CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTONIO TIZZANO
presentadas el 30 de marzo de 2006 [1]

I. Introducción

1. Mediante resolución de 14 de diciembre de 2004, la Cour de Cassation ha planteado al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 88 CE, apartado 3, y a los principios generales del Derecho comunitario en materia de prueba.

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un recurso interpuesto por Laboratoires Boiron SA (en lo sucesivo, «Boiron») por el que se solicitaba el reembolso de la cantidad que había abonado a la Agence centrale des organismes de sécurité sociale (en lo sucesivo, «ACOSS») en concepto de un gravamen nacional sobre las ventas directas de medicamentos.

1 — Lengua original: italiano.

II. Marco jurídico

Derecho comunitario

3. A efectos del presente asunto hay que citar en primer lugar el artículo 87 CE, apartado 1, que como es sabido, sin perjuicio de las excepciones previstas en el Tratado, establece que serán incompatibles con el mercado común las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, y que afecten a los intercambios entre los Estados miembros.

4. Procede asimismo mencionar el artículo 88 CE, apartado 3, que dispone, por cuanto aquí interesa:

«La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones.»

Derecho nacional

5. Las disposiciones del Derecho nacional pertinentes a efectos del caso de autos son idénticas a las ya expuestas en mis conclusiones sobre el asunto Ferring, [2] a las que me remito para una mayor profundización. Por tanto, me limitaré a recordar sus elementos esenciales por cuanto aquí interesa.

6. En Francia, la distribución de los medicamentos a las oficinas de farmacia se lleva a cabo a través de dos circuitos distintos: mediante los denominados mayoristas distribuidores («grossistes répartiteurs») o bien mediante ventas directas por parte de los laboratorios farmacéuticos.

7. Según el artículo R. 5124-2 del code de la santé publique (Código de la Salud Pública; en lo sucesivo, «CSP»), se considera mayorista distribuidor a «toda empresa que se dedique a la compra y almacenamiento de medicamentos distintos de los destinados a la experimentación en el ser humano, para distribuirlos al por mayor sin someterlos a transformación».

8. En el desarrollo de tal actividad, los mayoristas distribuidores están obligados a cumplir unas obligaciones especiales de servicio público impuestas por las autoridades francesas para garantizar una adecuada distribución de los medicamentos en su territorio. [3]

9. Procede destacar que tales obligaciones de servicio público recaen únicamente sobre los mayoristas distribuidores y no son de aplicación a los laboratorios farmacéuticos que deciden comercializar sus propios productos mediante ventas directas, tanto si éstas son realizadas con carácter autónomo (a través de una división interior o de una filial) como mediante mandatarios *ad hoc*.

10. A efectos del presente asunto hay que mencionar la Ley de financiación de la seguridad social para 1998 («Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998» nº 97-1164 de 19 de diciembre de 1997; [4] en lo sucesivo, «Ley de 19 de diciembre de 1997») que creó un gravamen especial sobre las ventas directas de medicamentos por los laboratorios farmacéuticos a las oficinas de farmacia. En particular, el artículo 12 de dicha Ley introdujo en el code de la sécurité sociale (Código de la seguridad social) el artículo L. 245-6-1, que prevé:

«Las empresas que garanticen la comercialización de una o varias especialidades farmacéuticas en el sentido del artículo

2 — Conclusiones presentadas el 8 de mayo de 2001 en el asunto en el que recayó la sentencia de 22 de noviembre de 2001, Ferring (C-53/00, Rec. p. I-9067).

3 — Hasta febrero de 1998, dichas obligaciones se hallaban reguladas en un Decreto de 3 de octubre de 1962 (JORF de 12 de octubre de 1962, p. 9999). Esa normativa ha sido modificada por dos Decretos nº 98-79 de 11 de febrero de 1998 (JORF de 11 de febrero de 1998, p. 2287) y nº 99-144 de 4 de marzo de 1999 (JORF de 5 de marzo de 1999, p. 3294).

4 — JORF de 23 de diciembre de 1997, p. 18635.

L. 596 del code de la santé publique estarán obligadas al pago de un gravamen cuya base imponible estará constituida por el volumen de negocios, impuestos excluidos, realizado en Francia por las oficinas de farmacia, farmacias de mutualidades laborales y farmacias de sociedades de socorro mutuo mineras, en concepto de ventas al por mayor, de las especialidades que figuran en la lista mencionada en el artículo L. 162-17, exceptuando las especialidades genéricas definidas en el artículo L. 601-6 del code de la santé publique.

El tipo de dicho gravamen será del 2,5 %».

11. El gravamen de que se trata, destinado a financiar la Caisse nationale d'assurance maladie (Caja nacional del seguro de enfermedad), fue creado deliberadamente tan sólo sobre las ventas directas de los laboratorios farmacéuticos (por consiguiente, excluidas las ventas efectuadas por los mayoristas distribuidores) con objeto de reequilibrar las condiciones de competencia entre los distintos circuitos de distribución de los medicamentos.

