

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 9 de febrero de 2006¹

1. Los presentes asuntos tienen por objeto el recurso de casación interpuesto por P&O European Ferries (Vizcaya), S.A. (en lo sucesivo, «P&O») y por la Diputación Foral de Vizcaya (en lo sucesivo, «Diputación») contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003, en los asuntos acumulados T-116/01 y T-118/01, P&O European Ferries (Vizcaya) S.A. y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»)² mediante la cual se confirmó en su integridad la Decisión 2001/247/CE de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»),³ relativa al régimen de ayudas ejecutado por España en favor de la compañía marítima P&O, denominada a la sazón «Ferries Golfo de Vizcaya».

otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, falseen o amenacen falsear la competencia y afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

3. Por su parte, el artículo 88 CE, apartado 3, establece que la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación y que los Estados miembros no podrán ejecutar las medidas proyectadas antes de que haya recaído una decisión de esta última.

I. Contexto normativo

2. Como es sabido, el artículo 88 CE, apartado 1 dispone que, con las excepciones previstas en el propio Tratado, son incompatibles con el mercado común las ayudas

4. Además, mediante el Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo⁴ (en lo sucesivo, «Reglamento n° 659/1999») la Comunidad Europea se dotó de un detallado sistema de normas procedimentales para la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de control de las ayudas de Estado.

1 — Lengua original: italiano.

2 — Rec. p. II-2957.

3 — DO 2001, L 89, p. 28.

4 — Reglamento de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83, p. 1).

II. Hechos y procedimiento

Hechos que originaron el litigio

5. Habida cuenta de la complejidad de los acontecimientos objeto de los presentes asuntos, que por añadidura han dado lugar ya a dos sentencias del Tribunal de Primera Instancia, así como a su desarrollo a lo largo de un período de tiempo relativamente amplio, me limitaré aquí a sintetizar los principales hechos relevantes a efectos del presente procedimiento.

6. Todo empezó con un acuerdo (en lo sucesivo, «acuerdo inicial») firmado el 9 de julio de 1992 por la Diputación y por la Consejería de Comercio y Turismo del Gobierno vasco, por una parte, y por la Compañía de Transporte Marítimo denominada actualmente P&O, por otra parte. Dicho acuerdo se refería a la creación de un servicio de ferry entre Bilbao y Portsmouth y preveía la adquisición por parte de las autoridades firmantes, en el período 1993-1996, de un determinado número de bonos de viaje a cambio de una contraprestación económica fijada en el propio acuerdo. Este último no fue notificado nunca a la Comisión.

7. Sin embargo, el 21 de septiembre del mismo año, una sociedad de transporte marítimo competidora, Bretagne Angletterre Irlande (en lo sucesivo, «BAI»), ya denunciaba a la Comisión presuntas subvenciones concedidas por la Diputación y por el Gobierno vasco a P&O. Una vez recabada la información necesaria, la Comisión deci-

dió el 29 de septiembre de 1993 iniciar el procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE, apartado 2).⁵

8. La referida institución llegó a la conclusión, al término de un análisis preliminar, de que el acuerdo inicial no constituía una operación comercial normal, sino más bien una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) que no parecía cumplir los requisitos establecidos para poder ser declarada compatible con el mercado común.

9. Las consideraciones de la Comisión se basaban, entre otras cosas, en el hecho de que el precio acordado para la compra de los bonos de viaje por parte de las autoridades firmantes era superior a la tarifa comercial normal y en que el acuerdo implicaba un compromiso público de absorber todas las pérdidas sufridas por P&O durante los tres primeros años de explotación del nuevo servicio. En consecuencia, a juicio de la Comisión, el acuerdo terminaba por eliminar cualquier riesgo comercial de P&O.

10. Como consecuencia de la notificación de la decisión de apertura del procedimiento, el Gobierno vasco puso en conocimiento de la Comisión que había suspendido la aplicación del acuerdo. Al mismo tiempo, durante el

5 — DO 1994, C 70, p. 5.

procedimiento administrativo de examen de la medida, P&O mantuvo una larga correspondencia con la Comisión con el objeto de definir el tipo de acuerdo que podía ser celebrado entre la compañía de transportes marítimo y las autoridades públicas sin vulnerar las disposiciones comunitarias en materia de ayudas.

11. En tal contexto, P&O comunicó, mediante escrito de 27 de marzo de 1995, dirigido a un funcionario de la Dirección General (DG) «Transportes» de la Comisión,⁶ un nuevo acuerdo (en lo sucesivo, «nuevo acuerdo» o «la medida controvertida»), que se había celebrado el 7 de marzo de 1995 entre la Diputación y P&O. A tenor del citado acuerdo, relativo al período comprendido entre 1995 y 1998, la Diputación se comprometía a adquirir un total de 46.500 bonos de viaje utilizables en la línea marítima Bilbao-Portsmouth, explotada por P&O, y fijaba la contraprestación económica, así como los demás términos y condiciones de la referida adquisición.

12. El 7 de junio de 1995, la Comisión decidió archivar el procedimiento incoado el 29 de septiembre de 1993 (en lo sucesivo, «Decisión de 7 de junio de 1995»),⁷ señalando que el nuevo acuerdo contenía numerosas modificaciones con respecto a la versión anterior. En particular, se establecía ahora que el Gobierno vasco ya no era parte en el acuerdo; que el precio de los bonos se determinaba conforme a nuevos criterios y resultaba, por tanto, menos elevado que el convenido en el acuerdo inicial; y que otros

muchos puntos de este último que habían suscitado anteriormente reservas por parte de la Comisión habían sido suprimidos. Habida cuenta de estas consideraciones, la Comisión declaraba, en consecuencia, que el nuevo acuerdo no constituía una ayuda de Estado.

13. Sin embargo, la referida Decisión fue impugnada de inmediato ante el Tribunal de Primera Instancia por BAI, en su calidad de sociedad competidora de P&O y de denunciante de la ayuda, mientras que en apoyo de la Comisión intervinieron en el procedimiento jurisdiccional posterior el Reino de España y P&O.

14. Mediante sentencia de 28 de enero de 1999, BAI/Comisión⁸ (T-14/96; en lo sucesivo, «sentencia BAI»), el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión de 7 de junio de 1995, al considerar que el nuevo acuerdo no constituía una operación comercial normal y que, por consiguiente, la Comisión había realizado una interpretación errónea de dicho acuerdo en el sentido del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE.

15. En particular, el Tribunal de Primera Instancia observaba que las cantidades totales pagadas a P&O por las autoridades públicas con arreglo al nuevo acuerdo no sólo no habían disminuido con respecto a las previstas en el acuerdo inicial, sino que habían aumentado ligeramente. En efecto, aunque el precio comunitario de referencia

6 — Funcionario encargado de la gestión del expediente relativo a la ayuda de que se trata.

7 — DO C 321, p. 4.

8 — Rec. p. II-139.

de los bonos había bajado, el número total de títulos de viaje adquiridos había crecido de manera significativa (46.500 bonos frente a 26.000 títulos previstos originalmente). Y el importe de los bonos adquiridos —señalaba el Tribunal de Primera Instancia— no había sido fijado en modo alguno con relación a las necesidades reales del adquirente. Por otra parte, P&O no debió soportar ningún coste adicional a causa de dicho aumento de los bonos, puesto que éstos podían ser utilizados sólo en temporada baja. Por tanto, concluía el órgano jurisdiccional de primera instancia, los efectos del nuevo acuerdo sobre la competencia eran básicamente los mismos que los del acuerdo inicial.⁹

16. A la luz de dicha sentencia, la Comisión decidió incoar, el 26 de mayo de 1999,¹⁰ el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, con relación al nuevo acuerdo. Según la Comisión, las autoridades vascas habían aumentado artificialmente el número de bonos que iban a ser adquiridos a P&O, con la finalidad de compensar la reducción de su precio y de mantener, en consecuencia, la financiación pública a la compañía marítima en los niveles previstos en el acuerdo inicial.

17. Al finalizar dicho procedimiento, mediante Decisión 2001/247,¹¹ la Comisión declaró que el nuevo acuerdo constituía una ayuda de Estado incompatible con el mer-

cado común (artículo 1) y, en consecuencia, ordenó al Reino de España que recuperase las cantidades ya abonadas (artículo 2).

El procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida

18. La citada Decisión fue impugnada a su vez ante el Tribunal de Primera Instancia tanto por la Diputación como por P&O, pero mientras esta última se limitaba a solicitar la anulación de la orden de recuperación de la ayudas ya abonadas, la Diputación solicitaba la anulación de la Decisión en su totalidad.

19. En apoyo de la legalidad del acuerdo desautorizado por la Comisión, ambas partes recurrentes subrayaron con carácter preliminar que la ayuda controvertida había sido notificada debidamente a la Comisión por el beneficiario, a través del escrito ya mencionado de 27 de marzo de 1995.

20. En cuanto al fondo, las recurrentes formularon una serie de críticas relativas tanto a aspectos esenciales de la Decisión como a presuntos vicios de procedimiento durante el procedimiento administrativo desarrollado ante los servicios de la Comisión. Fundamentalmente, estas críticas se refieren a: a) la calificación de la medida *de qua* como ayuda de Estado; b) la vulneración

9 — Apartados 74 a 80.

10 — DO C 233, p. 22.

11 — Véase la nota 3.

del derecho de propiedad y del artículo 295 del Tratado CE; c) la no aplicación de la excepción prevista en el artículo 87 CE, apartado 2, letra a); d) la vulneración de las normas procedimentales establecidas por el Tratado CE y por el Reglamento n° 659/1999, en particular por lo que respecta al hecho de no haber solicitado informaciones ulteriores a las autoridades; e) la violación de los principios de confianza legítima, de seguridad jurídica y de buena administración; f) la violación del artículo 88 CE, por cuanto debería haberse considerado que la ayuda se había autorizado implícitamente; g) la insuficiencia o la no pertenencia de la motivación a efectos del artículo 253 CE.

21. Por su parte, la Comisión, además de negar la fundamentación de todos estos motivos, alegó la inadmisibilidad del motivo del recurso relativo a la calificación de ayuda de Estado dada a la medida controvertida, porque resulta contraria a la eficacia de *res judicata* adquirida por la sentencia BAI.

22. El Tribunal de Primera Instancia declaró la admisibilidad de los recursos en su integridad, pero desestimó todos los motivos de recurso formulados por P&O y por la Diputación, basándose en las consideraciones que paso a resumir brevemente, según el orden seguido por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida.

23. Con carácter preliminar, el Tribunal de Primera Instancia determinó que el nuevo acuerdo no había sido concedido con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 3, por lo que debía considerarse ilegal.

