

Revista General de Derecho

AÑO L

JULIO-AGOSTO 1994

INDICE MENSUAL

del número 598-99 de esta publicación



SUMARIO

- I. INDICE POR SECCIONES, págs. 1 a 24.

- II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREMO, AUDIENCIA NACIONAL, TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE MADRID, DE CATALUÑA, DE VALENCIA, DE CANARIAS CON SEDE EN TENERIFE Y AUDIENCIAS PROVINCIALES DE MADRID, BARCELONA, VALENCIA Y SEVILLA.
 - A) Derecho constitucional, págs. 25 a 51.
 - B) Derecho civil, págs. 53 a 101.
 - C) Derecho mercantil, págs. 103 a 116.
 - D) Derecho procesal civil, págs. 117 a 148.
 - E) Derecho penal, págs. 149 a 153.
 - F) Derecho administrativo, págs. 155 a 188.

- III. INDICE SISTEMATICO POR TEXTOS LEGALES Y ARTICULOS, págs. 189 a 213.

- IV. INDICE DE AUTORES, págs. 215 a 218.

	<i>Pág.</i>		<i>Pág.</i>
exhorto por conducto de la representación procesal de la parte, por <i>Regina Garcimartín Montero</i>	8217	suspensio. Valor concursal de las sentencias de remate, por <i>Antonio José Terrasa García</i>	8281
9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18 de mayo de 1993. Proceso civil. Infracción de normas reguladoras de actos y garantías procesales productora de indefensión. Omisión de práctica de pruebas, por <i>Carlos Martín Brañas</i> ,	8221	En torno a los procesos concursales en los que, en sus convenios, se entregan bienes en pago de deudas: pro soluto o pro solvendo. Tercería de dominio, por <i>José María Sagrera Tizón</i>	8303
10. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 28 de julio de 1993. Proceso civil. Carga de la prueba de los hechos constitutivos, por <i>Mª Pilar Ladrón Tabuénca</i>	8229	Intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos. Denegación de la condición de comerciante y de la posibilidad de ampararse en el expediente de suspensión de pagos. Consideraciones al Auto de la Audiencia de Barcelona de 19 de mayo de 1993, por <i>José María Sagrera Tizón</i>	8311
11. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil) de 30 de abril de 1993. Proceso civil. Nulidad de la sentencia de segunda instancia no hecha valer mediante motivo de casación, sino en la vista de este recurso, por <i>Rafael Hinojosa Segovia</i>	8233	Sección de Derecho Comunitario Europeo, dirigida por Miguel Pastor López.	
12. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil) de 27 de marzo de 1993. Proceso civil. Demanda para la declaración de error judicial, por <i>Sara Aragoneses Martínez</i>	8239	I. Estudios doctrinales y prácticos: Intervención estatal en favor de las empresas públicas: Las exenciones tributarias como elemento positivo de ayuda de Estado (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de marzo de 1994, en el asunto C-387/92. Banco de Crédito Industrial, S.A., c. Ayuntamiento de Valencia), por <i>Raúl Lafuentè Sánchez</i>	8319
13. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de lo Civil) de 15 de marzo de 1993. Proceso civil. Tercería de dominio y reconvencción contra el tercerista, por <i>Rafael Hinojosa Segovia</i>	8245	II. Crónica de legislación comunitaria, por <i>Silvia Barona Vilar</i> y <i>Carlos Esplugues Mota</i> : 1. «Listado de las principales disposiciones aparecidas en el DOCE entre el 1 de abril de 1993 y el 1 de septiembre de 1993»	8341
14. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 14 de octubre de 1992. Proceso contencioso-administrativo. Ejecución de la sentencia por la Administración. Exigencia de responsabilidad penal a la autoridad que debe ordenar el cumplimiento, por <i>José Bonet Navarro</i>	8255	2. «Listado de las principales disposiciones aparecidas en el DOCE entre el 1 de septiembre de 1993 y el 30 de abril de 1994»	8343
III. Reseña de legislación (BOE de 1 de marzo de 1994 a BOE de 31 de mayo de 1994), por <i>Ricardo Juan Sánchez</i>	8265	II. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, por <i>Silvia Barona Vilar</i> y <i>Carlos Esplugues Mota</i> . 1. Segundo semestre del año 1992	8347
IV. Bibliografía, por <i>Juan Cámara Ruiz</i>	8271	2. Primer semestre del año 1993	8369
Sección de Práctica Jurídica Concursal, dirigida por José María Sagrera Tizón.			
I. Estudios doctrinales y prácticos: Acciones ejecutivas contra el			

I. ESTUDIOS DOCTRINALES Y PRACTICOS

Intervención estatal en favor de las empresas públicas: Las exenciones tributarias como elemento positivo de ayuda de Estado

(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de marzo de 1994, en el asunto C-387/92, Banco de Crédito Industrial, S.A., c. Ayuntamiento de Valencia)

POR

RAUL LAFUENTE SANCHEZ (*)

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 1. Hechos. 2. Delimitación del objeto de litigio: a) *Ambito de aplicación material y temporal del Derecho comunitario.* b) *Reformulación de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.*—III. DE LA EVENTUAL EXISTENCIA Y ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO COMÚN: ARTÍCULO 86 DEL TRATADO.—IV. SOBRE LA POSIBLE VIOLACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS AYUDAS DE ESTADO: ARTÍCULOS 92 Y 93 DEL TRATADO. 1. La noción de ayuda de Estado: Ayuda o subvención. 2. Forma jurídica de la ayuda: Exención fiscal. 3. Naturaleza jurídica del beneficiario: Empresa pública. 4. Límites a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia. a) *Sobre el efecto directo de los artículos 90, 92 y 93 del Tratado.* b) *El artículo 90.2 del Tratado como excepción a la incompatibilidad de las ayudas de Estado con el Mercado Común.* 5. Examen y control de las ayudas de Estado: Reglas de procedimiento. a) *Ayudas existentes y ayudas nuevas.* b) *Deber de notificación de las ayudas.*—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), de fecha 15 de marzo de 1994 (1), en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada mediante auto del Tribunal Superior de Justicia de la

(*) Abogado, LL. M. Universidad Libre de Bruselas.

Antiguo «stagiaire» en la Dirección General IV «Competencia» de la Comisión CE.

(1) Asunto C-387/92, Banco de Crédito Industrial, S.A., (hoy Banco Exterior de España, S.A.), c. Ayuntamiento de Valencia (todavía no publicada en el Repertorio).

Comunidad Valenciana, Sala Primera Contencioso-Administrativo (2), supone un nuevo e importante avance en la incesante tarea clarificadora que dicho Órgano Jurisdiccional Comunitario lleva a cabo en el marco de la interpretación y aplicación de las normas sobre la política de la competencia establecidas en el Tratado de Roma (en adelante, el Tratado) y, más concretamente, en las relativas a las ayudas de Estado (intervención de la administración pública en la actividad económica).

Pese a la brevedad de su redacción, y el hecho de haber sido emitida en el contexto de una petición prejudicial, reviste esta Sentencia una especial transcendencia por los factores significativos que en ella concurren. Por ello se hace interesante su comentario y análisis.

No se trata únicamente de determinar el alcance de una intervención estatal en la actividad económica, en forma de exención tributaria, lo cual, de por sí, ya podría ser calificado como una ayuda de Estado y constituir, por tanto, una medida contraria a las normas que regulan esta materia en los artículos 92 a 94 del Tratado, sino que además interviene en la misma como elemento determinante el carácter de empresa pública, a las que el Tratado se refiere en su artículo 90.2, que ostentaba la empresa beneficiaria de la ayuda de Estado.

Se trata, por otra parte, de un supuesto en el cual el TJCE, siguiendo su criterio clásico, procedió a reformular la cuestión planteada por la Jurisdicción de reenvío, por entender que su redacción original no se adecuaba ni legal ni técnicamente a las funciones que el alto Órgano Jurisdiccional Comunitario tiene encomendadas (3).

