

EFFECTOS JURIDICOS DE LA DECISION DE INICIAR EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTICULO 93.2 CEE

(Comentario a la sentencia del TJCE de 30 de junio de 1992,
España c. Comisión, «Cenemesa», as. C-312/90) (*)

Por JOSE JAVIER LASO PEREZ (**)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIÓN DEL RECURSO EN EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL RELATIVA A LOS REQUISITOS DE LOS ACTOS RECURRIBLES.—III. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL. 1. *Efecto jurídico de la decisión: la obligación de suspender la ejecución de la ayuda.* 2. *Posible restricción de la admisibilidad de recursos en casos futuros.* 3. *La decisión no se trata de un simple acto preparatorio.*—IV. REPERCUSIONES EN EL SISTEMA CONTENCIOSO. 1. *Posibilidad de exigir a la Comisión el inicio del procedimiento previsto en el artículo 93.2.* 2. *Repercusiones en el procedimiento de control.*

I. INTRODUCCIÓN

El control de las ayudas públicas es necesario si se quiere realizar un verdadero mercado común. Resulta evidente la necesidad de evitar distorsiones de la competencia derivadas del comportamiento de los

(*) Vid. la sentencia de misma fecha, as. C-47/91, *Italia c. Comisión*, "Italgrani", con una motivación similar.

(**) Ayudante de E. U., Area de Derecho Internacional Público, Universidad de Salamanca.

Estados, mediante la concesión de ayudas públicas, que impidan la distribución eficiente de los factores de producción. Pero las ayudas también son un importante instrumento de la política del Estado, adecuado para conseguir determinadas finalidades legítimas. Por ello la prohibición que establece en términos generales el artículo 92 no es incondicional ni absoluta. Las ayudas, concedidas directa o indirectamente por el Estado, deben afectar a los intercambios entre los Estados miembros y estar concedidas mediante recursos estatales; además ciertas clases de ayudas se encuentran automáticamente legitimadas y otras pueden ser compatibles con el mercado común si así lo aprecia discrecionalmente la Comisión.

La política sustantiva en esta materia depende más de consideraciones políticas o finalidades económicas que de criterios jurídicos y deriva en gran medida de la voluntad de la Comisión; sobre estos aspectos el control que puede realizar el Tribunal de Justicia o los tribunales nacionales es limitado, ya que el artículo 92 sólo posee efecto directo cuando es concretado por la Comisión mediante una decisión del procedimiento previsto en el artículo 93.2. En cambio, las reglas de procedimiento son objetivas y el control de su cumplimiento corresponde tanto a la Comisión bajo el control del Tribunal de Justicia como a los tribunales nacionales.

La sentencia objeto del presente comentario admite el recurso de anulación contra la decisión de la Comisión de iniciar el recurso previsto en el artículo 93.2. La solución que aporta no deja de ser novedosa. El Tribunal nunca se había pronunciado sobre la admisibilidad del recurso contra este acto y, a esto hay que añadir que los autores que se planteaban la hipótesis consideraban, sin prever el supuesto que ha originado el recurso, que era un acto no recurrible (1).

Se trata de una nueva precisión sobre el procedimiento de control de las ayudas públicas establecido en el artículo 93, destinado a controlar permanentemente las ayudas existentes y a realizar un examen

(1) Vid. E. H. PIJNACKER HORDIJK: «Judicial protection of private interest under the EEC Competition Rules relating to state aids», *LIEI*, 1985/1, pág. 78; O. MONTALTO y P. MEDINA PALOMINO admiten que en ciertos casos excepcionales un recurso parece justificado («Aides d'Etat et moyens de défense des entreprises», *RMUEur*, núm. 4, 1991, pág. 33); Conclusiones del Abogado General M. DARMON en los as. 166 y 220/86, *Irish Cement*, en el f. 39 (TJCE, S. de 15 de diciembre de 1988, *Irish Cement*, as. 166 y 220/86, Rec. 1988, pág. 6473).

preventivo de los proyectos de ayudas nuevas antes de su ejecución, que se produce, en lo que afecta al razonamiento que emplea el Tribunal, en cierta medida como una consecuencia de los pronunciamientos anteriores del Tribunal en este campo.

Tampoco debe sobreestimarse el alcance de este pronunciamiento; es preciso considerar que la pretensión del Gobierno español y, en consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal, no se refiere a la decisión como acto preparatorio de la decisión final, que sigue siendo en este aspecto un acto no recurrible, sino en cuanto supone una errónea calificación de la ayuda y esto implica efectos jurídicos perjudiciales. La limitación del objeto del litigio aleja el riesgo de confusión entre la fase administrativa y la judicial y es consecuente con el respeto de las competencias del Tribunal y de la Comisión en el sistema de control sustantivo de las ayudas estatales.

Por último es destacable la influencia de las competencias de los tribunales nacionales en materia de cumplimiento de las obligaciones procedimentales de los Estados, especialmente de la obligación de notificación de las ayudas en fase de proyecto.

II. SITUACIÓN DEL RECURSO EN EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL RELATIVA A LOS REQUISITOS DE LOS ACTOS RECURRIBLES

La decisión de la Comisión (2) tuvo su origen, a finales de 1989, en una queja de un particular sobre ciertas actuaciones del Gobierno español a favor de un grupo privado de productores de equipamiento eléctrico. Como respuesta a la solicitud de informaciones de la Comisión el Gobierno español, siempre negando que las medidas constituyesen ayudas, proporcionó mediante cartas de 14 y 28 de febrero y de 5 de abril de 1990 ciertas informaciones insistiendo en la necesidad de una rápida resolución del expediente. El Gobierno considera que con estas informaciones ha notificado correctamente las ayudas; sin embargo, en mayo de 1990, la Comisión manifestó que solicitaría informaciones complementarias. El 15 de junio el Gobierno autorizó la ejecución de las ayudas y el mismo día dirigió a la Comisión una

(2) Se encuentra publicada en el *DOCE* de 31 de octubre de 1990, C-274, pág. 14.

carta que anunciaba este hecho, considerando las ayudas como existentes. En cambio, la Comisión en su decisión califica las ayudas como nuevas y recuerda al Estado las obligaciones que implica el artículo 93.3.

