CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SIR GORDON SLYNN
presentadas el 25 de enero de 1984 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Es sabido que las industrias comunitarias del ramo textil y de la confección se han visto muy afectadas tanto por la recesión como por la oferta cada vez mayor de productos relativamente baratos procedentes de países terceros. Estas industrias constituyen un sector importante de la economía del Reino de Bélgica y el Gobierno belga ha procurado desde hace varios años adoptar medidas de sostenimiento. Evidentemente en esta tarea estaba limitado por el principio de prohibición de ayudas de Estado establecido en el artículo 92 del Tratado CEE y su acción estaba, además, sometida a las facultades de control de que dispone la Comisión con arreglo al artículo 93 de este mismo Tratado.

Después de una larga serie de discusiones, la Comisión aprobó para un año, mediante escrito de 18 de noviembre de 1981, la aplicación de un plan quinquenal de reestructuración de la industria belga textil y de la confección.

En el presente asunto, la República Federal de Alemania solicita al Tribunal de Justicia que anule esta autorización con arreglo al artículo 173 del Tratado. En el supuesto de que la primera pretensión no se viera acogida o de que se estimara únicamente a causa de la existencia de vicios sustanciales de forma, la República Federal solicita con carácter subsidiario que se declare, con arreglo al artículo 175, que la Comisión ha infringido los artículos 92 y 93 del Tratado en la medida en que no declaró el plan incompatible con el mercado común, tras el correspondiente examen.

El asunto plantea una importante cuestión de procedimiento y, respecto al núcleo de la autorización efectivamente dada, ha movido a las partes a examinar en detalle las implicaciones económicas, técnicas y sociales de este plan. Conviene, en primer lugar, examinar la pretensión de anulación que, en mi opinión, que comparto con la Comisión, procede admitir; trataré por separado la pretensión subsidiaria, que, en opinión de la Comisión, no procede admitir.

Expuestos los rasgos generales, la alegación relativa al procedimiento consiste en que la

* Lengua original: inglés.

Comisión no tenía derecho a autorizar el plan, en las circunstancias del presente asunto, sin iniciar el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 del Tratado; ahora bien, ha resultado probado que la Comisión no lo hizo y pretende que no estaba obligada a actuar de esta manera.

En resumen, estas circunstancias se refieren a los siguientes sucesos que, en mi opinión, presentan una importancia fundamental para dirimir el problema relativo al procedimiento.

Mediante Real Decreto de 20 de diciembre de 1977 (*Moniteur belge* de 24 de diciembre de 1977), se creó un régimen de ayudas a favor de las dos industrias. Como quiera que no se había notificado previamente dicha ayuda, la Comisión inició, en marzo de 1978, el procedimiento de examen establecido en el apartado 2 del artículo 93, pero, tras tratar de ello con el Gobierno belga, este último comunicó que se elaboraría un nuevo plan con objeto de tener en cuenta las modificaciones propuestas por la Comisión. Este primer procedimiento se concluyó en marzo de 1979 pero se reinició en abril de 1980 al solicitar al Gobierno que presentara un informe detallado sobre su plan de creación de un régimen de ayudas. Este informe fue presentado el 28 de julio de 1980 y confirmado el 11 de agosto de 1980. Fue considerado como la notificación de un proyecto de ayudas en el sentido del apartado 3 del artículo 93 del Tratado. Hubo intercambio de correspondencia, se celebraron reuniones entre la Comisión y el Gobierno belga y parece evidente que el plan belga fue discutido, al menos, en una de las reuniones regulares de representantes de los Estados miembros convocadas por la Comisión en el marco de sus funciones de control de ayudas. En un encuentro entre el Gobierno belga y la Comisión el 22 de julio de 1981, la Comisión solicitó que el plan fuera modificado y estas modificaciones fueron expuestas y aceptadas por el Gobierno belga en un escrito de 5 de agosto de 1981. Se referían a las modalidades de financiación de la ayuda prevista, a la exclusión de cualquier otra forma de ayuda de Estado para los sectores afectados del textil y de la confección, a una prima de reestructuración reembolsable del 1 % sobre la cuantía de la inversión en casos particulares así como a la notificación a la Comisión, previa a la concesión de la ayuda, respecto a productos específicos como la confección para caballeros y las medias. Este documento subraya que se han introducido cambios importantes y tanto la Comisión como el Gobierno alemán consideran en sus observaciones que este escrito constituía la notificación de un nuevo régimen de ayudas.

La Comisión convocó una reunión de Estados miembros para el 17 de septiembre de 1981, en el marco de las series ordinarias de reuniones multilaterales que organiza habitualmente. El plan belga constituía uno de los puntos del orden del día y se distribuyó un documento de trabajo que contenía una presentación sucinta del plan en su última versión (anexo 17 al escrito de contestación).

Posteriormente, en septiembre, se celebraron otras dos reuniones entre la Comisión y

el Gobierno belga. El 1 de octubre de 1981 el Gobierno belga dio a conocer su aquiescencia a un compromiso sobre el plan de ayudas elaborado en el curso de estos dos encuentros. En concreto, el Gobierno estaba dispuesto a aumentar de un 25 % a un 30 %, en el caso normal, la participación de la industria en los fondos necesarios para la reestructuración; aceptaba a su pesar las objeciones de la Comisión respecto a la prima de reestructuración reembolsable que había sido considerada, hasta ese momento, como una parte espinosa del proyecto; además, admitía la necesidad de una solicitud previa respecto a la ayuda al grupo de productos que incluían la confección masculina y las medias, respecto a las empresas que emplearan a más de 50 personas (en lugar de las 150 propuestas inicialmente).

El 2 de octubre, el Gobierno alemán presentó sus observaciones sobre el plan que conocía, señalando que, en su opinión, este plan limitaría la necesaria adaptación estructural de una industria enfrentada a la recesión, que un 25% de participación por parte de las industrias afectadas no era suficiente, que no sabía nada de las cantidades empleadas en años distintos del primero, pero, sobre todo, que el plan generaría considerables distorsiones en la competencia en el sentido de la Comunidad y daría lugar a pérdidas de empleo en otros Estados miembros.

