

COMPETIDORES Y RECURSO DE ANULACIÓN EN MATERIA DE AYUDAS PÚBLICAS: LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA DECISIÓN DEL ARTÍCULO 108,3 DEL TFUE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TERESA MARCOS MARTÍN

Profesora de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho de la UNED

SUMARIO: I. OBSERVACIONES PRELIMINARES: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. LA POSICIÓN DE LOS COMPETIDORES EN EL RECURSO DE ANULACIÓN EN TANTO QUE PARTICULARES NO DESTINATARIOS DE LA DECISIÓN. III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS COMPETIDORES RESPECTO DE LA DECISIÓN DEL ARTÍCULO 108,3 DEL TFUE. *A. La jurisprudencia establecida por los asuntos Matra y Cook. B. Las dificultades surgidas de la jurisprudencia en desarrollo de «Matra y Cook». C. Los pronunciamientos más recientes.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el estudio de la jurisprudencia de las instancias jurisdiccionales europeas respecto del recurso de anulación en el ámbito de las ayudas públicas. Realizamos un análisis detenido de la legitimación de los competidores de los beneficiarios de la ayuda para interponer este recurso, con especial énfasis en su capacidad para impugnar la decisión de la Comisión Europea mediante la cual esta Institución cierra la fase preliminar de investigación. Pretendemos hacer una reflexión acerca de este extremo mediante un repaso de la jurisprudencia más relevante en la materia, al objeto de extraer los principios básicos, no siempre coincidentes, de la jurisprudencia en esta materia. En el análisis de los pronunciamientos más significativos se cifra, pretendemos, el interés de este estudio. Constituye, a nuestro entender, uno de los temas procesales más controvertidos en materia de ayudas públicas y, como se verá, aún no goza de perfiles definidos por completo.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the case law of the EU Courts regarding public aid resolutions. The author dwells on the admissibility of the actions brought by competitors of the beneficiaries of the aid, with a special focus on actions seeking the annulment of a decision adopted by the European Commission whereby the preliminary phase of the public aid control procedure is brought to an end. Reflection upon this issue is based on a review of the relevant case law with a view to abstracting the basic principles governing the matter, which vary within an evolving jurisprudence. Analysis of the most significant court decisions from this perspective is the main contribution of this work. The admissibility of actions for annulment is one of the most controversial procedural issues relating to public aid in the EU context and, as explained in this paper, is still an open-ended matter that is yet to acquire a definite contour.

PALABRAS CLAVE: Ayudas públicas; recurso de anulación; legitimación de competidores; requisitos; decisiones de la Comisión.

KEYWORDS: Public aids; action for annulment; actions brought by competitors; requirements; decisions adopted by the Commission.

Fecha recepción original: 2 de enero de 2012

Fecha aceptación: 31 de marzo de 2012

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El principio de libre competencia en la Unión Europea exige que las intervenciones gubernamentales no tengan como consecuencia la alteración del normal funcionamiento del mercado interior. Así, serán incompatibles con el mismo, con carácter general, las ayudas que falseen la competencia, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros¹. Esta prohibición no es, sin embargo, absoluta ni incondicional, y ello porque el TFUE² contempla una serie de excepciones justificadas por el hecho de que las intervenciones del gobierno son necesarias, en determinadas circunstancias, para una economía equitativa. Por lo tanto, el Tratado deja espacio para una serie de objetivos respecto de los cuales se puede considerar compatible la ayuda. Existe al respecto un cierto margen de apreciación, que justifica la necesidad de una importante atribución de competencias a la Comisión Europea para la vigilancia y control de estas medidas. Sin embargo, las exigencias básicas de la construcción europea no se respetarían si esos amplios poderes concedidos a esta Institución no hubieran estado sometidos al control de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, especialmente mediante del recurso de anulación.

En materia de ayudas públicas, esta categoría de recursos, ha suscitado, desde los más tempranos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, importantes dudas en cuanto a la legitimación de los particulares, especialmente de competidores de los beneficiarios de las mismas, así como de órganos infra-estatales, que, para defender sus prerrogativas, interponen también este tipo de recursos.

Partimos de la premisa de que en el ámbito de las ayudas, es el Estado el destinatario de las decisiones de la Comisión, de manera que, como se verá, los competidores, como particulares no destinatarios de esos actos, habrán de demostrar un interés en recurrirlos, demostrando en cada caso una afectación directa e individual. En este sector, además, la legitimación activa adquiere tintes particulares, ya que el procedimiento administrativo llevado a cabo por la Comisión consta de diferentes fases al término de las cuales la Comisión puede adoptar actos que adquieren el carácter de definitivos aun cuando hayan sido adoptados sin incoar el procedimiento de investigación formal³.

1. Así ha sido recogido por el TFUE, en el artículo 107, 1.

2. *Vid.* artículo 107, párrafos 2 y 3.

3. *Vid.* artículo 108 del TFUE, en el que se contemplan las diferentes fases del procedimiento.

En este momento, asistimos a una evolución del sector de las ayudas, en el sentido de que se está incrementando no solamente su número sino el alcance de su noción⁴, de manera que cada vez se incoan más expedientes ante la Comisión, y de mayor complejidad. Esto hace necesario, tanto un endurecimiento de su control como la necesaria clarificación en la caracterización de los actos jurídicos de esta Institución, sus consecuencias y, finalmente, una perfecta delimitación de quiénes pueden cuestionar su legalidad. En ello estriba, consideramos, la justificación del estudio de cómo se ha ido perfilando la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión en este ámbito.

Antes de abordar el estudio particular de la impugnación por los particulares de las decisiones de la Comisión al término del denominado procedimiento preliminar de examen enmarcamos, aún cuando de manera sucinta, los actos susceptibles de recurso a que hacemos referencia dentro del procedimiento administrativo de control de ayudas. Para ello, comenzamos recordando que el control de las ayudas difiere en función de la clase de medida que se presenta ante la Comisión Europea. Así, el control de esta Institución se lleva a cabo en torno a la distinción entre ayudas nuevas, ilegales, abusivas y existentes⁵.

Las ayudas nuevas comprenden los proyectos de subvenciones y otras medidas, así como las modificaciones de las ayudas existentes. Respecto de las mismas, el sistema de control recogido en el TFUE y en el Reglamento 659/1999 (CE) N° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DOCE n° L 83/1 de 27.3.1999), (en adelante, Reglamento de Procedimiento) es el que, en líneas generales, presentamos a continuación. En primer lugar, la Comisión ha de ser informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Es decir, el Estado que tenga proyectada la concesión de una ayuda, ha de notificarlo a esta Institución y desde ese momento, la Comisión procederá a su examen. Es la denominada fase preliminar de examen, que se cifra en un acercamiento de carácter estrictamente bilateral, ya que únicamente actúan como interlocutores la Comisión y el Estado. En esta fase, se combina la reflexión por parte de la Comisión con la comunicación e intercambio de pareceres entre ésta y las autoridades estatales.

Este examen previo ha de realizarse en un plazo de dos meses, al término de los cuales, la Comisión ha de adoptar una decisión por la que se concluya

4. En efecto, teniendo en consideración que la noción de ayuda va más allá de la mera subvención, y que no solamente se concreta en una prestación positiva, puesto que comprende asimismo las intervenciones públicas que alivian las cargas de una empresa, un porcentaje cada vez más elevado de estas medidas de nueva creación son ayudas fiscales. *Vid.* en este sentido, las reflexiones vertidas en: CALVO SALINERO, R. y PASTORIZA VÁZQUEZ, S., «Control y ayudas de Estado dentro del Derecho Comunitario», *Estrategia Financiera*, n. 241, pp. 72-73.
5. El Reglamento (CE) N° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DOCE n° L 83/1 de 27.3.1999) sistematiza estas categorías de medidas de ayuda.

esta primera fase del procedimiento en uno de estos tres sentidos: en primer lugar, puede decidir que el proyecto de medida que le ha sido notificada no constituye una ayuda; en segundo lugar, puede concluir esta fase decidiendo que, si bien la medida notificada sí constituye una ayuda, no es incompatible con el mercado interior, ya que no es susceptible de falsear la competencia⁶. En estas dos categorías de decisiones se centra nuestro estudio.

Finalmente, y cuando la Comisión albergue alguna duda acerca de la compatibilidad de la medida notificada con el mercado interior, ha de iniciar sin demora un procedimiento de investigación formal. La decisión de incoación del procedimiento, deberá resumir las principales cuestiones de hecho y de derecho, incluir una primera valoración en cuanto al carácter de la medida y exponer sus dudas. El Reglamento de Procedimiento dispone, siguiendo jurisprudencia consolidada⁷, que a lo largo de esta fase de control, la Comisión ha de invitar al Estado miembro y a las demás partes interesadas a que presenten sus observaciones, en un plazo que por lo general no excederá un mes. Esto es reflejo de la intención de ampliar la participación, en esta fase, a los interesados, más allá de la Comisión y autoridades estatales y de aumentar así la transparencia de este procedimiento.

Las observaciones recibidas por la Comisión se comunicarán al Estado miembro interesado, quien podrá replicar a las mismas en un plazo de un mes. Éste no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva. Es la denominada obligación de *stand still*.

Las ayudas concedidas de manera ilegal son aquellas que se han puesto en marcha vulnerando la obligación de notificación y de espera en su ejecución. Esta circunstancia hace que el procedimiento de control varíe. En primer lugar, la Comisión toma conciencia de la existencia de esa medida a través de vías diferentes a la notificación y que suelen concretarse en la comunicación por parte de autoridades de otro Estado o de artículos de prensa. La Comisión, una vez informada, habrá de analizar la ayuda sin demora (no se hace referencia en este procedimiento a la obligación de respeto de plazos por parte de la Comisión), y requerirá, en cada momento que estime oportuno, al Estado miembro interesado. Una de las diferencias sustanciales con el procedimiento correspondiente a las ayudas nuevas es el que la Comisión puede solicitar la suspensión en la concesión de la ayuda así como su reembolso provisional.

En todas las decisiones en este procedimiento, tanto las adoptadas al término de la fase preliminar, como al término de la investigación formal, ha de constar la circunstancia de que se ha llevado a cabo sin previa notificación, independientemente de su compatibilidad con el mercado interior, con la conse-

6. En ello se cifra, en definitiva, el fundamento último del sistema de control.

7. Vid. a título de ejemplo, STJ de 4.2.1992, as. *British Aerospace y Rover c. Comisión de las Comunidades Europeas* (C-78/03)

cuencia que ello conlleva, respecto a la solicitud de su reembolso⁸. En todo caso, la decisión de no abrir el procedimiento de investigación formal reviste la misma forma que en los supuestos de ayuda nueva. Es decir, y siempre con el ánimo de enmarcar los actos jurídicos susceptibles de impugnación, resaltamos que estas decisiones, procedentes del sistema de control de las ayudas ilegales, también constituyen objeto de recurso. Esta afirmación se extiende igualmente a las decisiones de apertura de la fase formal adoptadas en el caso de ayudas abusivas, que son las utilizadas por el beneficiario contraviniendo una decisión por la que se declara compatible una ayuda, o sometida a condiciones, y cuyo control se reconduce, en lo esencial, a las ayudas ilegales.

