

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. F. G. JACOBS

presentadas el 23 de marzo de 1994 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

1. En el presente asunto, el Reino de España impugna una Decisión de la Comisión en la que se declaraba que el Gobierno español había concedido una ayuda de Estado, infringiendo los artículos 92 y 93 del Tratado. La Decisión de que se trata es la Decisión 93/133/CEE de la Comisión, de 4 de noviembre de 1992, referente a las ayudas concedidas por el Gobierno español a la empresa Merco (sector agroalimentario).<sup>1</sup> Las cuestiones que se plantean en este asunto son similares en algunos aspectos a las de otros tres asuntos en los que España impugna Decisiones relativas a ayudas estatales, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92 (Rec. 1994, p. I-4103), cuya vista se celebró el mismo día que la del presente asunto.

en 1972 por el Ministerio de Agricultura español. En 1987, la empresa cambió su nombre por el de Merco. En el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, sus accionistas públicos eran el Patrimonio del Estado (del Ministerio de Economía y Hacienda), con una participación del 69,3 % del capital, y el FORPPA (Fondo para la Ordenación y Regulación de la Producción y los Precios Agrarios, organismo público dependiente del Ministerio de Agricultura), con una participación del 30,7 %.

3. La actividad de Merco consistía en la comercialización de productos agrarios. Contaba con un capital de 8.782 millones de pesetas y empleaba a 900 personas. Desarrollaba sus actividades en los 55 centros de compra de productos agrarios existentes en los lugares de producción, desde donde se comercializaban en España y en el extranjero.

### Hechos

2. La empresa pública Mercorsa (Mercados en Origen de Productos Agrarios) fue creada

4. En 1990, su volumen de negocios alcanzó unos 71.000 millones de pesetas, parámetro que permitió clasificarla como una de las empresas más importantes de España. Las principales divisiones de la empresa eran las de frutas y hortalizas, aceite de oliva, cereales y semillas, y oleaginosos y algodón.

\* Lengua original: inglés.

1 — DO 1993, L 55, p. 54.

5. Según el informe de auditoría sobre el ejercicio de 1990 realizada por Price Waterhouse en 1991, Merco acumuló en 1990 un déficit de 8.727 millones de pesetas, cifra a la que hay que añadir los déficits de los ejercicios anteriores, que sumaban un total de 9.800 millones de pesetas. El 31 de diciembre de 1990, el importe global del déficit era, pues, de más de 18.000 millones de pesetas.
6. La Comisión, tras recibir una denuncia, solicitó al Gobierno español, mediante sendos télex de 20 de diciembre de 1990 y de 23 de abril de 1991, datos sobre la ayuda supuestamente entregada a Merco en forma de aportación de capital por un valor de 5.900 millones de pesetas.
7. Mediante escrito remitido el 27 de mayo de 1991, el Gobierno español confirmó que en 1990 se había entregado a la empresa Merco una cantidad de 5.900 millones de pesetas en forma de aportación de capital por decisión de sus dos accionistas públicos: el Patrimonio del Estado y el FORPPA.
8. La Comisión, basándose en los datos de que disponía, consideró que esta aportación de capital de 5.900 millones de pesetas constituía una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, y decidió iniciar el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 del Tratado.
9. En el transcurso del procedimiento ante la Comisión, el Gobierno español mantuvo, en sus observaciones presentadas mediante escrito de 4 de octubre de 1991, que la aportación de capital por valor de 5.900 millones de pesetas no constituía una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado, ya que tal decisión, adoptada por los accionistas públicos de la empresa, se había inspirado en un criterio económico, dado que el Gobierno español había decidido reorganizar la empresa y mantener únicamente las actividades rentables.
10. Dicha reorganización consistía, por una parte, en la supresión de la división de aceites y, por otra, en una inyección de 5.900 millones de pesetas. La división de aceites era la causa de gran parte de los problemas de rentabilidad de la empresa. En 1990 había supuesto unos costes financieros de unos 2.022 millones de pesetas.
11. No obstante, las autoridades españolas opinaban que, incluso en el caso de que la aportación de capitales debiera considerarse ayuda de Estado, sería compatible con el mercado común si se tenía en cuenta el carácter necesario de tal inversión para la ejecución del plan de reducción de actividades de la empresa que conllevaba el cierre de la división de aceites. Además, teniendo en cuenta que la actividad de esta división se desarrollaba principalmente en zonas desfavorecidas, la ayuda podría ser declarada compatible con el mercado común en virtud de lo dispuesto en las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado.