Otros Estados miembros también enviaron observaciones sobre este plan.

El 5 de noviembre se celebró otra reunión entre la Comisión y el Gobierno belga y, mediante escrito de 18 de noviembre (anexo 24 al escrito de contestación), la Comisión aceptaba la aplicación del plan durante un año en las condiciones expuestas en este escrito. Digno de mención es que la Comisión afirmaba seguir estando preocupada por los efectos del plan sobre la competencia en la Comunidad; esta preocupación se descubría también en las posiciones adoptadas por otros Estados miembros en la reunión del 17 de septiembre y en los comentarios escritos que estos Estados habían enviado posteriormente a la Comisión. Sólo, se decía, tras un examen particularmente profundo del plan, llegó la Comisión a la conclusión de que, a través de todas las garantías previstas, el plan no alteraría los intercambios entre los Estados miembros en forma contraria al interés común. Se informó al Gobierno belga de que debía aceptar en ocho días las condiciones enunciadas y que, de lo contrario, la Comisión iniciaría el procedimiento con arreglo al apartado 2 del artículo 93 del Tratado.

El 4 de diciembre, el Ministro federal de Economía alemán informó al Comisario responsable de los asuntos de competencia de que el Gobierno alemán estaba en contra de la aprobación del plan por parte de la Comisión. No obstante, mediante escrito de 9 de diciembre de 1981, el Gobierno belga aceptaba las condiciones expuestas en el escrito de 18 de noviembre; por tanto, mediante escrito de 16 de diciembre, la Comisión informó que podía aplicarse el plan a partir del 1 de enero de 1982. Los Estados miembros fueron informados de que, si se cumplían los requisitos formulados en el

escrito de 18 de noviembre, la Comisión no tenía ninguna objeción respecto al plan.

De la considerable documentación presentada ante el Tribunal de Justicia se deduce claramente que la Comisión había formulado, en diferentes momentos, serias reservas sobre la forma y la cuantía de la financiación prevista, sobre los sectores que se beneficiarían de las ayudas, sobre la necesidad de ayudar a determinadas empresas de algunos sectores de la industria, sobre la de garantizar la supervivencia de empresas que no eran eficaces ni podían obtener beneficios, y sobre el efecto de esta práctica sobre la competencia. El Gobierno alemán comunicó, en particular, su preocupación a propósito de los efectos de este plan sobre la industria alemana en relación con el volumen de negocios así como sobre el paro que podía originar. La Comisión consideró imposible aprobar el plan sin proceder a una investigación extensa y detallada sobre estas cuestiones.

Parece que, tanto en la carta de 18 de noviembre de 1981 como en el presente procedimiento, la Comisión había considerado el proyecto controvertido como el de la versión modificada que le había sido presentada en agosto de 1980 y no como un plan nuevo propuesto el 5 de agosto de 1981. En mi opinión, es correcto partir de esta hipótesis.

¿Tenía derecho la Comisión a autorizar la aplicación de este plan sin iniciar el procedimiento a que se refiere el apartado 2 del artículo 93?

Según el Gobierno alemán, cuando la Comisión es informada de proyectos de concesión o de modificación de una ayuda, debe proceder a un examen previo de la compatibilidad del plan con el mercado común. Este examen se basa en el apartado 3 del artículo 93 y se limita a: 1) determinar si se han cumplido, clara y objetivamente, los requisitos de aprobación de la ayuda, y 2) si una ponderación provisional de los argumentos a favor y en contra de la ayuda daría lugar a su aprobación. Si la Comisión alberga dudas sobre la compatibilidad del plan con el mercado común o no puede ejercer sus facultades de evaluación en términos objetivos y precisos sin recabar las informaciones y las observaciones de otros Estados miembros y de las partes afectadas, no puede aprobar el plan en esta fase previa y deberá proceder a un examen completo del problema con arreglo al apartado 2 del artículo 93. En el presente asunto se dice que era evidente desde el primer momento que la compatibilidad del plan belga con el mercado común era dudosa. Por consiguiente, la Comisión debería haber actuado conforme al apartado 2 del artículo 93. Sin embargo, adoptó su Decisión tras el examen previo establecido en el apartado 3 del artículo 93, privando de esa manera a los terceros interesados de su derecho de presentar observaciones al respecto.

La Comisión entiende que el apartado 3 del artículo 93 se refiere a un examen detallado de un proyecto de régimen de ayudas. Se basa, en particular, en la segunda frase de esta disposición, en cuyos términos: «Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 92, la Comisión iniciará sin demora

el procedimiento previsto en el apartado anterior.» De ello se deduce que los terceros no tienen derecho a ser oídos y que la Comisión no tiene ninguna obligación de consultar a los Estados miembros o terceros interesados antes de adoptar una Decisión que declare la compatibilidad de un plan con el mercado común. En cualquier caso, la Comisión opina que el resultado de la investigación habría sido idéntico incluso si hubiera actuado con arreglo al apartado 2 del artículo 93, de manera que la auténtica cuestión es la de si la Decisión erraba en el fondo, y no la de si adolecía de un vicio de procedimiento.

El régimen de los dos artículos del Tratado es, en mi opinión, el siguiente:

i) Según lo dispuesto en el artículo 92, una ayuda que falsee o amenace falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o productores, está prohibida por ser incompatible con el mercado común, en la medida en que afecte a los intercambios entre Estados miembros, salvo en los casos en que:

a) se trate de una ayuda a la que sea aplicable el apartado 2 del artículo 92, en cuyo caso será autorizada automáticamente;

b) mediante Decisión del Consejo, adoptada con arreglo a la letra d) del apartado 3 del artículo 92, se precise que se trata de una ayuda compatible, en cuyo caso se autoriza automáticamente;

c) se trate de una ayuda que responda a la definición del apartado 1 del artículo 92 pero a la que sean aplicables las letras a), b) o c) del apartado 3 del artículo 92 y, al mismo tiempo, haya sido «considerada» compatible con el mercado común; corresponderá a la Comisión, bajo control del Tribunal de Justicia, determinar si semejante ayuda es compatible por ese motivo; la ayuda sólo dejará de estar prohibida si la Comisión se pronuncia en este sentido.