24. A este respecto, desestimó las alegaciones de las recurrentes según las cuales, al deber considerarse que el nuevo acuerdo es una ayuda nueva, éste había sido debidamente notificado a la Comisión por la sociedad beneficiaria. Según el Tribunal de Primera Instancia, en efecto, la comunicación a la Comisión del referido acuerdo por parte de los abogados del beneficiario no podía considerarse en modo alguno una notificación formal de una ayuda nueva a efectos del Tratado CE.¹²

25. En cualquier caso, proseguía el Tribunal de Primera Instancia, la nueva medida no constituía una ayuda nueva y distinta con respecto a la concedida originalmente (y nunca modificada), puesto que las modificaciones introducidas en esta última no afectaban a su esencia. En consecuencia, dado que el acuerdo inicial y el nuevo acuerdo debían considerarse una única ayuda, establecida y ejecutada en 1992 y modificada posteriormente, la no notificación de la primera afectaba también a la legalidad de la segunda.

26. En cuanto a la calificación de la medida controvertida como ayuda en el sentido del

¹² — Apartados 57 a 74.

artículo 87 CE, apartado 1, el Tribunal de Primera Instancia desestimó con carácter preliminar la mencionada causa de inadmisión invocada por la Comisión, señalando que la fuerza de cosa juzgada de una sentencia anterior únicamente puede ser invocada si el recurso que dio lugar a la sentencia de que se trata enfrentaba a las mismas partes, se refería al mismo objeto y se fundaba en la misma causa. En el caso de autos no concurrían todos estos requisitos.¹³

27. Sin embargo, por lo que al fondo se refiere, se confirmó el planteamiento de la Comisión.

28. En efecto, en primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia consideró que numerosos elementos demostraban que la Diputación no había celebrado el nuevo acuerdo para satisfacer necesidades efectivas. A su juicio, «el mero hecho de que un Estado miembro compre bienes y servicios en las condiciones habituales de mercado no basta para que esta operación constituya una transacción comercial realizada en unas condiciones que un inversor privado hubiera aceptado [...] si resulta que el Estado no tenía necesidad real de tales bienes y servicios. [...] La necesidad de que un Estado miembro demuestre que una adquisición de bienes o servicios efectuada por él constituye una transacción comercial es tanto más imperiosa en el caso de que, como en el presente asunto, la elección del operador no haya ido precedida por un procedimiento abierto de licitación

que haya sido objeto de suficiente publicidad [...]». ¹⁴ Por consiguiente, al no haberse demostrado en el caso de autos la existencia de tal necesidad, la Comisión pudo concluir lícitamente que el nuevo acuerdo atribuía a P&O una ventaja económica.¹⁵

29. Además, según el Tribunal de Primera Instancia la Comisión había indicado correctamente el potencial efecto de distorsión de la competencia de la medida *de qua* y su posible repercusión en los intercambios comerciales entre Estados miembros.¹⁶

30. Por lo que respecta a la supuesta vulneración del derecho de propiedad, al que se refiere el artículo 295 CE, la Diputación había sostenido que la Decisión impugnada constituía una limitación injusta de su capacidad de celebrar contratos y le privaba del derecho de propiedad de los bonos de viaje legítimamente adquiridos. Pero el Tribunal de Primera Instancia replicó que el artículo 295 CE no sustrae los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado y, por tanto, no puede limitar el alcance del concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.¹⁷

31. El Tribunal de Primera Instancia determinó asimismo que no podía declararse la compatibilidad de la medida controvertida con arreglo al artículo 87 CE, apartado 2,

14 — Apartados 117 y 118.

15 — Apartados 121 a 140.

16 — Apartados 141 a 144.

17 — Apartados 148 a 153.

13 — Apartados 75 a 82.

letra a) porque la ayuda no había sido concedida a los consumidores individuales y sin discriminaciones basadas en el origen de los servicios, sino que favorecía únicamente a P&O.¹⁸

32. En cuanto a la supuesta vulneración de las normas procedimentales, el Tribunal de Primera Instancia no hizo suya la crítica de la Diputación según la cual la Comisión no había solicitado a las autoridades españolas todas las explicaciones o aclaraciones necesarias para la adopción de su Decisión. A su juicio, en efecto, la crítica se basaba en una lectura errónea de la Decisión impugnada, en el sentido de que los pasajes de la Decisión impugnados por la Diputación no se referían a una verdadera y genuina falta de información, sino más bien a una apreciación distinta, por parte de la Comisión, de la prueba presentada por las autoridades españolas en el procedimiento administrativo.¹⁹

33. A continuación, el Tribunal de Primera Instancia analizó y rechazó las tesis mantenidas por ambas recurrentes sobre la presunta violación de los principios de confianza legítima y buena administración, habida cuenta de la orden de devolución de las ayudas contenida en la Decisión impugnada.

34. En cuanto a la supuesta violación de la confianza legítima, el Tribunal de Primera

Instancia señaló ante todo que no puede excluirse *a priori* la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda concedida ilegalmente invoque la existencia de circunstancias excepcionales que haya podido legítimamente fundamentar su confianza en la legalidad de la ayuda. Sin embargo, las autoridades que concedieron dicha ayuda incumpliendo la obligación de notificación, no pueden invocar la confianza legítima del beneficiario para eludir la obligación de adoptar las medidas necesarias para ejecutar una decisión negativa de la Comisión. Esto era, en cambio, lo que había hecho ilegalmente la Diputación.²⁰

35. Por otra parte, prosiguió el Tribunal de Primera Instancia, P&O no había invocado, aparte del hecho de que la Comisión adoptó inicialmente una decisión positiva, ninguna circunstancia excepcional que pudiera generar en ella una confianza legítima. Ahora bien, considerar que el hecho de que la Comisión adoptase inicialmente una decisión positiva en materia de ayudas —impugnada dentro de los plazos señalados en el artículo 230 CE y anulada por el órgano jurisdiccional comunitario— impide automáticamente la recuperación de una ayuda ilegal, privaría de eficacia al control de la legalidad de tales decisiones que realiza el órgano jurisdiccional comunitario. En particular, el Tribunal de Primera Instancia señaló citando la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 1997, España/Comisión,²¹ que los competidores del beneficiario se verían privados del derecho a un recurso

18 — Apartados 162 a 171.

19 — Apartados 176 a 187.

20 — Apartados 201 a 203.

21 — Asunto C-169/95, Rec. p. I-135, apartado 53.

efectivo contra las decisiones de la Comisión que lesionen sus intereses.²² En consecuencia, se desestimaron también las alegaciones formuladas por P&O con respecto a su propia confianza legítima.

36. Por lo que se refiere a la supuesta violación del principio de buena administración, el Tribunal de Primera Instancia señaló que mediante esta alegación la recurrente censuraba el comportamiento de la Comisión durante la instrucción del expediente para cuestionar nuevamente, en realidad, la ilegalidad de la ayuda. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia desestimó este motivo, remitiéndose al análisis sobre este punto expuesto en la propia sentencia.²³

37. El Tribunal de Primera Instancia, que examinó a continuación la supuesta vulneración del artículo 88 CE, desestimó la alegación formulada por la Diputación según la cual al no haberse iniciado en el plazo de dos meses desde la fecha en que se dictó la sentencia BAI el procedimiento previsto en el artículo 88 CE en relación con la medida *de qua*, debía considerarse que la ayuda había sido autorizada implícitamente. El Tribunal de Primera Instancia se remitió a la jurisprudencia Lorenz²⁴ para concluir que en el caso de autos no se daban las mismas premisas que en aquélla.²⁵

38. Por último, el Tribunal de Primera Instancia declaró manifiestamente infundada la supuesta insuficiencia de motivación invocada por P&O.²⁶

Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

39. Mediante recursos presentados los días 17 de octubre de 2003 y 10 de noviembre de 2003, respectivamente, P&O (asunto C-442/03 P) y la Diputación (asunto C-471/03 P) impugnan las conclusiones a las que llega el Tribunal de Primera Instancia. P&O solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida y devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que éste se pronuncie sobre la legalidad del artículo 2 de la Decisión impugnada. La Diputación, por su parte, solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida y, si el estado del litigio lo permite, se pronuncie sobre el litigio y anule la Decisión de la Comisión (o, con carácter subsidiario anule únicamente el artículo 2 de la misma). En caso contrario, la Diputación solicita que, anulada la sentencia dictada en primera instancia, se devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

40. A las referidas pretensiones se opone la Comisión, que en ambos procedimientos solicita al Tribunal de Justicia que desestime los recursos y condene en costas a las recurrentes. Además, es preciso añadir que la Diputación intervino en el marco del

22 — Apartados 204 a 210.

23 — Apartados 211 y 212.

24 — Sentencia de 11 de diciembre de 1973 (120/73, Rec. p. 1471; en lo sucesivo, «jurisprudencia Lorenz»). Esta jurisprudencia establece la regla según la cual si la Comisión, dentro de los dos meses siguientes a la notificación de una ayuda nueva, no define su postura sobre la misma (iniciando el procedimiento contradictorio o bien adoptando una decisión positiva), el Estado interesado puede ejecutar la ayuda, siempre que haya advertido previamente de ello a la Comisión.

25 — Apartados 216 a 219.

26 — Apartados 223 a 227.

recurso de casación interpuesto por P&O en apoyo de las pretensiones formuladas por esta última y –paralelamente– que P&O intervino en el marco del recurso de apelación interpuesto por la Diputación en apoyo de las pretensiones formuladas por la recurrente.

41. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 2005, se acumularon los dos asuntos a efectos de la fase oral y de la sentencia. Posteriormente, las partes fueron oídas en la vista de 22 de septiembre de 2005.

III. Análisis jurídico

Observación preliminar

42. Las recurrentes formulan diversos motivos de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, sobre los cuales me extenderé más adelante. Antes, debo definir mi posición sobre las dudas manifestadas por la Comisión con respecto a la admisibilidad del recurso interpuesto por la Diputación, dudas que posteriormente fueron precisadas en la vista y calificadas como una excepción formal de inadmisibilidad por presentación extemporánea de dicho recurso.

Sobre la supuesta extemporaneidad del recurso de casación interpuesto por la Diputación

43. Hay que señalar al respecto que en el escrito de interposición del recurso de casación la Diputación no designó domicilio en Luxemburgo, sino que eligió el despacho de sus abogados en Bilbao y dio su conformidad a la recepción de notificaciones por fax. Dicho esto, procede recordar que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia fue dictada el 5 de agosto de 2003 y que ese mismo día la Diputación emitió un comunicado de prensa en el que declaraba públicamente su intención de recurrirla. Con todo, tras dictarse la sentencia y con arreglo a lo dispuesto en las citadas disposiciones, la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia envió una copia auténtica de la sentencia a la Diputación por correo certificado con acuse de recibo, que fue depositada en el servicio de correos de Luxemburgo el 11 de agosto siguiente. En cambio, en el domicilio designado por la recurrente el envío postal fue notificado, según se desprende del acuse de recibo, el 1 de septiembre. En consecuencia, la Diputación consideró que el plazo para la interposición de su recurso debía empezar a contar a partir de esta fecha, por lo que éste fue presentado el 10 de noviembre siguiente. En cambio, las copias de la sentencia notificadas a la Comisión y a P&O fueron recibidas por éstas el 13 y el 14 de agosto, respectivamente, por lo que el recurso de P&O fue presentado, como hemos visto, el 17 de octubre.