12. El Gobierno español admitía, a pesar de todo, que la aportación de capital por un total de 5.900 millones de pesetas no bastaba para rentabilizar la empresa Merco y reconocía que deberían llevarse a cabo con tal propósito otra serie de reformas relacionadas esencialmente con la estructura financiera de la empresa.

13. En el artículo 1 de la Decisión impugnada, la Comisión declaró ilegal la ayuda concedida a Merco en forma de aportación de capital por un valor de 5.900 millones de pesetas, por haber sido otorgada infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado. En dicho artículo 1 se declaraba, además, que la ayuda era incompatible con el mercado común con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado, puesto que no reunía las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 92.

14. El artículo 2 de la Decisión obligaba al Reino de España a anular la ayuda mencionada en el artículo 1 y a exigir a Merco la restitución del dinero en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la Decisión, e indicaba que la restitución se efectuaría conforme a los procedimientos y a las disposiciones de la normativa nacional.

15. El artículo 3 de la Decisión obligaba al Gobierno español a informar a la Comisión de las medidas adoptadas para ajustarse a lo

dispuesto en ella en el plazo de dos meses a partir de su notificación.

16. El Reino de España invoca en apoyo de su recurso cuatro motivos, que examinaré sucesivamente.

#### **Primer motivo: Sobre la existencia de una ayuda**

17. En su primer motivo, el Reino de España niega que la ampliación de capital realizada por el Patrimonio del Estado y el FORPPA constituya una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado si se aplican los criterios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia ha declarado que, para comprobar si una aportación al capital tiene carácter de ayuda de Estado, un criterio apropiado consiste en determinar las posibilidades de la empresa de obtener las cantidades de que se trata en los mercados privados de capitales y analizar si un socio privado habría procedido a una aportación de capital semejante.<sup>2</sup> En otro asunto, el Tribunal de Justicia utilizó el criterio de si un inversor privado que actuara en las condiciones normales de economía de mercado habría participado en unas operaciones financieras como las que se examinaban.<sup>3</sup> Según el Gobierno español, la Comisión, al aplicar estos criterios, olvida tener en cuenta un elemento fundamental, que es precisamente la finalidad de

2 — Véase la sentencia de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión (40/85, Rec. p. 2321), apartado 13.

3 — Véase la sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartado 29.

la intervención. Dicha intervención, lejos de dirigirse al mantenimiento artificial de la actividad de la empresa, se limitaba por el contrario a facilitar la liquidación del modo menos gravoso posible de una división de la empresa, la de aceites, que representaba cerca del 50 % de la actividad total de la compañía. No cabe, consecuentemente, analizar la ampliación de capital desde la perspectiva del mantenimiento de la actividad de la compañía en su conjunto.

españolas informaron a la Comisión de que Merco deseaba poner fin a sus actividades en el sector del aceite a más tardar el 30 de marzo de 1992. La Comisión indica también que ninguno de los objetivos que ahora atribuye a la intervención el Gobierno español fueron mencionados en el transcurso del procedimiento desarrollado ante ella. De ello debe deducirse que la finalidad de la intervención no fue, como alega el Gobierno español, facilitar la liquidación de una parte de las actividades de Merco, sino, por el contrario, permitir a Merco seguir funcionando durante otro período de tiempo y retrasar el día fatídico de la liquidación.

18. El Gobierno español alega también que, como se deduce del análisis de los estados contables adjuntados a su recurso, la ampliación de capital objeto de la Decisión recurrida permitió tanto «la recuperación de activos de la compañía»<sup>4</sup> como el pago de un importantísimo montante de deudas en favor de pequeños agricultores, cuya propia subsistencia se hubiera visto en peligro de resultar impagados sus créditos.

19. Por las razones que da la Comisión en su escrito de contestación, resulta difícil aceptar que la finalidad de la intervención fuera efectivamente la liquidación de la división de aceites. La intervención tuvo lugar en 1990, mientras que la decisión de abandonar la división de aceites no se adoptó hasta 1991, según las propios datos que aporta el Gobierno español. Es más, en una carta de 20 de marzo de 1992, las autoridades

20. En cuanto a las alegaciones del Gobierno español relativas a la recuperación de activos y al pago de deudas a pequeños agricultores, resulta de nuevo significativo que las autoridades españolas no mencionaran dichas consideraciones en el transcurso del procedimiento ante la Comisión. La Comisión señala también que las autoridades españolas no han demostrado la existencia de nexo causal entre la ampliación de capital y la recuperación de activos. Más aún, los estados contables adjuntados al recurso no apoyan la existencia de una relación de este tipo. Por lo que respecta al pago de las deudas, la Comisión alega que este tipo de consideraciones no tienen relevancia al apreciar la actitud del inversor privado. Además, la Comisión afirma que el balance de Merco correspondiente al ejercicio que finalizó el 31 de diciembre de 1980, aportado a la Comisión por un tercero interesado, muestra que la mayor parte de los acreedores de Merco no eran pequeños agricultores: las deudas no eran esencialmente deudas comerciales

<sup>4</sup> — El significado de esta expresión no está totalmente claro, y no se deduce de los documentos adjuntados al recurso del Reino de España.