El Gobierno español interpuso recurso contra esta decisión. La admisibilidad, que no planteaba problemas relacionados con la legitimación activa al tratarse de un recurrente privilegiado, dependía del carácter recurrible del acto impugnado.

De la jurisprudencia del Tribunal pueden extraerse los requisitos de un acto para poder ser objeto de un recurso de anulación. El criterio general que emplea consiste en determinar si el acto, cualquiera que sea su naturaleza o forma, produce efectos jurídicos obligatorios capaces de afectar los intereses del recurrente modificando de manera característica su posición jurídica (3). Frente a la lesión o perjuicio causado por la voluntad del órgano comunitario el recurrente debe disponer de un recurso efectivo que asegure su no indefensión (4).

Los actos que resultan de un «iter» procedimental plantean el problema de la admisibilidad del recurso de anulación contra las decisiones de trámite o procedimentales que se suceden hasta la adopción del acto final resolutorio. La posición del Tribunal es esencialmente

(3) TJCE, S. de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo (AETR)*, as. 22/70, Rec. pág. 263, en el fundamento 42; TJCE, S. de 9 de octubre de 1990, *Francia c. Comisión*, as. 366/88, Rec. pág. 3571, f. 8; TJCE, S. de 13 de noviembre de 1991, *Francia c. Comisión*, as. C-303/90, en el f. 8, todavía no publicada en la recopilación.

(4) El Tribunal ha reconocido la admisibilidad del recurso de anulación contra los actos del Parlamento que produjesen efectos vinculantes, supliendo la laguna del Tratado con la finalidad de establecer un sistema completo de recursos judiciales (S. de 23 de abril de 1986, *Les Verts c. Parlamento*, as. 294/83, Rec. 1986, pág. 1339, en el fundamento 23); la insuficiencia del sistema de recursos previsto en el Tratado impulsó al Tribunal a admitir este recurso. (Vid. AMULL, «Does the Court of Justice have inherent jurisdiction?», *CMLRev.*, 1990, págs. 683 y ss.). Pero la existencia de un recurso efectivo contra los actos que produzcan una lesión en la situación jurídica del recurrente es sólo un «ideal», en realidad el artículo 173 establece condiciones de legitimación activa rigurosas, aceptadas por el Tribunal; por ejemplo, en el asunto *Prodifarma* el Tribunal de Primera Instancia respondió a las alegaciones relativas a la necesidad de la protección jurídica de los particulares señalando que admitir un recurso no previsto por el artículo 173 supondría sobrepasar los límites de la interpretación del Tratado (TJCE, S. de 13 de diciembre de 1990, *Prodifarma*, as. T-116/89, Rec. 1990, pág. II-843, en el f. 92).

la misma. El criterio determinante sigue siendo la producción de efectos jurídicos vinculantes de tales decisiones, pero además debe comprobarse que un recurso contra el acto final no sería suficiente para asegurar la defensa de los intereses del recurrente. En conclusión, la ilegalidad de las simples medidas preparatorias se recurrirá impugnando la decisión final a que han dado lugar; pero otras decisiones de trámite producen efectos frente a los que un recurso contra la decisión final no sería adecuado (5).

III. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

1. *Efecto jurídico de la decisión: la obligación de suspender la ejecución de la ayuda*

Con carácter previo a la determinación de los efectos jurídicos de la decisión es preciso comprobar si pueden considerarse producidos por la voluntad de una institución comunitaria. La Comisión trataba de evitar que se le imputasen los efectos de la decisión, argumentando que derivaban directamente del Tratado, por lo que el Gobierno español estaría indirectamente tratando de anular una norma de Derecho primario. El Tribunal no aceptó este argumento; se basa en que el origen de la calificación de las ayudas es producto de la voluntad deliberada de la Comisión, luego, los efectos que produce no derivan directamente del Tratado. Las ayudas nuevas tienen previsto en el Tratado un régimen jurídico distinto de las existentes, pero la decisión que origina la calificación es de la Comisión y no cabe atribuir por ello automaticidad a estos efectos.

Para demostrar que la calificación de la ayuda produce efectos lesivos el Tribunal sitúa el objeto de la controversia dentro del sistema

(5) La importancia de los derechos de defensa se destaca por el Tribunal en el asunto *Azco* (TJCE, S. de 24 de junio de 1986, *Azco*, as. 53/85, Rec. 1986, pág. 1965, f. 19); pero no siempre el Tribunal ha basado la admisibilidad en este principio. El criterio depende de las circunstancias de cada caso, en su sentencia *IBM* (TJCE, S. de 11 de noviembre de 1981, *IBM*, as. 60/81, Rec. 1981, pág. 2639) el Tribunal hace hincapié en que las medidas de trámite fueron en realidad la finalización de un procedimiento especial. En el presente asunto el Abogado General basa sus conclusiones en el respeto de los derechos de defensa y lo mismo hace el Tribunal.

de control de las ayudas públicas. Veamos cuál es el efecto que produce esta calificación comparando el régimen a que se encuentran sometidas las ayudas nuevas y las existentes.

A) *Ayudas nuevas*

De acuerdo con lo establecido en la primera frase del apartado 3.º del artículo 93 las ayudas nuevas y las modificaciones de las existentes deberán ser notificadas a la Comisión cuando se encuentran en fase de proyecto. Las modificaciones a los proyectos (por ejemplo durante su tramitación parlamentaria) también deberán ser comunicadas, pero no es necesaria una notificación formal, basta que se dé conocimiento de la modificación durante las conversaciones a que dé lugar la notificación (6). Aunque no aparece especificado el sujeto pasivo de esta obligación resulta claro, teniendo en cuenta el contexto, que la obligación se dirige al Estado que pretende conceder la ayuda. El objeto es lograr que la Comisión forme una primera opinión sobre la compatibilidad parcial o total de los proyectos de ayudas y realice un control preventivo del proyecto en interés de la legalidad comunitaria (7).

Si en el desarrollo de este examen preliminar la Comisión decide que la ayuda es compatible no tiene obligación de emitir una decisión al respecto, basta que, en el interés de una buena administración, comunique al Estado su postura. Si la Comisión tiene dudas sobre la compatibilidad o no de la ayuda, o considera que es contraria al Tratado, deberá iniciar obligatoriamente el procedimiento contencioso previsto en el artículo 93.2 (8).