La estructura del presente comentario viene configurada por un planteamiento amplio de la cuestión (II), donde se hace una breve exposición de los hechos y se establecen la delimitación y alcance de la cuestión planteada, finalizando con la reformulación de la cuestión que el Tribunal efectúa. El análisis posterior de la Sentencia se estructura en dos partes bien diferenciadas estableciendo, al objeto de estudiar el fondo del asunto, una separación clara entre los dos grandes temas planteados en la misma. A saber: la posible violación de las normas de libre competencia, al amparo del artículo 86 del Tratado (III), y la posible violación de las normas que regulan la aplicación y control de las ayudas de Estado en sus artículos 92 y 93 (IV). El estudio de ambas dará paso a una breve consideración final (V).

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

1. Hechos

El litigio principal se plantea entre, de una parte, el Banco de Crédito Industrial, S.A. (hoy Banco Exterior de España, S.A.) y de otra, el Ayuntamiento de Valencia.

(2) Dictado en fecha 24 de junio de 1991 y que tuvo su entrada en el TJCE el 29 de octubre de 1992.

(3) Base recordar que el TJCE ha modificado su criterio inicial de proceder a la reformulación de las cuestiones prejudiciales que no se ajusten al perfil técnico obligatorio y, en base a un principio de economía procesal, debido al gran número de estas cuestiones que le son sometidas, ha decidido no admitir aquellas que por su redacción o contenido no se adecúan a lo que debe ser su última finalidad. Este cambio jurisprudencial se ha operado a partir de dos sentencias dictadas el 16 de julio de 1992 en materia de admisibilidad del reenvío prejudicial del artículo 177 del Tratado (Asuntos C-83/91, *Meilicke*, Rec. 1992, pág. I-4871 y C-343/90, *Loireau Dias*, Rec. 1992, pág. I-4673).

El objeto del mismo tiene como fundamento jurídico las liquidaciones por el Impuesto Municipal de Radicación correspondientes a los ejercicios fiscales de 1983, 1984, 1985 y 1986, que tenía por objeto gravar la utilización o disfrute de locales, sean estos de cualquier naturaleza, sitios en el término municipal y afectos a fines industriales o comerciales, así como para el ejercicio de actividades profesionales.

Dichas liquidaciones fueron recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por el Banco de Crédito Industrial, alegando su derecho a beneficiarse de la exención fiscal para los establecimientos públicos de crédito contemplada en el artículo 29 de la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial (4).

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana consideraba que esta exención fiscal garantizada en la mencionada ley en favor de las Entidades Oficiales de Crédito (de la que pretendía beneficiarse el Banco de Crédito Industrial, S.A.), podía atentar de forma clara y directa a las normas comunitarias de la competencia aplicables a las empresas, en forma de abuso de posición dominante en el mercado común, o una parte sustancial del mismo, —artículo 86—, así como a las disposiciones comunitarias aplicables a las ayudas de Estado, —artículos 92 y 93—, todo ello en relación al artículo 90 del Tratado. Por lo tanto, y para poder resolver sobre el litigio principal, la jurisdicción de reenvío entendía necesario el pronunciamiento a título prejudicial por parte del TJCE sobre la interpretación de estos preceptos comunitarios.

Así, en base a estos antecedentes, y haciendo uso de la potestad atribuida en el artículo 177 del Tratado en favor de los órganos jurisdiccionales nacionales (5), el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana solicitó el previo pronunciamiento del TJCE sobre tres cuestiones (6):

A) La primera de ellas se refería a la posible creación de una situación de abuso de posición dominante, tal y como se regula en el artículo 86 del Tratado. Se redactaba en los siguientes términos:

«La exención de toda clase de tributos del estado, provincia, municipio y demás corporaciones y entidades de Derecho público que la Ley reconoce a las entidades oficiales de crédito, siempre que ostenten la condición de con-

(4) (*Boletín Oficial del Estado*, 21 de junio de 1971). Modificada en alguno de sus preceptos por Ley de 25 de mayo de 1985 «Entidades de Depósito e Intermediarios Financieros», RD 13 de enero de 1978 y RD 2 junio de 1977.

El artículo 29 de esta Ley dispone: «Las Entidades Oficiales de Crédito estarán exentas de toda clase de tributos del Estado, provincia, Municipio y demás Corporaciones y Entidades de Derecho público, siempre que ostenten la condición de contribuyentes de los mismos».

(5) Téngase presente que la Sala Primera Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana es un órgano jurisdiccional de los comprendidos en el párrafo 3º del artículo 177. Es decir, con obligación de someter la cuestión prejudicial al TJCE, al haberse suscitado la misma en un proceso del que estaba conociendo y en el que no cabía la posibilidad de entablar un ulterior recurso de casación. (Vid. artículo 74 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

(6) Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante DOCE) número C 316, de 3 de diciembre de 1992.

tribuyente de los mismos, (artículo 29 de la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial), ¿debe estimarse como una vulneración del principio de libre competencia mediante el abuso de uno o más empresarios de una posición de dominio dentro de todo el mercado común o de una parte sustancial del mismo?».

B) La segunda iba dirigida a obtener una respuesta sobre la eventual compatibilidad de la mencionada ley nacional con los preceptos reguladores de las ayudas públicas, y su tenor literal era el siguiente:

«¿Debe considerarse incompatible con el Tratado cualquier clase de ayuda estatal otorgada con cargo a fondos públicos que falsee o amenace falsear la libre competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones?».

C) Finalmente, una tercera cuestión hacía referencia a la posible compatibilidad de la ley nacional con el artículo 90 del Tratado, referido a las empresas públicas, así como con algunos preceptos puntuales del Acta relativa a las condiciones de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados (en adelante, Acta de adhesión) (7). Sus términos de redacción eran:

«¿Debe entenderse vulnerado por esa exención el artículo 90 y por extensión los artículos 7, 85 y 94 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 en Roma, y los artículos 2, 9, 35 y 51 del Acta de adhesión en Madrid y Lisboa a 12 de junio de 1985 al Tratado en relación con las normas jurídicas internas del Derecho español y en concreto por el artículo 29 de la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial?».

A la luz del contenido de las tres cuestiones planteadas por la jurisdicción de reenvío, cuya redacción técnica no puede ser calificada de «afortunada», algunos aspectos merecen resaltarse y ser objeto de un breve examen:

Así, de la redacción de las mismas —con especial énfasis la primera y tercera—, se pone de manifiesto el objeto por ellas perseguido: obtener una respuesta sobre la compatibilidad o no de una norma nacional con las disposiciones del Tratado. Como es bien sabido, y así lo ha puesto de manifiesto el TJCE en su reiterada jurisprudencia, la vía del procedimiento prejudicial no puede ser utilizada a los efectos de obtener un pronunciamiento de tal naturaleza por parte del TJCE (8).

(7) De 12 de junio de 1985 (en vigor desde el 1 de enero de 1986) DOCE L 302, de 15 de noviembre de 1985.

(8) *Vid. ad. ex* sentencia de 27 de marzo de 1980 (Asunto 61/79, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denavit Italiana S.r.l.*, «Recopilación de Jurisprudencia del TJCE, o Recueil de la Jurisprudence de la Cour» (en adelante Rec.), 1980, pág. 1205, en su punto 12).

Otro aspecto relevante viene constituido por la referencia directa que la jurisdicción de reenvío hace a determinados preceptos normativos que carecen de cualquier punto de conexión tanto con la motivación de la cuestión planteada por la jurisdicción de reenvío como con los hechos del litigio principal que suscitó el presente procedimiento prejudicial. Es obvio que tanto el artículo 35 como el 51 del Acta de adhesión forman parte del capítulo de la misma dedicado a las medidas transitorias aplicables a España en el ámbito de la libre circulación de mercancías. Así, mientras el artículo 35 se refiere a las exacciones de efecto equivalente (9), el artículo 51 regula la aplicación de la legislación aduanera para los intercambios con los terceros países (10).

2. Delimitación del objeto de litigio

Del estudio de las cuestiones planteadas por la jurisdicción de reenvío, el TJCE establece las siguientes consideraciones preliminares:

a) *Ámbito de aplicación material y temporal del Derecho Comunitario*

Una primera, que nos revela la no procedencia de algunos de los preceptos normativos referidos en la cuestión prejudicial y que pretenden ser objeto de interpretación por parte del TJCE. Véanse los ya referidos artículos 35 y 51 del Acta de adhesión, al no presentar éstos ningún punto de conexión con el motivo principal objeto de litigio.