(5.220 millones de pesetas), sino deudas con entidades crediticias (21.511 millones de pesetas).

21. En su escrito de réplica, el Reino de España se esfuerza muy poco por enfrentarse a esta convincente refutación de sus alegaciones. La réplica se limita en sí misma a dos afirmaciones: en primer lugar, que la recuperación de activos y el pago de deudas a los pequeños agricultores se habían llevado a cabo y, en segundo lugar, que el proceso de liquidación de Merco, iniciado, según el Gobierno, en 1990, se encontraba en esa fecha (mayo de 1993) prácticamente finalizado. Estas afirmaciones, aunque sean fundadas, no responden a los argumentos de la Comisión. Opino, por consiguiente, que procede desestimar el primer motivo del Reino de España.

#### **Segundo motivo: Efectos sobre el comercio entre Estados miembros**

22. En su segundo motivo, el Reino de España rechaza la conclusión de la Comisión en el sentido de que la ayuda afecta al comercio entre Estados miembros. El apartado 1 del artículo 92 del Tratado sólo prohíbe, «en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros», las ayudas que «falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

23. En la Decisión impugnada, la Comisión basó su conclusión relativa a los efectos sobre el comercio entre Estados miembros simplemente en el hecho de que todos los productos agrarios comercializados por Merco eran objeto de intercambio entre los Estados miembros. La Comisión incluyó en la Decisión un cuadro estadístico que mostraba la importancia del comercio entre España y los demás Estados miembros en las diferentes clases de productos. La Comisión afirmaba que, cuando una ayuda financiera concedida por los poderes públicos fortalece la posición de determinadas empresas en detrimento de la de sus competidoras comunitarias, debe considerarse perjudicial para estas últimas, especialmente si, como en el caso que nos ocupa, la ayuda permitía apuntalar las finanzas de una empresa que —por utilizar las palabras de la Comisión—, en condiciones normales, debería haber desaparecido.

24. El rechazo de este punto de la Decisión impugnada por parte del Reino de España es esencialmente un corolario de su primer motivo. El Reino de España considera que la aportación de capital efectuada en este caso no puede considerarse capaz de afectar a los intercambios comunitarios, dado que su efecto no fue, como afirmaba la Comisión, apoyar las actividades de Merco, sino precisamente la liquidación del sector de actividad causante de los problemas de la compañía. Según la parte demandante, difícilmente cabe alegar que la liquidación de una empresa o de una de sus divisiones falsea la competencia al afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, cuando el efecto que produce la desaparición de una empresa de uno de los sectores en que estaba presente es precisamente el de permitir que las restantes empresas ocupen esa cuota de mercado.

25. En su escrito de contestación, la Comisión niega una vez más que la ampliación de capital formara parte de un plan de liquidación de la división de aceites. En su réplica, el Reino de España se limita a repetir que la finalidad de la ampliación de capital era saldar las deudas pendientes, con el objetivo de cesar las actividades en el sector del aceite.

26. La respuesta al segundo motivo se deduce por tanto, a mi juicio, de la respuesta dada al primer motivo. En cualquier caso, a pesar de que el Gobierno español no ha criticado directamente por inadecuado el razonamiento de la Comisión sobre este punto, yo lo considero adecuado en las circunstancias del caso. El efecto, si no la intención, de la ampliación de capital fue permitir a Merco continuar comercializando sus productos, y, dada la magnitud de las actividades de la empresa, parecía razonable deducir que ello afectaría al comercio entre Estados miembros.

27. El Gobierno español cita en este contexto la sentencia Intermills, en la que el Tribunal de Justicia declaró que «el pago de antiguas deudas, con el fin de permitir que una empresa sobreviva, no tiene necesariamente por efecto alterar las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común [...] cuando una operación de este tipo vaya acompañada, por ejemplo, de un plan de reestructuración». <sup>5</sup> Sin embargo, en aquel asunto el Tribunal de Justicia no estaba

examinando los efectos sobre los intercambios o el falseamiento de la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 92, sino la cuestión de si una ayuda era contraria al interés común con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 92. Además, en el presente asunto la Comisión había señalado que el Reino de España no había presentado el correspondiente plan de reestructuración que es requisito previo para que la ayuda pueda ser aprobada con arreglo al apartado 3 del artículo 92. Por consiguiente, este punto puede ser examinado en el marco del tercer motivo del Reino de España, que plantea la cuestión de si la ayuda estaba incluida en el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 92.