La última frase del apartado 3 del artículo 93 prescribe que el Estado no podrá ejecutar la ayuda antes de que en dicho procedimiento

(6) TJCE, S. de 9 de octubre de 1984, *Heineken*, as. 91 y 127/83, Rec. 1984, pág. 3435, fundamento 18.

(7) No es necesario comunicar a los particulares los proyectos de ayuda, ya que como ha declarado el Tribunal sus intereses quedan salvaguardados posteriormente en el procedimiento contencioso regulado en el artículo 93.2 (TJCE, S. de 9 de octubre de 1984, cit., f. 15).

(8) TJCE, S. de 20 de marzo de 1984, *Alemania c. Comisión*, as. 84/82, Rec. 1984, pág. 1451.

haya recaído decisión definitiva favorable. Aparentemente la prohibición de ejecutar las ayudas comienza cuando la Comisión decide iniciar el procedimiento; sin embargo, el Tribunal ha precisado que la finalidad de la fase preliminar es prevenir la puesta en vigor de ayudas contrarias al Tratado y este objetivo implica que la prohibición enunciada en la última frase del artículo 93.3 produzca efectos durante toda la fase preliminar, es decir, desde la notificación y no desde el inicio del procedimiento del artículo 93.2 (9).

B) *Ayudas existentes*

La prohibición de ejecutar las ayudas durante el procedimiento previsto en el artículo 93.2 no afecta a las ayudas existentes. Estas se encuentran sometidas a un control constante por parte de la Comisión, que examina permanentemente junto con los Estados miembros los regímenes de ayuda (art. 93.1) y propone las medidas, sin carácter obligatorio para el Estado, que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común. Si quiere emitir una decisión obligatoria la Comisión deberá emplear el procedimiento previsto en el artículo 93.2, pero la decisión que exija la supresión, modificación o restitución, sólo afectará al futuro, tendrá efectos «ex nunc», estableciendo un plazo para su cumplimiento.

En conclusión, la calificación de la ayuda como nueva supone para el Estado la prohibición de ejecutar la ayuda antes de que haya recaído la decisión definitiva prevista en el artículo 93.2. Esta prohibición, que no se produce si la ayuda es existente, es el efecto jurídico lesivo que identifica el Tribunal.

(9) La última frase del artículo 93.3 constituye la salvaguardia del sistema de control instituido en este artículo, el cual, a su vez, es esencial para garantizar el funcionamiento del Mercado Común (TJCE, Auto de 21 de mayo de 1977, *Comisión c. Reino Unido*, as. 31/77R y 53/77R, Rec. 1977, pág. 921).

C) *Relación entre las ayudas existentes y las nuevas*

La controversia sobre la calificación de las ayudas es posible debido a la relación que existe entre ambos conceptos (10). Como señala Mattera (11) una interpretación que se revela inaprovechable en la actualidad considera que las ayudas existentes son exclusivamente las que se encontraban en práctica en el momento en que entró en vigor el Tratado o las Actas de Adhesión; tampoco es defendible una acepción estrictamente literal que abarque todas las ayudas efectivamente existentes, notificadas o no, en el momento en que se someten a examen. El significado correcto de ayudas existentes se deduce de una interpretación que sitúe el concepto dentro de los restantes apartados del artículo 93. En efecto, las ayudas nuevas, notificadas en fase de proyecto, no se consideran compatibles indefinidamente con el Mercado Común cuando son aprobadas, más bien, se convierten en existentes y se someten a un procedimiento de control permanente.

Un tipo de ayudas existentes merece especial atención aquí: las ayudas existentes aprobadas de manera implícita por la Comisión. El objeto de la notificación de los proyectos de ayuda es que la Comisión forme una primera opinión sobre su compatibilidad antes de ser puestos en vigor, ya que un control «a posteriori» no sería capaz de eliminar, en ocasiones, las consecuencias irreversibles sobre la competencia entre las empresas que habría producido la concesión de la ayuda. La notificación habrá de realizarse con la suficiente antelación para que la Comisión pueda presentar sus observaciones; pero los Estados tienen interés en intervenir con urgencia en determinados sectores y las empresas necesitan adecuar sus proyectos a la concesión o no de la ayuda. Es necesario lograr un equilibrio entre la actuación de la Comisión, que debe disponer de un tiempo útil y no meramente simbólico para examinar los proyectos antes de su ejecución y los intereses de los Estados y las empresas. El Tribunal, en defecto de una regulación específica, estimó que si transcurría un determinado

(10) La distinción entre ayudas existentes y nuevas se puso de relieve por primera vez en la *S. Costa*, TJCE, S. de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, as. 6/64, Rec. 1964, pág. 1141.

(11) A. MATTERA, *El Mercado Unico Europeo, sus reglas, su funcionamiento*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 126.

plazo, cifrado en dos meses por aplicación analógica de los artículos 173 y 175 (12), el Estado podía ejecutar la medida propuesta, dando antes, a fin de salvar la seguridad jurídica, noticia de este hecho a la Comisión. La medida pasará a considerarse una ayuda existente sometida a las disposiciones del apartado 1.º y 2.º del artículo 93.

Han surgido discrepancias entre la Comisión y los Estados sobre la interpretación del plazo de dos meses (13). La Comisión consideraba que el plazo de dos meses sólo comenzaba cuando se encontraba facultada para tomar una decisión sobre la medida, es decir, cuando ha recibido toda la información necesaria y ha establecido los contactos apropiados con el Estado miembro (14); sin embargo, matizaba que el plazo transcurría desde la notificación si la Comisión mantenía silencio. El Tribunal no se pronunció expresamente sobre este problema (15).

Cuando el Tribunal decida el fondo de este asunto podrá aclarar estos problemas, pero ahora, en la sentencia que se pronuncia solamente sobre la admisibilidad no son relevantes, ya que como señala el Abogado General en las conclusiones de este asunto para decidir sobre la admisibilidad basta situarse en la situación más favorable para el Gobierno español, suponiendo que la Comisión haya calificado erróneamente las ayudas.

