencia, pienso que no debe admitirse el motivo de la demandante. Los datos comunicados a petición del Tribunal de Justicia en nada modifican la situación: la cuota de mercado de los productores italianos pasó entre 1983 y 1987 del 27,1 % al 29,1 % en el conjunto del sector textil y de la confección; respecto a las cuatro categorías de prendas para caballero de que se trata en el presente asunto, su cuota media de mercado se mantuvo entre 1983 y 1987 a un nivel alto y más bien estable, es decir, entre el 35 y el 40 %. De ello resulta que la Comisión se mantuvo también dentro de los límites de su facultad discrecional en el marco de la motivación de la Decisión controvertida en relación con el requisito relativo a la influencia sobre los intercambios intracomunitarios.

El apartado 3 del artículo 93 y la inexistencia de notificación de la ayuda

21. La demandante considera que ha cumplido en lo esencial el apartado 3 del artículo 93. En efecto, se ha dado a la demandada la oportunidad de presentar observaciones a su debido tiempo. Las ayudas se han abonado solamente porque la demandada no definió su postura en cuatro años. Habida cuenta de la importancia de la supervivencia de las empresas, la Comisión hubiera debido, en su caso, actuar con mayor rapidez.

No cabe admitir, en efecto, el motivo de la demandante relativo al cumplimiento del apartado 3 del artículo 93, dado que la ayuda, concedida a partir del 1 de enero 1983, no fue notificada válidamente, a pesar de que la demandante había prometido en su télex de 24 de junio de 1983 notificar en el futuro todas las intervenciones que se produjeran (véase el apartado 2 precedente).[52] Sólo mucho tiempo después de que se produjeran los hechos, se informó oficialmente a la demandada —tras varias y reiteradas peticiones de su parte, al incrementarse sus sospechas por artículos de prensa— de que se *habían* concedido aún efectivamente ayudas en 1983 y en años posteriores. Es evidente que la obligación de notificación era aplicable a toda operación de compensación de pérdidas producida

52 — Párrafo octavo de la parte I de la Decisión controvertida, mencionado más arriba en el apartado 2. La demandante no ha presentado hasta la fecha una copia de dicho télex a petición del Tribunal de Justicia, ni ha negado tampoco su contenido, de suerte que puede considerarse probada la existencia de dicho télex, tal como aparece reproducido en la Decisión de la Comisión.

después del 1 de enero de 1983. Dado que la demandada había precisado que no podría admitirse ya ninguna ayuda a la producción a partir de finales de 1982 y que la demandante había comunicado a la Comisión, en noviembre de 1983, que la dirección consideraba que las empresas de que se trata no podían reestructurarse, la demandante podía suponer que no obtendría la autorización para conceder tal ayuda. Ahora bien, ello no es una excusa para incumplir la obligación de notificación, sino todo lo contrario.

22. En segundo lugar, la demandante y la demandada han definido asimismo su postura sobre una cuestión que no es importante para la solución del presente litigio, la de si la inexistencia de notificación es suficiente por sí sola para que la ayuda sea contraria al Tratado CEE. El Tribunal de Justicia ha hecho una precisión importante sobre esta cuestión en su sentencia de 14 de febrero de 1990 en el asunto 301/87, Francia/Comisión (Boussac).[53] En esta sentencia, el Tribunal de Justicia afirmó que la inexistencia de notificación no convertía necesariamente en superfluo el examen de los requisitos básicos: sólo cuando el Estado miembro no haya cumplido una orden específica de la Comisión de proporcionar información sobre un caso de ayuda no notificada, la Comisión podría exigir la restitución de la ayuda sin un examen (exhaustivo) de los requisitos para la existencia de una excepción con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 92 (apartado 22).

Como ha quedado dicho, esta cuestión carece de importancia en el presente asunto, dado que la ayuda se ha examinado efectivamente *en el presente caso* a la luz de los requisitos básicos del artículo 92.

53 — Rec. p. I-307.

La restitución de la ayuda. Confianza legítima

23. La demandante expone diversos argumentos para probar que la restitución de la ayuda impugnada, ordenada por la Comisión, es ilegal. Formula en primer lugar una argumentación resultante del principio de confianza legítima. Señala en segundo lugar que no es posible restituir las cantidades que han servido para la compensación de pérdidas, dado que, a su juicio, no se tuvo en cuenta la posibilidad de restitución cuando se fijaron los requisitos de venta al sector privado de las cuatro filiales. La demandante afirma en tercer lugar que la restitución presupone el ejercicio de una facultad de apreciación que debe motivarse, lo que no se ha hecho en este caso, y que no se ha indicado con claridad la identidad de las personas que deben ejecutar la orden de restitución.