Finalmente, se entiende por ayudas existentes, aquellas que se aplicaran en el Estado antes de la entrada en vigor del Tratado, las que hayan sido ya autorizadas, aquellas respecto de las que haya transcurrido el plazo de prescripción de diez años previsto en el Tratado, y las que no tenían el carácter de ayuda, pero que han pasado a serlo como consecuencia de la evolución del mercado. Respecto de esta categoría de ayudas, se lleva a cabo un régimen de control permanente. El fundamento de esta vigilancia reposa en el hecho de que las circunstancias que rodearon el análisis inicial de una ayuda pueden haberse modificado, y provocado que una ayuda que, en principio fue declarada compatible devenga, por los efectos que ha desplegado a lo largo del tiempo, incompatible con el mercado interior. Se trata de una garantía complementaria del sistema de control.

El procedimiento se cifra, en primer lugar, en la recopilación de información por parte de la Comisión, en cooperación siempre con el Estado miembro, y si ella considera que un régimen de ayudas ya no es compatible, informará a ese Estado acerca de esa conclusión preliminar para que presente sus observaciones, en el plazo de un mes. Si, con esa información, llega a la conclusión final de la incompatibilidad de esa medida con el mercado interior, emitirá una recomendación en la que propondrá al Estado medidas apropiadas. Respecto de estas medidas, y retomando así la delimitación de los actos jurídicos analizados, hemos de resaltar el dato de que estas medidas no son, en sí mismas consideradas, obligatorias, y por tanto, al no ser susceptibles de recurso ante la jurisdicción de la Unión⁹, no son objeto de este trabajo.

II. LA POSICIÓN DE LOS COMPETIDORES EN EL RECURSO DE ANULACIÓN EN TANTO QUE PARTICULARES NO DESTINATARIOS DE LA DECISIÓN

El TFUE¹⁰ permite al Tribunal de Justicia conocer de los recursos de anulación interpuestos por un Estado Miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo

8. La obligación de reembolso de la ayuda constituye, probablemente, el tema más complicado en este ámbito. No hacemos referencia a ello por exceder nuestro ámbito de análisis.

9. Así se determina en STG T-330/94, de 22.10.1996, *Salt Union/Comisión de las Comunidades Europeas* (Rec. p. II-1475)

10. *Vid.* artículo 263.

o la Comisión, que son considerados como demandantes privilegiados, ya que pueden impugnar cualquier acto con independencia de que les sea dirigido o no a ellos. El Tribunal de Cuentas, el BCE y el Comité de las Regiones forman el grupo de los demandantes denominados semi-privilegiados, ya que tienen limitada su legitimación a la defensa de sus prerrogativas. Finalmente, las personas físicas y jurídicas pueden interponer una demanda de anulación contra los actos de que son destinatarias. En el caso de que no sean las destinatarias, que suele ser lo habitual, habrán de demostrar que concurren los requisitos de la afectación directa e individual,¹¹ y el interés para ejercitar la acción. Para que un particular resulte directamente afectado, la medida impugnada no debe permitir facultad alguna de apreciación a los destinatarios de dicha medida encargados de su aplicación, por tener ésta un carácter automático¹². Respecto de la afectación individual, una persona física o jurídica solamente puede afirmar que la disposición objeto de litigio le atañe debido a ciertas cualidades que le son propias o a una situación de hecho que la caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, la individualiza de manera análoga a la del destinatario. Deberán por tanto, demostrar las condiciones inicialmente establecidas por la jurisprudencia desde el Asunto *Plaumann*¹³. Este requisito es la auténtica prueba de fuego¹⁴ que tiene que superar un particular y es lo que constituye una laguna en la tutela judicial efectiva de los particulares. En todo caso, los particulares han de demostrar que tienen un interés en ejercitar la acción, demostrando que su situación jurídica mejoraría con la anulación del mismo, requisito este más sencillo de cumplir, y de justificar en la medida en que un particular recurrirá siempre un acto que le causa un perjuicio.

Tras esta breve exposición de los caracteres generales de la legitimación activa respecto de particulares, planteamos cómo se concretan en el ámbito de las ayudas. En este campo, los terceros interesados son la empresa beneficiaria de la ayuda y los competidores de ese operador económico. La afectación directa se considera cumplida, respecto de un beneficiario de la ayuda, cuando éste recurre una decisión que declara incompatible una ayuda ya otorgada y ordena su recuperación, ya que deberá devolverla. La afectación individual será admitida respecto de los beneficiarios cuando una decisión de la Comisión por la que decide incoar el procedimiento de investigación formal contenga la calificación de la medida como nueva ayuda, ya que éstos podrían verse obligados a devolverla en cualquier momento como consecuencia de esa calificación.

11. Vid. CORTÉS MARTÍN, J.-M., «Afectación individual: ¿Un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año. 7, núm. 16, 2003, pp. 1119 y ss.; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pp. 446-450.
12. Esto es lo que se desprende de la jurisprudencia. Sirvan de ejemplo las siguientes sentencias: STJ, de 13.5.1971, as. *International Fruit Company y otros* (41/70 a 44/70) o STJ, de 26.4.1988, as. *Apesco* (207/86).
13. STJ, de 15.7.1963, as. *Plaumann* (25/62)
14. Como tal se califica en la obra: PALACIO GONZÁLEZ, J., *Derecho Procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 140-141.

Por su parte, la legitimación activa de los competidores, lo que constituye el tema central de este apartado, ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial. Hemos presentado mínimamente en el apartado anterior, el procedimiento de investigación formal, como segunda fase del control. La posición de los competidores en el recurso de anulación respecto de las decisiones al término de la fase de investigación formal deriva de la invitación, durante ese procedimiento, a la participación de estos operadores. Así, la jurisprudencia determina que la decisión que declara compatible una ayuda ilegal afecta directamente a un competidor de la beneficiaria¹⁵. No así la decisión de autorización de un régimen general de ayudas¹⁶, que únicamente será recurrible por estas empresas competidoras cuando se materialice en el pago de ayudas concretas, o bien cuando no haya dudas acerca de la voluntad del Estado de aplicar el régimen en cuestión¹⁷.

La afectación individual de un competidor respecto de una decisión definitiva¹⁸, al término de la fase de investigación formal, se ha considerado demostrada cuando su denuncia haya dado origen al procedimiento, cuando haya realizado observaciones importantes en el curso del procedimiento y si la ayuda autorizada afecta a su situación de mercado al ser competidor de la beneficiaria, siendo esto último lo más relevante. En algunos pronunciamientos más estrictos, incluso se considera insuficiente la mera condición de competidora, sino que se exige, además, la demostración del perjuicio de la ayuda en el caso concreto, y no en la condición de operador del mismo sector que la beneficiaria¹⁹.

En todo caso, parece claro que cuando la Comisión se pronuncia sobre una ayuda tras haber presentado observaciones los interesados, la mera condición de interesado no concede automáticamente legitimación, sino que ha de analizarse si la decisión definitiva tiene una repercusión concreta en la situación jurídica del recurrente, en este caso, el competidor del beneficiario de la ayuda²⁰.

En otro orden de cosas, son relativamente frecuentes las impugnaciones llevadas a cabo por asociaciones de competidores, con base en tres bloques de consideraciones: por la afectación de su posición competidora en el mercado, por su posición de negociadora en el procedimiento que dio lugar a la decisión, o porque ejercitaban una acción colectiva en representación de sus miembros, quienes tenían legitimación a título individual. Hasta donde conocemos la juris-

15. Vid. a título de ejemplo, STG, de 5.11.1997, as. *Ducros c. Comisión*, (T-149/95)

16. Es decir, cuando no se trate de una ayuda individual.

17. Cumpliéndose así el requisito de que no exista margen de apreciación por parte de las autoridades internas.

18. Estos requisitos han sido sistematizados de forma esclarecedora en ESTOA PÉREZ, A., *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 142-143.

19. Esta clase de matices están muy presentes, como veremos, en el caso de las decisiones de no apertura del procedimiento de investigación formal y, además, adelantamos ya, son más difíciles de detectar cuando los competidores interesados no han tenido oportunidad de participar en procedimiento alguno.

20. STG, de 15.7.1988, *BP Chemicals/Comisión*, (T-11/95, Rec. 1998, p. II-3235)

prudencia en esta cuestión particular, detectamos que son los dos últimos motivos los que en mayor número de ocasiones fundamentan la admisión de estos recursos y ello es lógico si consideramos que la participación de estas entidades cobra su sentido en cuando que defensores de los miembros a quienes representan.

Así, mientras que parecen ya ciertamente establecidos los criterios de admisibilidad contra los primeros actos, la impugnación de los segundos continúa siendo cuestión no pacífica. Escogemos por ello estos actos recurribles ante el Tribunal como objeto del análisis más particularizado. Nos centramos en los aspectos más sobresalientes de este segundo tipo de recursos en el ámbito de las ayudas públicas²¹, escogiendo aquellos pronunciamientos que consideramos han resultado más clarificadores, y teniendo en cuenta que la intervención de los competidores en el ámbito de los recursos, en general, de las ayudas públicas, difiere en gran medida de su potencial posición en otros ámbitos del Derecho de la Competencia. Enlazamos precisamente esta afirmación con la primera parte del epígrafe siguiente.

III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LOS COMPETIDORES RESPECTO DE LA DECISIÓN DEL ARTÍCULO 108,3 DEL TFUE

Recordamos, en primer lugar, que durante la fase preliminar, las terceras partes no tienen acceso alguno al procedimiento. Además, a su término únicamente se publica un resumen de la decisión de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Precisamente por estas circunstancias, la admisibilidad de recursos por parte de los competidores de un beneficiario de ayuda ha generado una mayor problemática que la admisibilidad de recursos frente a una decisión final de la Comisión, tal como ya apuntamos.

Es necesario recordar, asimismo que de los tres actos con que puede finalizar el primer análisis de la Comisión (que el proyecto no constituye ayuda, que no es incompatible con el mercado interior y, finalmente, que la Comisión albergue alguna duda y decida abrir el procedimiento de investigación formal) los competidores tendrán interés, lógicamente, en tratar de impugnar los dos primeros bloques de decisiones.

Tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal General²² han dedicado una gran parte de sus esfuerzos a delimitar la extensión del círculo de competidores del beneficiario de la medida presentada ante la Comisión que pueden impugnar esta clase de actos jurídicos.

21. Aún cuando la terminología más común es la de ayudas de Estado o ayudas estatales, optamos por la denominación «ayudas públicas» puesto que ésta abarca todas las clases de ayudas objeto de control por parte de la Comisión, es decir, no solamente las concedidas por autoridades nacionales sino también regionales y locales.
22. Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, denominado Tribunal de Primera Instancia.

El hecho de que la fase preliminar tenga por objeto que la Comisión se forme una primera idea acerca del proyecto presentado ante ella, y que, en consecuencia, los competidores no sean tenidos en cuenta durante la misma, y que por tanto, su situación no tenga influencia en la decisión al término de esta fase, dificulta el examen por parte del Tribunal de la admisibilidad de estos recursos ya que habrá de analizar, entonces, otro tipo de factores que determinen si los mismos cumplen los requisitos de afectación directa e individual.

Además, el que no se publique en forma alguna la existencia de un proyecto de medida de ayuda previsto por un Estado, y que únicamente al final de esta fase lo que se hace público sea una publicación sumaria de la decisión que cierra esta primera fase del procedimiento²³ hacen, de entrada, complicada la admisibilidad de estas demandas. Tampoco contribuye a facilitar el tema de su legitimación el hecho de que el texto de la decisión dirigida al Estado miembro de que se trate, únicamente esté disponible en la lengua de la versión auténtica.

Parece por otro lado, que no es suficiente la información que figura en dicha decisión, como para que una persona que deseara interponer un recurso de anulación contra ésta pueda, en su escrito de interposición del recurso, demostrar de forma clara, que resulta individualmente afectada en el sentido de los criterios establecidos en el asunto *Plaumann*²⁴.

A. LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR LOS ASUNTOS MATRA Y COOK

Estos dos pronunciamientos²⁵ citados ampliamente por la doctrina²⁶, versan sobre una decisión por la que se cierra el procedimiento preliminar sin abrir la fase formal de examen, y en ellos se admite, como veremos, la legitimación activa de competidores del beneficiario de la ayuda respecto de esa decisión de no apertura del procedimiento de investigación formal.

Antes de analizar estos y los últimos pronunciamientos sobre este tema, es necesario hacer mención a sus precedentes jurisprudenciales. Comenzamos así

23. Dicha comunicación reviste generalmente la forma de una lista tipo de informaciones sobre la ayuda de Estado controvertida (véase *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*, volumen II A, «Normas aplicables a las ayudas de Estado», 1995, p. 35, apartado 36)
24. Vid. STJ, de 15.7.1963, *Plaumann*, *cit.*
25. Se trata, en efecto, de las siguientes sentencias: STJ, de 15.6.1993, as. *MATRA* (C-225/91) y STJ, de 19.5.1993, as. *Cook*, (C-198/91), tal como se anuncia en el título de este epígrafe.
26. Vid. *Inter alia*, SOLTÉSZ, U. and BIELESZ, H., «Judicial review of State Aid decisions-Recent developments», *European Competition Law Review*, vol. 3, 2004, pp. 140-141, Van YSEN DYCK, A., «The coming of Age of EC State Aid Law: A review of the principal developments in 2002 and 2003», *European Competition Law Review*, vol. 4, 2004, pp. 202-233; NICOLAIDES, P., «Control of State Aid in the European Union: compliance, sanctions and rational behaviour», *World Competition*, 25(3), 2002, pp. 249-262; PEYTZ, H & MYDING, T., «Direct action in State Aid cases-Tightropes and legal protection?: A review of Recent Jurisprudence on Direct and Individual Concern and Reviewable Acts. Part One», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 2, 2010, pp. 331-347.

por exponer lo recogido en un pronunciamiento señero en la materia: el Asunto *Cofaz*²⁷. En éste, el Tribunal –partiendo precisamente de la premisa de que en el ámbito de las ayudas, es muy difícil cumplir estrictamente, por parte de los competidores, lo establecido en *Plaumann*, por tratarse estos, en muchos supuestos, de un número indeterminado de personas que pueden invocar similares efectos²⁸– decide aligerar la carga de la prueba que resultaría de una interpretación estricta de la jurisprudencia *Plaumann*.

Así, en este supuesto, el Tribunal admite la legitimación de competidores al término de la fase formal de examen (no de la fase preliminar) por el hecho de que éstos habían probado que sus intereses legítimos resultan dañados porque su posición competitiva es sustancialmente afectada en el mercado correspondiente²⁹ y sobre la base de que estas empresas habían participado activamente en el procedimiento de investigación formal³⁰. A esto último le otorga el Tribunal sustancial relevancia.

Sin embargo, en los pronunciamientos siguientes a éste, los competidores que deseaban impugnar una decisión de no abrir el procedimiento de investigación formal, encontraron serias dificultades, debido a que precisamente en ese asunto se confería tanta importancia a la participación en el procedimiento, y en la fase preliminar se impide, como ya hemos anunciado, participación alguna.

Ante esta situación, en las sentencias recaídas en los asuntos *Cook* y *MATRA*³¹ el Tribunal matizó su jurisprudencia anterior, analizando la posible legitimación de terceras partes en los recursos interpuestos contra las decisiones recaídas al término de la fase preliminar, y esto lo hace partiendo precisamente de la premisa de que las garantías procesales de que gozan los mismos operadores durante la fase contradictoria³² no existen durante la fase preliminar³³. Además, en estos asuntos el Tribunal recuerda también que, en concreto, durante la fase contradictoria, la Comisión tiene la obligación de dar a los competidores la oportunidad de presentar sus comentarios. De esta forma, los beneficiarios de tales garantías de procedimiento –entre los que, por tanto, se encuentran los competidores– únicamente pueden obtener el respeto de las mismas si tienen la posibilidad de impugnar ante el Tribunal de Justicia la decisión de la Comisión³⁴ por la que declara la ayuda compatible con el mercado interior³⁵.

27. Vid. STJ, de 12.7.1990, as. *Cofaz* (169/84).

28. Y por lo tanto, resulta muy difícil la demostración de que la decisión les afecta por una serie de circunstancias que los diferencian de otras personas y que por tanto los individualizan de manera análoga al destinatario de la decisión.

29. Vid. STJ, de 12.7.1990, as. *Cofaz*, *cit.*, apartado 24.

30. STJ, de 12.7.1990, as. *Cofaz*, *cit.*, apartados 25 y ss.

31. Estas sentencias continúan siendo un referente fundamental en cuanto a la legitimación activa de competidores, en el sentido de que aún se toman como un cierto punto de inflexión.

32. Es decir, durante la fase formal de examen de la ayuda.

Hablamos de fase formal de examen o procedimiento contradictorio, o procedimiento de investigación formal, siendo estos términos intercambiables.

33. Esto va a constituir básicamente el hilo conductor de la jurisprudencia en este ámbito.

34. La decisión al término de la fase preliminar.

35. Realizando una interpretación extensiva, aunque en estos pronunciamientos se habla

Con base en este razonamiento, el Tribunal decidió, en las dos sentencias recaídas en estos casos, que los recursos eran admisibles ya que estaban interpuestos por personas que eran consideradas como «partes interesadas» en el sentido del artículo 108(2)³⁶.

Dicho de otro modo, la manera de suplir los derechos de que disfrutarían las partes interesadas durante el procedimiento de investigación formal y que ya no tendría lugar puesto que la Comisión decide no abrirlo, sería la de concederles la facultad de interponer este recurso de anulación contra la decisión misma de no abrirlo. Sería, por así expresarlo, una manera de suplir ese «ignorar» su opinión y participación en ese posterior recurso, inexistente ya como consecuencia de la decisión positiva de la Comisión al término de la fase preliminar³⁷.

Aclarando quién está dentro de ese círculo de beneficiarios de las garantías de procedimiento, es necesario que el demandante establezca que está compitiendo realmente, y no únicamente de modo marginal, con el beneficiario de la ayuda.

En *Cofaz* se exigía que el demandante demostrara una modificación sustancial en su posición competitiva en el mercado. Parece entonces que la exigencia de *Cofaz* es más estricta que en *MATRA* y *Cook*, porque en *Cofaz* aún tiene que demostrar la modificación sustancial y en *MATRA* y *Cook* basta con que demuestre que es legítimo competidor y no marginal para entrar dentro del círculo de partes interesadas y por tanto, haber tenido que disfrutar de las garantías procesales del 108,2 del TFUE.

Este matiz es, a nuestro parecer, fundamental, puesto que puede no resultar, en determinadas circunstancias, excesivamente complicado probar la pette-

únicamente de la decisión de compatibilidad al término de esta fase, el mismo razonamiento es aplicable para el caso de las decisiones de no considerar el proyecto como ayuda de Estado al término de esta fase.

36. En efecto, en el primer asunto, el Tribunal de Justicia declaró que la empresa William Cook plc era una parte interesada, en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, (actual 108,2) en la medida en que fabricaba equipos idénticos a los de la empresa beneficiaria de la ayuda. En tal calidad, debía, por lo tanto, considerarse a ésta directa e individualmente afectada por la decisión controvertida y, en consecuencia, estaba legitimada para solicitar la anulación de ésta sobre la base del artículo 230 CE, párrafo cuarto (actual 263, 4). Del mismo modo, en el segundo asunto, el Tribunal de Justicia consideró que podía reconocerse a la empresa MATRA SA la condición de parte interesada, en la medida en que la concesión de la ayuda controvertida afectaba a sus intereses «en su condición de principal productor comunitario de vehículos polivalentes y de futuro competidor de la empresa [beneficiaria de la ayuda]». El Tribunal de Justicia estimó que, por lo tanto, debía declararse la admisibilidad del recurso de anulación interpuesto contra la decisión de la Comisión.
37. Además, recordamos que esta misma jurisprudencia fue matizada en el asunto *Inter Mills* en el sentido de que definió de manera amplia el círculo de competidores al extender el mismo a las asociaciones de empresas (en este supuesto, competidoras todas sus componentes de la beneficiaria). (Vid. STJ, de 14.11.1984, as. *Inter Mills* (323/82), apartado 16.

nencia a un mismo círculo de competidores; sin embargo demostrar que la posición económica, dentro de ese mismo mercado, del competidor, ha sido vulnerada de manera sustancial, es algo de extrema complejidad. Además, permanece un muy amplio margen de apreciación para el Tribunal respecto de hasta dónde ha de considerarse la modificación como «sustancial»³⁸.