(12) El plazo de dos meses no se consideró por R. Kovar una regla general, sino que la referencia sería meramente indicativa (vid. R. KOVAR, «Le régime des aides en droit communautaire», *JDI*, 1974, pág. 426). Vid. las alegaciones del Gobierno francés en el Auto de 20 de septiembre de 1983 (TJCE, Auto de 20 de septiembre de 1983, *Comisión c. Francia*, as. 171/83R, Rec. 1983, pág. 2621, f. 12).

(13) P. J. SLOT, «Procedural aspects of State aids: the guardian of competition versus the subsidy villains?», *CMLRev.*, 1990, pág. 745.

(14) Vid. las alegaciones de la Comisión reflejadas en el f. 8 de la S. del TJCE de 20 de marzo de 1984, *Alemania c. Comisión*, as. 84/82, cit.

(15) La Comisión no aceptó el proyecto inicial belga e inició conversaciones que duraron 16 meses hasta que finalmente aprobó el proyecto, según el Tribunal este plazo excedía manifiestamente el tiempo adecuado que implica un primer examen dentro del artículo 93.2 (f. 15). El Tribunal concluye que se ha demostrado el hecho de que la Comisión ha encontrado dificultades serias en el examen de la compatibilidad del proyecto y en este caso tenía la obligación de iniciar la fase de consultas prevista por el apartado 2 del artículo 93 (TJCE, S. de 20 de marzo de 1984, *Alemania c. Comisión*, as. 84/82, cit., f. 17).

2. *Posible restricción de la admisibilidad de recursos en casos futuros*

El Tribunal señala en varias ocasiones la claridad de los hechos que han dado origen a la controversia y quizás esto impida que pueda declararse la admisibilidad no sólo en casos que «prima facie» no parezcan serios, sino en otros donde los hechos no resalten la situación con determinada intensidad.

Las referencias son varias: así indica que «en el presente caso, los hechos ponen de manifiesto que la controversia entre el Gobierno español y la Comisión se refiere a la calificación de la ayuda objeto del litigio» (f. 19); que «implica manifiestamente una opción en cuanto a la calificación de la ayuda y a las normas de procedimiento que deben aplicarse» (f. 20) y, además que la prohibición es producto de una decisión deliberadamente adoptada por ella y «así se pone claramente de manifiesto si se sitúa el acto objeto del litigio dentro del conjunto del sistema de control de las ayudas» (f. 13). En esta última cita puede considerarse que la claridad se refiere tanto a la forma en que se produce la prohibición como a la claridad de los hechos que se encuentran en el origen de la controversia.

El Tribunal no puede haber subrayado este hecho repetidamente sin una finalidad; además, es consciente del significado que puede tener esta exigencia (16). Por otra parte, cabe argumentar que la alegación de la Comisión relativa a una posible avalancha de recursos, aunque no propiamente jurídica, haya influido en este aspecto.

(16) En el asunto C-65/90, *Parlamento c. Consejo*, el Tribunal rechazó el argumento del Consejo relativo a la necesidad de una violación manifiesta o que se impusiera con evidencia de las prerrogativas del Parlamento para declarar admisible un recurso interpuesto por esta institución. El Tribunal (f. 13) señaló que el recurso sería admisible sólo con la condición de que se dirija a la salvaguarda de las prerrogativas del Parlamento y que no se funde más que en la violación de éstas (TJCE, S. de 16 de julio de 1992, *Parlamento c. Consejo*, as. C-65/90, todavía no publicada en la recopilación). También el Abogado General F. G. Jacobs en las conclusiones del asunto C-295/90 rechaza la necesidad de una violación manifiesta (Conclusiones de 20 de mayo de 1992, as. C-295/90, *Parlamento c. Consejo*, en el f. 30). No existía nada en la sentencia que admitió al Parlamento como recurrente (*Chernobyl*) que lo limitase a una violación manifiesta de sus prerrogativas, a diferencia de lo que ocurre con las repetidas manifestaciones del Tribunal en este asunto.

3. *La decisión no se trata de un simple acto preparatorio*

A fin de determinar el carácter de acto recurrible, una vez comprobado que produce efectos jurídicos vinculantes, es necesario que estos efectos modifiquen de manera característica la situación jurídica del recurrente. El Tribunal centra su argumentación en dos hipótesis: en primer lugar supone que el Estado ha respetado la obligación de «stand-still» y no ha ejecutado la ayuda; a continuación, de forma realista, parte de la concesión de las ayudas por parte del Estado.

A) *El Estado cumple la obligación de "stand-still": retraso en la concesión de la ayuda*

Si el Estado ha cumplido la obligación que le impone el artículo 93.3 y no ha ejecutado la ayuda los efectos jurídicos perjudiciales no desaparecerían con un decisión favorable de la Comisión al finalizar el procedimiento previsto en el artículo 93.2, ni con un recurso ante el Tribunal que anulase la decisión negativa de la Comisión. En ambos casos el retraso en la concesión de las ayudas supondría un perjuicio irreversible (f. 22). Los efectos de la decisión inicial no son sólo preparatorios de la final, no es sólo un paso previo para que la Comisión pueda afectar negativamente a los intereses del recurrente mediante una decisión negativa o afectarle positivamente una decisión favorable, puesto que incluso una decisión positiva ha supuesto que la ayuda pretendidamente nueva no haya podido ser ejecutada y frente a este perjuicio, derivado del retraso, la decisión final que declara la compatibilidad de la ayuda y le autoriza a ejecutarla no ofrece un remedio adecuado.

El Tribunal no menciona cuáles son estas consecuencias; entre ellas pueden citarse algunas relativas al mantenimiento de la situación competitiva de la empresa: conseguir nueva maquinaria, efectuar la reestructuración de la empresa dirigiéndose a nuevos campos de pro-

ducción, situaciones de pérdida de cuota de mercado... El Abogado General Van Gerven menciona algunos supuestos (17).