ii) La Comisión, siempre bajo el control del Tribunal de Justicia, está encargada de controlar tanto las ayudas existentes como los proyectos de concesión o de modificación de ayudas. Respecto a este último punto, el apartado 2 del artículo 93 obliga a la Comisión a exigir la supresión o la modificación de la ayuda si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, entiende que la ayuda no es compatible con el mercado común o que se está aplicando de manera abusiva. La Comisión también debe ser informada de los proyectos de concesión de ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones (apartado 3 del artículo 93). Si «considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 92», la Comisión iniciará «sin demora el procedimiento previsto en el apartado 2». Las medidas proyectadas no pueden aplicarse antes de que en dicho procedimiento haya recaído Decisión definitiva.

iii) El artículo 93 no dice nada respecto al comportamiento que debe observarse cuan-

do la Comisión no considere que el plan es incompatible con el mercado común o cuando tras la notificación la Comisión no responda en un plazo razonable.

iv) En las sentencias de 11 de diciembre de 1973, Lorenz (120/73,↔ Rec. p. 1471), y Markmann (121/73, Rec. p. 1495), el Tribunal de Justicia reconoció que, respecto a ayudas nuevas, el plazo previo de reflexión y de investigación es suficiente para permitir a la Comisión «formarse una primera opinión sobre la compatibilidad parcial o total con el Tratado» de los proyectos que le hayan sido notificados. Si considera el proyecto compatible, la Comisión debe notificarlo a los Estados miembros, pero no está obligada a adoptar una Decisión formal. Sólo si la Comisión considera el proyecto incompatible, deberá iniciar el «procedimiento contradictorio». Habida cuenta de la importancia económica de conceder determinadas ayudas sin dilación innecesaria, si la Comisión no se pronuncia en un plazo razonable (que el Tribunal de Justicia estima de dos meses) el Estado miembro puede adoptar medidas con objeto de aplicar la ayuda que, en ese momento, podrá ser controlada como ayuda existente, bien entendido que no puede reputarse compatible por el mero hecho de la falta de actividad de la Comisión.

Por consiguiente, es obvio que nada impide a la Comisión efectuar investigaciones y recabar informaciones en el período previo. No está obligada a limitarse a examinar el proyecto y a formarse una primera opinión sólo sobre esta base. Por otra parte, sólo debe formarse una primera opinión, habida cuenta de que no se ha seguido un «procedimiento contradictorio».

Si la primera opinión de la Comisión es que un proyecto es incompatible, la situación está clara; debe iniciar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 y la Decisión que se adopte en este procedimiento confirmará o rechazará de manera decisiva la compatibilidad total o parcial del proyecto con el mercado común.

Si la Comisión entiende que, a primera vista, un proyecto no es incompatible con el mercado común e informa de ello al Estado miembro de que se trate, se pueden concebir dos tipos de conclusión. Una sería que el Estado miembro tiene derecho a ejecutar este proyecto. En otras palabras, cuando se aplique el proyecto, debe ser considerado compatible con el mercado común. La otra conclusión posible sería que no hay Decisión que afirme que el proyecto es compatible; el control previo se limitará, por tanto, a levantar la prohibición de aplicación, pero dejando sin decidir su compatibilidad, que sólo podrá decidirse definitivamente si, a continuación, se inicia el procedimiento del apartado 2 del artículo 93. En otras palabras, al no haberse dejado en suspenso inmediatamente el nuevo proyecto, quedará sometido al mismo control que una ayuda existente y podrá ser calificado de incompatible, independientemente del desarrollo posterior.

En mi opinión, la primera solución es la acertada y, a partir del momento en que se autoriza un proyecto por no ser incompati-

ble, debe considerarse que constituye una ayuda compatible con el mercado común, sin perjuicio, en mi opinión, de un futuro reexamen del proyecto cuando, una vez aplicado, se considere que ha pasado a ser incompatible con el mercado común. En mi opinión, la segunda solución da lugar a una incertidumbre que no puede haber sido querida.

No obstante, este resultado es sorprendente en un determinado aspecto, relevante por otra parte. Uno de los objetivos del artículo 92 es impedir a los Estados miembros conceder ayudas que proporcionen a sus industrias nacionales una ventaja competitiva injusta respecto a las empresas de otros Estados miembros. Por tanto, la cuestión de si debe otorgarse una ayuda en un Estado miembro puede ser de gran importancia para otros Estados miembros y sus empresas. Una ayuda considerada compatible puede ser para otro Estado miembro (que, en mi opinión, tiene, por tanto, la condición de interesado en el sentido del apartado 2 del artículo 93) más preocupante que una ayuda considerada incompatible. Por consiguiente, es lógico que los Estados miembros tengan derecho a presentar sus observaciones cuando la Comisión se proponga aceptar una ayuda por considerarla compatible.

Esta consideración corrobora, a mi parecer, la tesis sostenida por la República Federal de Alemania. La facultad de la Comisión de aprobar (después de haberse formado una primera opinión) un proyecto de ayudas en el período previo está limitada; más allá de semejante límite, los Estados miembros tienen derecho a ser oídos.

Se puede afirmar que el ejercicio de semejante facultad sólo se refiere a cuestiones que la Comisión deba decidir en el marco de los apartados 1 y 2 del artículo 92, pero no en el marco del apartado 3 del artículo 92, que implica determinar si se debe considerar compatible o no una ayuda a la que sea aplicable el apartado 1 del artículo 92 y uno de los párrafos del apartado 3 del artículo 92. Se puede afirmar que esta comprobación planteará, muy probablemente, problemas que afecten a otros Estados miembros y a otros interesados, que deberían tener derecho a presentar observaciones. Sin embargo, no creo que haya que interpretarlo tan restrictivamente ya que, si hubiera sido esa la intención, la referencia en el apartado 3 del artículo 93 se habría limitado expresamente a los apartados 1 y 2 del artículo 92.

La naturaleza del límite fijado a la facultad de la Comisión es otra. Opino que si la Comisión no puede afirmar que el proyecto, como le ha sido presentado, es, a primera vista, claramente compatible con el mercado común, debe iniciar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93.