44. Dicho esto, la Comisión objeta, a la luz del artículo 100, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento del Tri-

bunal de Primera Instancia,²⁷ que el recurso de la Diputación es extemporáneo.

45. A su juicio, si he entendido bien, lo cierto es que la última frase de aquella disposición establece al propio tiempo la presunción de notificación una vez transcurridos diez días desde el depósito del documento en el Servicio de Correos de Luxemburgo y una excepción a la misma («salvo que el acuse de recibo pruebe [...], etc.»). De lo contrario, se correría el riesgo de crear una situación de incertidumbre jurídica, puesto que el destinatario de la notificación podría retrasar ilimitadamente la retirada del envío postal y, por ende, el momento a partir del cual empieza a contar el plazo para la interposición del recurso.

27 — Hay que recordar que, si bien el apartado 1 de dicha disposición dispone que, en principio, «las notificaciones previstas en el presente Reglamento serán cursadas por el Secretario al domicilio elegido por el destinatario [...] por envío postal certificado con acuse de recibo, de una copia del documento que deba notificarse», el apartado 2 añade, sin embargo que «cuando, conforme al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 44, el destinatario haya dado su conformidad para que las notificaciones le sean enviadas por fax o cualquier otro medio técnico de comunicación, la notificación de cualquier actuación y escrito procesal, a excepción de las sentencias y autos del Tribunal de Primera Instancia, podrá efectuarse mediante transmisión de una copia del documento por dicho medio» (párrafo primero, el subrayado es mío); «si, por razones técnicas o debido a la naturaleza o el volumen del escrito, tal transmisión no pudiere realizarse, el documento se notificará, en caso de que el destinatario no hubiere designado domicilio a efectos de notificaciones, en el domicilio de dicho destinatario según lo previsto en el apartado 1 del presente artículo. El destinatario recibirá aviso de ello por fax o cualquier otro medio técnico de comunicación. En ese caso, se considerará que un envío postal certificado ha sido entregado a su destinatario el décimo día siguiente al de depósito del envío en el Servicio de Correos del lugar en el que el Tribunal de Primera Instancia tiene su sede, salvo que el acuse de recibo pruebe que el envío se recibió en otra fecha [...]» (párrafo segundo).

46. Pero sobre todo, aduce la Comisión, era evidente que, en el caso de autos, la Diputación tenía conocimiento de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia bastante antes del 1 de septiembre de 2003. Considera que así lo demuestran, por lo demás, tanto el comunicado de prensa emitido por la propia Diputación el mismo día en que se dictó la sentencia, como el hecho de que el texto de esta última estaba disponible en Internet. Estima la Comisión que, por consiguiente, la recurrente no observó los deberes de diligencia que incumben a todas las partes de un procedimiento jurisdiccional, al retrasar intencionalmente la retirada del envío postal (y, por ende, la firma del acuse de recibo) para poder disponer de un plazo más largo para interponer recurso.

47. Por su parte, la Diputación replica que presentó su recurso dentro de plazo, habida cuenta de la fecha de recepción efectiva de la copia de la sentencia y del plazo normal para interponer recurso (dos meses) así como de los días adicionales concedidos por razón de la distancia del domicilio designado por la parte recurrente. En este sentido, la recurrente se remite precisamente al texto del artículo 100, apartado 2, párrafo segundo, última frase, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia que, a su entender, hace prevalecer la recepción efectiva del documento sobre la presunta.

48. Por mi parte, he de recordar con carácter preliminar que el artículo 100, apartado 2, párrafo primero, regula únicamente las formas de notificación de los documentos que, por principio, puedan ser enviados por fax u otros medios técnicos, excluyendo expresamente, sin embargo, de dichas formas

la notificación de las sentencias y autos del Tribunal de Primera Instancia.

entrega del envío certificado en la Oficina de Correos de Luxemburgo.²⁸

49. Como ha podido observarse, el párrafo segundo de la misma disposición (citado tanto por la recurrente como por la Comisión) establece que en los casos en que debido, entre otras cosas, «a la naturaleza [...] del escrito» (sentencia o auto) no pudiera realizarse la transmisión por fax u otros medios técnicos, el documento se notificará siguiendo el procedimiento denominado ordinario, previsto en el apartado 1 de la disposición, es decir, por correo certificado con acuse de recibo, avisando al mismo tiempo al destinatario mediante fax o cualquier otro medio técnico de comunicación. Realizado lo cual, se presume que la carta certificada fue entregada al destinatario el décimo día siguiente a su depósito en el Servicio de Correos de Luxemburgo (a falta, obviamente, de elección de domicilio en este país), salvo que el acuse de recibo acredite que la recepción se produjo en distinta fecha.

50. Por tanto, debe considerarse que la presunción del artículo 100, apartado 2, párrafo segundo, es diferente de la establecida en el artículo 44, apartado 2, párrafo tercero, siempre del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, según la cual la notificación se considerará practicada en debida forma mediante la

51. La primera presunción es de aplicación, en efecto, en el caso de que, pese a que haya sido dada la conformidad a la transmisión de los escritos procesales por fax u otros medios técnicos, dicha transmisión no pueda llevarse a cabo debido, entre otras cosas, a la naturaleza del escrito (sentencia o auto).²⁹ La segunda se aplica, en cambio, en el caso que el recurrente no haya cumplido los requisitos formales a que se refiere el artículo 44, apartado 2, párrafos primero y segundo, es decir, no haya designado domicilio en Luxemburgo, ni haya dado su conformidad a la transmisión de los escritos procesales por fax u otros medios técnicos.³⁰

52. En el caso de autos, como se ha visto, la Diputación no designó domicilio en Luxemburgo, pero dio su conformidad a la transmisión de los escritos procesales por fax u otros medios técnicos. Por tanto, la norma aplicable es el artículo 100, apartado 2, párrafo segundo.

28 — Recordaré, para comodidad del lector, que el referido artículo 44, apartado 2, establece que: «la demanda contendrá la designación de domicilio en el lugar donde el Tribunal de Primera Instancia tiene su sede» (párrafo primero); «además de la designación de domicilio contemplada en el párrafo primero, o en lugar de ella, la demanda podrá indicar que el Abogado o el Agente da su conformidad a que las notificaciones que le sean dirigidas por fax o cualquier otro medio técnico de comunicación» (párrafo segundo); «si la demanda no reúne los requisitos enunciados en los párrafos primero y segundo, todas las notificaciones a efectos procesales a la parte interesada se efectuarán, mientras no se haya subsanado este defecto, por envío postal certificado dirigido al Agente o al Abogado de la parte. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 100, se considerará practicada en debida forma la notificación mediante la entrega del envío certificado en la Oficina de Correos del lugar donde el Tribunal de Primera Instancia tiene su sede» (párrafo tercero).

29 — Sin embargo, como ya he señalado, ha de avisarse al destinatario de que se ha producido la entrega, pues de lo contrario no puede aplicarse la presunción.

30 — Véase en este sentido el auto de 29 de octubre de 2004, Ripa di Meana/Parlamento (C-360/02 P, Rec. p. I-10339).

53. Aclarado esto, queda ahora por determinar, a la luz de dicha disposición, en qué condiciones puede no aplicarse la presunción de que se ha producido la entrega del envío certificado el décimo día siguiente a su depósito en la Oficina de Correos de Luxemburgo. Es decir, si esta deja de aplicarse cada vez que el acuse de recibo acredite que la recepción tuvo lugar en distinta fecha (como sostiene la recurrente) o solamente cuando dicha fecha sea anterior a la que resulte de la mencionada presunción (como apunta la Comisión).

54. Creo, desde luego, que de estas dos tesis la más convincente es la de la Diputación. En primer lugar, en efecto, parece más acorde con el tenor literal de la disposición, conforme al cual no resultan confirmada en modo alguno las afirmaciones de la Comisión. Por otro lado, y en términos más generales, debo señalar que si las normas procesales pertinentes conceden un plazo al recurrente, éste tiene derecho a hacer pleno uso del mismo, salvo que existan excepciones expresas al respecto. En efecto, la fijación de los plazos para recurrir está en función también de la protección del derecho de defensa; por consiguiente, para proponer soluciones que restrinjan tal derecho, es preciso determinar una base jurídica mucho más sólida que una deducción indirecta y, por añadidura, forzada de una frase que tiene un tenor literal totalmente distinto.

55. En cualquier caso, considero que, conforme a los principios generales, aun cuando todavía existiese objetivamente cierta incertidumbre interpretativa, ésta no podría

redundar en perjuicio del recurrente y de su derecho de defensa y que, debe prevalecer la interpretación que proteja mejor al derecho.

56. Estimo, pues, que debe considerarse que el recurso de la Diputación ha sido presentado dentro de plazo, por lo que es admisible.

Sobre los motivos de recurso

57. Dicho lo cual y pasando ahora a analizar el fondo de los recursos, señalaré que P&O ha formulado siete motivos de recurso y la Diputación nueve, parcialmente coincidentes. Por tanto, los analizaré, en lo posible, conjuntamente.

58. Iniciaré el examen con los motivos relativos a la calificación como ayuda de la medida controvertida (A), para pasar a continuación a los que se basan en la supuesta interpretación errónea del artículo 88 CE, apartado 3 (B) y, por último, a los referentes a otros errores de Derecho supuestamente cometidos por el Tribunal de Primera Instancia (C).

A. Motivos relativos a la naturaleza de ayuda de la medida

59. Mediante varias alegaciones, la Diputación niega ante todo las afirmaciones del Tribunal de Primera Instancia que corroboran las conclusiones de la Decisión impugnada referentes a la calificación del nuevo acuerdo como ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

1. Sobre la admisibilidad de dichos motivos

60. Antes de examinar el fondo de las referidas alegaciones, procede despejar algunas dudas acerca de su admisibilidad.

61. En particular, procede verificar si la calificación de ayuda de la medida de que se trata puede ser aún objeto de impugnación ante el órgano jurisdiccional comunitario. En la sentencia BAI, el Tribunal de Primera Instancia ya se había pronunciado en cierto modo sobre aquella medida, anulando la Decisión de 7 de junio de 1995, mediante la cual había sido aprobada. Al no haber recurrido posteriormente las partes dicha sentencia, se convirtió en definitiva y adquirió fuerza de cosa juzgada. Cabe preguntarse, por ello, si el recurso presentado por la Diputación ante el Tribunal de Primera Instancia cuestiona indirectamente la sentencia BAI, violando el principio de cosa juzgada.