12. Ello se desprende claramente de la memoria que acompaña el proyecto de Ley de 19 de diciembre de 1997:

«El rápido desarrollo de las ventas directas en el transcurso de los últimos años amenaza con desequilibrar el sistema de distribución de los medicamentos reembolsables.

El presente artículo tiene por objeto restablecer la igualdad de trato entre los circuitos de distribución, permitiendo recuperar *a posteriori* de los laboratorios farmacéuticos una parte del margen del mayorista. [...]

El gravamen, que deberá abonarse con una frecuencia trimestral, se calculará sobre el volumen de negocios facturado en el trimestre precedente. Será recaudado y controlado por la Agence centrale des organismes de sécurité sociale. Finalmente, su rendimiento va destinado a la CNAMTS (Caja nacional del seguro de enfermedad de los trabajadores por cuenta ajena).»

13. Hay que señalar que, con efectos desde el 1 de enero de 2003, el artículo L. 245-6-1 del code de la sécurité sociale ha sido derogado por el artículo 16 de la Ley nº 2002-1487, de 20 de diciembre de 2002. [5]

III. Hechos y procedimiento

14. Boiron es un laboratorio farmacéutico especializado en la producción de medicamentos homeopáticos que distribuye en Francia mediante un sistema de ventas directas o a través de mayoristas distribuidores.

5 — «Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003» (Ley de financiación de la seguridad social para 2003; JORF de 24 de diciembre de 2002, p. 21482).

15. En condición de tal y con objeto de pagar, para los años 1998 y 1999, el gravamen establecido en la Ley de 19 de diciembre de 1997 (en lo sucesivo, «gravamen controvertido»), Boiron declaró ante ACOSS el volumen de negocios realizado mediante ventas directas a las farmacias, pero no el obtenido a través de los mayoristas distribuidores.

16. ACOSS, por considerar que también este último volumen de negocios debía tenerse en cuenta a efectos del cálculo del gravamen, realizó una rectificación.

17. Boiron abonó el importe reclamado si bien, impugnando su legalidad, presentó un recurso administrativo ante el consejo de administración de ACOSS.

18. Ante la falta de respuesta del citado órgano, Boiron se dirigió al Tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon para solicitar la restitución de las cantidades abonadas, alegando que la exención del pago del gravamen controvertido prevista a favor de los mayoristas distribuidores constituye una ayuda de Estado ilegal en el sentido del artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE).

19. El 3 de junio de 2000, el referido órgano jurisdiccional condenó a ACOSS a reembolsar a Boiron los importes reclamados. Pero, mediante recurso de la Agencia condenada, su sentencia fue posteriormente anulada por la Cour d'appel de Lyon.

20. Por consiguiente, Boiron acudió a la Cour de Cassation que, por albergar dudas sobre el alcance de la jurisprudencia comunitaria en materia de ayudas de Estado, suspendió el procedimiento pendiente mediante resolución de 14 de diciembre de 2004 y decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el Derecho comunitario en el sentido de que un laboratorio farmacéutico sujeto al pago de un gravamen como el previsto en el artículo 12 de la Ley nº 97-1164, de 19 de diciembre de 1997, de financiación de la seguridad social para 1998 tiene derecho a alegar, con objeto de solicitar la restitución de los importes abonados, que la no sujeción de los mayoristas distribuidores a dicho gravamen constituye una ayuda de Estado?

2) En caso de respuesta afirmativa y dado que la estimación de la solicitud de restitución depende sólo de los elementos de prueba aportados por el solicitante, ¿debe interpretarse el Derecho comunitario en el sentido de que las normas de Derecho nacional que supeditan dicha restitución a la prueba, que incumbe al solicitante, de que la ventaja

obtenida por los mayoristas distribuidores supera los costes adicionales que soportan por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que les impone la normativa nacional o de que no concurren los requisitos fijados por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark, imposibilitan o dificultan excesivamente en la práctica la restitución de un gravamen obligatorio, como el previsto en el artículo 245-6-1 del Code de la sécurité sociale, que se ha solicitado ante la autoridad competente, basándose en que la exención del gravamen de la que se benefician los mayoristas distribuidores constituye una ayuda de Estado que no se ha notificado a la Comisión de las Comunidades Europeas?»

21. Procede señalar que, en la sustanciación del procedimiento, la Unión para la recuperación de las cotizaciones de seguridad social y asignaciones familiares (en lo sucesivo, «URSSAF») se ha subrogado en los derechos y obligaciones de ACOSS.

22. En el procedimiento así incoado, Boiron, URSSAF, el Gobierno francés y la Comisión han presentado observaciones escritas y han participado en la vista de 13 de octubre de 2005.