B) *El Estado no cumple esta obligación. Importancia de las competencias de los Tribunales nacionales relativas al efecto directo de la última frase del artículo 93.3*

En el supuesto de ejecución de la ayuda resulta difícil advertir la producción de efectos jurídicos contra los que no sería adecuada una impugnación de la decisión final del procedimiento. En efecto, si el Tribunal fundamenta el efecto jurídico de la decisión en la prohibición de ejecutar y ésta no se ha respetado, en apariencia el acto no resulta lesivo para el Estado. El Abogado General había declarado el recurso inadmisibile fundándose en la inexistencia de un efecto lesivo debido a la ejecución, aunque fuese ilegal de la ayuda (18).

Para demostrar que sigue produciendo efectos lesivos el Tribunal hace referencia a las competencias de los tribunales nacionales respecto a las ayudas que infringen la prohibición de la última frase del artículo 93.3.

a) *Competencia de la Comisión respecto a las ayudas no notificadas (19)*

La Comisión, según la letra del artículo 93.2 puede suspender o modificar una ayuda si comprueba que una ayuda no es compatible con el artículo 92 ó se aplica de manera abusiva. A estas dos competencias hay que añadir la posibilidad de exigir la recuperación de las ayudas incompatibles, que le ha sido reconocida por el Tribunal, en el asunto *Comisión c. Alemania* ("ayudas a la reconversión de re-

(17) Vid. conclusiones del Abogado General, f. 13.

(18) Vid. conclusiones del Abogado General, f. 13.

(19) Vid. R. KOVAR: «Les prises de participations publiques et le régime communautaire des aides d'Etat», *RTDCom.*, núm. 1, 1992, pág. 109, esp. págs. 137 y ss.

giones mineras" (20)). La recuperación (21), aunque no es obligatoria, es «la consecuencia lógica» (22) de la constatación de la ilegalidad de la ayuda, sin que sea imprescindible la necesidad de la recuperación para restablecer la situación real de competencia.

La Comisión buscaba un remedio adecuado frente a la infracción del deber de notificar las ayudas en fase de proyecto. Con esta finalidad mantenía que las ayudas no notificadas, por este solo hecho, resultaban ilegales y un examen sobre el fondo era innecesario; la Comisión estaría facultada para ordenar la recuperación de las ayudas simplemente por no haber sido notificadas.

El Tribunal en el asunto *Boussac* (23) negó este poder a la Comisión, aunque realizó un pronunciamiento equilibrado, ponderando la necesidad de asegurar la aplicación efectiva de la obligación de notificación con la importancia de las reglas sustantivas del Tratado. La Comisión no podrá ordenar la restitución de una medida estatal sólo por el hecho de no estar notificada, pero tampoco aceptó la tesis del Gobierno francés que conducía a dotar a la Comisión de los mismos poderes tratándose de ayudas notifica-

(20) La Comisión sólo pretendía que, el Tribunal, constatará la obligación del Gobierno alemán de exigir el reembolso, pero el Tribunal dota de este poder a la Comisión, el fundamento es que los poderes de suprimir o modificar para poseer efecto útil pueden comportar la recuperación de las ayudas (TJCE, S. de 12 de julio de 1973, *Comisión c. Alemania*, as. 70/72, Rec. 1973, pág. 813, f. 16). También admite la posibilidad de que la Comisión concrete en el dictamen motivado previsto en el artículo 169 la manera en que el Estado debe cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario (f. 16).

(21) Vid. S. MORSON: «La récupération des aides octroyées par les Etats en violation du Traité CEE», *RTDE*, 1990, págs. 409 y ss.

(22) TJCE, S. de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión (Tubemeuse)*, as. C-142/87, Rec. 1990, pág. I-959, en el f. 66.

(23) TJCE, S. de 14 de febrero de 1990, *Francia c. Comisión (Boussac)*, as. C-301/87; Rec. 1990, pág. I-307. El Abogado General Jacobs era favorable a la concesión de este poder, se basaba en el efecto directo del artículo 93.3 y su argumentación era que si las jurisdicciones nacionales no estaban limitadas a decisiones provisionales y podían exigir la restitución de la ayuda, en consecuencia, la Comisión también podría decidir que las ayudas son incompatibles por este motivo (f. 38 de las conclusiones del Abogado General en el as. C-301/87, S. de 14 de febrero de 1990, cit.). El Tribunal no acepta la consecuencia de la falta de notificación ni la calificación de ilegal; en otro asunto el Gobierno italiano pretendía que el Tribunal anulase una decisión de la Comisión en la que aparecía la calificación de ilegal para una ayuda no notificada, el Tribunal no aceptó esta pretensión porque la Comisión también examinaba sustantivamente la compatibilidad de la ayuda (TJCE, S. de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión (ENI-Lanerossi)*, as. C-303/88. Rec. 1991, pág. 1433).

das y sin notificar. El asunto *Tubemeuse* (24) ratificó desde otro punto de vista la misma decisión del Tribunal; en esta ocasión, la Comisión pretendía que el Tribunal declarase la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Gobierno belga contra la decisión de la Comisión prevista en el artículo 93.2, sin entrar en el examen de los motivos de fondo, simplemente por el hecho de que la ayuda no había sido notificada; el Tribunal, desestimando el argumento de la Comisión, entró a conocer el fondo del asunto.

El Tribunal precisó en estos dos asuntos cuáles eran los poderes y responsabilidades de la Comisión y de los Estados cuando una ayuda ha sido concedida sin notificación o ha sido ejecutada antes de la decisión de la Comisión: la Comisión puede dirigirse al Estado, después de haberle concedido la posibilidad de presentar sus observaciones, para ordenarle suspender la ejecución de la ayuda y demandar informaciones. Si el Estado no envía las informaciones necesarias la comisión podrá, mediante una decisión final del procedimiento previsto en el artículo 93.2, adoptar la postura que considere adecuada conforme a las informaciones que posee; la aptitud del Estado será además contraria al deber de cooperación leal. El Estado también podrá verse obligado a suspender la ejecución de la ayuda (25), si el Estado no se conforma a esta decisión provisional la Comisión podrá acudir directamente al Tribunal, aunque, la Comisión debe en todo caso proseguir el examen en cuanto al fondo. En definitiva, parece que esta decisión provisional se dirige simplemente a reiterar la prohibición de «stand-still». La infracción a esta prohibición sería declarada por el Tribunal, pero no convertiría la ayuda en incompatible; por otra parte, una infracción del artículo 93.3 también puede ser constatada por medio del recurso del artículo 169 (26).