En todo caso, hemos de aclarar que la prueba de la situación de directa competencia solamente rige en el supuesto de que el demandante pretenda defender sus garantías procesales como fundamento del recurso de anulación. Si lo que se impugna, por el contrario, es el fondo, la base material de la decisión de la Comisión de no apertura del procedimiento, sí se sigue aplicando lo establecido en *Cofaz*; es decir, se debería demostrar la modificación sustancial.

Se inicia de todas formas, con estos dos pronunciamientos, una extensión en la interpretación acerca de la admisibilidad de las demandas por parte de competidores aunque, como veremos, esta jurisprudencia sufre fluctuaciones.

B. LAS DIFICULTADES SURGIDAS DE LA JURISPRUDENCIA EN DESARROLLO DE «MATRA Y COOK»

Tomando estos dos asuntos como punto de partida, expondremos a continuación la posterior jurisprudencia que desarrolla los mismos, avanzando ya, tal como destaca doctrina ciertamente autorizada³⁹, que ésta no ha sido siempre del todo coherente.

Asimismo adelantamos que las cuestiones conflictivas apuntan, en gran medida, a cuál es la solución que ha de darse a la situación que se produce cuando el demandante invoca tanto motivos procedimentales (la protección de sus derechos de procedimiento por no haberse abierto la fase de investigación formal) como de fondo (es decir, los que hacen referencia a la sustancia, al contenido de la decisión adoptada por la Comisión, y que están en la base de esa decisión de no abrir el procedimiento de investigación formal).

Así, se identifican una serie de dificultades en la interpretación y, sobre todo, en la posterior aplicación, de los asuntos *Cook* y *MATRA*.

1. Las dificultades surgidas de la interpretación de los requisitos de legitimación

En primer lugar, y en cuanto a un posible nivel de incertidumbre respecto a la interpretación de los requisitos de legitimación, algunos autores⁴⁰ llaman la atención sobre el hecho de que en las sentencias recaídas en ciertos asuntos

38. Con lo que ello conlleva, asimismo, de dificultad para el Tribunal quien, en muchas ocasiones, acude a la ayuda de consultoras.

39. Vid. *inter alia*, JÜRIMÄE, K.: «Standing in State Aid Cases: What's the state of play?», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 2, 2010, pp. 305 y ss.; PEYTZ, H & MYDING, T., «Direct actions...», *op. cit.*, pp. 332 y ss.

40. Vid. JÜRIMÄE, K. *op. cit.*, pp. 306-307; FLYNN, «Remedies in European Law...», en BIONDI y otros (eds.), *The Law of State Aid in the EU*, 2004, pp. 283-284.

presentados ante el Tribunal General⁴¹, éste solicita de los demandantes la demostración de la afectación de su posición competitiva en el mercado por la concesión de la ayuda al beneficiario de la misma⁴²; y considera también que el demandante ha de aportar pruebas de un significativo descenso en su cifra de negocios así como una relación de causalidad directa entre tal descenso y la concesión de la ayuda a su competidor, el beneficiario de la misma⁴³, aun cuando los demandantes basan su legitimación en la violación de los derechos procedimentales.

A nuestro entender, en el primer supuesto referido (es decir, el requisito de la demostración de la afectación de la posición competitiva en el mercado) no consideramos que se haya provocado una incertidumbre en la interpretación de los asuntos *MATRA* y *Cook*, sino que en este supuesto (Asunto *Waterleiding*) se trataba de una situación ciertamente diferente; en efecto, en este caso la decisión que se intentaba impugnar era la relativa a un régimen de ayudas; por el contrario, y esto es lo que marca la diferencia fundamental, en *MATRA* y *Cook* eran ayudas individuales. Si bien cuando se trata de ayudas individuales, a una determinada empresa, es relativamente sencillo probar el *status* de compe-

41. Vid. STG, 21.3.2001, as. *Hamburguen Hafe c. Comisión* (T-69/96); STG, de 16.9.1998, as. *Waterleiding Maatschapi /Comisión* (T-188/95).

42. STG, de 16.9.1998, as. *Waterleiding Maatschapij/Comisión*, cit., apartado 54: «No obstante, cuando, sin iniciar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 del Tratado, la Comisión considera, con arreglo al apartado 3 del mismo artículo, que un régimen general de ayudas es compatible con el mercado común, no podrá admitirse el recurso de anulación interpuesto contra tal decisión si la situación competitiva de la demandante en el mercado no resulta afectada por la concesión de la ayuda. En efecto, en tales circunstancias la demandante no tiene la condición de interesada en el sentido del apartado 2 del artículo 93 del Tratado.»

43. STG, de 16.9.1998, as. *Hamburguen Hafe/Comisión*, cit., apartados 42 a 44: «En el caso de autos, en lo que atañe al hecho de que la posición de las demandantes en el mercado resulte afectada, procede señalar, en primer lugar, que no son competidoras directas de los beneficiarios de las ayudas controvertidas, ya que estas últimas se dedican al transporte combinado de mercancías ferrocarril/carretera, mientras que las demandantes son, una de ellas, una empresa que efectúa el transbordo y el depósito de mercancías en el puerto de Hamburgo, y las otras dos, asociaciones que representan, en particular, los intereses de empresas que desarrollan la actividad citada en puertos marítimos alemanes. El estudio de Planco Consulting GmbH no desvirtúa esta conclusión. Este estudio pretende demostrar que una reducción de los costes de los transportes interiores procedentes y con destino a puertos marítimos puede afectar a la competencia entre puertos, pero no acredita que los operadores del sector del transbordo y del depósito de mercancías en los puertos alemanes sean competidores directos de los beneficiarios de las ayudas controvertidas.

Debe señalarse, además, que las demandantes no han demostrado que las Decisiones impugnadas las hubieran afectado. A este respecto, citan las reducciones de los volúmenes de negocios que registraron en el transporte de mercancías con destino a Praga. Ahora bien, por una parte, se desprende de los autos que, durante los años de concesión de las ayudas, los volúmenes de negocios de las demandantes no experimentaron una disminución sustancial y, por otra, las demandantes no han probado que existiera una relación directa entre dichas reducciones de sus volúmenes de negocios y la concesión de las ayudas controvertidas. (énfasis nuestro).»

tidor de la misma (y por tanto, que son parte interesada en el sentido del artículo 108,2 y que por ello tienen derecho a salvaguardar sus derechos procesales por no haberse abierto este procedimiento), no es el mismo supuesto cuando se trata de regímenes generales de ayudas, no individualizadas respecto del beneficiario de las mismas. Por ello, interpretamos, el Tribunal ha buscado un manera de demostrar la condición de persona interesada más estricta que cuando se trata de ayudas individuales.

No nos parece, por tanto, que en este asunto en particular se haya realizado una dudosa interpretación de *MATRA* y *Cook*, o un retroceso en su interpretación extensiva de la legitimación de competidores, sino que apuntamos más a que se parte de situaciones diferentes. Consideramos que sí habría sido carente de lógica la exigencia de la afectación sustancial una vez que esos regímenes generales una vez convertidos en ayudas individuales.

Por el contrario, sí compartimos la opinión de que el segundo supuesto (requisito de la demostración de disminución del volumen de negocios como consecuencia directa de las ayudas, no tratándose las mismas de un régimen general) puede generar cierta incertidumbre en la interpretación de los asuntos *MATRA* y *Cook*, ya que en estos últimos no se solicitaba la demostración de tales extremos. El Tribunal da a entender, así, en el asunto *Hamburgten Hafe*, que considera insuficiente el hecho de que sus garantías procesales se vean mermadas por la negativa de la Comisión a abrir el procedimiento de investigación formal⁴⁴. Consideramos ciertamente excesivo el requisito de la demostración de la disminución del volumen de negocios y, especialmente, la necesidad de probar ante el Tribunal la relación directa entre las reducciones de los volúmenes de negocios y la concesión de las ayudas. A nuestro entender, esto último sí parece contradecir el estándar de legitimación inaugurado con acierto, consideramos, en *Matra* y *Cook*.

Hasta aquí, el cuestionamiento de la interpretación de la jurisprudencia posterior a *Matra* y *Cook*.

2. Las dificultades surgidas de la aplicación de los requisitos de legitimación

En segundo lugar, y en cuanto a las cuestiones relativas a la aplicación de los requisitos de legitimación, lo primero que llama la atención⁴⁵ es la incertidumbre que deja la jurisprudencia acerca de hasta qué punto y, sobre todo, cómo ha de controlarse la «intención» del demandante de pretender defender sus garantías procesales.

Dentro de este segundo conjunto de cuestiones hay que destacar, por un lado, el hecho de que el Tribunal no dejó claro si esta intención del demandante habría de ser reflejada explícitamente por éste en su demanda, o se podría presumir. Así, en algunos supuestos en los que no se encontraba expuesta de

44. Parece, en efecto, que en este supuesto se busca, entonces, a efectos de legitimación, una justificación más de carácter económico que de garantía de derechos procesales.

45. Vid. *Inter. Alia*, HONORÉ, «The standing of third parties in State Aid cases», *European State Aid Law Review*, 2006, p. 269.

manera explícita esa intención de defender sus derechos procesales en la propia demanda, tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal General realizaron una labor de «reinterpretación» de la misma⁴⁶, a efectos de admitir la legitimación⁴⁷.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia no ha dejado claro si, cuando la legitimación se pretende fundar en lo recogido en *MATRA* y *Cook*, la competencia de examen solamente ha de limitarse a los motivos basados en el respeto de las garantías procesales, implicando esto que los demás motivos de carácter material que se puedan invocar hayan de ser declarados inadmisibles. Es decir, lo que se plantea es si, cuando el demandante no reúne las condiciones estipuladas en *Cofaz*, el resto de motivos basados en fundamentos materiales no han de ser tenidos en consideración.

Respecto de este extremo, que calificamos como realmente complejo, se ha detectado una cierta divergencia entre los diferentes pronunciamientos de ambos Tribunales, y que hacen cuestionar la coherencia de la jurisprudencia en la materia.

46. El realizar esas reinterpretaciones con la intención de admitir una demanda es algo que el Tribunal realiza con una cierta frecuencia, en éste y otros ámbitos.

47. En un claro razonamiento el Tribunal, en la sentencia: STG de 5.12.2002, as. *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum eV c. Comisión*, (T-114/00), apartados 44 a 47.