IV. Análisis jurídico

Sobre la primera cuestión

Observaciones preliminares

23. Debo recordar, con carácter preliminar, que la naturaleza del impuesto objeto del litigio principal ya ha sido examinada en el mencionado asunto Ferring. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que el referido tributo, por cuanto únicamente grava las ventas directas de medicamentos realizadas por los laboratorios farmacéuticos, constituye una ayuda de Estado a los mayoristas distribuidores si la ventaja que éstos obtienen de la no sujeción al gravamen sobre las ventas directas de medicamentos sobrepasa los costes adicionales que tales mayoristas soportan para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. [6]

24. Es oportuno recordar asimismo que Francia suprimió dicho gravamen mediante la Ley de 20 de diciembre de 2002.

25. El problema planteado en el presente procedimiento se refiere únicamente, por tanto, a los eventuales efectos contrarios a la

6 — Sentencia Ferring, citada en la nota 2, apartados 14 a 29.

competencia ocasionados por la imposición del gravamen en los años anteriores a su supresión. Mediante la primera cuestión, la Cour de Cassation desea saber si las empresas que han pagado dicho gravamen pueden solicitar judicialmente su devolución, si se determina su carácter de ayuda de Estado.

26. En opinión del juez *a quo*, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre este punto no está totalmente clara. En efecto, en la sentencia Banks el Tribunal parece haber excluido, en principio, que los deudores de una contribución obligatoria no pueden invocar que la exención de que disfrutan otras personas constituye una ayuda de Estado para eludir el pago de dicha contribución o para exigir su reembolso. [7] Tal solución ha sido confirmada posteriormente por la sentencia Sea-Land Service y Nedlloyd Lijnen. [8]

27. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente señala asimismo que en los asuntos Ferring y GEMO, [9] en los que se planteaban cuestiones similares a su juicio a las abordadas en los asuntos Banks y Sea-Land Service y Nedlloyd Lijnen, el Tribunal de Justicia no excluyó expresamente tal posibilidad. Y en todo caso,en la sentencia van Calster el Tribunal admitió que, en algunas circunstancias, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden ordenar el reembolso de los tributos o cotizaciones que formen parte integrante de una medida de ayuda. [10]

Apreciación

28. Casi resulta ocioso recordar, para comenzar, que el control comunitario en materia de ayudas persigue evitar los efectos distorsionadores que determinadas medidas nacionales pueden suponer para la competencia entre las empresas del mismo sector. Por tanto, una vez comprobado que una medida nacional constituye una ayuda incompatible, procede eliminar los efectos distorsionadores que produce restableciendo la situación anterior. [11] En principio, ese restablecimiento se logra exigiendo a los beneficiarios que restituyan las ayudas ilegales al organismo prestador; según reiterada jurisprudencia, en efecto, la recuperación de las ayudas es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad. [12]

7 — Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Banks (C-390/98, Rec. p. I-6117), apartado 80.

8 — Sentencia de 13 de junio de 2002, Sea-Land Service y Nedlloyd Lijnen (asuntos acumulados C-430/99 y C-431/99, Rec. p. I-5235), apartado 47.

9 — Sentencia de 20 noviembre de 2003, GEMO (C-126/01, Rec. p. I-13769).

10 — Sentencia de 21 octubre de 2003 (asuntos acumulados C-261/01 y C-262/01, Rec. p. I-12249), apartados 53 a 54.

11 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 4 de abril de 1995, Comisión/Italia (C-348/93, Rec. p. I-673), apartado 26, y de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión (asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. p. I-4103), apartado 75.

12 — Véanse, en particular, las sentencias de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (142/87, Rec. p. I-959), apartado 66, y Comisión/Italia, citada en la nota 11, apartados 26 y 27.

29. En el caso que nos ocupa, dado que la presunta ayuda consiste en la imposición asimétrica del gravamen controvertido únicamente a los laboratorios farmacéuticos, favoreciendo así a los mayoristas distribuidores (que no están sujetos a dicho gravamen), el restablecimiento de una situación de competencia podría tener lugar mediante el pago por estos últimos de un importe equivalente a la desgravación fiscal sustancial de la que han disfrutado.

30. Como he señalado antes, por otra parte, Boiron no ha seguido esta vía, sino que ha adoptado un enfoque inverso. En efecto, en lugar de solicitar que los mayoristas distribuidores abonaran también cantidades equivalentes al tributo, se ha dirigido al juez nacional para exigir el reembolso de los importes que ella misma ha pagado, en su opinión, indebidamente. Se trata entonces de dilucidar si en un caso como el de autos tal solución se admisible para suprimir los efectos distorsionadores de la eventual ayuda y restablecer el *status quo ante.*

31. Sobre este extremo las partes han formulado alegaciones totalmente divergentes. Boiron sostiene que en el presente asunto el reembolso de los importes pagados por las empresas sujetas al gravamen controvertido es la forma más idónea de suprimir las supuestas distorsiones de la competencia. Ello se debe, añade la demandante, a que en el caso de autos la ayuda procede no tanto de la falta de sujeción de los mayoristas distribuidores al tributo, sino de la imposición a los laboratorios farmacéuticos de un gravamen establecido con el único objetivo de crear, con supuestos fines reequilibradores, una disparidad de trato fiscal entre las dos categorías de empresas.