Examinemos en primer lugar este último argumento: la Comisión señala que resulta claramente del texto del apartado 2 del artículo 93 del Tratado —esta disposición prevé la supresión (o la modificación) de la ayuda— que la orden de restitución no debe estar motivada de forma específica. Puede deducirse ya de la sentencia en el asunto 70/72 que los fundamentos de Derecho, que la Comisión debe indicar en la Decisión, se refieren a la incompatibilidad de la ayuda con el Tratado;[54] dado que esta Decisión es motivada, la Comisión puede exigir sin más la restitución. Esta opinión me parece exacta. La supresión o la modificación de una ayuda y, por lo tanto, su restitución si ya ha sido abonada, es efectivamente la «consecuencia lógica»[55] de una incompatibilidad comprobada de la ayuda,

54 — Sentencia de 12 de julio de 1973, Comisión/Alemania (70/72, Rec. p. 813), apartado 20.

55 — Sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartado 64, con referencia a la sentencia de 24 de febrero de 1987, Deufil (310/85, Rec. p. 901).

consecuencia que tiene su motivación en las alegaciones relativas a la incompatibilidad de la ayuda. En efecto, desde que se demuestra que la ayuda concedida ha afectado al mecanismo de la competencia y al comercio interestatal, esta ayuda, efectivamente pagada, ha tenido un efecto incompatible con el Tratado y puede exigirse su restitución, con independencia de cualesquiera otras circunstancias ulteriores.

Es indudablemente útil que la Comisión indique con la mayor precisión posible quién debe reembolsar la ayuda. Normalmente, es el beneficiario de la ayuda, es decir, *en el presente caso,* según resulta del artículo 1 de la Decisión controvertida, ENI-Lanerossi, es decir, las filiales beneficiarias de la ayuda, la sociedad matriz (Lanerossi SpA) y la sociedad «primigenia» (ENI). En una situación de hecho como la del presente caso, en la que la ayuda no se ha notificado previamente y no es nada transparente, esta indicación es suficiente. Como diré más tarde (apartado 27), incumbe, por otra parte, al Estado miembro de que se trata someter en su caso a la Comisión propuestas relativas a las modalidades de restitución y, por consiguiente, referentes también a las personas a quienes debe reclamarse dicho reembolso. No debe acogerse, pues, esta primera alegación de la demandante.

24. Pasemos ahora a la alegación relativa a la confianza legítima. La demandante afirma que ha de aplicarse en este caso la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1987 en el asunto RSV.[56] En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que al dejar transcurrir *veintiséis meses* antes de finalizar el procedimiento del artículo 92, la Comisión había infringido las normas de una administración diligente; al haber disfrutado anteriormente el sector de que se trata de ayudas autorizadas, el retraso de la Comisión en adoptar su Decisión pudo crear una confianza legítima que generase la ilegalidad de la restitución de la ayuda. Según la demandante, la aplicabilidad de esta sentencia del Tribunal de Justicia resulta del hecho de que no se ha iniciado en el presente caso ningún procedimiento formal antes de diciembre de 1984.

25. Como afirma con razón la demandada, no debe acogerse este motivo de la demandante. De la sucesión cronológica de los hechos resulta claramente, tal como se recoge en la Decisión controvertida, sin que lo haya negado la demandante, que el posible retraso de la demandada en iniciar un procedimiento se debió principalmente a la lentitud con que comunicó la demandante los datos solicitados y al hecho de que no cumplió su obligación de notificación, que se había comprometido, sin embargo, a respetar.

Este último punto resulta del hecho de que, en télex de 24 de junio de 1983, la demandante había prometido notificar todas las intervenciones futuras a favor de las cuatro filiales.[57] El Tribunal de Justicia instó a la demandante para que presentase una copia de este télex, lo cual no ha hecho aún. La demandada, al haber recibido información según la cual las cuatro empresas continuaban experimentando graves pérdidas, remitió una carta recordatorio el 22 de julio de 1983.[58] Por carta de 2 de noviembre de 1983, la demandante respondió que no tenía previsto conceder ninguna otra ayuda a las cuatro filiales.[59] La demandante tampoco ha podido presentar esta carta. En carta de 7

56 — Sentencia de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión (223/85, Rec. p. 4617).

57 — Véase el párrafo octavo de la parte I de la Decisión controvertida.

58 — Véase el párrafo noveno de la parte I de la Decisión controvertida.