Una segunda, en la que constata y puntualiza el contenido de los artículos 2 y 9 del Acta de adhesión, que establecen la incorporación y aplicación del «*acquis com-*

(9) El Artículo 35 del Acta de adhesión (*Ut supra nota 7*) establece:

«Las exacciones de efecto equivalente a los derechos de aduana de importación existentes en los intercambios entre la Comunidad en su composición actual y España serán suprimidas el 1 de marzo de 1986».

(10) El artículo 51 del Acta de adhesión (*Ut supra nota 7*) dispone:

«1. Salvo disposición en contrario de la presente Acta, las disposiciones vigentes en materia de legislación aduanera para los intercambios con los terceros países se aplicarán en las mismas condiciones a los intercambios dentro de la Comunidad, mientras se sigan percibiendo derechos de aduana en tales intercambios. Para la determinación del valor en aduana respecto de los intercambios dentro de la Comunidad, así como de los intercambios con los terceros países, hasta el:

— 31 de diciembre de 1992 para los productos industriales y
— 31 de diciembre de 1995 para los productos agrícolas,

el territorio aduanero que deberá tomarse en cuenta será el definido en las disposiciones existentes en la Comunidad y en el Reino de España el 31 de diciembre de 1985.

2. El Reino de España aplicará, desde el 1 de marzo de 1986, la nomenclatura del arancel aduanero común y la del arancel unificado CECA en los intercambios dentro de la Comunidad.»

munautaire» (11) a los Estados miembros desde el momento de su adhesión a la Comunidad, en las condiciones previstas en los Tratados y el Acta de adhesión y con las excepciones previstas en ella.

En este sentido, el TJCE delimita el ámbito temporal de las normas comunitarias aplicables a España y señala que, obviamente, éstas son de aplicación desde el momento en que se produce su adhesión a la Comunidad (12). Se desprende de ello que, al no ser de aplicación el Derecho comunitario, no será competente el TJCE para proveer sobre la interpretación de aquellos preceptos comunitarios cuando la pretendida aplicación de los mismos venga referida a actos que tuvieron lugar con anterioridad a la mencionada fecha de adhesión y, por lo que al presente procedimiento se refiere, que el Órgano Jurisdiccional Comunitario no puede entender sobre aquellos aspectos del litigio referidos a la posible compatibilidad de la ley nacional española, en relación al Tratado, respecto a las liquidaciones del impuesto municipal de radicación referidas a los ejercicios fiscales de los años 1983, 1984 y 1985, anteriores a la adhesión de España a la CEE (13), sino que las posibles consecuencias vendrán limitadas a la imposición referida al año 1986.

En una tercera y última consideración, y tras el estudio de los hechos aportados por la jurisdicción de reenvío, así como de las observaciones remitidas por las partes personadas en el procedimiento (14), el TJCE concluyó que lejos de encontrarse en presencia de una posible vulneración de las normas de la competencia referidas a la existencia y abuso de una situación de posición dominante, se trataba más bien de un posible supuesto encuadrado en el marco de la intervención de la administración pública en la actividad económica —ayudas de estado—.

b) Reformulación de la cuestión prejudicial por parte del TJCE

De esta manera, una vez delimitado el objeto de litigio, y dado que en las cuestiones formuladas por la Jurisdicción de reenvío se encontraban todos los elementos

(11) El artículo 2 del Acta de adhesión (*Ut supra nota 7*) dispone:

«Desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades antes de la adhesión obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en estos Tratados y en la presente Acta.»

El artículo 9, por su parte, establece:

«La aplicación de los Tratados originarios y de los actos adoptados por las instituciones estará sujeta, con carácter transitorio, a las excepciones previstas en la presente Acta.»

(12) 1 de enero de 1986. *Vid.* Acta de Adhesión... (*Ut supra nota 7*).

(13) Así fue referido en las observaciones presentadas en este procedimiento tanto por el Ayuntamiento de Valencia como por el Gobierno español y la Comisión.

(14) Además de las partes implicadas en el procedimiento principal ante el órgano jurisdiccional de reenvío —Banco de Crédito Industrial S.A., y Ayuntamiento de Valencia—, fueron presentadas observaciones escritas ante el TJCE, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, (firmado en Bruselas el 17 de abril de 1957), por parte del Gobierno español, así como por el Gobierno griego y la Comisión.

necesarios para aplicar su *modus operandi*, (A saber: la delimitación de la cuestión planteada en el procedimiento nacional, así como los aspectos de Derecho comunitario a dilucidar, conexos a dicho procedimiento), el TJCE, siguiendo su criterio «clásico», procedió a reformular la pregunta planteada en términos tales que fuese compatible con su reiterada doctrina jurisprudencial. Esta tiene declarado que «si bien no corresponde al Tribunal en el marco del artículo 177 del Tratado pronunciarse sobre la compatibilidad de una normativa nacional con el Derecho comunitario, es competente, en cambio, para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con dicho Derecho que puedan permitirle apreciar esta compatibilidad para juzgar el asunto del que conoce» (15).

De este modo, el TJCE reconduce la cuestión prejudicial en los siguientes términos:

«¿Se opone el artículo 90 del Tratado, en relación al artículo 92, a la aplicación de la legislación de un Estado miembro que garantiza una exención fiscal en favor de las empresas públicas?».

III. DE LA EVENTUAL EXISTENCIA Y ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO COMUN: ARTÍCULO 86 DEL TRATADO

Puesto que del tenor de la nueva redacción dada por el TJCE a la cuestión planteada por la Jurisdicción de reenvío queda excluida la referencia a una posible violación del artículo 86 del Tratado, en relación a la normativa nacional aplicable, no vamos a incidir de manera especial en este tema.

Baste señalar, no obstante, alguna de las consideraciones expresadas por el Abogado General, señor Lenz, en sus Conclusiones presentadas al TJCE (16), que, si bien analizan este extremo, ponen de manifiesto la no existencia de posición dominante y, por ende, la improcedencia de examinar una posible explotación abusiva.

Como bien establece el artículo 86 del Tratado, para poder afirmar la existencia de una situación de posición dominante por parte de una o más empresas, ésta debe referirse al mercado común o una parte sustancial del mismo. Es necesario, por tanto, delimitar el mercado relevante en el que una empresa actúa (17). En el supuesto objeto de estudio el mercado relevante era, en general, el sector de banca y, en particular, el sector del crédito oficial.

(15) *Vid.*, entre otras, las sentencias de 18 de junio de 1991 (Asunto C-369/89, *Piageme*, Rec. 1991, pág. 1-2971, en su considerando 7), y 28 de noviembre de 1991 (Asunto C-186/90, *Durighello*, Rec. 1991, pág. 15792, en su considerando 10).

(16) Conclusiones del Abogado General Carl Lenz (presentadas al TJCE en fecha 11 de enero de 1994), en sus puntos 35 a 44.

(17) *Vid.*, *ad. ex.*, las sentencias de 14 de febrero de 1978 (Asunto 22/77, *United Brands c. Comisión*, Rec. 1978, pág. 207) y 13 de febrero de 1979 (Asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, Rec. 1979, pág. 461).

Teniendo en cuenta la actividad desarrollada por las Entidades de Crédito Oficial, limitada al sector del crédito oficial, la potencial competencia con el sector de la banca privada era limitada, por lo que no se cumplían las premisas necesarias al objeto de afirmar la existencia de una posición dominante, tal y como ha sido definida por el TJCE en su jurisprudencia. Es decir «aquella situación en la que una empresa disponga de una posición económica tal que le permita comportarse en gran medida sin tener en cuenta a sus competidores, sus clientes o los consumidores» (18).

En conclusión, no cabe afirmar que en la época en que el litigio se suscitó la aplicación de la exención fiscal pudiese tener por efecto el emplazamiento del establecimiento de crédito oficial —Banco de Crédito Industrial— en una situación de posición dominante, especialmente por los específicos objetivos que tenía encomendados como organismo de crédito oficial y a los cuales nos referiremos más adelante.