32. La Comisión, URSSAF y el Gobierno francés consideran, en cambio, que la referida solución no es admisible puesto que no permite eliminar los eventuales efectos anticompetitivos de la medida; por el contrario, acentúa los elementos de vulneración del Derecho comunitario, ya que amplía el ámbito de las entidades exentas del pago del tributo y, por tanto, de los beneficiarios de la ayuda. En opinión de la Comisión, por tanto, la vía obligada para Boiron habría sido la de una demanda por la que se solicitara la condena del Estado a la recuperación de las ayudas ilegalmente otorgadas a los mayoristas distribuidores.

33. Por mi parte, señalaré en primer lugar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre solicitudes de reembolso que podrían parecer, a primera vista, similares a la del presente asunto.

34. En efecto, como ya he recordado, el Tribunal de Justicia ha aclarado que, en el caso de ayudas concedidas mediante exenciones fiscales, «los deudores de una contribución obligatoria *no* pueden invocar que la exención de que disfrutan otras personas

constituye una ayuda de Estado para eludir el pago de dicha contribución» [13] o «para obtener el reembolso de [la misma]». [14]

35. Ello se debe a que, en tales casos, lo que constituye una medida de apoyo eventualmente contraria a las normas comunitarias en materia de ayudas no es la disposición fiscal en sí misma –que por otra parte está comprendida en el ejercicio legítimo de las potestades del Estado miembro en materia tributaria– sino la exención concedida a algunos contribuyentes. [15]

36. Así pues, tal exención, y sólo ese aspecto de la medida fiscal, es el elemento que debe ser impugnado por los demandantes que critiquen la existencia de una ayuda. El Tribunal de Justicia ha aclarado que en estos casos las distorsiones de la competencia deben siempre suprimirse mediante la recuperación de la ayuda otorgada, precisando también las modalidades de tal recuperación: «las autoridades [deberán] adoptar las medidas consistentes en que se ordene a las empresas beneficiarias de la ayuda pagar las cantidades cuyo importe corresponda al de la exención fiscal que les fue ilegalmente concedida». [16]

37. Sin embargo, los hechos aquí examinados difieren de los antes descritos.

38. En efecto, la legislación nacional que ha creado el tributo sobre las ventas directas no se presenta como un impuesto de naturaleza general (establecido legítimamente) con una exención simultánea (e ilegal) de dicho impuesto para determinadas empresas. Se trata, en cambio, de un tributo impuesto de modo «asimétrico», es decir, una tasa que grava únicamente a algunos operadores económicos (los laboratorios farmacéuticos) y no a otros que se hallan en una relación de competencia con los primeros (los mayoristas distribuidores), con objeto de compensar las supuestas cargas soportadas por estos últimos.

39. El caso de autos se refiere, por tanto, a una situación totalmente particular, una situación en la que, como también ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia Ferring (sin que ninguna de las partes se opusiera a este punto), el gravamen controvertido ha sido establecido con el fin principal de compensar, mediante una disparidad de trato fiscal, una supuesta asimetría entre dos grupos de empresas.

40. En efecto, de los trabajos preparatorios de la Ley de 19 de diciembre de 1997 (y también de una decisión del Conseil constitutionnel francés) se desprende claramente que la imposición del gravamen sólo sobre las ventas directas realizadas por los labora-

13 — Sentencia Banks, citada en la nota 7, apartado 80. El subrayado es mío. Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de 9 de marzo de 2000, EKW y Wein & Co. (C-437/97, Rec. p. I-1157), apartado 52; y de 13 de julio de 2000, Idéal Tourisme (C-36/99, Rec. p. I-6049), apartado 20.

14 — Sentencia 27 octubre 2005, Nazairdis y otros (C-266/04 a C-270/04, C-276/04 y C-321/04 a C-325/04, Rec. p. I-9481), apartado 44.

15 — Sobre este asunto véanse, en particular, las conclusiones de 14 de julio de 2005 de la Abogado General Stix-Hackl en el asunto Nazairdis, citado en la nota 14, punto 38.