62. A decir verdad, en aquella ocasión la Comisión había formulado precisamente dicha alegación, pero sin éxito, ya que el Tribunal de Primera Instancia señaló que, según jurisprudencia consolidada, «la fuerza de cosa juzgada de una sentencia puede suponer un obstáculo para la admisibilidad de un recurso si el recurso que dio lugar a la sentencia de que se trata enfrentaba a las mismas partes, se refería al mismo objeto y se fundaba en la misma causa». ³¹ En cambio, en el caso de autos, siempre según el Tribunal de Primera Instancia, el recurso interpuesto por la Diputación estaba dirigido contra un acto distinto del que había dado lugar a la sentencia BAI (la Decisión impugnada y la Decisión de 7 de junio de 1995) y, además, el recurso no enfrentaba a las mismas partes que estaban implicadas en el asunto que dio lugar a la sentencia BAI, puesto que la Diputación no había participado en aquel procedimiento. ³²

63. La Comisión no ha propuesto de nuevo la excepción en el presente recurso de casación, si bien se ha pedido a las partes que definan su postura sobre la cuestión y han expuesto en efecto en la vista sus tesis (contrapuestas) al respecto.

64. No obstante, a pesar de la inexistencia de una excepción formal de parte, considero que no está vedado al Tribunal de Justicia verificar si efectivamente en el caso de autos se ha vulnerado el principio de cosa juzgada.

31 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1985, Hoogovens Groep/Comisión (172/83 y 226/83, Rec. p. I-2831), apartado 9; y de 22 de septiembre de 1988, Francia/Parlamento (358/85 y 51/86, Rec. p. I-4821, apartado 12).

32 — Apartados 77 a 80.

A mi juicio, en efecto aunque nada digan al respecto los textos legales,³³ el Tribunal de Justicia puede en casación suscitar de oficio una causa de inadmisión justificada por motivos de orden público frente a la sentencia de primera instancia.

65. Por lo demás, señalaré que tal facultad está claramente confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ha sido justificada ampliamente por el Abogado General Jacobs en sus conclusiones en el asunto en que recayó la sentencia Salzgitter/Comisión, a cuyas argumentaciones me limito aquí a remitirme.³⁴

66. Por otro lado, tampoco me parece dudoso que la observancia del principio de la fuerza de cosa juzgada debe configurarse como una de las cuestiones de orden público que precisamente el Tribunal de Justicia puede suscitar de oficio en cualquier momento. En efecto, se trata de un principio fundamental del ordenamiento, comunitario y no sólo comunitario, cuya observancia debe garantizarse en interés no sólo y no

tanto de las partes, como de las personas vinculadas en general.³⁵

67. Aclarado esto, cabe ahora preguntarse si en el caso de autos es fundada la referida causa de inadmisión y, en consecuencia, si al declarar la admisibilidad del recurso de primera instancia y pronunciarse nuevamente sobre la naturaleza de ayuda de la medida controvertida, el Tribunal de Primera Instancia vulneró la fuerza de cosa juzgada de la sentencia BAI.

68. A este respecto, comenzaré recordando que en primera instancia el Tribunal de Primera Instancia desestimó la causa de inadmisión propuesta, por considerar que no concurrían los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que pueda alegarse la existencia de cosa juzgada. En particular, excluyó que los dos asuntos enfrentasen a las mismas partes y versasen sobre el mismo objeto.

69. Pues bien, por lo que se refiere al primer aspecto, observo que efectivamente en el caso de autos estaba ausente la Diputación y los intereses públicos los defendía el Gobierno español, en su calidad de parte

33 — Efectivamente, el artículo 92, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se ocupa precisamente del examen de oficio de las causas de inadmisión por motivos de orden público, no es citado por el artículo 118 del mismo Reglamento por lo que respecta a los recursos de casación.

34 — Sentencia de 13 de julio de 2000 (C-210/98 P, Rec. p. I-5843), apartados 56 y 57; y conclusiones correspondientes, puntos 125 y ss.

35 — Sobre los criterios de valoración de los motivos de orden público, véanse las citadas conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Salzgitter/Comisión, antes citadas, puntos 140 y ss., que desarrollan ampliamente y en sentido conforme este punto. Específicamente, en el sentido de que las cuestiones relativas a la fuerza de cosa juzgada son de orden público y pueden, por tanto, suscitarse de oficio, véanse las conclusiones del Abogado General Roemer de 19 de octubre de 1965, en el asunto en el que recayó la sentencia de 9 de diciembre de 1965, *Société Anonyme des Laminoirs y otros/Alta Autoridad* (29/63, 31/63, 36/63, 39/63 a 47/63, 50/63 y 51/63, Rec. p. 1123), y del Abogado General Jacobs de 4 de mayo de 1994, en el asunto en el que recayó la sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck* (C-312/93, Rec. 1995, p. I-4601, en particular p. I-4606), punto 24.

coadyuvante en apoyo de las pretensiones de la Comisión, que ahora es parte recurrida. Por tanto, cabe subrayar que, si bien es cierto que se trata en ambos casos de autoridades públicas del mismo Estado que han defendido ante el Tribunal de Primera Instancia la posición de la entidad que suministró la ayuda, también lo es que se trata de sujetos de Derecho distintos. Confieso, no obstante, que no estoy seguro de que la alegación sea realmente decisiva, en especial si la diferencia señalada estuviese justificada por eventuales restricciones al *locus standi* de la Diputación en el primer procedimiento.

70. Me parece decisiva, en consecuencia, la verificación del otro requisito. A decir verdad, también esta verificación aparentemente se da por descontada, habida cuenta de que las decisiones impugnadas en ambos litigios eran actos formalmente diferentes. Creo, sin embargo, que la cuestión es más compleja.

71. He de señalar que el concepto de «mismo objeto», «no puede reducirse a la identidad formal de las dos demandas»³⁶ y concretamente, en este caso, del acto impugnado, porque aquél no se refiere tanto a dicha identidad, sino a la de la cuestión de Derecho planteada al órgano jurisdiccional. En efecto, es sobre esta cuestión sobre la que se pronunciará la sentencia y se constituirá la fuerza de cosa juzgada.

72. Por lo demás, se explica también desde esta perspectiva por qué, según el Tribunal de Justicia, al adoptar con arreglo al artículo 233 CE las medidas necesarias «para adecuarse [a una sentencia de anulación] y dar plena ejecución a la misma, [la Comisión] está obligada a respetar no sólo el fallo de la sentencia, sino también los motivos que ha conducido a aquél y que constituyen su sustento necesario [...]. Esos motivos, en efecto, [...] revelan [...] las causas precisas de la ilegalidad declarada en el fallo, que la institución afectada habrá de tener en cuenta a la hora de sustituir el acto anulado».³⁷

73. Pues bien, en los dos litigios que aquí interesan, la cuestión controvertida era en apariencia esencialmente idéntica. En efecto, como en el asunto BAI, también en el nuevo litigio el objeto del recurso era, ciertamente, la validez del acto concreto (y en ambos casos distinto) sometido al examen del órgano jurisdiccional, pero la verdadera y común cuestión de Derecho objeto de controversia, aquella sobre la cual considero que se conformaba la sentencia, era la valoración que había hecho la Comisión de la medida controvertida, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 1, para determinar, en ambos casos, si el acuerdo constituía o no una ayuda de Estado.

74. Ahora bien, precisamente a causa de dicha valoración fue anulado el acto por la sentencia BAI y las motivaciones jurídicas en que se basó tal decisión deberían haberse impuesto en principio al Tribunal de Primera Instancia también en el litigio posterior;

36 — Sentencia de 8 de diciembre de 1987, Gubisch Maschinenfabrik (144/86 Rec. p. 4861), apartado 17.

37 — Sentencia de 26 de abril de 1988 Asteris y otros y Grecia/Comisión (97/86, 193/86, 99/86 y 215/86, Rec. p. 2181), apartado 27.

cuando debía pronunciarse sobre una decisión que reproducía con exactitud las indicaciones de la sentencia BAI.

75. Dicho esto debo señalar, sin embargo, que tras la sentencia BAI la Comisión no se limitó a volver a proponer sin más el mismo acto con una nueva motivación conforme con aquella sentencia. La referida institución abrió el procedimiento de investigación formal a que se refiere el artículo 88 CE, apartado 3, en relación con la medida controvertida, «para permitir a los interesados formular sus propias observaciones sobre la posición que tenía previsto adoptar la Comisión [por lo que respecta al acuerdo] a la luz de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia». ³⁸ y en efecto, como resulta del texto de la Decisión impugnada, durante aquél procedimiento P&O, las autoridades vascas y BAI presentaron ulteriores comentarios e informaciones sobre la medida controvertida. ³⁹

76. Ahora bien, sea cual fuere la acogida que dispensase la Comisión a la sentencia BAI, evidentemente no podía dejar de examinar posibles hechos nuevos o adicionales aducidos por los participantes en el procedimiento (por ejemplo, modificaciones posteriores de la medida, transformación del marco económico y/o normativo pertinente, y así sucesi-

vamente), hechos que por obvios motivos aquella sentencia no había podido tomar en consideración y que, sin embargo, podían hacer que cambiasen las valoraciones finales de la Comisión.

77. Pero si las partes aportaron efectivamente elementos ulteriores ⁴⁰ que fueron tomados en consideración ⁴¹ por la Comisión durante el mencionado procedimiento de investigación formal, el Tribunal de Primera Instancia no podía dejar de tener en cuenta dichas novedades y no examinar de nuevo la cuestión. Y ello, a pesar del precedente BAI, ya que como ha recordado en repetidas ocasiones el Tribunal de Justicia «la autoridad de cosa juzgada [de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario] sólo afecta a los extremos de hecho y de derecho que fueron efectiva o necesariamente zanjados por la resolución». ⁴²

78. Por tanto, creo que, acertadamente, la sentencia recurrida examinó de nuevo la naturaleza de la medida controvertida. Máxime cuando una solución diferente habría supuesto para las partes del presente procedimiento, y en especial para la Diputación, una denegación de tutela judicial, en

40 — Por ejemplo el hecho de que los bonos de viaje adquiridos pudiesen ser utilizados en períodos posteriores al cubierto por el nuevo acuerdo (véase el punto 25 de la Decisión impugnada) o incluso ulteriores informaciones sobre el método de cálculo empleado por las autoridades para fijar la cantidad de billetes necesaria (véase el punto 47 de la Decisión impugnada).

41 — Véanse, por ejemplo, los puntos 48 a 50 de la Decisión impugnada.

42 — Véanse la sentencia de 19 de febrero de 1991, Italia/Comisión (C-281/89, Rec. p. I-347), apartado 14; y el auto de 28 de noviembre de 1996, Lenz (C-277/95 R, Rec. p. I-6109), apartado 50.

38 — Decisión de 26 de mayo de 1999, antes citada, apartado 1, punto sexto.

39 — Véanse los puntos 20 a 40 de la Decisión impugnada.

la medida en que la valoración por parte de la Comisión de los elementos ulteriores aportados por las partes habría eludido el examen del órgano jurisdiccional comunitario.