(24) TJCE, S. de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, as. C-1422/87, cit. Vid también TJCE, S. de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión (ENI-Lanerossi)*, as. C-303/88, cit., ff. 45 a 50.

(25) Algunos autores consideran que la Comisión puede ordenar provisionalmente la recuperación de la ayuda. Vid. R. KOVAR: «Les prises...», cit., pág. 142.

(26) Vid. en último término, TJCE, S. de 7 de abril de 1992, *Comisión c. Grecia*, as. C-1/90, todavía no publicada en la recopilación, f. 25. El Tribunal reconoció que la Comisión puede elegir entre el procedimiento previsto en el artículo 93.2 y el regulado en el artículo 169 si el Estado incumple el deber de notificación, en contra de la postura del Abogado General J. P. Wagner que mantenía que el procedimiento previsto en el artículo 93.2 era inaplicable (TJCE, S. de 2 de julio de 1974, *Italia c. Comisión*, as. 173/73, Rec. 1974, pág. 709).

b) *Competencia de los tribunales nacionales*

El artículo 92 no posee efecto directo (27) a diferencia de la última frase del artículo 93.3 (28); un tribunal nacional no puede declarar que una medida estatal es contraria al artículo 92 debido al amplio poder discrecional de la Comisión a este respecto. Sólo cuando la Comisión ha emitido una decisión negativa contraria a la ayuda de acuerdo con lo establecido en el artículo 93.2 el artículo 92 tendrá efecto directo (29).

La función de los tribunales nacionales dentro del sistema de control de las ayudas públicas no es secundaria. El Tribunal ha destacado esta función en el asunto *Fédération nationale du commerce extérieur* afirmando que la ejecución del sistema de control de las ayudas públicas incumbe, de una parte, a la Comisión y, de otra, a las jurisdicciones nacionales (30). Además el Tribunal califica como «inválidas» las medidas nacionales de ejecución de ayudas no notificadas y ni siquiera una decisión posterior de la Comisión declarando las medidas compatibles con el Mercado Común tendría el efecto de regularizar «a posteriori» estos actos. Como hemos subrayado antes, el Tribunal negó a la Comisión la facultad de exigir la devolución de las ayudas estatales por el solo hecho de no haber sido notificadas;

(27) Es jurisprudencia constante, vid. recientemente, TJCE, S. de 11 de marzo de 1992, *Sociétés Commerciale de L'Ouest*, as. 78 a 83/90, todavía no publicada en la recopilación, f. 33; TJCE, S. de 11 de junio de 1992, *Sanders*, as. C-141/91 y C-150/91, todavía no publicada en la recopilación, f. 26.

(28) El Tribunal declaró en la sentencia Lorenz que «el efecto directo de la prohibición se extiende a toda ayuda que se haya ejecutado sin notificación y, en caso de notificación, dicha prohibición rige durante el período previo, y, si la Comisión inicia un procedimiento contencioso, hasta que se adopte la decisión final» (TJCE, S. de 11 de diciembre de 1973, *Lorenz*, as. 120/73, Rec. 1973, pág. 1471, f. 8).

(29) Aunque un tribunal nacional no pueda declarar que una ayuda sea contraria al Tratado en defecto de una decisión de la Comisión del artículo 92 ó de un reglamento de ejecución del Consejo del artículo 94 puede plantear una cuestión prejudicial sobre el artículo 92 si lo considera necesario para emitir su fallo, sin que sea obstáculo la falta de efecto directo de esta disposición (TJCE, S. de 22 de marzo de 1977, *Steinike*, as. 78/76, Rec. 1977, pág. 595, f. 15).

(30) TJCE, S. de 21 de noviembre de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires c. Francia*, C-354/90, aún no publicada en la Recopilación, en el f. 8.

el Gobierno francés invocaba en este asunto que los tribunales nacionales tampoco podrían, por el solo hecho de no haber sido notificadas, considerar los actos nacionales de ejecución de las ayudas como inválidos.

La decisión del Tribunal distingue entre la situación que existe antes de la decisión de la Comisión y la que se produciría posteriormente. Antes de la decisión las autoridades nacionales estarían vinculadas por el efecto directo del artículo 93.3, última frase, y la Comisión se encargaría, por su parte, de examinar la compatibilidad de la ayuda de acuerdo con el artículo 92; serían dos funciones distintas (31).

La cuestión prejudicial interpuesta por el Consejo de Estado hacía referencia expresa a la situación que se produciría después de una declaración positiva sobre la ayuda por parte de la Comisión. La respuesta del Tribunal fue que ni tan siquiera en este caso los actos nacionales resultarían regularizados: las ayudas permanecerían inválidas (32).

¿Cuál debe ser la actitud de los tribunales nacionales si la Comisión inicia el procedimiento previsto en el artículo 93.2? Una manifestación del principio de lealtad comunitaria, establecido por el artículo 5 CEE, hace referencia a la obligación de tratar de evitar pronunciamientos incompatibles con las decisiones de las instituciones comunitarias. ¿Existiría la obligación de suspender el procedimiento nacional en espera de la solución comunitaria? La respuesta es negativa. En este caso, no existe esta obligación derivada del artículo 5, ya que las jurisdicciones nacionales no se pronuncian sobre la compatibilidad de la ayuda con el Mercado Común, sino sobre la violación de la última frase del artículo 93.3. Esta es, por otra parte, la consecuencia lógica de que una decisión favorable de la Comisión no regulariza, «a posteriori», los actos de ejecución que eran inválidos por el hecho de haber sido adoptados infringiendo la interdicción del artículo 93.3, última frase.

En consecuencia, las jurisdicciones nacionales estarían obligadas a conceder una protección jurídica «inmediata», «directa» y «efectiva» de

(31) TJCE, S. de 21 de noviembre de 1991, cit. f. 14.