59 — Véase el párrafo décimo de la parte I de la Decisión controvertida.

de diciembre de 1983, la Comisión dejó constancia de esta promesa de la demandante. [60]

El 14 de diciembre de 1984, es decir, *trece meses* después de que la demandante hubiese confirmado por segunda vez que no se concedería ninguna ayuda en 1983 ni durante los años siguientes sin notificación y autorización previas, la demandada pidió a la demandante que presentase oficialmente sus observaciones en el marco de un procedimiento con arreglo al párrafo primero del apartado 2 del artículo 93. [61] Este período de trece meses, por su duración, ¿ha podido hacer pensar legítimamente a la demandante que la ayuda estatal era compatible con el Tratado? No lo creo, habida cuenta de las circunstancias concretas del presente caso. Al contrario que en el asunto RSV, en el presente asunto, la demandada ha afirmado claramente y en repetidas ocasiones que toda ayuda que llegase a concederse después de 1982 sería considerada, con toda probabilidad, ilegal. La demandante, por su parte, no ha respetado su promesa formal de notificar cualquier nueva ayuda, que se había comprometido, sin embargo, a no conceder. Interrogada al respecto por la demandada a raíz de unos artículos aparecidos en la prensa, la demandante remitió en agosto de 1984 un resumen de un nuevo programa de reestructuración, que debía examinar, lógicamente, la demandada para definir su postura con pleno conocimiento de causa. Con independencia de todo ello, cabe preguntarse si un Estado miembro que incumple su obligación de notificación puede invocar aún la confianza legítima. [62] No puede perderse de vista, además, que hasta la carta de 30 de agosto de 1984 la demandada no fue informada de la magnitud (considerable) de las pérdidas compensadas en 1983, [63] a pesar de que la demandada solicitó que se le comunicasen los resultados al final de cada año.

26. De igual modo, difícilmente puede afirmarse que la duración del propio procedimiento oficial, desde su inicio en diciembre de 1984 hasta la notificación de la Decisión controvertida en agosto de 1988, pueda proporcionar algún tipo de argumentación a la demandante. En efecto, el relato cronológico de los hechos durante dicho período en la Decisión controvertida muestra una serie impresionante de elementos de freno: solicitudes de prórroga de plazo; inexistencia o insuficiencia de las respuestas; propuestas nuevas de reestructuración para un futuro próximo presuntamente definitivas; continuos cambios de planteamiento: primero la reestructuración, luego la reconversión y después la privatización. Sólo a finales de 1987 o principios de 1988 le fueron comunicadas a la demandada todas las informaciones, que venía reclamando desde hacía mucho tiempo y en función de las cuales adoptó la Decisión controvertida el 26 de julio de 1988. [64] Esta exposición de los hechos es suficiente para no aceptar tampoco el recurso al principio de confianza legítima respecto a este período. Puede señalarse, abundando en el mismo tema, que la demandante aún concedió —después del inicio del procedimiento en diciembre de 1984— una ayuda que no notificó.

Por último, la demandante no puede tampoco invocar la confianza legítima para justificar la no ejecución de la Decisión (mediante la restitución). En su sentencia de 2 de febrero de 1989 en el asunto 94/87, el Tribunal de Justicia declaró que un Estado

60 — Véase el Anexo III del escrito de contestación de la Comisión.

61 — Véase el párrafo séptimo de la parte II de la Decisión controvertida, que indica el *19* de diciembre en lugar del *14* de diciembre.

62 — En el mismo sentido, conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto C-301/87, Francia/Comisión (Rec. 1990, p. I-307), apartados 21 y 22.

63 — Párrafo primero de la parte II de la Decisión controvertida.

64 — Decisión controvertida, parte III.

miembro no podía invocar la confianza legítima para sustraerse a la ejecución de una Decisión relativa a una ayuda; sólo puede invocar la imposibilidad absoluta de ejecución y debe someter dichos problemas a la apreciación de la Comisión, con la finalidad de superarlos. [65]

«Imposibilidad» de restituir la ayuda tras la enajenación

27. Hay que preguntarse por último si la obligación de que el Estado restituya una ayuda debe ejecutarse igualmente cuando las empresas beneficiarias de la ayuda hayan sido vendidas, eventualmente por sucursales o en partes más pequeñas que éstas, y no se hayan previsto las consecuencias de una eventual restitución en las condiciones de venta. Esta cuestión, planteada por el Gobierno italiano, hay que situarla en su verdadero contexto.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que la restitución de una ayuda ilícita debe efectuarse en principio —si no existe una normativa comunitaria específica— con arreglo a las disposiciones aplicables del Derecho nacional relativas al procedimiento, pero con la salvedad de que dichas disposiciones no pueden aplicarse de forma que imposibiliten prácticamente la restitución, exigida por el Derecho comunitario. [66] Para efectuar la restitución, la Comisión y el Estado miembro, con arreglo al artículo 5 del Tratado CEE, deberán colaborar lealmente para superar las dificultades que surjan en relación con la misma, teniendo en cuenta en todo momento las disposiciones del Tratado, en particular las relativas a las ayudas, y el Estado miembro deberá, en su caso, «proponer las oportunas modificaciones de la Decisión controvertida». [67]