Recoge lo siguiente:

«Procede señalar que la demandante no denunció expresamente un incumplimiento por la Comisión de la obligación de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, que impidiese el ejercicio de los derechos de procedimiento previstos en dicha disposición. Sin embargo, debe interpretarse que los motivos de anulación invocados en apoyo del presente recurso y, en particular, el que se basa en la violación de la prohibición de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad tienen la finalidad de que se declare que las medidas controvertidas presentan serias dificultades desde el punto de vista de su compatibilidad con el mercado común, dificultades que obligaban a la Comisión a iniciar el procedimiento formal. (énfasis nuestro)

En efecto, según una jurisprudencia consolidada, la Comisión está obligada a iniciar este procedimiento si, objetivamente, el primer examen no le ha permitido superar todas las dificultades serias planteadas por la apreciación de la compatibilidad con el mercado común de la medida estatal de que se trate (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, *SIDE/Comisión*, T-49/93, Rec. p. II-2501, apartado 58; de 15 de septiembre de 1998, *Gestevisión Telecinco/Comisión*, T-95/96, Rec. p. II-3407, apartado 52, y de 15 de marzo de 2001, *Prayon-Rupel/Comisión*, T-73/98, Rec. p. II-867, apartado 42). Precisamente para facilitarle la tarea, con la ayuda de los interesados, el artículo 88 CE, apartado 2, establece la fase formal del examen que debe realizar la Comisión. Pues bien, como el Tratado impone a la Comisión la obligación de permitir a los interesados que presenten sus observaciones únicamente en el marco de la fase de examen prevista en su artículo 88 CE, apartado 2, éstos sólo pueden aducir el carácter objetivamente difícil del examen que debe realizar la Comisión y lograr que se respeten sus garantías de procedimiento si tienen la posibilidad de impugnar ante el Tribunal de Primera Instancia la decisión de no iniciar el procedimiento del artículo 88 CE, apartado 2.

Por tanto, en el caso de autos debe interpretarse que el recurso reprocha a la Comisión que, a pesar de las serias dificultades planteadas por la apreciación de la compatibilidad de las ayudas de que se trata, no iniciase el procedimiento formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, y que en última instancia pretende que se salvaguarden los derechos de procedimiento que confiere dicho apartado.

Recordamos que en *Cook*, el Tribunal declara que él únicamente ha tenido en cuenta, a efectos de admitir el recurso, el hecho de que la Comisión ha decidido no abrir el procedimiento y que no ha llegado a examinar las otras alegaciones, incluidas las de carácter material. El limitarse a analizar únicamente ese motivo ha sido interpretado por la doctrina⁴⁸ en el sentido de que «implícitamente», el Tribunal podría haber efectivamente tenido en cuenta las alegaciones de carácter material ante él presentadas, ya que el Tribunal dijo que, simplemente, «no había necesidad de considerar el resto de motivos»⁴⁹.

En un caso posterior, el asunto *Thermehotel Stoiser Franz*⁵⁰, además de examinar la posible violación de los derechos de garantía procesal, sí entró a analizar las alegaciones de carácter material (a diferencia, por tanto, del caso presentado anteriormente), pero, en todo caso, esto lo hizo de forma limitada, y no entró a analizar si se cumplía lo requerido en el asunto *Cofaz*. De hecho, el Tribunal General se ciñó a afirmar que (apartado 59) «procede examinar el conjunto de los demás motivos formulados por las demandantes contra la decisión impugnada, a fin de comprobar si existe una dificultad seria que habría obligado a la Comisión a incoar el procedimiento formal de examen» Recordó que (apartado 59) : «...la fase formal de examen prevista en el artículo 93, apartado 2, del Tratado, que permite a la Comisión informarse del conjunto de los datos del asunto antes de adoptar su decisión, tiene carácter necesario cuando la Comisión encuentra serias dificultades para apreciar si una ayuda es compatible con el mercado común (énfasis nuestro).

Añadió, además (apartado 89), que «A este respecto, para determinar si la Comisión estaba obligada a incoar el procedimiento formal de examen previsto en el artículo 93, apartado 2, del Tratado y, en ese marco, a oír a las demandantes, procede comprobar, si la Comisión obró conforme a Derecho al considerar que la compatibilidad de la ayuda controvertida con el mercado común no suscitaba serias dificultades de apreciación habida cuenta de las informaciones de que disponía.»

Una vez establecida esa premisa, el Tribunal pasa a examinar las alegaciones que califica como de fondo, y que en este supuesto se cifran en: la vulneración del derecho a ser oídos, motivación insuficiente, e infracción del artículo 92,1 (actual 107,1)⁵¹. Es este un claro ejemplo, consideramos, de que en esta clase de asuntos, es frecuente que se entremezclen cuestiones meramente procesales con cuestiones claramente materiales. Especialmente llama la atención el examen conjunto de la infracción de la norma que recoge la prohibición de las ayudas con el derecho a ser oído.

En este mismo orden de cosas, y siguiendo con el análisis de la jurisprudencia posterior, a efectos de ilustrar la cierta indeterminación presentada por

48. Vid. *inter alia* HONORÉ, «The standing...», *op.cit.*, p. 275.

49. Es decir, que reconocía que podría haber otros motivos susceptibles de ser analizados.

50. STG, de 13.1.2004, as. *Thermehotel Stoiser Franz c. Comisión* (T-158/99).

51. Es decir, la disposición que recoge las condiciones de incompatibilidad de las ayudas. Hace referencia, por tanto, al aspecto estrictamente material.

los Tribunales ante asuntos de similares características, nos encontramos con la sentencia *Danske Busvomaned*⁵². En ésta, el Tribunal General admitió la demanda con base en la violación de las garantías procesales, pero rechazó, expresamente, la solicitud del Gobierno danés de que debería limitar su competencia al análisis de si la Comisión habría tenido o no la obligación de abrir el procedimiento del párrafo 2 del artículo 108⁵³. En concreto, y respecto de las pretensiones del Gobierno danés, consideró que (apartado 41) «debe rechazarse la tesis defendida en la vista por el Gobierno danés, según la cual el control del Tribunal de Primera Instancia debe limitarse a dilucidar si la Comisión debía haber incoado el procedimiento formal de examen previsto en el artículo 88 CE, apartado 2. Si bien es cierto que la demandante reprocha a la Comisión no haber incoado dicho procedimiento, alega motivos adicionales basados, en particular, en la vulneración de otros principios y disposiciones de Derecho comunitario. Pues bien, dado que el presente recurso sirve a los intereses de la demandante y a los de sus miembros, que se hallaban en competencia con *Combus*, la demandante puede invocar cualquiera de las causas de ilegalidad enumeradas en el artículo 230 CE, párrafo segundo, siempre que tengan por objeto la anulación total o parcial de la decisión impugnada...» (subrayado nuestro)».

Consideramos que con estas afirmaciones, el Tribunal sí realiza una importante delimitación, especialmente respecto de los asuntos inmediatamente anteriores, en el sentido de que aquí sí admite, de manera absolutamente explícita, la posibilidad de examen de otros motivos diferentes a los meramente procedimentales y, de hecho, en este caso particular, sí los examina, con lo cual el Tribunal General no está, en principio limitado, tal como él mismo reconoce, a los motivos expuestos por la demandante. Mayor es, además, la aclaración cuando se hace referencia a que se pueden invocar todas las causas contempladas en el artículo 230 (actual 263)⁵⁴.

En todo caso⁵⁵, esta última consideración, es decir, el que se permita que se invoquen los motivos del recurso de anulación en la fase de admisibilidad, de demostración de la legitimación para interponer estos recursos, nos lleva a una reflexión, que nos surge al analizar este recurso, en este y otros ámbitos y que se cifra en lo siguiente: mientras que en otras jurisdicciones está bien delimitado el conjunto de causas que los demandantes pueden alegar a efectos de demostrar su intención de ser parte, de ser legitimado en un recurso, respecto de lo que pueden invocar en apoyo ya de sus motivos para la anulación del

52. STG, de 16.3.2004, as. *Danske Busvgomaned c. Comisión* (T-157/01)

53. Exactamente, el Tribunal General determinó lo siguiente (apartado 41): «a falta de dificultades serias para apreciar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, ninguna disposición del Tratado o de otro acto jurídico obliga a la Comisión a proceder de forma distinta a como lo hizo en el marco de la fase previa de examen del artículo 93, apartado 3, del Tratado».

54. Es decir, incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma relativa a su ejecución, o desviación de poder.

55. Aun cuando, insistimos, respecto del tema particular que nos ocupa, es un asunto ciertamente clarificador.

acto en cuestión, en la jurisdicción de la Unión Europea esto no está tan diferenciado.

En este sentido, consideramos, habría de llevarse a cabo una labor de mayor depuración, a estos efectos, por parte de las instancias jurisdiccionales europeas, ya que cuestión diferente es la necesaria demostración de un interés para ejercitar la acción, que hace referencia a la cualidad de la persona, del análisis de un acto de la Unión, que tiende a si éste es acorde con las disposiciones del Tratado.

Tras esta consideración de carácter general, continuamos exponiendo la jurisprudencia acerca del tema particular que nos ocupa. Así, en el asunto *Kronofrance*⁵⁶, el Tribunal General declaró la acción admisible no con base en la alegada violación de los derechos procedimentales del demandante, sino precisamente basando su acción en alegaciones de carecer sustancial. El Tribunal, además, recalcó que en ese caso no era necesario atender a otros razonamientos que no fueran los de carácter material, y ello fundado en el hecho⁵⁷ de que el análisis de esos aspectos materiales era absolutamente necesario para determinar si la Comisión efectivamente tenía o no dudas suficientes acerca de la apertura del procedimiento de investigación formal.

Parece, así, que la tendencia de esa jurisprudencia (especialmente la que resulta del Tribunal General) es a hacer un cada vez mayor hincapié en el acierto o no de la Comisión en cuanto a su decisión de apertura de esa segunda fase del procedimiento, y ello siempre bajo la idea del hecho de que se puedan o no considerar sus dudas lo suficientemente despejadas como para concluir con una decisión de tal magnitud como es la de admitir como compatible con el mercado interior una ayuda pública o la de no considerar una medida ante ella presentada como ayuda pública según el Tratado. En ese sentido, en el de resaltar el fin último del recurso que es la determinación del acierto de la Comisión en su decisión, sí podemos concluir que la jurisprudencia ha logrado coherencia.

Faltaría, en nuestra opinión, insistimos, presentar de una forma que podríamos calificar de más ordenada, cuándo detrás de ese acierto de la Comisión están presentes motivos materiales o de procedimiento, aún cuando la solución final fuera la misma: la conveniencia de la Comisión en su decisión de no apertura de la segunda fase.