79. Considero, en consecuencia, que la decisión adoptada por el Tribunal de Primera Instancia sobre este extremo es correcta. Propongo, pues, al Tribunal de Justicia que considere admisibles los motivos de casación formulados por las recurrentes.

2. Sobre el fondo

80. Habida cuenta de lo antedicho, procede examinar el fondo de los motivos relativos a la interpretación del artículo 87 CE, apartado 1.

81. Recordaré al respecto que, según la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en errores de Derecho a la hora de interpretar dichas disposiciones, por cuanto:

a) Al examinar si las autoridades españolas se habían comportado como un inversor privado que opera en una economía de mercado, dio relevancia a un criterio, el de la necesidad de una intervención de los poderes públicos, que nada tiene que ver con el principio del inversor privado.

b) Consideró erróneamente que la Diputación no necesitaba adquirir los bonos de viaje.

c) No criticó la falta en la Decisión impugnada de un análisis económico de la ventaja que supuso la medida por lo que se refiere a las cantidades ya pagadas a P&O.

d) Declaró que no era necesario que la Comisión evaluase la repercusión real de la medida estatal en los intercambios intracomunitarios y en la competencia.

82. Procedo a examinar analíticamente estas críticas.

a) Sobre el criterio de la necesidad de la intervención de los poderes públicos

83. Como ya he recordado, la Diputación sostiene ante todo que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en una interpretación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, al considerar que, para aplicar el conocido principio del inversor privado, debía verificar si en el caso de autos la autoridad pública de que se trata tenía realmente necesidad de los bienes o servicios por ella adquiridos.

84. A su juicio, en efecto, para una correcta aplicación de aquel principio hay que basarse únicamente en el precio de dichos bienes y servicios y en la correspondencia del mismo con los valores de mercado, que son datos objetivamente verificables. El criterio criticado, del que además no existe rastro alguno en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conduciría en cambio a un examen subjetivo de las razones y motivos de las intervenciones públicas. Ello implicaría, por lo demás, que los Estados miembros estarían obligados a informar a la Comisión de todos sus aprovisionamientos de bienes y servicios y de probar la necesidad real de los mismos.

85. La Comisión, por su parte, considera en cambio que la comprobación de la inutilidad manifiesta de una adquisición constituye un criterio muy pertinente a efectos de la aplicación del test del operador privado. Una adquisición de bienes o servicios claramente inútiles podría conferir a la empresa proveedora una ventaja económica relevante en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

86. Por lo que a mí respecta, comenzaré recordando que el conocido principio del inversor privado permite determinar si una intervención pública puede adscribirse a la pura lógica del mercado y no va dirigida a favorecer a determinadas empresas con efectos distorsionadores del mercado común. En efecto, como es sabido, la reiterada jurisprudencia comunitaria ha aclarado que para determinar si una intervención pública

constituye una ayuda de Estado debe analizarse si, en circunstancias similares, un operador privado habría realizado la operación económica de que se trata en las mismas condiciones en que actuó la autoridad pública.⁴³

87. Ahora bien, nada prueba que para efectuar de manera plena y adecuada tal análisis la Comisión deba centrarse *exclusivamente* en el precio «correcto» (o de mercado) de un bien o servicio pagado por el adquirente público, prescindiendo completamente de los términos, condiciones y demás circunstancias en que se realiza la adquisición. Me parece, por el contrario, que sólo si se valoran todos estos elementos puede determinarse si la operación económica en cuestión es correcta o si va encaminada a conferir al vendedor una ventaja económica prohibida por el artículo 87 CE, apartado 1. Lo que cuenta, en definitiva, de cara al principio del inversor privado es que responda a una lógica de mercado no (sólo) el precio, sino el conjunto de la operación.

88. Es evidente, por ejemplo, que aunque el precio fuese *prima facie* de mercado, sería contraria al principio del operador privado la decisión de una autoridad pública de adquirir bienes con plazos (u otras condiciones) de pago mucho más favorables para el vendedor que las que se ofrecen normalmente en el

43 — Véanse, entre otras, las sentencias de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartado 29; de 3 de octubre de 1991, Italia/Comisión (C-261/89, Rec. p. I-4437), apartado 8; de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión (C-42/93, Rec. p. I-4175), apartado 13.

mercado. Pero lo mismo puede decirse, volviendo a nuestro caso, cuando la adquisición se realice en todo momento a precio de mercado, pero en cuantía muy superior a la necesaria, proporcionando de esta forma a la empresa proveedora un aumento desproporcionado de su volumen de negocio. En efecto, como ha subrayado la Comisión, ningún operador privado adquiere bienes o servicios que no le sean realmente necesarios.

89. Así pues, a mi juicio, el Tribunal de Primera Instancia actuó correctamente al considerar que «el mero hecho de que un Estado miembro compre bienes y servicios en las condiciones habituales de mercado no basta para que esta operación constituya una transacción comercial realizada en unas condiciones que un inversor privado hubiera aceptado o, en otras palabras, una transacción comercial normal, si resulta que el Estado no tenía necesidad real de tales bienes y servicios». ⁴⁴

90. Ciertamente, reconozco que no siempre es fácil verificar de modo objetivo la necesidad de que las autoridades públicas adquieran determinados bienes o servicios; también es cierto, sin embargo, que cuando ello es posible, la ausencia de dicha necesidad es un claro indicio de que la adquisición en cuestión no con

91. En el presente caso, por ejemplo, los elementos considerados por el Tribunal de Primera Instancia (reducido porcentaje de utilización de bonos de viaje, renuncia por parte de las autoridades a adquirir bonos de viaje para otros destinos geográficos potencialmente más atractivos, en favor únicamente de la ruta cubierta por P&O) ⁴⁵ confirman que la Diputación no tenía una necesidad real de adquirir a P&O una cantidad tan elevada de bonos de viaje.

92. En cuanto a la circunstancia, subrayada por la recurrente, de que el criterio analizado impone una carga excesiva a los Estados miembros, puesto que les obliga a notificar a la Comisión todos sus abastecimientos de bienes o servicios, he de objetar que en realidad la notificación sólo sería precisa cuando la intervención, debido a circunstancias específicas, pueda representar unos beneficios económicos para las empresas adquirentes que no habrían podido obtener de un adquirente privado. Dicho de otro modo, las autoridades públicas deben analizar caso por caso si el contrato se basa o no en condiciones de mercado. Pero este análisis no me parece distinto del que aquéllas deben realizar, por ejemplo cuando deciden invertir en el capital de una sociedad o vender a particulares bienes de titularidad pública.

93. Por estas razones, considero que debe desestimarse el motivo examinado.

44 — Apartado 117 de la sentencia recurrida.

45 — Véanse los apartados 128 a 137 de la sentencia recurrida.

b) Sobre la supuesta necesidad del acuerdo. Sujeta, como tal al control del Tribunal de Justicia». ⁴⁶

94. Según la Diputación, el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que en el caso de autos el nuevo acuerdo no respondía a una necesidad real de comprar los bonos de viaje.

95. La Comisión aduce, sin embargo, la inadmisibilidad de este motivo, por cuanto va dirigido a impugnar apreciaciones de hecho efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia.

96. En efecto, con arreglo al artículo 225 CE y al artículo 51 del Estatuto del Tribunal de Justicia, contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia puede interponerse un recurso ante el Tribunal de Justicia «limitado a las cuestiones de derecho», lo que trae como consecuencia, según reiterada jurisprudencia, que «el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia ha admitido en apoyo de éstos. En efecto, siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular, se hayan observado las normas y los principios generales del Derecho en materia de carga de la prueba, así como las normas procesales en materia de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le han sido sometidos [...] esta apreciación no constituye, sin perjuicio del caso de la desnaturalización de dichos elementos, una cuestión de Derecho

97. Ahora bien, me parece evidente que el motivo que se examina pretende inducir al Tribunal de Justicia a realizar una nueva apreciación de los hechos determinados por el Tribunal de Primera Instancia y de los medios de prueba que le fueron aportados en relación con la ausencia de necesidad de que la Diputación comprase un número tan elevado de billetes.

98. Añadiré que la recurrente ni siquiera ha invocado una desnaturalización de los hechos y, en cualquier caso, me parece que el análisis del Tribunal de Primera Instancia al respecto es fruto de una apreciación minuciosa de los elementos aportados tanto por las recurrentes como por la Comisión. ⁴⁷

99. Por estas razones, el motivo es, a mi juicio, inadmisibile.

c) Sobre la falta de un análisis económico por lo que respecta a las cantidades ya pagadas por la Diputación

100. Mediante este otro motivo de casación, la Diputación sostiene que el Tribunal de

⁴⁶ — Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartados 21 y 22. En el mismo sentido véanse, entre otras, la sentencia de 8 de mayo de 2003, T. Port/Comisión (C-122/01 P, Rec. p. I-4261), apartado 27 y el auto de 9 de julio de 2004, Fichtner/Comisión (C-116/03, no publicado en la Recopilación), apartado 33.

⁴⁷ — Véanse los apartados 121 a 137 de la sentencia recurrida.

Primera Instancia interpretó erróneamente el artículo 87 CE, apartado 1, al no sancionar la falta, en la Decisión de la Comisión, de un análisis económico dirigido a determinar si las cantidades ya pagadas a P&O en ejecución de la medida y, en particular, las relativas a bonos de viaje ya utilizados, podían proporcionar a ésta una ventaja económica. A juicio de la Diputación, dichas cantidades constituyen, en realidad, una contraprestación por un servicio de transporte efectivamente prestado por P&O y, en consecuencia, no pueden considerarse medidas de apoyo.

101. Por el contrario, según la Comisión, la Decisión impugnada contiene un análisis económico detallado de los efectos de la medida.

102. Señalaré desde un primer momento que considero que no puedo coincidir con la crítica formulada por la recurrente. Bien visto, en efecto, aquella presupone que la Comisión por un lado, debería haber realizado un examen *ex post* del alcance económico de la medida ejecutada en violación del Tratado (o bien de las cantidades ya pagadas); por otro, debería haber procedido a una fragmentación artificial a la hora de analizar los diversos componentes de la supuesta ayuda (adquisición de billetes ya pagados y adquisición de billetes aún no pagados), pese a que ésta constituye una única medida de apoyo, aunque articulada en diversas partes.