IV. SOBRE LA POSIBLE VIOLACION DE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS AYUDAS DE ESTADO: ARTICULOS 92 Y 93 DEL TRATADO

En una primera aproximación, y para determinar la existencia de una posible violación de alguno de los preceptos que regulan esta materia, el TJCE realiza un planteamiento similar al que la Comisión —órgano encargado del análisis y control de la política de ayudas de Estado— sigue en el examen y verificación de las mismas. El fundamento de esta sentencia va a recaer, de esta forma, sobre el análisis de aquellos aspectos principales que constituyen el núcleo de esta materia. A saber: la determinación del concepto, naturaleza y objeto de la intervención estatal, así como su eventual compatibilidad con el mercado común, sin olvidar el examen de las reglas de procedimiento aplicables.

Antes de pasar a analizar los aspectos sustantivos de la Sentencia conviene recordar el planteamiento diseñado por el Tratado en el tratamiento del tema de las ayudas públicas.

1. La noción de ayuda de Estado: Ayuda o subvención

En las normas del Tratado —artículos 92 y 93— que regulan esta materia, frente al establecimiento de un principio general prohibitivo —no absoluto ni incondicional, por otra parte— (19), complementado con un sistema de derogaciones, no se contemplan ni definen determinados aspectos básicos para el desarrollo de la misma. Señalemos a modo de ejemplo el concepto más básico: «ayuda de Estado».

(18) *Ibidem*, sentencia de 14 de febrero de 1978 (Asunto 22/76, *United Brands*, en sus puntos 63 a 66) y sentencia de 13 de febrero de 1979 (Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche*, en su punto 38).

(19) *Vid.* sentencia de 22 de marzo de 1977 (Asunto 74/76, *Ianelli & Volpi S.p.A. c. Ditta Paolo Mero-ni*, Rec. 1977, pág. 557).

Así, junto al artículo 92, puramente programático, en el que se regulan las normas sustantivas aplicables en la materia, el artículo 93 establece un somero compendio de las normas procesales de aplicación. Entre ellas, interesa reseñar por su trascendencia, la competencia *exclusiva* de la Comisión en el examen y control de las ayudas de Estado (20).

Es evidente por otra parte que, al no venir reguladas expresamente en los artículos 92 y 93 aquellas intervenciones que puedan calificarse como ayudas de Estado, esta función de delimitación queda, implícitamente, atribuida a la Comisión. Ésta, lejos de establecer en su doctrina una definición precisa de las actuaciones que puedan ser susceptibles de constituir una ayuda de Estado, ha preferido desarrollar esta tarea desde un prisma diferente: el examen y calificación de cada supuesto como un «cas d'espèce». Así, aún existiendo como existe un catálogo de actos que son considerados como ayudas de Estado, éste no es exhaustivo sino ilustrativo (21).

En este sentido, el TJCE hace una referencia preliminar a la distinción técnica entre ayuda y subvención. Para ello recurre a su abundante jurisprudencia en la materia señalando que, aún cuando ambos conceptos gozan de la misma naturaleza y producen efectos idénticos, la noción de *ayuda* tiene un alcance más general que la noción de *subvención* (22). Así, mientras la segunda viene configurada «*stricto sensu*» por un elemento de prestación positiva por parte de la Administración, —Vgr. transferencia de fondos—, el concepto de ayuda puede abarcar tanto una subvención cuanto otro tipo de «intervención» en forma de exención del cumplimiento de una obligación que, *ultima ratio*, contribuya a lograr el fin primordial de las ayudas públicas: poner algunos recursos a disposición de las empresas, o procurarles ciertas ventajas, con el fin de lograr determinados objetivos económicos y sociales (23). En definitiva, colocar al beneficiario en una situación financiera más ventajosa que el resto de sus competidores.

De este modo, y siguiendo una vez más la línea establecida por el TJCE en su jurisprudencia, podemos definir las ayudas de Estado como «toda ayuda garantizada, directa o indirectamente, por un Estado (24), o a través de los recursos de un Estado,

(20) Sentencia de 17 de septiembre de 1980 (Asunto 730/79, *Philip Morris Holland B.V. c. Comisión*, Rec. 1980, pág. 2671).

(21) *Vid.* a modo de ejemplo, el catálogo de ayudas descrito en la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita número 48, de 27 de junio de 1963, planteada por el diputado del Parlamento Europeo, señor Burgbacher, (*Journal Officiel des Communautés européennes* (en adelante JO) número 125, de 17 de agosto de 1963, pág. 2235), sobre la aplicación de las reglas de competencia a empresas estatales, donde se mencionan entre otras: subvenciones, *exenciones fiscales*, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones particularmente favorables, cesiones de edificios o terrenos a título gratuito o en condiciones particularmente favorables, cobertura de pérdidas de explotación...

(22) Así, en el marco del Tratado CECA, sentencia de 23 de febrero de 1961 (Asunto 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1961, pág. 3).

(23) *Vid. ad. ex.* sentencia de 27 de marzo de 1980 (Asunto 61/79, *Denkavit*, (*Ut supra nota 3*)).

(24) Es este un concepto amplio, el de Estado, que comprende no solamente a la Administración Central del Estado sino también a cualquiera de sus administraciones —sean éstas autonómicas, regionales, locales, ...—. *Vid.* sentencia de 14 de octubre de 1987 (Asunto 248/84, *R.F. Alemania c. Comisión*, Rec. 1987, pág. 4013).

Igualmente, este concepto abarca aquellos organismos públicos o privados previamente designados o autorizados por el Estado para administrar los fondos de donde proceda la ayuda. *Vid.* en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988 (Asuntos acumulados 67, 68 y 70/85 *Van der Kooy c. Comisión*, Rec. 1988, pág. 219).

en cualquier forma, que constituya una ventaja gratuita (25), y que persiga un objetivo «económico y social» (26).

2. Forma jurídica de la ayuda: Exención fiscal

Por lo tanto, y dado que el artículo 92 del Tratado no distingue según las causas o los objetivos perseguidos con las intervenciones, ni según el organismo que distribuya o gestione la ayuda, sino en función de sus efectos, el TJCE concluye que una ventaja fiscal —exención fiscal en el asunto que nos ocupa—, aún cuando no representa en sentido técnico una transferencia de recursos financieros por parte del Estado a una empresa, constituye una ayuda en el sentido del artículo 92.1 del Tratado (27), ya que, en definitiva, supone una medida tendente a aliviar las cargas que normalmente pesan sobre el presupuesto de una empresa (28), y, como ya se ha señalado, emplaza a su beneficiario en una situación más favorable que aquellos competidores —el resto de contribuyentes, en este caso— que no se vean favorecidos por dicha medida.

No es este, sin embargo, un elemento determinante en sí mismo, ya que no toda ayuda de Estado ha de ser considerada automáticamente contraria al Tratado (29). Para ello deberán concurrir dos condiciones *sine qua non*:

- A) Que la ayuda afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falsee o amenace falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (30) y, de otra parte,
- B) Que no pueda ser objeto de aplicación ninguna de las derogaciones previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 92 del Tratado.

3. Naturaleza jurídica del beneficiario: Empresa pública

Una vez más, encontramos en el Tratado una ausencia significativa: la definición de empresa pública. Este hecho tiene su fundamento en las distintas nociones existentes en la materia en los distintos Estados miembros. Ello no obstante, y al objeto de

(25) Vid. sentencia de 22 de marzo de 1977 (Asunto 78/76, *Steinike & Weinlig c. R.F. Alemania*, Rec. 1977, pág. 595).

(26) Sentencia de 27 de marzo de 1980 (Asunto 61/79, *Denkavit*, (U *supra nota* 3)).

Para un estudio más detallado sobre la noción de ayuda de Estado, Vid. N. DONY-BARTHOLOME: *La notion d'aide d'Etat*, en «Cahiers de Droit européen», número 3-4, agosto 1993, págs. 399 a 416.

(27) Recordemos, en este sentido, la respuesta de la Comisión (U *supra nota* 21) a la pregunta formulada por el Parlamento Europeo, donde se definen expresamente las exenciones fiscales como «potenciales» ayudas de Estado.

(28) Así, sentencia de 23 de febrero de 1961 (Asunto 30/59, (U *supra nota* 22)).

(29) Sentencia de 22 de marzo de 1977 (Asunto 74/76, *Ianelli*, (U *supra nota* 19)).