Siempre teniendo como referencia los asuntos *MATRA* y *Cook*, y con el ánimo de aclarar los aspectos no resueltos en la aplicación posterior de los mismos, continuando con el análisis de la jurisprudencia, en el asunto *ARE*⁵⁸, el Tribunal, desoyendo las orientaciones del Abogado General⁵⁹ que aconsejaba apartarse de la jurisprudencia *MATRA* y *Cook*, debido a la complejidad a que

56. STG, de 1.12.2004, as *Kronofrance c. Comisión* (T-27/02)

57. También insiste en ello el Tribunal General.

58. Vid. STJ, de 13.12.2005, as, *ARE* (C-78/03)

59. Vid. Conclusiones del Abogado General M.F.G. JACOBS, as. *ARE* (C-78/03), presentadas el 24.2.2005.

había dado lugar la jurisprudencia posterior a esos pronunciamientos⁶⁰, decide corroborar la aplicabilidad de los mismos.

Así, vuelve a confirmar que el órgano jurisdiccional, únicamente ha de demostrar que es «parte interesada» en el sentido del artículo 108,2 cuando el autor del recurso, mediante su interposición, pretenda que se salvaguarden los derechos de procedimiento que le confiere esta disposición⁶¹.

En cambio, si el demandante cuestiona el fundamento de la decisión de apreciación de la ayuda en sí misma, el mero hecho de que pueda ser considerado interesado en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, no basta para reconocer la admisibilidad del recurso. En tal caso, debe demostrar que goza de una situación particular a efectos de la jurisprudencia *Plaumann*, tal como fue trasladada a *Cofaz*. Ello sucedería en el supuesto de que la posición del demandante en el mercado se viese afectada sustancialmente por la ayuda objeto de la decisión de que se trate⁶². Así, el Tribunal, en este supuesto, hace depender la admisibilidad del recurso de las alegaciones de fondo presentadas por el demandante. Este pronunciamiento ha de ser interpretado en el sentido de que, una vez declarada la admisibilidad basada en lo estipulado en *MATRA* y *Cook*, los Tribunales ya no tienen necesidad de analizar los demás argumentos, es decir, los no basados en la protección de las garantías procesales.

Como puede apreciarse, especialmente en torno a estos extremos (mayor importancia, o incluso total, a los aspectos de procedimiento, en unos casos, y mayor o total relevancia al aspecto material, en otros) bascula la jurisprudencia.

Por otro lado, con esta sentencia, el Tribunal trata de limitar la práctica del Tribunal General de interpretar las alegaciones basadas en argumentos materiales como prueba de la violación de las garantías procesales.

En este mismo pronunciamiento, y en contraste con lo expuesto anteriormente respecto de los regímenes de ayudas⁶³, aquí el Tribunal sí admite la extensión de la jurisprudencia *MATRA* y *Cook* respecto de los mismos; es decir, declara la admisibilidad aun cuando no se tratara de una ayuda individual. Si bien parece que con ello comienza una modificación de su jurisprudencia anterior, al no pronunciarse expresamente sobre esta distinción, y simplemente admitir la demanda sin hacer referencia a que se trataba de un régimen, es una cuestión que queda abierta a posteriores pronunciamientos.

En el recurso de Casación que dio lugar a la sentencia *Kronofrance*⁶⁴, el Tribunal ha de revisar una sentencia del Tribunal General en la que éste decla-

60. El Abogado General le aconsejaba la aplicación de la jurisprudencia *Cofaz* incluso en el supuesto de que el demandante invocara razones únicamente procedimentales.

61. Se vuelve, así, a la interpretación inicial de la jurisprudencia.

62. Respecto de este extremo, el Tribunal sí sigue lo sugerido por el Abogado General JACOBS en sus Conclusiones. Vid. Conclusiones del Abogado General M. F. G. JACOBS, as. *ARE*, cit., apartados 114 y ss.

63. Recordemos la STG. de 16.9.1998, as. *Waterleiding*, cit.

64. STJ, de 12.9.2008, as. *Kronofrance* (C-75/05 7 C-80/05), recurso de casación interpuesto frente al asunto analizado anteriormente.

raba la admisibilidad de la demanda de unos competidores. Tanto Alemania como las beneficiarias de la ayuda consideran que: (apartado 28) «el juez de primera instancia estimó equivocadamente que cualquier persona potencialmente «interesada» en el procedimiento de investigación formal de una ayuda en el sentido del artículo 1, letra h), del Reglamento nº 659/1999 debe considerarse directa e individualmente afectada, en el sentido del artículo 230 CE, apartado cuarto, por una decisión de autorización adoptada al término de la fase de examen previo de la ayuda, sin que sea entonces necesario demostrar que la posición competitiva de la demandante en primera instancia se viese «sustancialmente» afectada por dicha decisión. En cambio, según la República Federal de Alemania, así como Glunz y OSB, la condición de «parte interesada» en el sentido del Reglamento nº 659/1999 no implica automáticamente el derecho a ejercitar una acción judicial. Sólo un examen concreto, basado en la relación de competencia existente entre el beneficiario de la ayuda y el demandante en primera instancia respetaría, según ellas, las exigencias establecidas por una reiterada jurisprudencia y, en particular, por la sentencia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión (25/62, Rec. p. 197). Así pues, señalan, para reconocer la legitimación activa de Kronofrance, el Tribunal de Primera Instancia debería haber comprobado si la posición de ésta en el mercado se vería sustancialmente afectada.»

Estos son los argumentos que el Tribunal de Justicia ha de desmontar, y así: (apartado 43) «el Tribunal de Primera Instancia se ajustó a Derecho al determinar, con el fin de comprobar el cumplimiento del requisito de que la empresa en cuestión resulte individualmente afectada en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto, si Kronofrance podía considerarse parte interesada y al examinar para ello la posición de Kronofrance en el mercado de referencia, concluyendo que existía una relación de competencia entre ésta y Glunz.

En tales circunstancias, contrariamente a lo que defienden las recurrentes en casación, el juez de primera instancia no estaba en absoluto obligado, habida cuenta, en particular, de las sentencias, antes citadas, *Cook/Comisión* y *MATRA/Comisión*, a exigir asimismo que se demostrase que la posición de Kronofrance en el mercado de referencia se veía sustancialmente afectada por la adopción de la decisión controvertida(subrayado nuestro)»

Es decir, el Tribunal de Justicia confirma la posición del Tribunal General, en cuanto a que era necesario hacer un análisis de los elementos materiales del supuesto, pero limitados a la comprobación, en este caso, de la situación del competidor en el mercado de referencia, y eliminando la necesidad de la prueba de la afectación sustancial.

Esta sentencia tiene, además, el valor de servir de recordatorio de la delimitación de funciones entre los dos tribunales ante un recurso de Casación en el ámbito de las ayudas públicas⁶⁵.

65. Aún cuando nuestro estudio se ciñe al recurso de anulación, creemos oportuno llamar la atención sobre este extremo de orden procesal.

Resultan de fundamental utilidad, como aclaración en el tema que nos ocupa, las Conclusiones del Abogado General⁶⁶, quien, haciendo un repaso exhaustivo de la jurisprudencia anterior, resume perfectamente las dos situaciones que se producen cuando un competidor intenta impugnar una decisión de no abrir el procedimiento de investigación formal⁶⁷, y así (apartados 99 a 102) « de la jurisprudencia se desprende que si un demandante se opone a la negativa de la Comisión a iniciar el procedimiento de investigación formal aduciendo que se han vulnerado sus derechos de procedimiento debe demostrar que es parte interesada, en el sentido del artículo 88 CE, apartado 2, en la medida en que la concesión de la ayuda de que se trate *podría afectar a sus intereses*. Si, en cambio, ese demandante arguye contra la fundamentación de la decisión de apreciación de la ayuda como tal, en tales circunstancias, debe demostrar que *su posición en el mercado con respecto a sus competidores resulta afectada de forma significativa*. Por lo tanto, su acceso al juez comunitario es menos fácil que en el primer supuesto.

Durante los últimos años dicha jurisprudencia ha sido objeto de severas críticas. En sus conclusiones presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia *Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, antes citada, el Abogado General JACOBS consideró que dicha jurisprudencia era compleja, carente de lógica y de coherencia, en la medida en que, a su juicio, establece ciertas distinciones artificiales en lo tocante al acceso a los órganos jurisdiccionales comunitarios. Manifestando numerosas reservas con respecto a las citadas sentencias *Cook/Comisión* y *MATRA/Comisión*, el Abogado General JACOBS instó finalmente al Tribunal de Justicia a que reconsiderara y clarificara su jurisprudencia proponiéndole aplicar, en todos los casos en que el demandante impugne una decisión adoptada en virtud del artículo 88 CE, apartado 3, el criterio del interés directo e individual, independientemente de los motivos en que se funda el recurso»

No nos parece que esta jurisprudencia sea tanto como «compleja, carente de lógica y de coherencia», pero sí posiblemente artificial la distinción tan rigurosa que se pretende realizar entre los motivos meramente procesales y los estrictamente materiales, ya que esta diferenciación, en la práctica, o bien no es tan clara o no es tan fácil de detectar.

Defendemos siempre que es necesario realizar una distinción entre los motivos materiales y los motivos procesales, pero en otro sentido, es decir, en el sentido de que para llegar a la conclusión de que la Comisión no debería haber cerrado el procedimiento de investigación preliminar, el demandante sí ha de expresar que es por motivos de procedimiento o materiales, pero no ha de exigírsele, a nuestro parecer, que haya una correspondencia perfecta entre el hecho de que invoca motivos procesales y con ello se le solicite la prueba de

66. Vid. Conclusiones del Abogado General Y. BOT, as. *Kronofrance* (C-75/05 y C-80/05) presentadas el 6.3.2008.

67. Estas Conclusiones se nos antojan tan clarificadoras, que nos parece oportuno reproducirlas en el cuerpo del trabajo, en lugar de recogerlas como nota.

que es competidor directo y que haya motivos materiales, y con ello se le pida la prueba de que su posición en el mercado ha sido sustancialmente afectada a efectos de admitir la demanda.

El fundamento último, creemos, es que el Tribunal tenga claro que la Comisión no tenía dudas acerca de la ayuda presentada ante ella. Esta es una de las ideas que intentamos transmitir en este estudio, aun con las matizaciones que presentaremos más adelante.