(32) TJCE, S. de 21 de noviembre de 1991, cit. f. 16; vid. TJCE, S. de 11 de junio de 1992, *Sanders*, cit. f. 26.

los derechos de los particulares derivados de la última frase del artículo 93.3. Sólo deberá suspender el pronunciamiento sobre la violación del artículo 93.3 si el Tribunal de Justicia está examinando un recurso que condicione el resultado de la decisión nacional, por ejemplo en una situación similar a la que se produce en el asunto que comentamos. La recuperación de la ayuda se realizará, en su caso, de acuerdo con el principio de autonomía institucional y procedimental. Es destacable que estará sujeta a las reglas de prescripción nacional, siempre que la regla nacional no haga virtualmente imposible la recuperación de la ayuda. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha admitido la confianza legítima, en el ámbito comunitario, de las empresas en algunos supuestos (33). En cualquier caso el Tribunal de Justicia examinará la ayuda en cuanto al fondo, a pesar de no haber sido notificada, y si la declara compatible el Estado podrá conceder la ayuda mediante otro acto estatal.

En conclusión, el Tribunal considera que la posibilidad de exigir la anulación del acto nacional que concede la ayuda, aún después de una decisión favorable de la Comisión, confiere efectos jurídicos que hacen necesaria la existencia de un recurso contra la decisión objeto del presente litigio, aún suponiendo que las autoridades nacionales no hayan respetado la obligación de «stand-still».

(33) El retraso en la iniciación del procedimiento contencioso previsto en el artículo 93.2 puede originar confianza legítima en las empresas beneficiarias de una ayuda no notificada que impida a la Comisión requerir a las autoridades nacionales la devolución de la ayuda; el Tribunal concluyó que la Comisión no había justificado suficientemente el largo plazo, 26 meses, que había necesitado para adoptar la decisión desde que inició el procedimiento contencioso del artículo 93.2 (TJCE, S. de 24 de noviembre de 1987, *RSU c. Comisión*, as. 223/85, Rec. 1987, pág. 4617, f. 17). Pero si el comportamiento del Estado obstaculiza la iniciación del procedimiento el Estado no podrá prevalerse de su propio comportamiento ilegal (TJCE, S. de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión (ENI-Lanerossi)*, cit. f. 43). Según indica el Tribunal las empresas beneficiarias de la ayuda no deberían tener, en principio, confianza legítima en la regularidad de la ayuda a menos que haya sido acordada respetando el procedimiento previsto en el artículo 93.3 (TJCE, S. de 20 de septiembre de 1990, *Comisión c. Alemania*, as. C-5/89, Rec. 1990, pág. I-3473). La confianza legítima, recordemos, ha sido admitida por el Tribunal como un medio para anular la decisión de la Comisión, pero no puede alegarse como una excusa por el Estado que ha dejado transcurrir los plazos de impugnación de la decisión (TJCE, S. de 15 de noviembre de 1983, *Comisión c. Francia*, as. 52/82, Rec. 1983, pág. 3707).

IV. REPERCUSIONES EN EL SISTEMA CONTENCIOSO

1. Posibilidad de exigir a la Comisión el inicio del procedimiento previsto en el artículo 93.2

El resultado de la decisión que se comenta puede afectar a la admisibilidad de recursos incoados por particulares con la finalidad de obligar a la Comisión a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 93.2 (34). Aparentemente no existe ninguna relación con el presente asunto, pero esta relación resulta de los criterios que emplea el Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre este problema, sobre el que no existe todavía un pronunciamiento del Tribunal (35).

Puede distinguirse, en el supuesto que aquí se estudia, la obligación de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 93.2 de la posibilidad de interponer un recurso por omisión, si una vez abierto este procedimiento, la Comisión no adopta una decisión (36).

Una petición destinada a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 93.2 puede recibir una negativa expresa de la Comisión, contra la que podría emplearse en su caso el recurso de anulación, o bien,

(34) Los particulares carecen de legitimación activa para interponer un recurso contra la decisión de no iniciar el procedimiento previsto en el artículo 169 (conclusiones del Abogado General en la S. de 1 de marzo de 1966, *Lütticke*, as. 48/65, Rec. 1966, págs. 27 y 44). El Tribunal sigue la opinión del Abogado General (vid. TJCE, S. de 1 de marzo de 1966, *Lütticke*, prec. en la pág. 39). En el mismo sentido, TJCE, S. de 17 de mayo de 1990, *Sonito y otros c. Comisión*, C-87/89, Rec. 1990, pág. I-1981, f. 6. Tampoco pueden interponer un recurso por omisión (TJCE, S. de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit Company*, as. 247/87, Rec. 1989, pág. 291).

(35) El Tribunal no se pronunció en el asunto *Irish Cement*, en el que se planteó la cuestión (TJCE, S. de 15 de diciembre de 1988, *Irish Cement*, as. 166 y 220/86, cit. *supra* en nota 1; comentario de N. P. GRAVELLS, *ELR*, 1989, pág. 228); sí lo hizo el Abogado General M. Darmon en las conclusiones de este asunto. También se refirió a esta posibilidad el Abogado General Verloren Van Themaat en el asunto *Cofaz* (TJCE, S. de 28 de enero de 1986, *Cofaz*, as. 169/84, Rec. 1986, pág. 391).

(36) Vid. problemas que se plantean O. Montalto y P. Medina Palomino, cit. pág. 38.

simplemente, la falta de toma de posición, frente a la que habría que utilizar el recurso por omisión (37).

Sin plantear posturas teóricas sobre la autonomía de ambos recursos (38) parece adecuado que el principio de «unidad» deba suponer unas condiciones de admisibilidad iguales en ambos casos. La finalidad es que la Comisión inicie el procedimiento y el particular trata de vencer la posición contraria de la Comisión de cualquier forma en que se manifieste: la anulación de la decisión negativa supone, en realidad, un remedio contra la inactividad de la Comisión, de la misma forma que el recurso por omisión. Así, cobra sentido la afirmación del Tribunal de que «el recurso por omisión y el de anulación no son más que una vía de recurso» (39). El recurso por omisión sería una válvula de seguridad empleada contra la Comisión en el supuesto de que no se pronuncie mediante una decisión expresa. En consecuencia, en este tipo de recurso la legitimación activa de los particulares debe ser la misma en ambos recursos: un particular podrá, a pesar del texto del artículo 175.2, que se refiere exclusivamente a decisiones dirigidas al solicitante, iniciar un recurso por omisión destinado a que la Comisión adopte una decisión que le afecte directa e individualmente.