28. Por las razones que se han ido exponiendo, considero que procede desestimar el segundo motivo del Reino de España.

### **Tercer motivo: Aplicabilidad del apartado 3 del artículo 92**

29. El Reino de España alega que a la ampliación de capital que se examina le son aplicables las letras a) y c) del apartado 3 del

<sup>5</sup> — Sentencia de 14 de noviembre de 1984, Intermills/Comisión (323/82, Rec. p. 3809), apartado 39.

artículo 92 del Tratado. Dicho apartado está redactado así:

«Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;

b) [...]

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común [...].»

pequeños agricultores que operan en el sector habría desencadenado una crisis que hubiera arruinado a la mayoría de ellos, frustrando para el futuro toda posibilidad de incentivar el desarrollo regional y sectorial. Por consiguiente, a dicha medida le son aplicables las disposiciones de las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92.

31. En mi opinión, es posible encontrar respuesta a estas alegaciones en la propia Decisión de la Comisión, que afirmaba entre otras cosas lo siguiente:

«Las excepciones previstas en las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92, referentes a las ayudas para fomentar o facilitar el desarrollo de determinadas regiones, no son aplicables a la ayuda de que aquí se trata.

[...] Aunque la empresa Merco haya llevado a cabo algunas de sus actividades en regiones merecedoras de ayudas regionales con arreglo a las letras a) y c) [del apartado 3 del artículo 92], conviene recordar que la medida de ayuda que nos ocupa no fue adoptada como parte de un programa de ayuda regional, sino a raíz de una decisión *ad hoc* del Gobierno

30. El Reino de España afirma que Merco realizaba muchas de sus actividades en las zonas menos desarrolladas de España, que reunían los requisitos para percibir ayudas regionales con arreglo a las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92. La aportación de capital facilitó el repliegue de la actividad de la empresa sin desencadenar consecuencias irreparables. El impago de las deudas a los

español y en forma de aumento arbitrario y discrecional de capital.

Incluso si la ayuda en cuestión se considerase regional, no podría acogerse a las excepciones previstas en las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92, ya que las ayudas concedidas en virtud de las disposiciones de dicho artículo deben contribuir al desarrollo a largo plazo de la región, lo que, en este caso, hubiera supuesto por lo menos que la ayuda se hubiese dedicado a restablecer la rentabilidad de la empresa [objetivo no alcanzado por Merco a juzgar por los datos de que dispone la Comisión] sin por ello acarrear consecuencias perjudiciales e inaceptables sobre las condiciones de competencia en la Comunidad.

[...]

32. La Comisión afirmaba también en la Decisión impugnada que «considerando que la ayuda [...] fue utilizada para compensar las pérdidas y reducir las deudas de la empresa, que no formaba parte de un programa convincente de reestructuración y que, al mantener la competitividad de la empresa mediante una mejora artificial de su situación financiera, pudo haber tenido consecuencias desfavorables para las empresas competidoras de la Comunidad, la ayuda en cuestión no es compatible con el mercado común». Y la Comisión añadía que ella sólo puede aprobar las ayudas a la reestructuración en situaciones excepcionales: estas ayudas han de formar parte de un verdadero plan de reestruc-

turación y se han de conceder únicamente cuando pueda demostrarse que el mantenimiento de una empresa en activo y el restablecimiento de su rentabilidad redundan plenamente en interés de la Comunidad.

33. A mi juicio, no cabe estar en desacuerdo con la Decisión de la Comisión en estos puntos.

34. En su escrito de contestación, la Comisión se remite a la Decisión y sólo añade que el abandono de la actividad relativa al aceite no contribuye a favorecer el desarrollo de las regiones de que se trata. El Reino de España no añade nada en su réplica y, en mi opinión, está claro que carece de base alguna este motivo de impugnación de la Decisión.