En el presente asunto, independientemente de que se considere que el proyecto fue notificado en agosto de 1980 o tras su modificación en agosto de 1981, la Comisión entendió que, tal y como se presentaba, no era compatible con el mercado común. Exigió importantes modificaciones y, además, impuso ciertos requisitos esenciales. Albergaba serias dudas respecto a un determinado número de aspectos de este proyecto, principalmente el efecto que tal proyecto

pudiera tener sobre los intercambios intracomunitarios. Sabía que numerosas características de este proyecto, en particular referentes a los efectos sobre la industria textil alemana y el empleo en esta industria, eran muy controvertidos. Además, algunos cambios introducidos parecen no haber sido comunicados –por ejemplo, a la República Federal– antes de que el Gobierno belga aceptara la carta de 18 de noviembre; de hecho, el proyecto no parece haber sido puesto, en ningún momento pertinente, a disposición de la Comisión o de los Estados miembros, que fueron consultados a este respecto de manera escueta el 17 de septiembre de 1981.

No admito la alegación de la Comisión de que el resultado habría sido el mismo con o sin procedimiento conforme al apartado 2 del artículo 93. Me parece imposible admitir en el presente asunto que no se habría podido informar a la Comisión de ningún elemento nuevo que pudiera influir sobre su Decisión; la Comisión tampoco puede pretender que, de todas formas, no habría tenido en cuenta tales elementos nuevos.

En mi opinión, sin querer en absoluto discutir las amplias facultades discrecionales de la Comisión para decidir, a su debido tiempo, si un proyecto es compatible o no, debo recordar que ha resultado probado, habida cuenta del conjunto de circunstancias del presente asunto, que la Comisión había opinado que el proyecto por el que se concedía la ayuda nueva –presentado en agosto de 1980 o en agosto de 1981– era, tal y como se presentó, incompatible con el mercado común. Debido a la relevancia de los problemas suscitados y de la necesidad de introducir determinadas modificaciones, la autorización no podía y no debía haberse concedido de esa manera. Por el contrario, procedía iniciar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93. Por consiguiente, la Decisión de la Comisión debe ser anulada.

Normalmente, el resultado de la anulación sería iniciar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 para el proyecto de 1980. En el presente asunto, ello podía parecer una solución puramente académica, puesto que notificó, en marzo de 1982, un nuevo proyecto y que, después de haber considerado en un primer momento el plan incompatible con el mercado común, la Comisión, tras haber oído las observaciones y procedido a una investigación, llegó a la conclusión de que las medidas propuestas no eran compatibles con el mercado común, a menos que se cumplieran previamente determinados requisitos. El plan originario fue prorrogado hasta el 31 de marzo de 1983, pero parece haber expirado actualmente.

Si, por consiguiente, debe anularse la Decisión, indudablemente el Tribunal de Justicia no tendrá que examinar las alegaciones sobre el fondo, puesto que el plan previsto originariamente ha sido sustituido de todas formas por otro. No obstante, por mi parte debo examinarlas.

La cuestión fundamental es la de si el proyecto incluía «ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteran las condiciones de

los intercambios en forma contraria al interés común». Por tanto, había que dirimir dos cuestiones: en primer lugar, si se cumplían los requisitos básicos, y, en segundo lugar, si podía considerarse la ayuda en su conjunto compatible con el mercado común. En principio, estas cuestiones son competencia de la Comisión, que tiene una amplia facultad discrecional para apreciar factores económicos y sociales complejos (asunto en el que recayó la sentencia de 22 de marzo de 1977, Steinike & Weinling, 78/76,↔ Rec. p. 595 y conclusiones del Abogado General Sr. Capotorti en el asunto en el que recayó la sentencia de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris/Comisión, 730/79, Rec. pp. 2671 y ss., especialmente p. 2701). No obstante, el Tribunal de Justicia puede controlar jurídicamente la Decisión adoptada por la Comisión, así como los antecedentes de hecho para determinar si, habida cuenta de los elementos de que disponía, la Comisión podía declarar probados dichos hechos. El Tribunal de Justicia podrá anular la Decisión de la Comisión si comprueba que la Comisión ha ejercido su facultad discrecional de manera contraria a los objetivos y el espíritu de la normativa.

Una alegación previa se basa en que la Comisión, al examinar la ayuda controvertida, no tuvo en cuenta la aportación de capital, que debería haber sido considerado como una ayuda. Para aprobarse, un plan de reestructuración debe exigir de la empresa una financiación con capital propio de, al menos, 30 % (o del 25 % en casos excepcionales) de los costes de capital. Un 45 % como máximo puede proceder de aportaciones de capital y 30 % como máximo de préstamos a interés de mercado, salvo una bonificación de interés del 7 % a cinco años. Como se deduce de una carta del Gobierno belga, de 29 de junio de 1981, el proyecto preveía que las aportaciones de capital se harían mediante suscripción de participaciones en las empresas afectadas. La Comisión entendió que estas aportaciones de capital no constituían una ayuda de Estado. Su criterio parece ser que la participación del Estado en una empresa en dificultades o insolvente constituye una ayuda. Por el contrario, cuando la empresa es viable, económica, industrial y comercialmente, y sólo se enfrenta con problemas coyunturales de reconversión, la participación del Estado no constituye una ayuda. En el presente asunto el plan belga, se dice, contempla la concesión de ayudas a empresas que parecen ser competitivas a largo plazo y, por tanto, la participación del Estado debe ser considerada como una contribución normal al capital de una empresa y no como una ayuda, puesto que las cantidades aportadas serán –o se pretende que sean– devueltas.