Resulta claramente de esta jurisprudencia que incumbe al Estado miembro, que conoce mejor, además, las normas reguladoras de los procedimientos nacionales, indicar a la Comisión de qué forma realizará la restitución. Se comprende por ello que la Comisión haya impuesto a la demandante, en el artículo 3 de la Decisión controvertida, la obligación de informar, en un plazo de dos meses a partir de la notificación, de las medidas que ha tomado para atenerse a la obligación de restitución. La cuestión que se plantea en el presente procedimiento de anulación es la de si la Comisión ha hecho un uso correcto de su competencia al imponer al Estado miembro una obligación de restitución, definida en términos generales y no motivada de forma distinta, dejando por lo demás al Estado miembro la facultad de determinar de qué modo procederá al efecto. No se trata, por el contrario, de determinar si los medios, empleados o no por el Estado miembro para la restitución, son suficientes para atenerse a su obligación comunitaria. Dicho examen se efectuará, en su caso, en el marco del procedimiento contemplado en el artículo 169. En tal caso, se determinará la omisión del Estado miembro, salvo imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la Decisión de restitución, cuando el Estado miembro no haya comunicado las medidas que ha adoptado en el plazo fijado por la Comisión [68] y/o cuando

65 — Sentencia de 2 de febrero de 1989, Comisión/Alemania (94/87, Rec. p. 175), apartado 9. Véase también la sentencia de 15 de enero de 1986, Comisión/Bélgica (52/84, Rec. p. 89), apartado 16. El principio según el cual un Estado miembro no puede invocar normalmente la confianza legítima se confirma claramente una vez más en la reciente sentencia de 20 de septiembre de 1990, Comisión/Alemania (C-5/89, Rec. p. I-3437), apartados 17 y 18.

66 — Sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959) apartado 61, así como la sentencia de 20 de septiembre de 1990, Comisión/Alemania (C-5/89, citada) apartado 12. Véase también la sentencia de 21 de septiembre de 1983 (asuntos acumulados 205/82 a 215/82, Rec. p. 2633).

67 — Véanse las sentencias citadas más arriba en la nota 65, en particular el apartado 16 de la sentencia en el asunto 52/84.

68 — Sentencia de 15 de enero de 1986, ya citada en la nota 65, apartado 15.

resulte que no ha realizado ningún trámite para efectuar la restitución y no ha hecho ninguna propuesta a la Comisión para superar las dificultades que se hayan presentado.[69]

Como ya he afirmado, aún no hemos llegado a esa fase en el presente procedimiento. En el procedimiento de anulación, se trata únicamente de saber si, al imponer en la Decisión controvertida a la demandante la obligación de restituir el importe de la ayuda, la demandada ha hecho un uso correcto de sus competencias. A mi juicio, ha de responderse afirmativamente a esta pregunta, por las razones ya citadas (más arriba, apartado 23): desde el momento en que la Comisión comprueba la incompatibilidad de la ayuda con el artículo 92, puede exigir la restitución sin señalar motivos distintos. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, citada más arriba, incumbe al Estado miembro comprobar de qué modo y frente a quién[70] puede efectuarse mejor la restitución con arreglo a lo dispuesto en el Derecho nacional, y el Estado miembro deberá informar de ello a la Comisión y hacer, en su caso, propuestas de adaptación de la Decisión. Según ha afirmado el Tribunal de Justicia en el asunto C-142/87,[71] en el procedimiento de anulación no pueden tener, sin embargo, ninguna incidencia sobre la validez de la Decisión controvertida eventuales dificultades de ejecución, sean de carácter procesal o de otro tipo. Debe también desestimarse, por lo tanto, este motivo de la demandante.

Conclusión

28. En atención a lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el recurso en su totalidad y condene en costas a la demandante, precisando que la demandante estaba y está obligada, con arreglo al artículo 5 del Tratado CEE, a iniciar los procedimientos de Derecho nacional con el fin de restituir la ayuda pagada así como a llegar a un acuerdo con la Comisión acerca de la forma en que pueden superarse las dificultades que en su caso surjan, con motivo de la restitución.

69 — Sentencia de 2 de febrero de 1989, citada en la nota 65, apartado 10, y las demás sentencias que allí se citan.

70 — Como ya he señalado más arriba (apartado 23), se trata normalmente del destinatario final, es decir, la empresa beneficiaria. En determinados casos, puede obligarse a terceros a efectuar el reembolso; por ejemplo, a la sociedad matriz que se ha hecho cargo del activo y el pasivo de la empresa en el marco de una liquidación en la que haya obtenido, gracias a la ayuda, otra «plusvalía» en la empresa. Esta cuestión se ha planteado en otro asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia, el asunto Italia/Comisión (Alfa Romeo) (C-305/89, sentencia de 21 de marzo de 1991, Rec. p. I-1603).

71 — Sentencia de 21 de marzo de 1990, ya citada en las notas 55 y 66, apartado 63.