103. Pues bien, por lo que atañe al primer punto, hay que señalar que según una jurisprudencia consolidada, una medida de ayuda debe analizarse, por lo general, desde

la perspectiva con que contaba la entidad que suministra la ayuda antes de la ejecución de la misma. El Tribunal de Justicia ha aclarado, en efecto, que «para determinar si el Estado adoptó o no el comportamiento de un inversor prudente en una economía de mercado, es preciso volver a situarse en el contexto de la época en que se adoptaron las medidas de apoyo financiero para valorar la racionalidad económica del comportamiento del Estado, absteniéndose pues de toda apreciación basada en una situación posterior».⁴⁸

104. Sobre el segundo punto, me limito a observar que la compra de billetes por parte de la autoridad pública a P&O constituía una única operación comercial. Por consiguiente, la magnitud económica y el alcance total de la operación únicamente podían evaluarse analizando la medida en su integridad. Ciertamente, no se podía pedir a la Comisión que realizase una evaluación por separado de los componentes de la ayuda para determinar si los importes ya pagados, en violación del Tratado además, beneficiaron concretamente a la empresa destinataria.

105. A la luz de estas consideraciones, procede, por tanto, desestimar el motivo relativo a la ausencia de análisis de la ventaja económica conferida a P&O por las cantidades ya pagadas.

48 — Sentencia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, Rec. p. I-4397), apartado 71. Véanse asimismo las sentencias de 3 de octubre de 1991, Italia/Comisión (C-261/89, Rec. p. I-4437), apartado 21, y de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión (301/87, Rec. p. I-307), apartados 43 a 45.

d) Sobre la repercusión real de la medida controvertida en los intercambios intracomunitarios y en la competencia

106. La Diputación aduce, por último, que el Tribunal de Primera Instancia incurre en una interpretación errónea del artículo 87 CE, apartado 1, por no haber criticado la ausencia, en la Decisión impugnada, de cualquier tipo de análisis de la repercusión concreta de la medida controvertida en los intercambios intracomunitarios y en la competencia. A juicio de la recurrente, en efecto, por lo que respecta a este punto, la Comisión se limitó a basarse en meras presunciones.

107. Creo, sin embargo, que la Comisión tiene razón cuando sostiene que la Decisión contiene una demostración suficiente de los efectos controvertidos de la medida de que se trata.

108. En efecto, según jurisprudencia comunitaria reiterada, no es necesario que las decisiones en materia de ayudas no notificadas examinen concretamente las consecuencias efectivas de dichas ayudas sobre la competencia y sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros. Lo que se requiere, por el contrario, es que la Comisión demuestre, a la luz de las circunstancias del caso, que las medidas amenazan falsear la competencia y pueden tener una

incidencia en los intercambios comerciales entre Estados miembros.⁴⁹ Pues bien, como ha subrayado la Comisión, algunos pasajes de la Decisión impugnada (y, en particular, los puntos 54 y 55) contienen efectivamente un análisis de este tipo.

109. Por otra parte, como ha señalado acertadamente el Tribunal de Primera Instancia remitiéndose a la reiterada jurisprudencia, si la Comisión tuviese que demostrar cada vez en su decisión las consecuencias reales de ayudas ya concedidas, ello terminaría por favorecer a los Estados miembros que conceden ayudas incumpliendo el deber de notificación en detrimento de los que las notifican legalmente en la fase de proyecto, puesto que la carga de la prueba sería más onerosa en el primer caso que en el segundo.⁵⁰

110. A la luz de cuanto antecede, considero en definitiva que los motivos relativos a la interpretación del artículo 87 CE, apartado 1, por parte del Tribunal de Primera Instancia son en parte inadmisibles y en parte infundados.

49 — Véanse, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1980, *Phillip Morris/Comisión* (730/79, Rec. p. 2671), apartados 11 y 12; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 2001, *Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia/Comisión* (T-288/97, Rec. p. II-1169), apartados 49 y 50; y las conclusiones del Abogado General Saggio de 27 de enero de 2000, en el asunto en el que recayó la sentencia de 19 de septiembre de 2000, *Alemania/Comisión* (C-156/98, Rec. p. I-6857), apartado 24.

50 — Véase el apartado 142 de la sentencia recurrida y la jurisprudencia allí citada.

B. Motivos relativos a la interpretación errónea del artículo 88 CE, apartado 3

111. Como he apuntado, ambas recurrentes alegan que el Tribunal de Primera Instancia realiza también una interpretación errónea del artículo 88 CE, apartado 3:

a) Al calificar el nuevo acuerdo como ayuda ilegal.

b) Al afirmar que el acuerdo inicial y el nuevo acuerdo constituían una única ayuda, establecida y ejecutada en 1992.

112. Procedo, en consecuencia, a analizar estos motivos.

a) Sobre la legalidad de la medida controvertida

113. Mediante diversas argumentaciones, en gran parte análogas, P&O y la Diputación critican al Tribunal de Primera Instancia por haber concluido que el escrito de marzo de 1995 no constituía una notificación válida a efectos del Tratado.

114. En efecto, en la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia calificó ante todo el nuevo acuerdo como una mera modificación del acuerdo inicial, concluyendo que los dos acuerdos constituían una sola y única medida, adoptada y ejecutada en 1992. Además, identificó una serie de elementos de los que se desprende, a su juicio, que el escrito de 27 de marzo de 1995 no fue concebido como una notificación regular del nuevo acuerdo. En particular, destaca al respecto el hecho de que el escrito no fuese enviado al Secretario General de la Comisión sino a un funcionario concreto; que no contuviese una remisión específica al artículo 88 CE, apartado 3; que llevase la referencia «NN 40/93» utilizada por la Comisión en el expediente relativo al acuerdo inicial.

115. Como he afirmado, las recurrentes se oponen a dicha conclusión. A su juicio, no sólo ésta se apoya en elementos carentes de valor probatorio, sino que además pasa por alto indicaciones de signo opuesto. En particular, las recurrentes consideran que no tiene en cuenta un hecho muy importante, como es que los abogados de P&O habían enviado el escrito en cuestión con la conformidad de las autoridades españolas.

116. Ahora bien, según las recurrentes, la notificación de medidas de ayuda por parte de particulares debía considerarse en aquel momento admisible. Ello es así, por un lado, porque el Tratado nada dice acerca de los sujetos facultados para incoar el procedimiento del artículo 88 CE, apartado 3; por otro lado, porque la limitación que realiza el

artículo 2 del Reglamento nº 659/1999 al respecto en favor únicamente de los Estados miembros es posterior a los hechos del presente asunto y, por ende, irrelevante en el caso de autos.

117. Pero si la ayuda se hubiera notificado legalmente, continúa P&O, la jurisprudencia Lorenz⁵¹ debería haberse aplicado plenamente al caso *de quo*. Por consiguiente, dado que tras la anulación de la Decisión de 7 de junio de 1995 por parte del Tribunal de Primera Instancia la Comisión no había definido su postura sobre la medida controvertida dentro de los dos meses siguientes a la propia sentencia, la ayuda debería haberse considerado autorizada implícitamente.

118. En cualquier caso, aunque se admita que no se produjo una notificación correcta del nuevo acuerdo, prosigue P&O, con arreglo al principio del *estoppel* la Comisión no habría podido ya oponer la ilegalidad de la propia notificación. En efecto, dado que no había sido invocada frente a las autoridades españolas durante el procedimiento administrativo, éstas no se vieron inducidas a subsanar la irregularidad, como hubieran podido hacer fácilmente procediendo a una notificación regular.

119. La Comisión, coincidiendo con el análisis del Tribunal de Primera Instancia, replica que la propia naturaleza de los procedimientos de control de las ayudas de Estado así como implícitamente la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia, y en primer lugar la citada sentencia Lorenz, confirman la tesis según la cual la notificación de proyectos de ayuda únicamente pueden realizarla los Estados miembros.⁵² Insiste además en que los elementos descritos por el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 64 a 68 de la sentencia recurrida (mencionados en el punto 114 de las presentes conclusiones) avalan plenamente la conclusión según la cual la Comisión nunca trató el escrito de 27 de marzo de 1995 como una verdadera y auténtica notificación.

120. Debo decir, por mi parte, que una vez más no puedo estar de acuerdo con la argumentación de las recurrentes.

121. Ante todo, por lo que respecta a la posibilidad de considerar válida con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3, una notificación realizada por sujetos distintos de las autoridades públicas, el problema está actualmente resuelto, como ya he apuntado, por el artículo 2 del Reglamento nº 659/1999, según el cual «el Estado miembro interesado deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda».⁵³ Pero cabe preguntarse cuál era la situación antes de la entrada en vigor de esta disposición habida cuenta de que el artículo 88 CE, apartado 3, se limita a establecer que «la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones».

52 — La Comisión se refiere sobre todo a las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2001, Austria/Comisión (C-99/98, Rec. p. I-1101), apartado 32 y de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brinks's France (C-367/95 B Rec. p. I-1719), y a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, BP Chemicals (T-11/95, Rec. p. II-3235, apartado 75).

53 — El subrayado es mío.

51 — Sentencia citada en la nota 24.

122. Ahora bien, aun cuando se considerase que el lacónico estilo de dicha disposición no resolvía el problema, me parece, en cambio, que una interpretación global y sistemática del artículo 88 CE permitía ya en aquel momento excluir la notificación por parte de sujetos distintos de las autoridades públicas. En efecto, al igual que las demás disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado, también el artículo 88 CE se centra plenamente en la relación Estados miembros-Comisión.

123. Por lo demás, como subrayó el Tribunal de Justicia en la sentencia SFEI y otros, dictada antes de la adopción del Reglamento nº 659/1999, «la obligación de notificación y la prohibición previa de ejecución de los proyectos de ayuda establecidos por él [artículo 88 CE, apartado 3] *se dirigen al Estado miembro* [y] este último es también el destinatario de la decisión por la que la Comisión declara la incompatibilidad de una ayuda y le invita a suprimirla en el plazo que ella señale». ⁵⁴

124. He de señalar por otra parte que, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ahora ampliamente codificada en el Reglamento nº 659/1999 ⁵⁵ los potenciales beneficiarios de las ayudas han sido calificados como meras «partes interesadas» en el procedimiento, de manera no muy distinta a la

situación en que se encuentran otros terceros interesados (por ejemplo, los competidores del beneficiario). En el reciente asunto Acciaierie di Bolzano ha tenido así ocasión de afirmar que «en el procedimiento de control de las ayudas de Estado, los interesados que no sean el Estado miembro de que se trate sólo desempeñan el papel [de presentar observaciones a raíz de la apertura de un procedimiento de investigación formal] y, a este respecto, no pueden exigir que la Comisión mantenga con ellos un debate contradictorio como el que debe mantener con dicho Estado miembro. [...] *Ninguna disposición del procedimiento de control de ayudas de Estado reserva un papel particular, entre los interesados, al beneficiario de la ayuda.* A este respecto, debe precisarse que el procedimiento de control de las ayudas de Estado no es un procedimiento iniciado “contra” el beneficiario o los beneficiarios, lo que implicaría que éste o éstos podrían prevalerse, como tales, de derechos tan amplios como el derecho de defensa». ⁵⁶

125. Considero, en consecuencia, que es la propia naturaleza de los procedimientos en materia de control de las ayudas la que excluye que éstas puedan ser notificadas por particulares.