El Tratado no define el concepto de «ayuda»; el apartado 1 del artículo 92 se refiere a todas las «ayudas otorgadas por los Estados mediante fondos estatales, bajo cualquier forma». En el citado asunto Steinike & Weinlig, el Tribunal de Justicia empleó la expresión de «ventaja gratuita» (véase el apartado 22), pero se trataba de una alusión a los términos utilizados en la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional en el asunto en el que recayó la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73,↔ Rec. p. 709), apartado 26, el Tribunal de Justicia se refirió simplemente a «ventajas». En el

asunto en el que recayó la sentencia de 27 de abril de 1980, Denkavit Italiana (61/79,↔ Rec. p. 1205), apartado 31, el Tribunal de Justicia entendió que el apartado 1 del artículo 92 «se refiere [...] a las decisiones de los Estados miembros mediante las que éstos, con objeto de alcanzar objetivos económicos y sociales de su competencia, ponen recursos a disposición de las empresas o de otros sujetos de Derecho, mediante decisiones unilaterales y autónomas, o les proporcionan ventajas destinadas a fomentar la consecución de los objetivos económicos o sociales perseguidos». Respecto al concepto de «subvenciones o ayudas» a que se refiere la letra c) del artículo 4 del Tratado CECA, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto en el que recayó la sentencia de 23 de febrero de 1961, Steenkolenmijnen/Alta Autoridad (30/59,↔ Rec. p. 1) que «en la terminología usual se considera subvención a una prestación en metálico o *in natura* otorgada para sostener una empresa y que no constituya el pago por el comprador o el usuario de los bienes o servicios que produce; [...] se considera ayuda un concepto muy próximo a éste, que, sin embargo, acentúa el carácter teleológico, considerándose la ayuda destinada especialmente a la consecución de un fin determinado, que no podría alcanzarse, en general, sin el concurso de otros».

Basándose en los dos últimos asuntos, se puede afirmar que cualquier forma de asistencia proporcionada por un Estado miembro o mediante fondos estatales, destinadas a la consecución de un objetivo específico, constituye una ayuda en el sentido del apartado 1 del artículo 92, incluso aunque no sea gratuita. En mi opinión, a los fines del presente procedimiento no se requiere ir tan lejos. Una asistencia constituye, una ayuda, al menos cuando el destinatario obtiene una ventaja que no había obtenido normalmente. Un préstamo a un tipo de interés inferior a los tipos del mercado constituye un ejemplo evidente de ello. No obstante, lo mismo cabría decir de una aportación de capital en las condiciones normales del mercado, pero a tal escala que el mercado de capitales normalmente no habría podido proporcionarlo. En cualquier caso, cuando las participaciones en una empresa son compradas por un Estado miembro o mediante fondos estatales, bajo la forma de una transacción comercial normal, las aportaciones de capital como las previstas en el plan belga están incluidas, en mi opinión, en el apartado 1 del artículo 92. Entiendo que el hecho de que, en teoría, este apoyo económico estuviera reservado a las empresas viables y que se pudieran pagar dividendos por las participaciones suscritas no excluye forzosamente que se trate de una ayuda. La cantidad que debía pagarse había sido calculada por referencia al coste del plan de reestructuración y aunque, de manera general, hubiera debido pagarse en forma de suscripción a un aumento de capital, se establecía que, en una fecha que se determinaría posteriormente, se reembolsaría a través de una reducción de capital o mediante la compra de las participaciones vendidas anteriormente. Parece que las participaciones se habrían conservado si no se hubiera podido efectuar el reembolso. El criterio predominante al celebrarse estos acuerdos parece haber sido el deseo de encontrar un mecanismo apropiado para poner a disposición de las empresas los medios económicos necesarios para su reestructuración. No se puede afir-

mar que el plan concebido de esa manera comprendiera simplemente la aportación de un capital a riesgo con objeto de invertir. En estas circunstancias, esta parte del plan belga constituiría, en mi opinión, una ayuda en el sentido del apartado 1 del artículo 92. No es posible afirmar que si la Comisión hubiera mantenido este criterio y no el que realmente tuvo, no habría modificado su opinión sobre el plan. Por el contrario, ello constituiría una parte substancial del plan. Por consiguiente, en mi opinión la Decisión se adoptó sobre una base equivocada y, aunque sólo fuera por este motivo, debe ser anulada.

La siguiente cuestión se refiere a los requisitos que deben cumplirse para poder acogerse a la letra c) del apartado 3 del artículo 92. Puesto que el plan belga se refiere a las industrias textil y de la confección y no a regiones particulares de Bélgica, es preciso comprobar si el proyecto pretende conceder «ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades [...] económicas». A este respecto, la cuestión fundamental es la de si la ayuda podría producir el efecto de facilitar el desarrollo y no simplemente si lo pretendía. Como reconoció la sentencia en el asunto Philip Morris, la ayuda debe ser esencial para el desarrollo pretendido, aunque no coincida con la totalidad de las cantidades necesarias. También debe asegurar la mejora de las modalidades en que se desarrolla la actividad económica, lo cual puede incluir una racionalización, modernización o expansión de una industria. Limitarse a mantener en vida a una sociedad moribunda en tiempos de recesión no es «facilitar el desarrollo».

En el presente asunto, el representante del Gobierno alemán ha negado que se hubieran cumplido los requisitos básicos para la aplicación de la letra c) del apartado 3 del artículo 92, desde cinco puntos de vista:

1) El proyecto belga se limita a preservar el *status quo.*

2) La ayuda no es necesaria.

3) El proyecto belga no garantiza que se vaya a aplicar sólo a empresas competitivas a largo plazo.

4) El proyecto no prevé la reducción progresiva de la ayuda.

5) El proyecto contempla un nivel de participación del Estado tan elevado que se limitará a preservar la estructura actual de la industria belga.

A propósito del primer aspecto, se ha afirmado que es «extremadamente dudoso» que el proyecto belga favorezca la reestructuración, puesto que su objetivo es, en realidad, limitar las pérdidas de puestos de trabajo en las industrias textil y de la confección. El proyecto no contiene medidas para reducir las capacidades excedentarias o para crear puestos de trabajo en otros sectores. La Comisión se ha fundado en parte en el hecho de que el proyecto se basaba en un informe elaborado en junio de 1980 por McKinsey & Co. Este informe consideraba

necesaria la adaptación de la producción a las tendencias manifestadas en el mercado internacional, la modernización de la maquinaria, la introducción de nuevas tecnologías, la diversificación y el aumento de los esfuerzos innovadores. En mi opinión no es preciso referirse a este informe de manera detallada, puesto que el factor crucial no es lo que se decía en él, sino lo que hizo el Gobierno belga.