(30) El artículo 92 del Tratado tiene como objetivo prevenir estos efectos contrarios al juego de la libre competencia. Vid. sentencia de 2 de julio de 1974 (Asunto 173/73, *Italia c. Comisión*, Rec. 1974, pág. 709).

aplicar las normas sobre la competencia, el concepto de empresa pública ha de ser interpretado de forma uniforme para todos los Estados miembros (31).

Era este, la naturaleza de empresa pública del beneficiario de la ayuda, otro elemento significativo que el TJCE tuvo que determinar antes de dar respuesta a la pregunta planteada por la Jurisdicción de reenvío.

Es interesante referir en este estadio que ni la Comisión en su doctrina elaborada en el examen y control de las ayudas de Estado, ni el TJCE en su jurisprudencia, han avalado el hecho de la naturaleza jurídica de la empresa perceptora —privada o pública (32)— a efectos de delimitar la procedencia o no de las ayudas públicas.

A *sensu contrario*, el TJCE ha declarado que «el artículo 92 del Tratado abarca al conjunto de empresas, privadas o públicas, y al conjunto de las producciones de dichas empresas, bajo la única reserva contenida en el artículo 90.2 del Tratado» (33).

A *fortiori*, la competencia de la Comisión en esta materia se hace extensiva a las ayudas de Estado concedidas a las empresas a que se refiere el apartado 2 del artículo 90 y, en particular, a aquéllas a las que los Estados miembros han encargado la gestión de servicios de interés económico general.

Tal es el caso que nos ocupa, ya que en la Sentencia objeto de análisis se daba la circunstancia añadida de concurrir en el beneficiario de la ayuda, el Banco de Crédito Industrial, el carácter de institución de derecho público (34).

Conviene recordar, por otra parte, que el Gobierno español, en relación a la Ley 13/1971 (35), invocaba la aplicación del artículo 90.2 del Tratado al entender que, al ser el Banco de Crédito Industrial una Entidad de Crédito Oficial que desarrollaba un servicio de interés económico general (36) en el ámbito de actividad regulado por

(31) Esta afirmación es compartida por la generalidad de la doctrina en la materia. Vid., entre otros: M. WAELBROECK en Megret, Louis, Vignes, Waelbroeck: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 4, Concurrence, Editions de L'Université de Bruxelles, 1972, pág. 85, y J. W. RODRÍGUEZ CURIEL: *Ayudas de Estado a Empresas Públicas*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1990.

(32) Para un estudio más amplio sobre la noción de empresa pública en la doctrina y jurisprudencia del TJCE, en relación al artículo 90 del Tratado, Vid. P. P. VAN GENUCHTEN: *La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE*, en *Interventions publiques et Droit communautaire*, Ed. A. Pedone, Paris, 1988, págs. 112 a 142.

(33) Así fue declarado por el TJCE en su sentencia de 22 de marzo de 1977 (Asunto 78/76, *Steinike*, en su punto 18, (U *supra nota* 25)).

Vid., a mayor abundamiento, la interesante sentencia de fecha 17 de febrero de 1993 (Asuntos acumulados C-159 y 160/91, *Christian Poucet c. Assurances Générales de France (AGF) y otros*, Rec. 1993, pág. I-664), donde el TJCE recordaba, en directa referencia a su sentencia de 23 de abril de 1991 (Asunto C-41/90 *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, Rec. 1991, pág. I-1979), que «en materia de derecho de la competencia la noción de empresa incluye a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del status jurídico de la misma o de su modo de financiación».

(34) El Banco de Crédito Industrial estaba participado indirectamente por el Instituto de Crédito Oficial (ICO), teniendo asignadas unas funciones, tanto de inversión como de financiación, bien definidas en los artículos 6 y 87 de la Ley General Presupuestaria. Desarrollaba, por tanto, una función de crédito oficial tal y como se describe en el artículo 2 de la Ley 13/71 (U *supra nota* 4).

(35) U *supra nota* 4.

(36) Así, la exposición de motivos de la Ley 13/71 (U *supra nota* 4) se refiere al Crédito Oficial como una función irrenunciable del Estado, que tiene por objeto canalizar el ahorro hacia aquéllas inversiones que merezcan especial atención desde la perspectiva del interés público.

Vid. en relación al concepto de «servicio de interés económico general» J. W. RODRÍGUEZ CURIEL: *Ayudas de Estado...* U *supra nota* 31, págs. 59 y ss.

dicha ley (37), quedaba amparado por dicho precepto y, por tanto, aún en el supuesto de que la exención fiscal contenida en la ley nacional pudiese ser catalogada como una ayuda de Estado, ésta se beneficiaba de la derogación del precitado artículo 90.2 del Tratado (38).

En la misma línea, en las observaciones presentadas en este procedimiento por parte de la Comisión, ésta constataba que, de conformidad a la directiva 80/723/CEE de la Comisión (directiva de transparencia) (39), adoptada en aplicación del artículo 90.3 del Tratado (40), cuyo objetivo esencial es promover la aplicación eficaz en las empresas públicas de las disposiciones del artículo 92 y 93 relativas a las ayudas de Estado (41), el Banco de Crédito Industrial era una empresa pública (42), tal y como se define en el sentido del artículo 90.1 TCEE.

4. Límites a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el Banco de Crédito Industrial era una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general tal y como se define en el párrafo segundo del artículo 90 del Tratado. Conviene ahora plantear la posible aplicación de la excepción prevista en dicho precepto ante el juego de las normas aplicables en materia de ayudas de Estado.

Ante este razonamiento, diversas cuestiones se suscitaban en el procedimiento de referencia:

- A) Dilucidar las posibles consecuencias en la aplicación de los artículos 92 y 93 si una ayuda de Estado encontrase justificación en base a la excepción prevista en el artículo 90.2,
- B) Determinar si un Estado miembro que pueda prevalerse de dicha disposición debe respetar la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 93, y
- C) Resolver la cuestión de si un particular puede invocar directamente ante una jurisdicción nacional el mencionado artículo 90.2 en relación al artículo 92 del Tratado.

(37) *Ibidem*, en su artículo 1º donde se define el crédito público como el conjunto de las operaciones realizadas por las Entidades Oficiales de Crédito oficial reguladas por la mencionada Ley.

(38) Sentencia de 19 de marzo de 1991 (Asunto C-202/88, *Francia c. Comisión*, Rec. 1991, pág. I-1223).

(39) Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, de 25 de junio de 1980 (JO L 195 de 29 de julio de 1980, y DOCE ed. esp. 08/Vol. 02), modificada por sendas directivas de la Comisión: 85/413/CEE, de 24 de julio de 1985 (DOCE L 229, de 28 de agosto de 1985, y DOCE ed. esp. 08/Vol. 03), y 93/84/CEE, de 30 de septiembre de 1993 (DOCE L 254, de 12 de octubre de 1993).

(40) Recuérdese el contenido de este precepto donde se establece que «la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

(41) Así, la sentencia de 6 de julio de 1982 (Asuntos acumulados 188 a 190/80, *Francia, Italia y Reino Unido c. Comisión*, Rec. 1982, pág. 2545).

(42) *Ut supra número 39*, en su artículo 2, donde se define la concepto de *empresa pública* como: «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen».

Para ello, se hacía preciso examinar las cuestiones relativas a si el artículo 90.2 goza de *efecto directo*, así como la posible primacía de dicho precepto sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 (43).

a) Sobre el efecto directo de los artículos 90, 92 y 93 del Tratado

A este respecto conviene invocar cuál ha sido la dirección seguida por el TJCE en su jurisprudencia en relación a las obligaciones y derechos de empresas que gestionan servicios de interés económico general. Así, en su Sentencia de 19 de mayo de 1993 (Asunto *Corbeau*) (44), recordaba que el apartado segundo del artículo 90 del Tratado permite que un Estado miembro conceda a dichas empresas derechos exclusivos contrarios a las normas de competencia, a condición de que las transgresiones de las mismas sean necesarias para la consecución de los fines que tengan atribuidos.

No debe olvidarse, sin embargo, que el TJCE no ha admitido el efecto directo del artículo 90.2 (45) (es decir, la creación de derechos individuales que los Jueces nacionales puedan salvaguardar), más que en relación con aquellas disposiciones del Tratado que sean directamente aplicables, y no así respecto de aquellas que no gocen de efecto directo (como pueda ser el caso del artículo 92).