126. De ello se desprende, en el caso de autos, que el nuevo acuerdo no podía considerarse una ayuda notificada legalmente a efectos del Tratado. Y esta conclusión no se ve modificada tampoco si, como

54 — Sentencia de 11 de julio de 1996 (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartado 73. Véase también la sentencia Comisión/Sytraval y Brink's France (citada en la nota 52), apartado 45. El subrayado es mío.

55 — A propósito del Reglamento nº 659/1999, en la sentencia de 10 de mayo de 2005 Italia/Comisión (C-400/99, Rec. p. I-3657), apartado 23, el Tribunal de Justicia señaló que «[aquél] es en buena medida una codificación detallada de la interpretación de las disposiciones procedimentales del Tratado relativas a las ayudas de Estado hecha por el juez comunitario antes de la adopción del propio Reglamento».

56 — Sentencia de 24 de septiembre de 2002 Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión (C-74/00 P y C-75/00 P, Rec. p. I-7869), apartados 80 a 83. El subrayado es mío. Véanse asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia Comisión/Sytraval y Brink's France (citada en la nota 52), apartados 58 y 59 y la sentencia de Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Comisión (T-228/99 y T-233/99, Rec. p. II-435), apartados 122 a 125.

pretende la recurrente, el nuevo acuerdo hubiese sido comunicado a la Comisión con la conformidad de las autoridades nacionales. En efecto, estas autoridades no habrían podido eludir la obligación de notificación que les impone el Tratado dejando que la ayuda fuese comunicada a la Comisión por un particular a través de canales no oficiales.

127. Por estos motivos, estimo que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error al confirmar el análisis de la Comisión sobre este punto.

128. En cuanto a las objeciones de las recurrente sobre el valor probatorio de los elementos mencionados por el Tribunal de Primera Instancia para determinar que en el momento de la comunicación de la ayuda a la Comisión aquella fue considerada ilegal, me limito a observar que dichas objeciones se refieren a la apreciación de elementos de hecho realizada por el Tribunal de Primera Instancia. Ahora bien, como ya he señalado (en el punto 96) las citadas apreciaciones no pueden ser revisadas por el Tribunal de Justicia en casación, salvo que las recurrentes denuncien y demuestren una desnaturalización de las pruebas, algo que no ha sucedido en el marco del presente recurso.

129. Hay que señalar asimismo que el hecho de que la ayuda no haya sido notificada excluye cualquier posible aplicación de la jurisprudencia Florenz en el presente asunto, dado que, como es sabido, dicha jurisprudencia

se refiere a ayudas debidamente notificadas por las autoridades nacionales.

130. Por último, en cuanto a la alegación basada en el principio denominado del *estoppel*,⁵⁷ o en el supuesto obstáculo que encuentra la Comisión para oponer a P&O la ilegalidad de la notificación por las razones expuestas con anterioridad (en el punto 118), considero que también debe ser desestimada, por dos razones.

131. En primer lugar, no es exacto que la Comisión haya afirmado nunca que el escrito de 27 de marzo de 1995 constituye una notificación regular de la medida controvertida. En segundo lugar, el hecho de que la Comisión haya tenido debidamente en cuenta las informaciones contenidas en dicho escrito no significa que haya considerado que esta última es una notificación regular. En efecto, es práctica habitual que, en el marco del examen de una ayuda, la Comisión reciba y utilice todas las informaciones útiles, sea cual fuere su procedencia (autoridades estatales, potenciales beneficiarios de la ayuda, competidores de los beneficiarios, etc.).

132. Añadiré igualmente que la recurrente no ha indicado ninguna razón por la cual la Comisión hubiera debido señalar a las autoridades españolas que daba al nuevo acuerdo el tratamiento de una ayuda no notificada.

57 — Sobre la institución del *estoppel* véanse las sentencias de 10 de febrero de 1983 Luxemburgo/Parlamento (230/81, Rec. p. 255), apartados 22 a 26, y de 7 de mayo de 1991 Nakajima/Consejo (C-69/89, Rec. p. I-2069), apartado 131.

Por el contrario, el hecho de que el escrito de 27 de marzo de 1995 no constituyese una notificación regular debía resultar evidente para dichas autoridades a la luz de una serie de elementos que acertadamente menciona el Tribunal de Primera Instancia (véase el punto 114 de las presentes conclusiones).⁵⁸

133. Cabe concluir, por tanto, que el Tribunal de Primera Instancia no ha incurrido en error de Derecho alguno al considerar que el nuevo acuerdo constituye una ayuda no notificada. Propongo, en consecuencia, al Tribunal de Justicia que no acoja los motivos de recurso de que se trata, bien por ser inadmisibles, bien por ser infundados.

b) Sobre la unicidad de la medida de ayuda

134. Mediante diversas alegaciones, en gran parte coincidentes, las recurrentes pretenden fundamentalmente demostrar que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que el nuevo acuerdo forma parte del acuerdo inicial. En efecto, según el órgano jurisdiccional de primera instancia «el acuerdo inicial y el nuevo acuerdo constituyen una única ayuda, establecida y ejecutada en 1992».⁵⁹

135. Más concretamente, además de negar la pertinencia de la jurisprudencia citada por el Tribunal de Primera Instancia en apoyo de sus propias pretensiones⁶⁰ las recurrentes deducen del artículo 88 CE, apartado 3, que los proyectos destinados a modificar las ayudas deberán considerarse «ayudas nuevas». De ello se desprende, a su juicio que la obligación de notificación de una ayuda modificada debe considerarse por separado con respecto a la obligación de notificación de la ayuda inicial. Por lo tanto, el hecho de que una ayuda no haya sido notificada no debe repercutir en modo alguno en la legalidad de una modificación de la misma, si ésta ha sido notificada con regularidad.

136. Las recurrentes añaden que las considerables diferencias existentes entre los dos acuerdos no permitían llegar a la conclusión —como hizo, en cambio, el Tribunal de Primera Instancia— de que «las modificaciones del acuerdo inicial resultantes del nuevo acuerdo no afectan en su propia esencia a la ayuda establecida por el acuerdo inicial».⁶¹

137. Por último, las recurrentes reprochan al Tribunal de Primera Instancia que haya distorsionado la naturaleza de la Decisión de la Comisión de 7 de junio de 1995, pasando por alto en particular el hecho de que aquella Decisión tenía un doble alcance: por un lado, cerraba el procedimiento

60 — P&O se refiere en particular a la sentencia de 30 de abril de 2002 *Government of Gibraltar/Comisión* (T-195/01 y T-207/01, Rec. p. II-2309), citada por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 60 de la sentencia recurrida.

61 — Apartado 60.

58 — Apartados 64 y 68 de la sentencia recurrida.

59 — Apartado 58.

abierto en relación con el acuerdo inicial y, por otro, declaraba que el nuevo acuerdo no constituía una ayuda de Estado. Consideran que una interpretación correcta de dicha Decisión habría revelado, por tanto, que los dos acuerdos habían sido tratados por la Comisión como medidas diferentes.

138. Por mi parte, me limitaré a observar que estas críticas se basan en la premisa errónea de que el nuevo acuerdo fue debidamente notificado. Sin embargo, al haber rebatido anteriormente dicha premisa (en los puntos 122 a 126), debo deducir que los motivos de que se trata son infundados. Aun cuando se analice por separado con respecto a la precedente ayuda no notificada, el nuevo acuerdo sigue siendo una ayuda ilegal, por cuanto tampoco ha sido notificada a efectos del Tratado.

139. A la luz de cuanto antecede considero, pues, que deben desestimarse los motivos de casación de que se trata.

C. Motivos relativos a otros supuestos errores de Derecho

140. Las recurrentes sostuvieron, por último, que el Tribunal de Primera Instancia incurrió también en otros errores de Dere-

cho. Y ello, en particular, porque en su opinión la Decisión impugnada:

a) Desestimó las pretensiones de las partes basadas en su confianza legítima en la legalidad de la medida.

b) Desnaturalizó el motivo de recurso invocado por la Diputación referente a la supuesta violación del artículo 10 CE y del principio de buena administración.

c) Excluyó la aplicabilidad a la ayuda *de quo* de la excepción prevista en el artículo 87 CE, apartado 2, letra a).

d) No definió su postura sobre la petición de la recurrente de que se aportasen documentos que obraban en poder de la Comisión, vulnerando el derecho de defensa de la Diputación y el artículo 66 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

141. En las páginas siguientes analizaré estas críticas.

a) Sobre la confianza legítima

142. La Diputación sostiene que en la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó el motivo que ella había formulado en primera instancia sobre este punto. Según la recurrente, ciertamente, el argumento que expuso ante el Tribunal de Primera Instancia se refería a la protección de la confianza legítima de la autoridad que concedió la ayuda y no a la del beneficiario. En cambio, el juez de primera instancia se centró exclusivamente en este último.

143. Por su parte, P&O afirma que la orden de devolución de la ayuda contenida en la Decisión impugnada vulnera su confianza legítima en la legalidad de la medida *de qua* y que, por tanto, el Tribunal de Primera Instancia cometió un error al desestimar su recurso por lo que a este punto respecta. Considera, en efecto, que la primera decisión de la Comisión, que excluía la naturaleza de ayuda de Estado de la medida controvertida, generó en ella una expectativa legítima en la posibilidad de beneficiarse de dicha medida.

144. La Comisión se opone, en cuanto al fondo, a ambas críticas. Además, replica a la Diputación que su crítica constituye en realidad un nuevo motivo de recurso contra la Decisión impugnada en primera instancia, pero no formulado en aquella ocasión. En efecto, ante el Tribunal de Primera Instancia, la recurrente invocó precisamente la protección de la confianza legítima del beneficiario y no la suya propia. Según la Comisión, por tanto, esta crítica no fue más que una forma de sortear la prohibición establecida en el artículo 113, apartado 2, del Reglamento de

Procedimiento del Tribunal de Justicia, de modificar en casación el objeto del litigio planteado ante el Tribunal de Primera Instancia.

145. Señalaré desde un primer momento, sin embargo, que esta alegación no me parece fundada. En efecto, el recurso presentado en primera instancia por la recurrente hacía referencia a la confianza legítima que se generó «*en las partes en el acuerdo de 1995*». ⁶² En la medida en que este concepto de «partes» no ha sido desarrollado o argumentado posteriormente en ninguno de los escritos presentados durante el procedimiento en primera instancia, me parece correcto concluir que la Diputación, en cuanto parte signataria del Acuerdo, debe estar comprendida en la definición arriba indicada.

146. En cuanto al fondo de las críticas de que se trata, me parece oportuno distinguir entre la invocación de la confianza legítima por parte de las autoridades públicas que concedieron la ayuda y por parte del beneficiario de la misma. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara y está consolidada en ambos casos.