A esta idea parece apuntar el Abogado General BOT en este Asunto, cuando afirma que (apartados 106 a 111) «el objetivo que persigue el demandante es idéntico tanto si invoca la protección de sus derechos de procedimiento como si rebate la fundamentación de la decisión de apreciación de la ayuda. En ambos supuestos, el demandante pretende que mediante su recurso se abra el procedimiento de investigación formal de la ayuda. Además, tal distinción hace que la tarea del juez comunitario sea delicada ya que, de la lectura de un recurso de anulación no es precisamente fácil distinguir ambos supuestos. Por consiguiente, considero que el Tribunal de Justicia debería oportunamente hacer que dicha jurisprudencia fuera más simple y más coherente definiendo los requisitos de admisibilidad aplicables a los recursos contra decisiones en materia de ayudas de Estado únicamente en función del objeto del recurso y no de los motivos invocados en apoyo de éste.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia debería admitir que cuando una persona contradice la fundamentación de la apreciación de la Comisión, adoptada al término de la fase preliminar de examen, denuncia necesariamente la no apertura del procedimiento de investigación formal y, por consiguiente, pretende defender sus derechos de procedimiento. Ese recurso tiene por objeto iniciar el procedimiento de investigación formal, en el que el demandante puede presentar sus observaciones, y se trata de su único objeto cualquiera que sea el motivo invocado. En estas circunstancias, propongo al Tribunal de Justicia que aplique la jurisprudencia sentada en las citadas sentencias *Cook/Comisión* y *MATRA/Comisión* a todos los recursos dirigidos contra las decisiones adoptadas sobre la base del artículo 88 CE, apartado 3.

Esta solución permitiría, por una parte, un acceso más amplio de los particulares a los órganos jurisdiccionales comunitarios. La jurisprudencia sentada en las sentencias citadas *Cook/Comisión* y *MATRA/Comisión* resulta claramente de la voluntad del Tribunal de Justicia de ampliar el alcance de la tutela judicial a personas que, en principio, no pueden demostrar, en esa fase del procedimiento, que cumplen los criterios muy estrictos establecidos en la sentencia *Plaumann/Comisión*»

El Tribunal, sin embargo, no siguió las indicaciones del Abogado General que hemos reproducido, y ratificó su jurisprudencia anterior.

De la lectura de las Conclusiones del Abogado General en este Asunto, deseamos resaltar que, efectivamente⁶⁸ el fin último y deseable, cuando ello sea

68. Volveremos sobre ello especialmente en las conclusiones de este trabajo.

oportuno, será la apertura del procedimiento formal de examen, tal como hemos anunciado; sin embargo, no hay que desdeñar la cierta relevancia de los motivos invocados. De este modo, mostramos nuestras reservas respecto de la afirmación tan radical del Abogado General BOT, a tenor de la cual, « se trata de su único objeto, cualquiera que sea el motivo invocado»

En la misma línea de razonamiento se encuentra el asunto *British Aggregates*⁶⁹ en el que también el Tribunal confirma la idea⁷⁰ de que ha de seguir haciéndose una distinción entre los motivos de admisibilidad en función del tipo de alegación realizada por el demandante.

En el asunto 3F⁷¹, las aportaciones esenciales también proceden de las Conclusiones de la Abogada General⁷² quien, tras un repaso por la jurisprudencia inmediatamente anterior, y después de resaltar la complejidad de la misma, en una afirmación que consideramos valiente, señala que (apartado 42): «El Tribunal de Justicia ha tendido una verdadera cuerda floja a lo largo de la cual los demandantes y sus abogados tienen que avanzar con precaución. Es sumamente fácil que resbalen y se encuentren sometidos al criterio de la sentencia *Plaumann/Comisión*, más estricto, o bien resulte que no han hecho lo suficiente para convencer al Tribunal de Justicia de que la decisión que intentan impugnar estaba realmente viciada por errores de procedimiento.»

Esta reflexión está en consonancia y supone un equilibrado desarrollo, nos parece, de la idea apuntada por el Abogado General en el asunto *Kronofrance*, sobre que resulta artificial la distinción entre las alegaciones (meramente procedimentales o de fondo).

El Tribunal, sin embargo, no acoge esta idea y en sus razonamientos apunta una vez más a esa distinción. En nuestra opinión, el Tribunal aquí perdió una interesante oportunidad de modificar su jurisprudencia (no se trataría de un cambio radical) al dejar de tener en cuenta de manera tan absolutamente estricta esa distinción basada en la diferente naturaleza de las alegaciones.

El Tribunal se limita, además, a resaltar las dificultades que surgen de la aplicación de la Jurisprudencia anterior, tras confirmar la idea de la extensión de *MATRA* y *Cook* a los casos de impugnación por motivos procesales, y no aporta detalles respecto de en qué se concretan las exigencias para la admisibilidad de la demanda cuando la misma está basada en motivos de fondo.

En los siguientes pronunciamientos, sí se aclara en mayor medida la concreción de esos motivos cuando la legitimación se basa en causas de fondo o materiales.

69. Vid. STJ, de 22.12.2008, as. *British Aggregates* (C-487/06).

70. Sin atender, tampoco en este caso, a las Conclusiones del Abogado General (en este caso, el reconocido MENGOZZI). Vid. Conclusiones del Abogado General P. MENGOZZI, as. *British Aggregates* (C-487/06), presentadas el 17.7.2008.

71. Vid. STJ, de 9.7.2009, as. 3F (C-319/07).

72. Vid. Conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTONE, as. 3F (C-319-07), presentadas el 5.3.2009.

C. LOS PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES

En posteriores sentencias, el Tribunal General realiza un considerable esfuerzo de delimitación de los diferentes motivos de admisibilidad. Llama especialmente la atención el asunto *Deutsche Post*, en el que los demandantes invocan siete causas de admisibilidad⁷³. Alegan motivos claramente de fondo que se encuentran absolutamente mezclados con motivos de carácter procedimental, aunque en este supuesto sí resulta relativamente sencillo deslindar ambos tipos de alegaciones, y así lo realiza el Tribunal.

Por otro lado, de esta sentencia se desprende, consideramos, que hay una confirmación de una doctrina resultante del asunto *ARE*⁷⁴ en el sentido de que ha de limitarse la práctica de interpretar las alegaciones basadas en argumentos materiales como prueba de la violación de las garantías procesales. Extraemos esta idea de uno de los argumentos del Tribunal, según el cual, cuando un demandante no haya invocado expresamente un motivo que persiga el fin de resaltar las dudas de la Comisión a efectos de incoar el procedimiento de investigación formal, no ha de buscarlo entre otras alegaciones.

Así, (apartado 54) «el Tribunal puede examinar otros argumentos expuestos por un demandante con el fin de verificar si también pueden aportar elementos en apoyo de un motivo, formulado por ese mismo demandante, en el que sostiene de manera expresa que existen dudas que habrían justificado la incoación del procedimiento contemplado en el artículo 88,2 (...) Sin embargo, cuando el demandante no haya invocado expresamente un motivo que persiga ese fin, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia interpretar el recurso de un demandante que impugne exclusivamente el fundamento de una decisión en la que se valora una ayuda en cuanto tal, en el sentido de que, en realidad,

73. Vid. STG, de 2.2.2009, as. *Deutsche Post c. Comisión* (T-388/03), apartado 45 «En el caso de autos, las demandantes invocan siete motivos en apoyo de su recurso. El primer motivo se basa en la vulneración del derecho de defensa, ya que la Comisión únicamente puso a su disposición una versión no confidencial de la decisión impugnada en la que se ocultaron la mayoría de las cifras en aras del respeto del principio del secreto empresarial. El segundo motivo se basa en la infracción de lo dispuesto en el artículo 88 CE, apartado 3, al haber decidido la Comisión no incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, pese a que tuvo serias dificultades a la hora de apreciar la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado común. En los motivos tercero, cuarto y quinto, las demandantes afirman que el examen hecho por la Comisión de las medidas relativas a la exención del impuesto sobre sociedades, a la supresión de una provisión y a la posibilidad de utilizar una garantía del Estado para los préstamos, fue insuficiente o incompleto y disienten de que dichas medidas no se hayan calificado de ayudas de Estado. En apoyo de su sexto motivo, las demandantes cuestionan el método y el contenido del cálculo realizado por la Comisión de la diferencia entre los elementos de las sobrecompensaciones y las subcompensaciones del coste adicional de los SIEG. Por último, en apoyo de su séptimo motivo, las demandantes sostienen que, contrariamente a los principios establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. p. I-7747; en lo sucesivo, «sentencia Altmark»), la Comisión no comprobó si los SIEG se habían prestado originando el menor coste para la colectividad.»

74. Vid. STJ, de 13.12.2005, as. *ARE*, cit.

pretende salvaguardar los derechos procedimentales que le confiere el artículo 88 CE, apartado 2. En tal supuesto, la interpretación del motivo conduciría a una recalificación del objeto del recurso. El Tribunal de Primera Instancia deberá, cuando menos, basarse en estos casos en los elementos presentados por el demandante y que permitan concluir que, en esencia, éste pretende que se salvaguarden sus derechos de procedimiento.»

De fundamental relevancia, especialmente como delimitación, por parte del Tribunal General, de su propia competencia, es la afirmación de que no deberá llevar a cabo, puesto que no le corresponde, una recalificación del objeto del recurso.

La tendencia jurisprudencial apunta, efectivamente, a seguir distinguiendo los motivos de fondo y los procedimentales por separado, y aunque de la lectura de esta sentencia sí se desprende que el Tribunal General tiene intención de resaltar cuándo está haciendo referencia a un conjunto de motivos de admisibilidad o a otros (extremo esclarecedor respecto de jurisprudencia anterior), lo que no va a admitir es, delimitando su propia competencia, hacer esa pretendida recalificación del objeto del recurso, como él mismo afirma, con el objeto de apoyar, mediante los motivos materiales⁷⁵ la salvaguarda de derechos de carácter procesal. Labor ésta complicada para la jurisdicción de la Unión Europea, ya que la frontera entre una competencia y otra, en determinados supuestos, es ciertamente débil.

A la misma idea apunta el asunto *Scheucher Fleisch*⁷⁶. En el más reciente asunto *TF1*⁷⁷, se presenta una nueva situación. En efecto, en este caso, el demandante no cuestiona la negativa de la Comisión a iniciar el procedimiento formal, y no invoca la violación de los derechos de procedimiento, sino que pretende exclusivamente que se anule la Decisión en cuanto al fondo, alegando para ello un motivo basado en el incumplimiento de la obligación de motivación, el segundo fundamentado en la infracción del artículo 87,1⁷⁸, y el tercero basado en una infracción del artículo 87, 3, d).⁷⁹

Retomamos con la exposición de este supuesto, nuestra percepción acerca de la necesaria depuración, en la jurisdicción de la Unión Europea, de lo que puede alegarse en fase de demostración de la legitimación activa, en este caso, de competidores, y de lo que ha de cuestionarse como motivo de anulación del acto de la Unión Europea cuestionado.