Ninguno de los documentos presentados ante el Tribunal de Justicia proporciona información detallada sobre las formas de reestructuración que podrían aprobarse o sobre los criterios que deberían aplicar los dos organismos encargados de controlar los proyectos, el Institut du textile et de la confection de Belgique y la Société nationale pour la restructuraction de l'industrie de la confection et du textile («ITCB» y «SNCT»). Incluso en estas condiciones la Comisión tenía derecho, en mi opinión, a pensar que el efecto que se esperaba del proyecto era permitir el «desarrollo», en el sentido de la letra c) del apartado 3 del artículo 92, de la industria belga textil y de la confección. Como el efecto real del plan dependía mucho del comportamiento del ITCB y de la SNCT, la Comisión consideró prudente aprobar el proyecto sólo por un año y controlar constantemente su aplicación. Si bien los objetivos esenciales del plan eran, a decir de sus promotores, terminar con el declive en la producción y limitar las pérdidas de puestos de trabajo, el proyecto consideraba la hipótesis de una disminución de la producción de la industria belga textil y de la confección en relación con el conjunto de la Comunidad, acompañada de la desaparición de un determinado número de puestos de trabajo. No obstante, se esperaba que las pérdidas de puestos de trabajo ocasionadas por las medidas de reestructuración adoptadas para aumentar la productividad fueran menos importantes que las que se producirían en caso de inactividad. Habida cuenta de estas circunstancias y del hecho de que correspondía al ITCB y a la SNCT aprobar en cada caso concreto la forma precisa de la reestructuración a que debiera procederse, creo excesivo afirmar que el proyecto no favorecía en absoluto los cambios de estructura.

El proyecto no vincula la concesión de ayudas únicamente a las medidas de conservación de puestos de trabajo. Una disminución del número de puestos de trabajo perdidos era, si se producía, una ventaja deseable, pero no el objetivo esencial del proyecto, que era reestructurar la industria. En la vista, el representante del Gobierno alemán declaró que una asociación de comerciantes belga se había quejado de que el plan se había aplicado siguiendo criterios políticos y regionales. Sea o no así –el Tribunal de Justicia no dispone de pruebas al respecto– ello no tiene relevancia en el presente asunto. La legalidad de las conclusiones a que llegó la Comisión debe enjuiciarse atendiendo a las circunstancias que existían en el momento en que se hicieron estas comprobaciones y no atendiendo a acontecimientos posteriores.

El segundo punto que analizó el representante del Gobierno alemán es que las dificultades a que se enfrenta la industria belga no son más graves que las de las industrias textiles y de la confección de otros Estados

miembros. Bélgica siempre ha tenido un excedente en el comercio exterior respecto a los productos textiles y de la confección y el nivel de inversión por puesto de trabajo es apenas algo menor que en Alemania. Algunos sectores altamente competitivos de la industria belga no están excluidos de este proyecto. En su opinión, estos factores indican que la industria belga textil y de la confección no tienen ninguna necesidad de ayuda. En la vista se afirmó que la mayor parte de las dificultades de la industria belga ha desaparecido debido a la depreciación gradual de la moneda belga; por ende, el plan ya era un anacronismo en el momento de su aplicación en 1982.

La Comisión aprobó el régimen de ayudas belga con la condición de que la concesión de una ayuda a empresas que empleen a más de 50 personas y trabajen en varios sectores determinados de la industria textil y de la confección fuera objeto de una notificación previa a la Comisión (confección para caballero, medias y pantys para señoras, hilaturas de lana peinada, alfombras, terciopelo y peluche, tejidos con bucles y tejidos de chenilla, tejidos de toalla de algodón con bucle). El motivo no es que esos sectores experimentaran serios problemas de competencia y una situación de capacidad excedentaria en la Comunidad o que la industria belga fuera muy competitiva y que las exportaciones superaran las importaciones. El representante de la Comisión explicó que, aunque un sector particular de la industria textil y de la confección pudiera considerarse relativamente competitivo a nivel comunitario, ello no significaba que cualquier empresa que operara en ese sector se encontrara en una posición fuerte. La intención de la Comisión era tener en cuenta la situación de cada empresa en los sectores de que se trata. De esta forma, podía tener en cuenta los riesgos particulares de distorsión de la competencia debidos a la concesión de ayudas a estos sectores, mientras que, al mismo tiempo, evitaría la discriminación de algunas empresas a la que habría dado lugar la prohibición total de concesión de una ayuda.

No obstante, respecto al régimen de ayudas presentado en marzo de 1982, la Comisión exigió que se excluyeran completamente del régimen varios de esos sectores. Respecto a los otros sectores declaró que sólo había que notificar previamente la concesión de la ayuda si el beneficiario era una empresa que empleara a más de 150 personas. El cambio de criterio de la Comisión había sido provocado por los acontecimientos posteriores a su primera Decisión. Por este motivo, no se puede acusar a la Comisión de incoherencia aunque yo no esté totalmente convencido por la explicación dada. Sin embargo, existe una objeción más esencial a la aceptación por la Comisión en 1981 de la inclusión de estos sectores en el régimen de ayudas.

De la explicación dada por la Comisión relativa a la situación existente en 1981 se deduce que la concesión de la ayuda a los sectores de que se trata no se consideró compatible con el mercado común. El objetivo que se pretendía alcanzar permitiendo a estos sectores su inclusión en el régimen de ayudas era el de poder conceder la ayuda a un número no especificado de empresas

que se encontraran en una posición más débil en el sector considerado en su conjunto, con objeto de evitar la discriminación.