16 — Sentencia de 10 de junio 1993, Comisión/Grecia (C-183/91, Rec. p. I-3131), apartado 17.

torios farmacéuticos perseguía precisamente introducir un régimen fiscal más favorable para los mayoristas distribuidores, compensando así la desventaja competitiva derivada, según el legislador francés, de la imposición de obligaciones de servicio público a cargo de tales entidades. [17]

41. Por tanto, en el caso de autos no se está en presencia de una primera norma que establece legítimamente un gravamen y una segunda norma que concede de modo ilegal algunas exenciones. En este supuesto, la ilegalidad podría recaer, en cambio, sobre la propia norma que establece el gravamen, ya que está concebida para conceder una ventaja competitiva a determinadas empresas no sujetas a dicho gravamen. En consecuencia, la imposición asimétrica del gravamen sólo para determinadas categorías de empresas es precisamente lo que determina la existencia de una eventual ayuda.

42. En estas circunstancias, considero que no existen en principio impedimentos para permitir que dichas empresas impugnen la legalidad del gravamen ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes y solicitar su restitución.

43. Esta solución parece hallar una confirmación indirecta en primer lugar en la jurisprudencia relativa a la imposición de las denominadas exacciones parafiscales o en los casos en que la ayuda de Estado ilegal consiste en facilitar, en forma de subvenciones a favor de algunas personas, los fondos recaudados mediante una tasa establecida específicamente para ese fin (la exacción parafiscal, precisamente). Los gravámenes pagados por las empresas en virtud del citado tributo constituyen, en estos supuestos, la forma de financiación de la medida pública de ayuda.

44. Procede recordar a este respecto que, en la citada sentencia van Calster y Cleeren, invocada también por la demandante, el Tribunal de Justicia ha declarado que «cuando se aplique una medida de ayuda, de la que forme *parte integrante* un modo de financiación, sin que se haya observado la obligación de notificación, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en principio, a *ordenar el reembolso* de los tributos o cotizaciones específicamente recaudados para la financiación de dicha ayuda». [18] Sólo de ese modo, según el Tribunal de Justicia, se puede restablecer el *status quoante* tanto frente a las empresas que se han beneficiado injustamente de la ayuda como frente a las que han tenido que financiar una ayuda ilegal. [19]

45. Al igual que en el supuesto de las exacciones parafiscales, también en el caso de autos cabe detectar, en mi opinión, un nexo estrecho y necesario (o incluso una

17 — Véase la sentencia Ferring, citada en la nota 2, apartado 19. Véase también el punto 12 *supra*.

18 — Sentencia Van Calster, citada en la nota 10, apartados 53 y 54. El subrayado es mío.

19 — Véase, sobre esta cuestión, la sentencia de 27 de noviembre de 2003, Enirisorse (asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, Rec. p. I-14243), apartados 44 y 45.

auténtica y verdadera identidad) entre el gravamen y la ventaja fiscal. [20] En efecto, la supuesta ventaja otorgada de modo selectivo a los mayoristas distribuidores se deriva, como ya he destacado, de la asimetría del tributo establecido mediante la Ley de 19 de diciembre de 1999, ya que precisamente la imposición asimétrica de dicho tributo sólo a determinadas empresas da lugar supuestamente a una situación de ventaja relativa para las empresas no sujetas al mismo.

46. En otras palabras, en definitiva la imposición del gravamen sobre los laboratorios farmacéuticos y la no sujeción de los mayoristas distribuidores son dos aspectos inescindibles de la medida francesa establecida a través de dicho tributo.

47. Es más: procede señalar además que, aunque de modo indirecto, el gravamen pagado por los laboratorios farmacéuticos influye también en la magnitud de la ayuda recibida por los mayoristas distribuidores. El beneficio que éstos obtienen por la sujeción de sus competidores a la medida impugnada depende necesariamente de la cuantía del gravamen controvertido, ya que es evidente que cuanto más elevado sea el referido gravamen, mayor será la ventaja competitiva obtenida por las empresas competidoras no sujetas.

48. En contra de lo que sostienen la Comisión y URSSAF, el gravamen de que se trata debe considerarse parte integrante e imprescindible de la medida de ayuda, ya que, repito una vez más, la introducción en 1997 de dicho gravamen asimétrico fue precisamente lo que creó una ventaja competitiva para los mayoristas distribuidores y provocó, por tanto, las distorsiones de la competencia en el sector.

49. Ahora bien, de ser así, considero que la solución propuesta por la demandante, que consiste en la supresión de sus efectos (mediante el reembolso de los gravámenes pagados por las empresas sujetas), podría constituir una forma especialmente eficaz de restablecer el *status quo ante*. [21]

50. En efecto, al suprimir los efectos del gravamen no se hace otra cosa que volver a la situación existente antes de establecerlo, es decir, a una situación en la que los mayoristas distribuidores y los laboratorios no estaban sometidos a un régimen fiscal distinto.

51. Además, si la imposición asimétrica del gravamen supone una medida de ayuda ilegal, considero convincente la tesis soste-

20 — Sobre la importancia fundamental del nexo entre el gravamen y la medida de ayuda, véase la sentencia de 13 de enero de 2005, Streekgewest (C-174/02, Rec. p. I-85), apartados 22 y 55.