Respecto a la relación entre el artículo 90.2 y los artículos 92 y 93, aún cuando la jurisprudencia del TJCE no es muy clarificadora, cabe extraer dos conclusiones precisas:

1. Que el artículo 90.2 participa, al menos potencialmente, de un importante rol en la aplicación del artículo 92 (46).

2. Que la regla específica aplicable a las empresas públicas no puede ser graduada de forma abstracta, sino en relación al examen, en cada caso concreto, del conjunto de normas dentro del marco de las cuales el artículo 90.2 deba aplicarse (47).

En este sentido, en la procedimiento objeto de estudio, la aplicación del artículo 90.2 debía ser interpretada en relación a la normativa comunitaria sobre las ayudas de Estado —artículos 92 y 93—. Por ello, corresponde analizar el objetivo y las características de las mismas de una forma conjunta.

El artículo 92 que, como ya hemos puesto de manifiesto, establece el principio general prohibitivo de las ayudas de Estado, así como las posibles derogaciones aplicables a este principio, no goza de *efecto directo* (48). Es decir, la apreciación de la

(43) Así lo planteaba en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Lenz, (*Ut supra nota 16*), en sus puntos 48 y 49.

(44) Sentencia C-320/91, *Paul Corbeau c. Régie des postes*, Rec. 1993, pág. I-2563.

(45) *Vid.* sentencia de 10 de marzo de 1983 (Asunto 172/82, *Fabricants raffineurs d'huile de grissage c. Inter-Huiles*, Rec. 1982, pág. 555).

(46) *Vid.* al respecto la sentencia de 22 de marzo de 1977 (Asunto 78/76, *Steinike*, (*Ut supra nota 25*)), donde el TJCE afirmaba que «el artículo 92 del Tratado se aplica tanto a las empresas públicas o privadas... salvo la reserva del artículo 90.2».

(47) *Vid.* sentencia de 3 de febrero de 1977 (Asunto 52/76, *Benedetti c. Munari*, Rec. 1977, pág. 163).

(48) Sentencia de 19 de junio de 1973 (Asunto 77/72, *Carminio Capolongo c. Azienda Agricola Maya*, Rec. 1973, pág. 611).

posible compatibilidad de la ayuda con el mercado común es competencia exclusiva de la Comisión, no pudiendo las partes interesadas alegar dicho precepto ante la jurisdicción nacional (49).

Tampoco, por lo que respecta al artículo 93 del Tratado, el TJCE ha reconocido efecto directo a este precepto (50) (excepción hecha de la última frase de su párrafo tercero), por lo que las prerrogativas sobre el control y examen de las ayudas siguen estando atribuidas a la Comisión.

b) *El artículo 90.2 del Tratado como excepción a la incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado común*

El artículo 90.2 del Tratado dispone:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad».

Como ya hemos señalado, el TJCE en su sentencia de 22 de marzo de 1977 (Asunto *Steinike*) (51) declaró la aplicabilidad de la excepción del artículo 90.2 del Tratado en materia de ayudas de Estado.

No obstante, al referirnos al artículo 90.2 como posible excepción a la regla general prohibitiva establecida en el artículo 92, cabe plantearse si es esta una excepción de las contenidas en los párrafos segundo y tercero del artículo 92 o si, por el contrario, estamos en presencia de una excepción singular. Sea como fuere, la cuestión primordial será determinar si la Comisión hace extensiva su competencia sobre esta materia. De la redacción del párrafo tercero del artículo 90, así como de la jurisprudencia del TJCE (52), parece inevitable concluir que, efectivamente, corresponderá a la Comisión apreciar la posible aplicación de esta excepción.

(49) Así fue declarado por el TJCE en su sentencia de 3 de febrero de 1977 [Asunto *Benedetti*, (Ut supra nota 47)].

(50) Sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Asunto 120/73, *Gebr. Lorenz GmbH c. R.F. Alemania*, Rec. 1973, pág. 1471).

(51) Ut supra nota 25.

(52) Ut supra nota 40.

Vid., en el mismo sentido, la sentencia de 20 de marzo de 1985 (Asunto 41/83, *Italia c. Comisión*, Rec. 1985, pág. 873), donde el TJCE señaló que la aplicación del artículo 90.2 no puede quedar a la discreción del Estado miembro que haya encargado a una empresa la gestión de un servicio de interés económico general, ya que el párrafo 3º de dicho artículo confiere a la Comisión, bajo el control del TJCE, una potestad de vigilancia en esta materia.

Igualmente, la sentencia de 6 de julio de 1982 [Asuntos acumulados 188 a 190/80 (Ut supra nota 41)], donde el TJCE declaró que la competencia de la Comisión para adoptar la Directiva de transparencia encontraba su fundamento en las necesidades inherentes a su deber de vigilancia señalado en el artículo 90.3 del Tratado.

Por ello, y sin perjuicio de la posible excepción aplicable a la normativa de ayudas de Estado tal y como previene el artículo 90.2, en ausencia de la aplicabilidad directa de dicho precepto la conclusión parece clara: Corresponde a la Comisión determinar, en el marco de sus atribuciones, si la aplicación de la referida excepción es compatible con la política global de ayudas de Estado. A este respecto, la Comisión ya tuvo ocasión de declarar que en su práctica administrativa seguiría una interpretación estricta de la excepción del artículo 90.2 vis-à-vis la materia de ayudas de Estado (53). Ello no será obstáculo para que los Estados interesados puedan plantear, con carácter subsidiario, esta excepción junto con aquéllas previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 92 del Tratado.

Tras este razonamiento preliminar, procede ahora analizar el alcance normativo de los aspectos procesales aplicables en el asunto que nos ocupa.

5. Examen y control de las ayudas de estado: Reglas de procedimiento.

a) *Ayudas existentes y ayudas nuevas*

Como ya ha sido señalado, el Tratado establece de forma explícita y a título exclusivo, sin perjuicio del posterior control por parte del TJCE, la responsabilidad de la Comisión en esta materia.

Así se determina expresamente en los párrafos primero y tercero del artículo 93 del Tratado donde, a su vez, se configura una distinción respecto a la naturaleza de las ayudas, entre: Ayudas existentes y ayudas nuevas. Para una buena comprensión de esta doble vertiente de las ayudas conviene recordar las connotaciones diferenciadoras de cada una de ellas que la Comisión ha elaborado en su doctrina.

Son consideradas como *ayudas existentes*:

- Aquéllas ayudas que ya existían en el momento de la entrada en vigor del Tratado CE, o de las subsiguientes ampliaciones de la Comunidad.
- Aquéllas ayudas que una vez autorizadas por la Comisión con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 93, pasan a ser consideradas como existentes.
- Aquéllas ayudas concedidas sin sujeción a lo dispuesto en el artículo 93 (54).

Por contra serán consideradas como *ayudas nuevas*:

(53) Sixième Rapport sur la politique de concurrence, Commission CE, Bruxelles, Luxembourg 1977, pág. 164.

(54) Se trata de aquéllas ayudas que, una vez notificadas y transcurrido el plazo de dos meses [Vid. jurisprudencia en el asunto *Lorenz*, (Ut supra nota 50)], sin que la Comisión se haya pronunciado al efecto sobre las mismas, son puestas en funcionamiento por los Estados miembros, siempre que, en aras a la seguridad jurídica, se notifique previamente a la Comisión. Las ayudas así concedidas pasan a ser consideradas como «resistentes».

Todas aquéllas ayudas que no vengan encuadradas bajo el epígrafe de «existentes», es decir, concedidas «*ex novo*», e igualmente todas aquéllas dirigidas a modificar las ya existentes (55).

b) Deber de notificación de las ayudas

Al objeto de proceder al cumplimiento del examen y control de las ayudas por la Comisión, existe la obligación de parte de los estados de notificar las mismas, aún cuando estas sean concedidas a empresas *ex* artículo 90.2. De no ser así, las supuestas ayudas tendrán la consideración de ilegales, con los efectos que ello conlleva (56). A este respecto conviene señalar que la «ilegalidad» de las ayudas no puede subsanarse «*a posteriori*». Esto se desprende del carácter imperativo y de orden público de las normas de procedimiento establecidas en el apartado tercero del artículo 93 (57).