El carácter de acto recurrible de la decisión negativa presupone que la decisión positiva que busca el particular sea un acto recurrible (40). La decisión positiva que busca es que la Comisión adopte una decisión de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 93.2

(37) No cabe conceptualmente que un mismo acto sea susceptible de ser recurrido por los dos recursos, aunque sí es frecuente que se interponga uno subsidiariamente al otro. Cualquier tipo de toma de postura sobre la decisión, aunque sea contraria a la pretensión del recurrente, excluye la admisibilidad del recurso de abstención (vid. por ejemplo TJCE, S. de 13 de julio de 1971, *Komponistenverband*, as. 8/71, Rec. 1971, pág. 705, f. 2), por esto resulta extraña la afirmación del Tribunal en el as. 302/87, *Parlamento c. Consejo*, de que «un rechazo, aunque sea explícito, puede ser objeto de un recurso de abstención» (TJCE, S. de 27 de septiembre de 1988, *Parlamento c. Consejo*, as. 302/87, Rec. 1988, pág. 5615 en el f. 17).

(38) G. VANDERSANDEN y A. BARAV se inclinan por considerarlo un recurso «sui generis» (*Contentieux Communautaire*, Bruillant, Bruselas, 1977, pág. 237).

(39) TJCE, S. de 18 de noviembre de 1970, *Chevalley*, as. 15/70, pág. 975, ff. 6 y 7.

(40) Vid. sobre los problemas de las decisiones negativas, T. C. HARTLEY: *The foundations of European Community Law*, 2.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1988, pág. 372.

y ésta es la decisión frente a la que el Tribunal ha admitido el recurso en el presente asunto. Puede alegarse, sin embargo, que el Tribunal ha aceptado la admisibilidad del recurso en cuanto suponía la calificación errónea de la ayuda y no en cuanto tal decisión de iniciar el procedimiento y que, en consecuencia, este pronunciamiento es irrelevante aquí (41).

2. *Repercusiones en el procedimiento de control*

Las ayudas públicas concedidas, directa o indirectamente, por el Estado a través de recursos públicos se encuentran sometidas a un procedimiento de control especial, distinto del previsto en el artículo 169. Este procedimiento contiene garantías y está adaptado de manera específica a las peculiaridades que presenta el control del cumplimiento de las obligaciones que derivan del Tratado en este ámbito (42).

A diferencia de lo que ocurre con el dictamen motivado del artículo 169, el Estado dispone de la posibilidad de impugnar la legalidad de la decisión que cierra el procedimiento previsto en el ar-

(41) En procedimientos «anti-dumping» y sobre Derecho de la competencia el particular posee la facultad que se examina aquí, dirigiéndose el control del Tribunal a la salvaguardia de los derechos procedimentales de los particulares; el problema en materia de ayudas es que el procedimiento es posterior a la decisión de la Comisión de iniciar o no. Si se quiere un argumento sustantivo a favor de la admisibilidad de estos recursos puede considerarse la posición en que se encuentra el particular, que le permite presentar sus observaciones, es muy distinta a la del denunciante en el artículo 169; además la decisión con la que finaliza el procedimiento previsto en el artículo 93.2 es obligatoria a diferencia del dictamen motivado y la Comisión está obligada a iniciar el procedimiento contencioso previsto en el artículo 93.2 en ciertas ocasiones. Sin embargo Joliet considera que la decisión que busca no afectaría directa e individualmente al particular (R. JOLIET: *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, ed. Facultad de Derecho de Lieja, Lieja, 1981, pág. 160); en realidad aunque se trate de suavizar indicando que el particular solicita que la Comisión le dirija una comunicación informándole del inicio del procedimiento la finalidad del particular no es ésa, sino el propio inicio, pero parece que el Tribunal debería interpretar estos requisitos de forma no restrictiva.

(42) El Tribunal ha subrayado la importancia del procedimiento contencioso (TJCE, S. de 4 de febrero de 1992, *British Aerospace, Rover Group c. Comisión*, as. C-294/90, todavía no publicado en la recopilación).

título 93.2 (43) y ahora el Estado podrá incluso solicitar la anulación de la decisión de iniciar el procedimiento del artículo 93.2.

Quizás se puedan disipar las dudas que surgían con referencia al respeto de los derechos de defensa del Estado en los procedimientos especiales o simplificados, entre los que se encuentra el relativo a las ayudas públicas. En estos procedimientos la Comisión puede acudir directamente al Tribunal, sin necesidad de una fase precontenciosa ante el Tribunal. Esta circunstancia aparenta una limitación de los derechos de defensa del Estado, que no cuenta con la posibilidad de exponer su punto de vista ante la Comisión antes de que ésta inicie el recurso ante el Tribunal, aunque en los procedimientos especiales existe una fase ante la Comisión, por lo que si se siguiera el procedimiento general se estaría duplicando la fase administrativa.

La importancia de los derechos de defensa del Estado fue puesta de manifiesto en las alegaciones del Gobierno español en este recurso refiriéndose a la impunidad en que quedaría la calificación errónea de las ayudas si sólo se permitiese atacar este vicio al impugnar la decisión final de recurso. Recientemente, en el asunto «PTT Nederland NV», a la vez que el Tribunal admitía la existencia de un nuevo procedimiento especial destacó la importancia de los derechos de defensa de los Estados. Puede señalarse una tendencia a favorecer la existencia de adecuadas garantías, similares a las del procedimiento general del artículo 169, en los procedimientos especiales, que no se convertirán en un instrumento sin control (44).

(43) Sobre la relevancia de esta diferencia ver G. BERB, Nota a la Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1986, as. 52/84, *Comisión c. Bélgica*, en *CMLRev.*, 1987, págs. 541 y ss.

(44) TJCE, S. de 12 de febrero de 1992, *Países Bajos, Koninklijke PTT Nederland NV y PTT Post BV c. Comisión*, as. C-48 y C-66/90, aún no publicada en la recopilación.

JURISPRUDENCIA