21 — Procede recordar que ya había propuesto esa posibilidad en mis conclusiones sobre el asunto Ferring, citado en la nota 2, puntos 22 y 23.

nida por Boiron que estima que están viciados de nulidad los actos por los que las autoridades francesas han recaudado los gravámenes ilegalmente impuestos únicamente a los laboratorios farmacéuticos.

52. A este respecto, cabe recordar, en efecto, que según reiterada jurisprudencia, «los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar a los justiciables que puedan alegar [el incumplimiento por las autoridades nacionales del artículo 88 CE, apartado 3] que los tribunales extraerán de este hecho todas las consecuencias, conforme al Derecho nacional, tanto en lo que atañe a *la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda,* como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales». [22]

53. Este poder/deber del juez nacional de actuar en defensa de los derechos de los justiciables deriva, como es sabido, del efecto directo que presenta el artículo 88 CE, apartado 3. [23] Y, como se desprende claramente del pasaje antes citado, exige al juez adoptar todos los instrumentos jurídicos que le ofrece el Derecho interno para la tutela de los demandantes.

54. A la luz de todo ello, no aprecio motivos por los que, en circunstancias muy particulares, como las del caso de autos, el juez nacional no pueda tutelar a las empresas perjudicadas por la ayuda ilegal estimando una solicitud de reembolso como la planteada por Boiron.

55. En contra de lo que sostienen el Gobierno francés, URSSAF y la Comisión, estimo que esa solución no tendría el efecto de agravar el acto ilícito, aumentando el número de beneficiarios de la medida en perjuicio de las empresas sujetas al gravamen controvertido. Considero que sucedería precisamente lo contrario. Esa solución, en efecto, daría lugar a una disminución del número de empresas perjudicadas por la supuesta ayuda y, por tanto, reduciría el ámbito de aplicación asimétrica del gravamen y, en consecuencia, sus efectos anticompetitivos.

56. Observo por otra parte que una decisión del Tribunal de Justicia que admitiera el reembolso del gravamen controvertido supondría, muy probablemente, una señal también para los otros laboratorios farmacéuticos que se consideren perjudicados por la concesión de la ayuda de que se trata. En efecto, cualquier operador económico perspicaz podría actuar –como ha hecho Boiron– para obtener el reembolso de los importes indebidamente pagados en virtud del gravamen.

22 — Sentencia de 21 de noviembre de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat National des négociants et transformateurs de saumon, «Salmón» (C-354/90, Rec. p. I-5505), apartado 12. El subrayado es mío. Véase también la sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartado 40.

23 — Véase la sentencia de 11 de diciembre de 1973, Lorenz (120/73, Rec. p. 1471), apartado 7.

57. Por último, tal solución me parece preferible por motivos de economía procesal puesto que hace menos onerosa la tutela judicial de los derechos de los perjudicados por medidas de ayuda ilegales como las del presente asunto. La solución contraria –propugnada por la Comisión– entrañaría, en efecto, la desestimación de la solicitud de reembolso presentada por Boiron y la necesidad de que esa empresa acudiera de nuevo a los órganos jurisdiccionales nacionales para que ordenaran a las autoridades nacionales competentes la ampliación retroactiva del gravamen controvertido a las empresas no sujetas inicialmente. Sin embargo, es difícil negar que tal solución haría bastante más compleja, onerosa e incierta la supresión de los efectos anticompetitivos del gravamen controvertido, tanto más si se considera que las autoridades francesas han decidido suprimir dicho gravamen mediante la Ley de 20 de diciembre de 2002, en lugar de extenderlo también a los mayoristas distribuidores.

58. Dicho esto, me parece importante precisar que en el caso de que el juez nacional siguiera la tesis aquí propuesta, no debería ordenar el reembolso de todos los gravámenes abonados por Boiron, sino sólo de la parte que supere los denominados costes adicionales. En efecto, como ha declarado el Tribunal de Justicia en la sentencia Ferring, la eventual ventaja ilegalmente obtenida por los mayoristas distribuidores no equivale a la cuantía íntegra de los gravámenes que el Estado ha renunciado a percibir, sino sólo a las cantidades que superen los costes adicionales que esas empresas han tenido que soportar para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se les imponen. [24]

59. Por tanto, sólo constituye una carga fiscal indebida para los laboratorios farmacéuticos y un beneficio ilegal para los mayoristas distribuidores aquella parte de los gravámenes pagados que corresponde a una supuesta compensación excesiva de las obligaciones de servicio público.