Este deber de notificación implica un procedimiento diferente, según se trate de ayudas existentes o ayudas nuevas. Por lo que se refiere a las primeras, éstas deberán de notificarse en el momento en que se produce la adhesión a la Comunidad (58). Por lo que respecta a las ayudas nuevas, o dirigidas a modificar las ya existentes, el momento procesal oportuno será aquél en que se pretenda aprobar la normativa nacional que sirva de base para la puesta en práctica de las mismas, o desde el mismo momento en que se pretenda conceder la ayuda si se trata de una concesión «*ad hoc*» (59).

El fundamento de este deber de notificación es doble. De un lado, prevenir la aplicación de ayudas contrarias al Tratado antes de que la Comisión tenga la posibilidad de analizarlas, tal y como prevé el artículo 93.3 del Tratado (60), y de otro, posi-

(55) En relación a la configuración de los diferentes regímenes de ayudas, *Vid.*, entre otros, A. MATTERA: *El Mercado Unico Europeo, sus reglas, su funcionamiento*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 126; G. FERNÁNDEZ FARRERES: *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993, págs. 99 y ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA y A. L. CALVO CARAVACA: *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: Análisis y perspectivas*, Colección Estudios Europeos, Murcia, 1991, págs. 71 y ss.; A. VALLE GALVEZ: *Las ayudas de Estado en la Jurisprudencia del TJCE*, en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 910 y ss.

(56) *Vid.* la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros referida a las ayudas concedidas ilegalmente (10 C 318, de 24 de noviembre de 1983, y DOCE ed. esp. 8/Vol. 02)

(57) Sentencias de 19 de junio de 1973 [Asunto 77/72 *Capolongo* (*Ut supra nota 48*)], de 11 de diciembre de 1973 [Asunto 120/73, *Lorenz*, (*Ut supra nota 50*)] y 22 de marzo de 1977 [Asunto 78/76, *Steinke* (*Ut supra nota 25*)].

(58) Así, antes de que se produzca la adhesión, la Comisión analiza globalmente los regímenes de ayudas existentes en cada Estado. *Vid.*, en el caso español el Protocolo número 10 del Acta de adhesión, relativo a la restructuración de la siderurgia española y su Anexo sobre los procedimientos y criterios para la evaluación de las ayudas (*Ut supra nota 7*).

(59) *Vid. ad. ex.* la decisión 93/503/CEE, de 7 de julio de 1993 (DOCE L 238, de 23 de septiembre de 1993), en el asunto C 39/92, Industria de la Cerámica del Lazio, donde el Gobierno Italiano, en base a la Ley regional 90/90, notificó a la Comisión un régimen de ayudas aduciendo que aunque la ley ya había entrado en vigor, ésta no sería aplicable hasta su autorización por parte de la Comisión. Esta consideró que, puesto que en la referida ley no se incluía una cláusula suspensiva vinculada a la autorización previa de la Comisión, la notificación se había presentado demasiado tarde y, por tanto, concluyó que el régimen de ayudas propuesto constituía una ayuda no notificada.

(60) La interpretación de este precepto viene avalada por la sentencia de 11 de diciembre de 1973 [Asunto 120/73 *Lorenz*, (*Ut supra nota 50*)].

bilitar que determinadas ayudas que «*prima facie*» pudiesen ser consideradas como incompatibles con el mercado común, tengan la posibilidad de devenir compatibles tras un examen más completo y exhaustivo por parte de la Comisión (61). Con esta medida se persigue que el reconocimiento de la incompatibilidad de una ayuda con el mercado común sea determinado tras un procedimiento adecuado de examen y control llevado a cabo por la Comisión y, en todo caso, bajo el control del TJCE (62).

Cuestión diferente es la revisión de los regímenes de ayudas existentes; que encuentra su fundamento en la difícil justificación actual de algunos de esos regímenes debido a las distintas circunstancias económicas que concurrían en el momento de su aprobación así como a la existencia de un mercado común más compartimentado que en la actualidad (63).

Para evitar los posibles conflictos que pudieran surgir entre los Estados miembros y la Comisión, al amparo de este deber de notificación, el artículo 93 en su párrafo tercero *in fine*, al que la jurisprudencia del TJCE ha reconocido *efecto directo* (64), señala que «el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva». Esta prohibición produce ya sus efectos desde el momento mismo en que deba notificarse la ayuda (65). Ello significa que dicho precepto podrá ser invocado por cualquier particular ante la jurisdicción nacional solicitando su intervención para que declare sin efecto las ayudas «ilegales» otorgadas por un Estado. Es decir, sin verificar el requisito de la previa notificación a la Comisión (66).

Una vez establecida y definida la obligación irrenunciable que el Tratado impone a los Estados miembros al objeto de informar a la Comisión «con la suficiente antelación» sobre los proyectos de ayudas que pretenda poner en práctica, conviene delimitar esta responsabilidad en virtud de la naturaleza de la ayuda: Ya sea una ayuda existente, ya se trate de una ayuda nueva.

Así, el TJCE en la sentencia objeto de análisis parte de esta premisa y delimita claramente la diferente actuación a seguir según se trate de uno u otro supuesto. Mientras que la «obligación» de notificar las *ayudas nuevas*, así como cualquier modificación que se produzca sobre las ya existentes, recae de forma indelegable sobre los

(61) En este sentido, el apartado segundo del artículo 93 prevé un procedimiento contencioso que la Comisión pondrá en marcha en el supuesto de que tras el examen inicial de la ayuda entienda que ésta no es compatible con el mercado común.

(62) *Vid. ad. ex.* sentencia de 17 de marzo de 1993 (Asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, *Stoman Neptun*, Rec. 1993, pág. I-887, en su punto 11).

(63) *Vid.* XIX Informe sobre la política de competencia, punto 120, Comisión CE, Luxemburgo, 1990.

(64) Sentencia de 19 de junio de 1973 [Asunto 77/72, *Capolongo*, (*Ut supra nota 48*)], Rec. 1973, pág. 611.

(65) Sentencia de 11 de diciembre de 1973 [Asunto 120/73, *Lorenz*, (*Ut supra nota 50*)].

Vid., en el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros referida a las ayudas concedidas ilegalmente (*Ut supra nota 56*).

(66) Sentencia de 14 de febrero de 1990 (Asunto 301/87 *Francia c. Comisión*, Rec. 1990, pág. I-307).

Igualmente, la inobservancia de la prescripción contenida en la última frase del párrafo tercero del artículo 93 puede dar lugar a la aplicación del artículo 186 del Tratado, con el fin de ordenar las medidas provisionales oportunas tendientes a la cesación de la medida litigiosa calificada como ayuda.

Vid., en este sentido, las sentencias de 21 de mayo de 1977 (Asunto 31/77 y 53/77 *Comisión c. Reino Unido*, Rec. 1977, pág. 921) y 20 de septiembre de 1983 (Asunto 171/83 *Comisión c. Francia*, Rec. 1983, pág. 2621).

Estados que pretendan ponerla en práctica, en los supuestos de *ayudas existentes* el examen permanente por parte de la Comisión que viene establecido en el artículo 93.1 reviste un procedimiento diferente: Será la Comisión quien deberá de tomar la iniciativa si tiene dudas razonables con respecto a la compatibilidad de la ayuda con el mercado común.

De este modo, y aún cuando el procedimiento de examen posee idénticos caracteres, tanto para las ayudas nuevas como para las ya existentes (67), puede apreciarse como el TJCE delimita claramente el criterio central que establece la diferente actuación en ambos supuestos: Obligación de *notificar* por parte de los estados en las ayudas nuevas y desarrollo de la *iniciativa* por parte de la Comisión en el caso de ayudas existentes.

Era un hecho evidente, y así lo constató el TJCE, que la ley española al amparo de la cual se justificaba la exención fiscal calificada de ayuda pública, era anterior a la adhesión de España a la Comunidad y, por tanto, la ayuda en cuestión debía considerarse como una «ayuda existente». Una vez establecidas estas premisas, el TJCE se plantea conocer sobre el cumplimiento o no por parte del Gobierno español de su deber de notificación en el momento procesal oportuno: en este caso, en el momento de su adhesión a la Comunidad.