147. Por lo que respecta a la primera hipótesis señalaré que, si bien es cierto que una parte del motivo invocado en primera instancia por la Diputación (o sea, el relativo a la *propia* confianza legítima) no fue

62 — Véase el apartado 53 del escrito de interposición del recurso ante el Tribunal de Primera Instancia.

desestimado expresamente por el Tribunal de Primera Instancia, su rechazo me parece desprenderse implícitamente, sin embargo, del conjunto del razonamiento expuesto por el juez de primera instancia que –basándose en una jurisprudencia consolidada– excluyó correctamente que, en el caso de autos, las autoridades españolas pudiesen invocar cualquier confianza en la legalidad de una ayuda no notificada para oponerse a su recuperación.⁶³

148. He de señalar asimismo que las argumentaciones relativas a la confianza legítima expuestas en primera instancia por la Diputación eran, cuando menos, escuetas y genéricas. En los escritos presentados ante el Tribunal de Primera Instancia, en efecto, no se especificaban en modo alguno las razones por las que habría merecido protección la confianza del organismo que distribuye la ayuda en la legalidad de la misma. Frente a las alegaciones genéricas formuladas por la recurrente, no puede reprocharse, a mi juicio, al Tribunal de Primera Instancia que se haya equivocado en modo alguno al no haber examinado dicho aspecto de manera expresa.

149. Pasando ahora a analizar la crítica de P&O basada en la protección de la confianza legítima del *beneficiario* de la ayuda recordaré desde un primer momento que, según reiterada jurisprudencia, «las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se haya concedido observando el procedimiento que

prevé dicho artículo. En efecto, en circunstancias normales, todo agente económico diligente debe poder comprobar si ha sido observado dicho procedimiento. [...]».⁶⁴

150. No obstante, el órgano jurisdiccional comunitario ha precisado asimismo que «no puede excluirse, desde luego, la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda ilegal invoque circunstancias excepcionales que hayan podido legítimamente fundar su confianza en el carácter válido de dicha ayuda, y de que se oponga, por consiguiente, a su devolución».⁶⁵

151. Dado que, como se ha visto, la ayuda de que se trata no ha sido notificada, es necesario examinar si la anulación de la decisión favorable de la Comisión por parte del órgano jurisdiccional comunitario ha de considerarse «circunstancia excepcional» en el sentido de la jurisprudencia que acaba de citarse.

152. Obviamente, esta apreciación debe realizarse a la luz de la finalidad de la protección de la confianza legítima. Sobre este particular, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que «el principio de protección de la confianza legítima es el corolario del principio de seguridad jurídica [...] y tiene por finalidad garantizar la

64 — Sentencia de 20 de septiembre de 1990 Comisión/Alemania (C-5/89, Rec. p. I-3437), apartado 14. Véase la sentencia de 14 de enero de 1997, España/Comisión (citada en la nota 21), apartado 51.

65 — Sentencia de 20 de septiembre de 1990, Comisión/Alemania, antes citada, apartado 16.

63 — Véanse los apartados 201 a 210.

previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario». ⁶⁶

única que puede originar en él una confianza legítima». ⁶⁷

153. Ahora bien, me parece evidente que el control jurisdiccional que ejerce el órgano jurisdiccional comunitario sobre las decisiones en materia de ayudas de Estado no puede considerarse un evento excepcional e imprevisible, al ser parte integrante y esencial del sistema establecido por el Tratado en dicha materia. Por tanto, un agente económico diligente debería ser consciente de que una decisión de la Comisión por la que se declara que una medida estatal no constituye una ayuda de Estado puede ser impugnada, dentro del plazo de dos meses señalado en el artículo 230 CE, ante el órgano jurisdiccional comunitario.

155. En este mismo sentido, en la sentencia España/Comisión, el Tribunal de Justicia aclaró que «no puede considerarse que el hecho de que la Comisión decidiera inicialmente no plantear objeciones a las ayudas controvertidas haya podido originar en la empresa beneficiaria una confianza legítima, ya que esta decisión se impugnó dentro de los plazos señalados para la interposición de un recurso contencioso y fue posteriormente anulada por el Tribunal de Justicia. Por lamentable que sea, el error así cometido por la Comisión no puede eliminar las consecuencias del comportamiento ilegal del Reino de España». ⁶⁸

154. Por lo demás, el propio Tribunal de Justicia ha afirmado, recientemente, que «habida cuenta del carácter imperativo del control de las ayudas de Estado que efectúa la Comisión con arreglo al artículo 88 CE, las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se haya concedido observando el procedimiento que prevé dicho artículo [...]. Por consiguiente, hasta que la Comisión adopte una decisión de aprobación, e incluso hasta que venza el plazo señalado para interponer un recurso contra dicha decisión, el beneficiario no tiene certeza alguna acerca de la legalidad de la ayuda prevista, que es la

156. Por otra parte, como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia, la tesis de las recurrentes privaría de eficacia al control ejercido por el órgano jurisdiccional comunitario respecto a la legalidad de una decisión positiva de la Comisión en materia de ayudas de Estado. En efecto, si se afirmase que dicha decisión genera automáticamente una confianza legítima de los beneficiarios se desvanecería cualquier interés por parte de sus competidores, o de otros terceros perjudicados por la decisión en impugnar el acto viciado. Ello es así porque la eventual anulación de una decisión positiva de la Comisión en materia de ayudas terminaría

66 — Sentencia de 18 de mayo de 2000 Rombi y Arkopharma (C-107/97, Rec. p. I-3367), apartado 66.

67 — Sentencia de 29 de abril de 2004 Italia/Comisión (C-91/01, Rec. p. I-4355), apartados 65 y 66. El subrayado es mío.

68 — Véase la sentencia de 14 de enero de 1997 (citada en la nota 21), apartado 53.

siendo una verdadera victoria pírrica ya que no podrían eliminarse nunca los efectos negativos de la decisión.

157. Estimo, por consiguiente, que la adopción de una decisión favorable de la Comisión en materia de ayudas no puede considerarse, en sí misma, un evento que genere, en sus potenciales beneficiarios, una confianza legítima en la legalidad de las mismas. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia desestimó acertadamente los motivos invocados por las recurrentes relativos a la violación del principio de confianza legítima.

158. Concluyo, en consecuencia, que no pueden acogerse los motivos de que se trata.

b) Violación del artículo 10 CE y del principio de buena administración

159. La Diputación considera que el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó las alegaciones que presentó en primera instancia relativas a la violación del artículo 10 CE y del principio de buena administración en la tramitación del expediente por parte de la Comisión.

160. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia había desestimado dichas alegaciones, por considerar que en realidad tenían por finalidad poner en tela de juicio el carácter ilegal de la ayuda de que se trata. En consecuencia, sin entrar en el fondo de las mismas, el Tribunal de Primera Instancia se había limitado a remitirse a las consideraciones que ya había expuesto en relación con la ausencia de notificación de la ayuda.

161. La recurrente aduce, en cambio, que había formulado la alegación no ya con la finalidad de impugnar el carácter ilegal de la ayuda, sino para impedir la recuperación de la misma.

162. Dicho esto debo observar, con la Comisión, que en los escritos presentados en el presente procedimiento la recurrente no ha explicado de manera clara y precisa en qué sentido y de qué modo la Comisión ha violado el principio de buena administración o el artículo 10 CE. Por el contrario, es cierto que, en los escritos presentados en primera instancia, la recurrente había basado su crítica al respecto en las mismas argumentaciones utilizadas para demostrar que la ayuda había notificada válidamente. Frente a ello, y teniendo en cuenta además que estas argumentaciones habían sido rebatidas, pienso que el Tribunal de Primera Instancia se remitió acertadamente a sus propias afirmaciones relativas a la ilegalidad de la ayuda y, en consecuencia, desestimó el motivo.

163. Y esto es lo que yo, por mi parte, propongo.

c) Sobre la nueva aplicación de la excepción prevista en el artículo 87 CE, apartado 2, letra a)

164. La Diputación reprocha asimismo al Tribunal de Primera Instancia que haya considerado que no es aplicable a la medida

controvertida la excepción prevista en el artículo 87 CE, apartado 2, letra a).⁶⁹

165. Sin embargo, me parece que el Tribunal de Primera Instancia descartó acertadamente que concurren los requisitos necesarios para dicha excepción. En efecto, la medida de que se trata, por un lado, beneficiaba de manera directa a una única empresa (y no a los consumidores) y, por otro lado, era discriminatoria, en la medida en que excluía de su ámbito de aplicación a los demás prestadores potenciales de servicios.

166. Propongo, en consecuencia, al Tribunal de Justicia que desestime también este motivo de recurso.

d) Sobre la ausencia de respuesta a la petición de aportación de documentos

167. La Diputación reprocha, por último, al Tribunal de Primera Instancia que no haya respondido a una petición de aportación de documentos por ella presentada, violando de este modo el derecho de defensa de la recurrente así como el artículo 66 de su Reglamento de Procedimiento.⁷⁰ Esta solici-

tud se refería a la aportación de algunos documentos del expediente administrativo de la Comisión correspondiente al asunto C-32/93, de los que se desprende que, según la recurrente, que en aquella fase la Comisión había dado al Acuerdo de 1995 el tratamiento de una ayuda legal.

168. He de señalar, sin embargo, que según una jurisprudencia consolidada «corresponde al órgano jurisdiccional comunitario decidir respecto a la necesidad de presentar un documento, en función de las circunstancias del litigio, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Procedimiento en relación con las diligencias de prueba». ⁷¹ Por otra parte, un recentísimo auto del Tribunal de Justicia ha aclarado que el Tribunal de Primera Instancia, cuando considere que no es de utilidad practicar diligencias de pruebas solicitadas por las partes, puede denegar tácitamente dichas solicitudes, sin que sea necesario que motive en una sentencia su negativa. ⁷²

69 — Esta disposición establece que son compatibles con el mercado común «las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos».

70 — Dicha disposición establece que «el Tribunal de Primera Instancia [...] determinará mediante auto las diligencias de prueba que considere convenientes y los hechos que deben probarse [...]».

71 — Sentencia de 2 de octubre de 2003 Salzgitter/Comisión (C-182/99 P, Rec. p. I-10761), apartado 41; véase también la sentencia de 6 de abril de 2000 Comisión/ICI (C-286/95 P, Rec. p. I-2341), apartados 49 y 50.

72 — Auto de 15 de septiembre de 2005 Marlines (C-112/04 P, no publicado en la Recopilación), apartados 35 a 39.

169. Considero, por tanto, que debe desestimarse el presente motivo. **IV. Costas**

170. En conclusión no considero fundado ninguno de los motivos formulados por las recurrentes, por lo que deben desestimarse los presentes recursos.

171. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento y habida cuenta de las conclusiones a las que llego, estimo que debe condenarse en costas a las recurrentes.

V. Conclusión

172. Por las razones que anteceden propongo al Tribunal de Justicia que:

«— Desestime los recursos.

— Condene en costas a P&O European Ferries (Vizcaya), S.A. y a la Diputación Foral de Vizcaya.»