60. Evidentemente, corresponderá al juez nacional verificar, en primer lugar, la existencia de un elemento de ayuda en la desgravación concedida a los mayoristas distribuidores y, en segundo lugar, determinar, en su caso, su importe exacto. A este respecto, me limito a recordar que, en la citada sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, el Tribunal de Justicia precisó que cuando la selección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el

24 — Y siempre que concurran los demás requisitos previstos en las sentencias Ferring y Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg. Procede recordar que en la sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. p. I-7747), apartados 89 a 93, el Tribunal de Justicia aclaró los presupuestos que deben concurrir para que una compensación concedida a una empresa encargada del cumplimiento de obligaciones de servicio público no sea considerada una ayuda de Estado: 1) la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas; 2) los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente; 3) la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable; 4) cuando la selección no se efectúa mediante un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada, habría soportado para ejecutar las obligaciones de servicio público de que se trata.

marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. [25]

61. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión planteada por la Cour de Cassation que el Derecho comunitario no se opone a que un laboratorio farmacéutico obligado al pago de un gravamen como el previsto en el artículo 12 de la Ley nº 97-1164 de 19 de diciembre de 1997, alegue que la no sujeción de los mayoristas distribuidores a dicho gravamen constituye una ayuda de Estado, con objeto de solicitar la restitución de los importes abonados que corresponden al beneficio económico injustamente percibido por los mayoristas distribuidores.

Sobre la segunda cuestión

Observaciones preliminares

62. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en sustancia, si el Derecho comunitario se opone a disposiciones nacionales que imponen a una demandante que alega que una compensación concedida a empresas por la prestación de servicios públicos (en este caso, la desgravación otorgada a los mayoristas distribuidores) tiene carácter de ayuda, que aporte la prueba de que dicha compensación supera los costes ocasionados por las obligaciones de servicio público impuestas a tales empresas.

63. Al formular esta cuestión, el juez cita en primer lugar el artículo 1315 del Código civil francés que prevé que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento». El órgano jurisdiccional remitente destaca que, conforme al artículo 9 del nuevo Code de procédure civile, incumbe a cada parte probar con arreglo a la ley los hechos necesarios para que prospere su pretensión.

64. En virtud de estas disposiciones –añade la Cour de Cassation– la persona que impugna una medida pública debe probar que dicha medida constituye una ayuda de Estado en el sentido del Tratado. Por tanto, en un asunto relativo a medidas públicas de apoyo a entidades encargadas de un servicio público incumbe al demandante probar que no concurren los requisitos que excluyen la existencia de una ayuda (en particular, los

25 — Sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, citada en la nota 24, apartado 93.

exigidos por la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg). [26]

65. En aras de la exhaustividad, el órgano jurisdiccional remitente recuerda, por último, que el artículo 10 del nuevo Code de procédure civile prevé la posibilidad de que el juez que conoce sobre el fondo del asunto ordene de oficio todas las diligencias de instrucción legalmente admisibles. No obstante –subraya– esa disposición concede al juez nacional una mera facultad de actuar y no le obliga a suplir la eventual falta de información de que disponga la demandante.

66. Por este motivo, la Cour de Cassation pregunta al Tribunal de Justicia si, en el caso de autos, las disposiciones nacionales como las citadas deben considerarse incompatibles con el Derecho comunitario por constituir modalidades de prueba que tienen por efecto hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la tutela del propio derecho.

Apreciación

67. Procede recordar, en primer lugar, que conforme a una jurisprudencia consolidada, ante la inexistencia de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna ni, por otra parte, haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario. [27]

68. Pasando al examen de las disposiciones procesales nacionales mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente, procede señalar que son simplemente normas que establecen, conforme a un principio general del Derecho consolidado, que quien pretende invocar un derecho en juicio debe probar los hechos sobre los que se fundamenta, precepto enunciado a menudo con el conocido adagio latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* [28]

26 — Véase la nota 24.

27 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5; de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio (199/82, Rec. 3595), apartado 12; de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Rec. p. I-8003), apartado 33. En materia de ayudas, véanse las sentencias Saumon, citada en la nota 22, apartado 12; y de 2 de febrero de 1989, Comisión/Alemania (94/87, Rec. p. 175), apartado 12.

28 — Para un reconocimiento expreso de la validez de ese principio también en el procedimiento comunitario, véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 1990, Sens/Comisión (T-117/89, Rec. p. II-185), apartado 20. Véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 1988, Comisión/Italia (3/86, Rec. p. 3369), apartado 13, y de 5 de octubre de 1989, Comisión/Países Bajos (290/87, Rec. p. 3083), apartados 11 y 20.

69. Es preciso, por tanto, preguntarse si ese principio fundamental puede ocasionar, en el caso concreto, dificultades excesivas para un demandante en un procedimiento como el del presente asunto.

70. Pues bien, sin duda cabe coincidir con Boiron y la Comisión en que tal vez pudiera ser difícil, para un competidor de la empresa presuntamente beneficiaria de ayudas, probar que la compensación supera los costes adicionales derivados del cumplimiento de las obligaciones de servicio público. En efecto, los datos relativos a los costes de gestión empresariales son por lo general de carácter estrictamente confidencial.