Entiendo que la Comisión no podía realmente considerar la concesión de una ayuda en tales circunstancias compatible con el mercado común. Efectivamente, en primer lugar, la letra c) del apartado 3 del artículo 92 se refiere a la ayuda que facilita el desarrollo de «actividades» económicas. No se refiere al desarrollo de «empresas». Por consiguiente, lo que debe tenerse en cuenta es la situación de conjunto en un determinado sector y no la de algunas empresas que actúen en ese sector. En segundo lugar, la ayuda no es necesariamente compatible con el mercado común si únicamente tiene por objeto evitar una pretendida discriminación. El apartado 3 del artículo 92 expone los criterios aplicables. El interés en evitar la discriminación no figura entre estos criterios. Por ende, en la medida en que la ayuda se aprobó para estos productos de la industria, la Comisión cometió un error y aunque la Decisión no debiera anularse en su conjunto, opino que debería ser, al menos, anulada a este respecto.

Dicho todo lo cual, el segundo problema parece centrado en la cuestión de la necesidad de fomentar un desarrollo, y no sobre si la intervención del Estado estaba justificada. Considero que ello guarda relación más bien con el problema del ejercicio de la facultad discrecional que sobre la cuestión de si se cumplían los requisitos que impone la letra c) del apartado 3 del artículo 92.

La tercera cuestión planteada es la siguiente: mientras que se afirma que el plan se basa en el principio «back the winners», es decir, que sólo pretende ayudar a las empresas potencialmente competitivas, su alcance general y la falta de cualquier directiva relativa a la reestructuración contradicen este principio y no permiten a la Comisión asegurarse de que sólo serán ayudadas las empresas competitivas. La Comisión pretende que el principio «back the winners» puede deducirse de la idea de que la ayuda se destina a «facilitar» el desarrollo. Señala que, en el proyecto controvertido, el apoyo económico no se concede por azar, sino de manera selectiva, basándose en un programa de reestructuración presentado por la empresa que solicita la ayuda. El Gobierno belga había señalado que la ayuda sólo se concedería a empresas que, una vez reestructuradas, pudieran ser económicamente viables y rentables. Detalles complementarios en este sentido se aportaron en un anexo a una nota de 10 de septiembre de 1981 que debía servir de base para las observaciones que debía efectuar la delegación belga en la reunión multilateral de 17 de septiembre.

«Backing the winners» (apostar por los ganadores) es al menos tan difícil en este contexto como en las carreras de caballos. A pesar de ello la Comisión estimó, en mi opinión acertadamente, que sólo se puede considerar que una ayuda facilita el desarrollo en el sentido de la letra c) del apartado 3 del artículo 92 si los beneficiarios de esta ayuda son, al menos, potencialmente competitivos. La concesión de la ayuda a empresas que no son económicamente viables a largo plazo no puede dar lugar al fomento

de las actividades económicas a que se dedican. En el presente asunto, la Comisión tenía derecho a exigir que el proyecto belga tuviera por efecto apoyar a las empresas potencialmente competitivas. No estoy convencido de que el sistema adoptado para controlar la aplicación del proyecto no pudiera ser aprobado por la Comisión.

La cuarta alegación es que, para garantizar que la ayuda económica restaure la competitividad de una empresa, el nivel de la ayuda debe ser progresivamente reducido, mientras que el proyecto belga no prevé ninguna disposición en este sentido. La Comisión reconoce que las ayudas de este tipo deben ser temporales y disminuir progresivamente puesto que, en otro caso, financian pura y simplemente el funcionamiento de una empresa y no su reestructuración. La Comisión no ha considerado necesario insistir en este aspecto de la disminución progresiva, puesto que sólo aprobó el proyecto por un año. La disminución progresiva de una ayuda –se ha dicho– no tiene gran importancia cuando el programa de ayuda es tan limitado en el tiempo. Además, la Comisión afirma que las modalidades de ayuda implicaban su disminución progresiva.

Aparte de que el valor de la bonificación de interés disminuiría con el tiempo, a medida que se amortizara el principal, nada indica que, en el proyecto belga, la ayuda se concediera de manera que disminuyera progresivamente. El hecho de que una parte de la ayuda se pagara en forma de participación en el capital dificulta la aplicación de dicho sistema, a menos que no se haya establecido la amortización del capital en fechas determinadas; pero, aparentemente, no se previó nada en ese sentido. Por otra parte, la disminución progresiva no me parece un requisito esencial para conceder una aprobación para un período corto. Si el proyecto hubiera sido examinado respecto a los cuatro años restantes, deberían haberse aplicado criterios distintos. No pienso que la Comisión haya cometido un error de principio en la decisión que adoptó a este respecto.

La quinta alegación es que, cuando la ayuda de Estado es muy elevada, existe el riesgo de que las empresas beneficiarias no adopten sus decisiones sobre una base puramente comercial, de modo que la ayuda sirve simplemente para preservar el *status quo*. Por consiguiente, es fundamental que la mayor parte de la financiación de cualquier medida de reestructuración provenga de la propia empresa si se quiere que las inversiones se realicen sobre la base de decisiones administrativas adoptadas con responsabilidad. La Comisión admite que las empresas deben adaptarse a la situación económica en la medida de lo posible, por sus propios medios. Por tanto, la «intensidad» de una ayuda debe limitarse a lo estrictamente necesario para facilitar el desarrollo. Las partes han discutido sobre el método correcto que debería aplicarse al calcular el grado de intensidad del proyecto belga. En mi opinión, no es preciso examinar este extremo. El conflicto entre las partes sobre este punto no puede zanjarse con un sí o con un no. La cuestión de si la intensidad de una ayuda es excesiva o no es una cuestión de grado y, por tanto, corresponde a la Comisión dirimirla en el marco de su facultad discrecional.

Conforme al apartado 3 del artículo 92, la ayuda no debe alterar las condiciones de los intercambios «en forma» contraria al interés común. En el asunto en el que recayó la sentencia de 25 de junio de 1970, Francia/Comisión (47/69,↔ Rec. p. 487), el Tribunal de Justicia parece haber entendido que ello exige sólo comprobar si las condiciones de los intercambios se ven afectadas de esa manera, mientras que no es necesario en absoluto ponderar entre el efecto desfavorable, contrario al interés común, y los efectos beneficiosos de la ayuda propuesta.