**Cuarto motivo: Obligación de restituir la ayuda**

35. El Reino de España alega que resulta imposible ejecutar la Decisión impugnada en la medida en que exige la restitución de la ayuda, dado que la empresa se encuentra en liquidación, como sabe la Comisión por los escritos de las autoridades españolas de fecha 1 y 31 de julio de 1992, y no desarrolla actividad alguna; la dirección de la empresa está confiada a un Administrador único

encargado simplemente de las últimas gestiones de la liquidación. La Comisión afirma que el Estado español puede a pesar de ello intentar recuperar total o parcialmente las sumas pagadas, interviniendo como acreedor en la liquidación.

halla obligada a examinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común: la Comisión no puede, como había sugerido, exigir la restitución del importe de la ayuda basándose simplemente en el incumplimiento por parte del Estado miembro de las normas de procedimiento del Tratado.

36. Desde mi punto de vista, la validez de la Decisión de la Comisión debe apreciarse en función de las circunstancias en las que fue adoptada. No supone una diferencia para su validez, a mi juicio, el que la evolución posterior de los acontecimientos haga difícil o incluso imposible la ejecución de la misma <sup>6</sup>. En el presente asunto, no me cabe duda de que la ayuda de que se trata fue concedida ilegalmente, al incumplir el Reino de España tanto las normas de procedimiento del Tratado como las disposiciones materiales del mismo. También está claro que la Comisión actuó correctamente al exigir la restitución de la ayuda.

37. Me gustaría añadir que el presente asunto pone de relieve una dificultad que aparece con frecuencia en la ejecución de las normas del Tratado sobre ayudas de Estado. En su sentencia Boussac, <sup>7</sup> el Tribunal de Justicia declaró que, cuando un Estado miembro incumple las normas de procedimiento del Tratado, la Comisión puede ordenarle, por medio de una decisión provisional, que suspenda el pago de la ayuda y que facilite a la Comisión toda la información necesaria. Cuando el Estado miembro cumple lo dispuesto en la orden de la Comisión, ésta se

38. Con esta interpretación, el Tribunal de Justicia intentó reconciliar dos consideraciones opuestas, teniendo en cuenta los repetidos incumplimientos por parte de ciertos Estados miembros de las obligaciones que les impone el Tratado en lo relativo a la notificación de las ayudas de Estado proyectadas. Por una parte, si se aceptaba la tesis de la Comisión, la ayuda podría ser declarada ilegal por defectos de forma, incluso en el caso de que fuera compatible con el mercado común. Por otra parte, no era posible declarar que, frente a una ayuda concedida incumpliendo los requisitos de procedimiento, la Comisión disponía de los mismos derechos y obligaciones que cuando la ayuda había sido debidamente notificada; dicha interpretación animaría a los Estados miembros interesados a incumplir el apartado 3 del artículo 93, privándolo de eficacia. <sup>8</sup>

39. La solución a la que llegó el Tribunal de Justicia, en la que se reconocía a la Comisión la facultad de ordenar la suspensión de la ayuda, pero se obligaba a dicha Institución a examinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, puede resultar útil en los

6 — Véase la sentencia C-142/87, citada en la nota 3 *supra*, apartados 58 a 63.

7 — Sentencia de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión (C-301/87, Rec. p. I-307).

8 — Sentencia citada en la nota 7, apartado 11.

casos en los que la ayuda sólo ha sido abonada en parte. Cuando ya se ha abonado la totalidad de la ayuda, la facultad de ordenar la suspensión de la misma resulta por supuesto vana; y el hecho de que la Comisión esté obligada a continuar examinando la compatibilidad de la ayuda, y de que el Estado miembro pueda a continuación impugnar la Decisión de la Comisión —por endeables que sean sus motivos— en un procedimiento ante el Tribunal de Justicia, antes de que la obligación de reembolsar la ayuda pueda determinarse con carácter definitivo, probablemente supone que, en algunos casos, la obligación resulta ilusoria. En tal supuesto la restitución puede ser imposible en la práctica. A mi juicio, sería preferible adoptar la tesis de que, cuando un Estado miembro vulnera el requisito de notificación, la Comisión

está facultada para ordenar la restitución de la ayuda. Me parece poco convincente el argumento de que ello quizá llevara a ordenar la restitución de ayudas que podrían resultar compatibles con el mercado común: los Estados miembros pueden evitar este problema precisamente cumpliendo su obligación de notificar.<sup>9</sup>

40. Tanto en el presente asunto como en los asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, muchas de las dificultades que han surgido podrían haberse evitado si el Reino de España hubiera cumplido las obligaciones que le impone el apartado 3 del artículo 93 del Tratado.

## Conclusión

41. Por las razones que se han expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que:

«1) Desestime el recurso.

2) Condene en costas al Reino de España.»

<sup>9</sup> — Véanse mis conclusiones en el asunto Boussac (citado en la nota 7 *supra*), punto 42.