71. No obstante, un examen de las disposiciones pertinentes del nuevo Code de procédure civile francés pone de manifiesto que el órgano jurisdiccional nacional dispone de una amplia facultad para adoptar todas las diligencias de instrucción útiles para obtener los elementos necesarios para pronunciarse sobre el fondo del litigio.

72. En efecto, el propio órgano jurisdiccional remitente ha indicado que el artículo 10 del nuevo Code de procédure civile permite al juez nacional ordenar de oficio, cuando lo considere oportuno, todas las diligencias de instrucción legalmente admisibles.

73. Además, como destaca acertadamente URSSAF en su escrito, los artículos 143 a 146 del nuevo Code de procédure civile también permiten al juez ordenar, a instancia de parte, diligencias de instrucción en cualquier momento del procedimiento, cuando considere que no dispone de elementos suficientes para resolver el litigio. Dichas diligencias pueden consistir en una orden judicial, dirigida a una parte o a un tercero, de aportar un documento o elemento de prueba (artículo 138 del nuevo Code de procédure civile).

74. En virtud de tales normas considero, por tanto, que existe una posibilidad concreta de que el juez nacional intervenga, bien a instancia de parte o bien de oficio, ordenando las diligencias de instrucción necesarias, de modo que se puedan superar las eventuales dificultades de una parte para aportar determinados tipos de pruebas (por ejemplo, pruebas relativas a los costes de gestión de un competidor).

75. Procede recordar además que los requisitos que el Tribunal de Justicia indicó en la citada sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg [29] para excluir

29 — Véase la nota 24.

la existencia de una ayuda en el supuesto de que se trata tienen carácter acumulativo. Por lo tanto, es suficiente que un demandante demuestre que no concurre uno cualquiera de los requisitos para que el juez nacional deba concluir que la compensación constituye una ayuda de Estado en el sentido del Tratado. Pues bien, aunque es cierto que tal vez podría resultar difícil para un demandante probar que la compensación pagada al prestador del servicio no supera los costes ocasionados por el servicio, no considero que exista dicha dificultad probatoria cuando se pretenda demostrar que no concurre uno de los otros tres requisitos establecidos en la sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg.

76. Cabe señalar, por ejemplo, que el cuarto requisito establece una valoración de la compensación sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media habría soportado para el desarrollo de tales servicios. A mi juicio, el examen de dicho requisito no requiere el acceso a datos de carácter confidencial de los que sólo pueden disponer la empresa beneficiaria o el Estado. Por el contrario, los datos necesarios para un análisis de este tipo son normalmente elementos de los que debe tener conocimiento una empresa que opera o que pretende operar en el mercado de que se trata.

77. Añadiré, por último, que no me parece convincente la tesis de la Comisión que considera que la prueba *de qua* constituye una «prueba de carácter negativo» y que por tanto sería lógico imponerla a cargo del Estado miembro o del presunto beneficiario de la ayuda. A mi juicio, este argumento está centrado en una mera cuestión terminológica. En efecto, considero que los hechos que ha de probar Boiron ante el órgano jurisdiccional remitente pueden ser considerados todos ellos como hechos positivos: compensación excesiva en relación con los costes soportados por el servicio público, existencia de una ventaja económica para el prestador del servicio, etc.

78. Por las consideraciones expuestas, no estimo que disposiciones generales de Derecho nacional en materia de carga de la prueba, como las citadas por el órgano jurisdiccional remitente, puedan hacer «imposible o excesivamente difícil» la tutela de los derechos correspondientes a los justiciables en virtud de las normas de Derecho comunitario en materia de ayudas de Estado.

79. Propongo por tanto al Tribunal de Justicia que responda a la segunda cuestión que el Derecho comunitario no se opone a las disposiciones nacionales que exigen, a una demandante que alega que una compensación concedida a empresas para la prestación de servicios públicos tiene el carácter de ayuda, que aporte la prueba de que dicha compensación supera los costes ocasionados por las obligaciones de servicio público impuestas a dichas empresas.

V. Conclusión

80. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por la Cour de Cassation del siguiente modo:

«1) El Derecho comunitario no se opone a que un laboratorio farmacéutico obligado al pago de un gravamen como el previsto en el artículo 12 de la Ley nº 97-1164, de 19 de diciembre de 1997, alegue que la no sujeción de los mayoristas distribuidores a dicho gravamen constituye una ayuda de Estado, con objeto de solicitar la restitución de los importes abonados que corresponden al beneficio económico injustamente percibido por los mayoristas distribuidores.

2) El Derecho comunitario no se opone a las disposiciones nacionales que exigen, a una demandante que alega que una compensación concedida a empresas para la prestación de servicios públicos tiene el carácter de ayuda, que aporte la prueba de que dicha compensación supera los costes ocasionados por las obligaciones de servicio público impuestas a dichas empresas.»