Nos ayudará a clarificar este extremo conocer el dato que durante el periodo de negociación de su adhesión a la Comunidad el Gobierno español fue preguntado por la Comisión acerca de los distintos regímenes de ayudas en vigor en aquel momento en nuestro país, no siendo incluida la ley objeto de estudio en la lista facilitada por el Gobierno español a la Comisión.

Prima facie, y haciendo abstracción de los motivos subyacentes en el ánimo de las autoridades españolas al objeto de no notificar la mencionada ley, ni en el momento de la adhesión ni en un momento posterior, podría pensarse que estamos en presencia de una posible violación del deber de notificación inherente a todo Estado en esta materia. Sin ánimo de analizar más detalladamente este extremo hay que señalar, no obstante, que la propia Comisión, a la postre el órgano encargado del control y examen de este tema, en sus alegaciones vertidas en el presente procedimiento, señaló que debido a la complejidad de la exención en cuestión —cuya aplicación venía desarrollada en el marco de los artículos 90 y 93 del TCEE,— no entendió que se tratase de una violación intencionada por parte española de las disposiciones del artículo 93.1, en relación con el artículo 5 del Tratado, o de cualquier otra obligación asumida en el marco de las negociaciones de adhesión (68).

Por todo ello, concluyó el TJCE que no solamente la competencia atribuida a la Comisión en la materia se extiende a las ayudas de Estado concedidas a las empresas

(67) Nos referimos, sin duda, a la aplicación del artículo 93 del Tratado, aun cuando existe una variación importante respecto al párrafo tercero de dicho precepto, ya que, contrariamente a lo que sucede con las ayudas nuevas, en el caso de las existentes el Estado puede hacer efectivas las mismas en espera de la decisión final, no aplicándosele la prohibición contenida en dicho párrafo.

Son significativas, en este sentido, las sentencias de 30 de junio de 1992 (Asunto 312/90, *España c. Comisión*, en la Decisión Cenemesa, Rec. 1992, pág. 4154) y (Asunto 47/91, *Italia c. Comisión*, en la Decisión Italgreni, Rec. 1992, pág. 4136).

(68) Vid. las Conclusiones del Abogado General, señor Lenz, (*Ut supra nota 16*), en sus puntos 77 y 78.

encuadradas en el artículo 90.2, sino que, de la misma forma, la distinción establecida en el artículo 93 entre ayudas existentes y ayudas nuevas es válida y aplicable a aquellas ayudas de Estado concedidas a estas empresas.

Como ya ha sido referido, el TJCE, en su interpretación solicitada por la jurisdicción de reenvío, trata de proporcionarle a aquella los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar esa compatibilidad para resolver en el asunto de que conoce. Por esta misma razón, la conclusión del TJCE en la Sentencia que nos ocupa es clara e ineluctable: No entra a dilucidar sobre la legalidad o ilegalidad (dependiendo de su notificación) de la ayuda en cuestión. Tampoco sobre el extremo de su posible compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común ya que, conviene insistir, es esta una tarea que corresponde a la Comisión, y sólo en los supuestos donde exista una decisión previa de la misma ésta podrá ser recurrida ante el TJCE, cual no es el supuesto que nos ocupa.

De esta forma, y habiendo quedado probado, en el análisis efectuado por el TJCE, la existencia de una *ayuda de Estado*, en forma de exención fiscal, que *no fue notificada* en su momento por parte de las autoridades españolas, tratándose por ello de una *ayuda existente*, el TJCE entendió que una ayuda existente puede continuar ejecutándose en tanto en cuanto la Comisión no haya determinado su incompatibilidad con el mercado común (69), y declaró que en tanto no se haya producido esa constatación de incompatibilidad no procede examinar en qué medida dicha ayuda puede «escapar» de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 92, al amparo del párrafo segundo del artículo 90.

V. CONCLUSIONES

Es la sentencia aquí analizada bastante significativa y actual, no tanto por su extensión o el contenido específico de su fallo, cuanto por el examen global que al objeto de emitir el mismo efectúa el TJCE a través de un aspecto esencial del Derecho comunitario de la competencia, cual es el de las ayudas de Estado, siempre controvertido y no exento de interpretaciones divergentes.

Por ello, en el marco de esta cuestión prejudicial, diversas consideraciones, tanto en lo referente a la forma como al fondo, pueden inferirse de la misma, y merecen ser resaltadas en este epílogo final:

A) Por lo que respecta a la forma, el TJCE reitera una vez más la separación de competencias existente entre las jurisdicciones nacionales y dicho Órgano, señalando su función puramente interpretativa *vis-a-vis* el Derecho comunitario y la competencia exclusiva de la jurisdicción de reenvío para aplicar el mismo. Supone, por tanto, un nuevo recordatorio a tener en cuenta por las jurisdicciones nacionales a la hora de plantear futuras cuestiones prejudiciales.

(69) Vid. sentencia de 30 de junio de 1992 (*Ut supra nota 67*).

B) En cuanto al fondo de la cuestión planteada, si bien es cierto que el TJCE no satisface las expectativas albergadas por la jurisdicción de reenvío, al considerar que es ésta una materia —la relativa al control y examen de las ayudas de Estado— atribuida en exclusividad a la Comisión (sin perjuicio del posterior control del TJCE) y no corresponde su intervención en tanto no exista previo pronunciamiento sobre la misma por parte de la Comisión, del análisis global efectuado por el TJCE diversos principios aplicables en la materia vienen a reafirmarse. Así:

1. La aportación normativa fundamental que en el tema de referencia han efectuado tanto la doctrina de la Comisión como la jurisprudencia del TJCE debido, en gran parte, a la ausencia de un desarrollo normativo completo de los artículos 92 y 93, tal y como se prevé en el artículo 94 del Tratado (70). De esta forma, una vez más, se han venido a suplir las carencias existentes en aspectos básicos en la materia, algunos de los cuales han sido de nuevo reafirmados en esta sentencia.

2. La competencia exclusiva de que dispone la Comisión para comprobar las infracciones de las disposiciones de los artículos 92 y 93 del Tratado. Tarea esta que vendrá facilitada por la colaboración que se impone a los Estados en el marco del deber de notificación de aquéllas ayudas que pretendan conceder.

Esta potestad se encuentra avalada por la ausencia de efecto directo de los mencionados preceptos (con la salvedad de la última frase del párrafo tercero del artículo 93), así como del artículo 90.2. Ello significa que dichas disposiciones no crean derechos que los particulares puedan invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, reafirmando de este modo la potestad y amplio margen de discrecionalidad de que goza la Comisión en el control y aplicación de esta materia.

3. El concepto «abierto» de la noción de ayuda de Estado que ya había sido acuñado tanto por su jurisprudencia anterior como por la doctrina de la Comisión, e igualmente, y en el ámbito aquí analizado, la ratificación de la noción amplia de empresa, que abarca tanto a las públicas como a las privadas, y sus producciones, independientemente de la distinta finalidad por ellas perseguida.

4. Al hilo de esta distinción se confirma una vez más la posible aplicación, en favor de las empresas públicas, de la excepción a las incompatibilidades de las ayudas con el mercado común establecida en el párrafo segundo del artículo 90 del Tratado, previo control de la misma por parte de la Comisión.

5. Por último, un elemento decisivo lo constituye la diferente calificación de una ayuda como *existente* o *nueva*, ya que de ello dependerá en parte la posible inhibición de los Estados miembros respecto a aquéllas obligaciones que normalmente les

(70) Baste recordar que la potestad atribuida al Consejo por el artículo 94 del Tratado, al objeto de adoptar —previa propuesta de la Comisión— los reglamentos apropiados de determinadas disposiciones en materia de transportes.

incumben. En especial, por lo que respecta al deber de notificación que, en los supuestos de ayudas existentes, vendrá atenuado con la transferencia de dicha obligación al órgano controlador, es decir, la Comisión, la cual deberá tomar la «iniciativa» respecto a aquéllas ayudas al objeto de examinar las mismas.

Incide, por lo tanto, esta sentencia en la dirección ya establecida por el TJCE en su anterior jurisprudencia, siendo, por ello, importante la misma por lo que de reafirmación supone en cuanto a los conceptos en ella analizados.