La alegación del Gobierno alemán consiste en que, debido al estancamiento de la demanda que sufre el conjunto de las industrias textiles y de la confección en todos los Estados miembros, el proyecto belga proporciona una ventaja competitiva artificial e injustificada a la industria belga en detrimento de las industrias textil y de la confección de otros Estados miembros que no disfrutan de semejantes ayudas. Ello producirá el efecto de conservar los puestos de trabajo en Bélgica a expensas de otros Estados miembros y de trasladar simplemente de un Estado miembro a otro el problema económico de la industria textil y de la confección. En la vista se afirmó que, en 1983, la industria alemana textil y de la confección había perdido 1.400 puestos de trabajo más de los previstos. Sin embargo, las informaciones de que dispone el Tribunal de Justicia son insuficientes para comprobar la existencia de una relación directa con el plan belga. El Gobierno alemán también se queja de una proliferación de los programas nacionales de ayuda en el sector textil y de la confección.

La Comisión alega en su defensa que la reestructuración de la industria textil y de la confección es muy importante para el interés común y que, en la forma aprobada por la Comisión y limitada, como estaba, a un período de sólo un año, el proyecto belga sirve al interés común aportando una contribución efectiva a una reestructuración de la industria belga. Sin embargo, la Comisión supeditó la aprobación del proyecto al cumplimiento de distintos requisitos destinados a garantizar que no se alteraran las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común:

1) no se debían utilizar otras formas de ayuda distintas de las contempladas en el proyecto;

2) se excluía la producción de hilo y de fibras sintéticas;

3) la ayuda concedida a determinados sectores se supeditaba a examen y aprobación previas por la Comisión.

La carta de 18 de noviembre de 1981 contiene pasajes que parecen indicar que la Comisión ponderó los efectos del proyecto desfavorables para el interés común y las ventajas que la economía belga podría obtener de él, aunque finalmente admitiera que las condiciones de los intercambios no se veían afectadas en forma contraria al interés común. Ello no viciaría necesariamente la Decisión de la Comisión si el proyecto, en la versión aprobada, no fuera de hecho contrario al interés común.

Resumiendo, conforme a la alegación efectuada por el Gobierno alemán, un proyecto de ayudas adoptado por un Estado miembro con objeto de facilitar el desarrollo de un sector particular de la industria es contrario al interés común, puesto que 1) proporciona a este sector de la industria nacional una ventaja frente a los competidores, 2) aumenta los problemas económicos de la industria en otros Estados miembros y 3) anima a otros Estados miembros a adoptar programas de ayudas similares. La última alegación tiene un alcance general y, si fuera cierta, haría virtualmente imposible cualquier aprobación de una ayuda con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 92. Las críticas específicas opuestas al proyecto controvertido por el Gobierno alemán se refieren fundamentalmente a la amplitud de la ayuda económica proporcionada y a la falta de medios adecuados para controlar la aplicación del proyecto. Respecto al primer punto, la apreciación hecha por la Comisión de la amplitud del proyecto de ayudas era falsa porque se negaba, equivocadamente en mi opinión, a tener en cuenta las aportaciones de capital con el pretexto de que no constituían «ayudas». Sin embargo, no considero que la pretendida omisión de la Comisión a la hora de garantizar un control adecuado de la aplicación del plan haya podido ser un factor que afecte a la compatibilidad del propio plan con el interés común. Este aspecto se encuadra en el ejercicio por parte de la Comisión de su facultad discrecional, por una parte, de considerar el proyecto compatible con el mercado común y, por otra parte, de mantenerlo constantemente controlado.

Es preciso añadir que se han discutido numerosos aspectos particulares, pero opino que son de la competencia de la Comisión y no del Tribunal de Justicia.

En conclusión independientemente de los vicios de procedimiento, opino que la Decisión de la Comisión que considera el proyecto belga compatible con el mercado común conforme a la letra c) del apartado 3 del artículo 92 debería anularse debido a que la Comisión ha interpretado erróneamente el apartado 1 del artículo 92 por lo que respecta a las aportaciones de capital previstas en el proyecto. Con carácter subsidiario, la parte de la aprobación que se refiere a los sectores específicamente mencionados con anterioridad debería anularse. Excepción hecha de estos aspectos, no creo que se haya demostrado la desviación de poder o error manifiesto en la forma en que la Comisión ha ejercido globalmente su facultad discrecional.

Queda por examinar la pretensión subsidiaria presentada por el Gobierno alemán con arreglo al artículo 175. Conforme a este artículo, se podrá recurrir al Tribunal de Justicia si 1) la Institución demandada hubiere sido requerida previamente para que actúe y 2) si esta misma Institución no hubiere definido su posición en el plazo de dos meses. En el presente asunto, se pidió a la Comisión que actuara en el encuentro que tuvo lugar el 4 de diciembre de 1981 entre el Ministro federal de Economía alemán y el Comisario responsable de asuntos de competencia. El representante del Gobierno alemán reconoció que, en esa reunión, no habría requerido expresamente a la Comisión para que actuara; es una costumbre diplomática formular este tipo de requeri-

mientos veladamente: En mi opinión, ello basta para acordar la inadmisión del recurso. Independientemente de que un requerimiento para actuar deba hacerse por escrito o no, como se ha sostenido (por ejemplo Bebr, Development of Judicial Control of the European Communitiers, p. 166, y Schermers, Judicial Protection in the European Communitiers, 3.ª ed., apartado 333) y como opino personalmente que debería efectuarse de manera general, debe ser, en cualquier caso, suficientemente claro para que la Institución demandada sepa que ha sido requerida para actuar en el sentido del artículo 175. Basándose en las propias declaraciones del Gobierno alemán, ello no sucedió así. En cualquier caso, la Comisión, mediante escrito de 7 de enero de 1982, informó al Gobierno alemán de la postura que había adoptado respecto al proyecto belga. Por consiguiente, no se cumple el segundo requisito para interponer un recurso con arreglo al artículo 175. Por ende, procede desestimar esta pretensión. El Gobierno alemán seguía pudiendo proteger su posición jurídica interponiendo un recurso de anulación, como por otra parte ha hecho.

No obstante, por los motivos expuestos, opino que procede anular la Decisión de la Comisión y condenar en costas a la Comisión.