En todo caso, volviendo sobre la concreción de los motivos de fondo que

75. En este supuesto, exactamente, la calificación de una medida como ayuda pública.

76. Vid. STG, de 18.11.2009, as. *Scheucher Fleisch c. Comisión* (375/04).

77. Vid. STG, de 13.9.2010, as. *TF1 c. Comisión*, (T-193/06)

78. Recordamos que esta disposición (actual 107,1 del TFUE) recoge la prohibición de las ayudas incompatibles con el mercado interior.

79. A tenor del cual podrán considerarse con el mercado interior «las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común».

han de ser examinados por las instancias jurisdiccionales⁸⁰, el Tribunal General incide en el hecho de que la afectación de su posición competitiva debe examinarse en relación con los beneficiarios de las medidas de ayuda controvertida y, en este supuesto⁸¹, considera que (apartado 78) «al estar las medidas controvertidas orientadas a apoyar la producción cinematográfica y audiovisual, es preciso considerar que benefician a operadores que tienen actividad de producción en los ámbitos cinematográfico y audiovisual, o al menos en uno de ellos, según las medidas contempladas. Por otra parte, no se niega que la demandante, que es un operador de televisión, también opera en la producción de obras y, como tal, también puede ser beneficiaria de las medidas de apoyo de que se trata» Sin embargo, como la demandante no pudo demostrar, por los datos aportados, de manera concreta y precisa, en qué se ve afectada su posición competitiva, de modo sustancial, en esos mercados, respecto de sus competidores, operadores de televisión y grandes grupos de comunicación audiovisual, beneficiarios de las medidas de que se trata, no puede ser considerada como legitimada para interponer el recurso. (énfasis nuestro).»

Con carácter general, podemos concluir afirmando que se admiten con mayor facilidad los motivos de carácter procedimental, y que aun cuando continúa existiendo la distinción y diferente análisis de los dos tipos de alegaciones, hay una mayor depuración por parte de los Tribunales. Aunque, insistimos, nos sigue pareciendo en cierto modo artificial esa diferenciación, sí es cierto que, si bien, las instancias jurisdiccionales de la Unión Europea no han acogido en su totalidad lo sugerido por los Abogados Generales, en sus razonamientos sí se aprecia una mayor sutileza basada seguramente en los textos de esas Conclusiones.

Tras el análisis de las últimas sentencias en materia de ayudas públicas, detectamos que lo que se cuestiona, en mayor medida, es la decisión final de la Comisión en la que se solicita el reembolso de la ayuda. Son numerosas las sentencias que acogen la decisión final, tanto en anulación, como en casación, corroborando esta última la recaída en la decisión del Tribunal General. Escasamente se encuentran sentencias que cuestionen el tema que nos ocupa en los últimos pronunciamientos de los Tribunales de la Unión Europea, y en todo caso, éstos se limitan a reafirmar lo ya expuesto y analizado⁸² respecto de la legitimación de los competidores⁸³.

IV. CONCLUSIONES

Confirmamos la idea de que las ayudas públicas constituyen una materia que ha contribuido a delimitar nociones jurisprudenciales de importancia cru-

80. El demandante invoca aquí únicamente motivos de fondo.

81. Sirva a título de ejemplo para presentar las aportaciones del Tribunal, extensibles a otros ámbitos.

82. Vid. STJ, de 9.06.2011, as. *TF1 c. Comisión Europea et M6*, (C-451/10 P.)

83. Vid. STG, de 27.10.2011, as. *República de Austria c. Comisión Europea*, (T-47/10 P.)

cial en el Derecho de la Unión. Se trata, además, de un sistema muy original de control dentro del Derecho de la Unión Europea, y que, al no tener antecedentes inmediatos en el sistema jurídico internacional, el Tribunal ha debido hacer considerables esfuerzos por delimitar las líneas de esta política y, especialmente, de sus aspectos procesales. Ello explica el hecho de que, respecto de ciertas cuestiones, la jurisprudencia haya sido, si bien no contradictoria, sí ciertamente dubitativa.

Por otro lado, a la vista de la jurisprudencia analizada, si bien siempre se ha insistido en que los interlocutores en esta materia son los Estados y la Comisión, la tendencia puede ser una cierta matización del exclusivo binomio Comisión-Estado otorgante de la ayuda, para poder dar cabida a los interlocutores interesados.

Quizá habría que barajar la opción de la inclusión de la posibilidad de que los competidores directos tuvieran una cierta participación en la primera fase del procedimiento. No por supuesto dar entrada a todos los «potenciales» competidores ya que retrasaría *ad infinitum* esta primera fase, y además no estaría dentro del fundamento último de la misma, pero sí a los inmediatamente afectados por una medida de ayuda.

Hacemos esta reflexión teniendo en cuenta que, aun cuando efectivamente, y como reiterada jurisprudencia ha confirmado, la finalidad es la de que la Comisión se haga esa idea *prima facie* que tanto se ha recalcado, lo cierto es que no es, en algunos casos, coherente con la consecuencia tan fundamental que las dos primeras posibles decisiones (no considerar ayuda y no considerar incompatible) pueden tener para los competidores, especialmente, insistimos, para los inmediata y directamente afectados. Es también cierto que parece extremadamente delicada y «peligrosa» la adopción de un criterio único de delimitación de ese grupo privilegiado de competidores. Quizá el Consejo haya tenido en cuenta alguna posibilidad semejante en sus deliberaciones para adoptar los Reglamentos de Procedimiento. Lo cierto es que dista mucho de ser un tema pacífico.

Por otro lado, tras la lectura y análisis de los pronunciamientos presentados y, especialmente, de las correspondientes conclusiones de los Abogados Generales, seguimos detectando que, en la jurisprudencia de la Unión Europea, la frontera entre los aspectos materiales y los procesales, en ocasiones no es tan clara, como se comprueba especialmente, o al menos así puede interpretarse, en relación a la demostración de la afectación sustancial, a efectos de admisibilidad, cuando lo que se invoca no es el respeto a las garantías del procedimiento, sino los motivos de fondo, tal como hemos presentado a lo largo de este trabajo. En esta misma línea, también se entremezclan en ocasiones las alegaciones del demandante para demostrar su legitimación, cuando estas son materiales, con los motivos de anulación de la decisión del artículo 263, es decir, de las causas de ilegalidad del acto de la Unión Europea.

Queremos dejar constancia, por todo lo expuesto, de la idea de que la

legitimación de este conjunto de personas continúa teniendo ciertas fisuras y que las cuestiones procesales continúan enfrentando a la Comisión, los Estados y terceras partes en general. Esto es lógico, por otro lado, en un ámbito tan cambiante, en el que la tipología de posibles ayudas es cada vez mayor, y que requiere, para cada supuesto presentado tanto ante la Comisión como ante los Tribunales, de complicados análisis de carácter económico. Esto ha aumentado, como no podía ser menos, al compás de los diferentes bloques de nuevos Estados adheridos a la Unión. Se impone, por lo tanto, una continuación en el análisis de la futura jurisprudencia en la materia, ya que, consideramos, y así lo recogen las diferentes opiniones de Abogados Generales, que el acceso al juez de la Unión es uno de los ámbitos que, quizá más que cualquier otro, exige que el Derecho sea claro y congruente.

Recordamos finalmente también que la normativa de la Unión Europea sigue siendo especialmente deudora de la jurisprudencia en los aspectos procesales de las ayudas. En este sentido, destaca la codificación en el Reglamento de Procedimiento.

Alabamos asimismo la labor de las instancias judiciales de la Unión Europea, entre otras, en su labor de reinterpretación de las alegaciones de los demandantes.

Finalmente, corroboramos la opinión de que, cuando el Tribunal de la Unión Europea acepta la opinión de los Abogados Generales, generalmente su solución final logra una mayor coherencia y, especialmente, una mayor clarificación de conceptos, tanto de carácter material como procesal.

Por otro lado, cuestión que, a nuestro entender, requiere una mayor clarificación, es la de la admisibilidad de los recursos en los supuestos de regímenes de ayudas, que nos parece que no se ha aclarado en su totalidad.

Algo que sí consideramos que queda claro es la diferenciación entre relación de competencia directa entre empresas y afectación sustancial de la posición competitiva en el mercado; estas nociones no han estado siempre suficientemente deslindadas.

Nuestra propuesta es que, si bien ha de diferenciarse siempre lo material de lo procesal, lo que ha de primar siempre es la invocación por parte de los demandantes y la apreciación por parte del Tribunal, de que la Comisión había tenido dudas o no acerca de su voluntad de cerrar el procedimiento. A nuestro entender, no es necesario hacer depender la admisibilidad de un asunto de la exhaustivamente ordenada invocación de motivos de procedimiento o de fondo, aun cuando sería deseable, sino del fin último, que tras la lectura de estos pronunciamientos, es claro que es la actitud y el acierto de la Comisión en cuanto a su decisión de cerrar el procedimiento al término de la fase preliminar de examen.

A nuestro parecer, la tendencia jurisprudencial habría de ser la siguiente: que se admita la legitimación de competidores en una mayor medida, para alcanzar una cada vez mayor protección jurisdiccional en este ámbito, pero

siempre permitiendo que los Tribunales detecten la razón última de la decisión de la Comisión de no apertura del procedimiento de investigación formal.

Con esta aportación, hemos querido hacer una reflexión acerca del hecho de que sigue siendo cuestión abierta, al menos respecto de ciertos matices, que puede introducir en algunos supuestos una cierta injusticia.

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal General deberían respetar la coherencia en estos asuntos, pues se podría llegar a generar una cierta injusticia entre operadores económicos que, con las mismas pretensiones pueden llegar a ver mermadas sus garantías y ver alterada su situación económica.

V. BIBLIOGRAFÍA

CALVO SALINERO, R. y PASTORIZA VÁZQUEZ, S., «Control y ayudas de Estado dentro del Derecho Comunitario», *Estrategia Financiera*, n. 241.

CORTÉS MARTÍN, J.-M., «Afectación individual (230.4 CE): ¿Un obstáculo infranqueable para la admisibilidad del recurso de anulación de los particulares?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 16, Septiembre-Diciembre 2003.

ESTOA PÉREZ, A., *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006.

FLYNN, «Remedies in European Law», en BIONDI y otros (eds.), *The Law of State Aid in the EU*, 2004.

HANSEN, M., van YSEN DYCK, A., «The coming of Age of EC State Aid Law: A review of the principal developments in 2002 and 2003», *European Competition Law Review*, vol. 4, 2004.

JÜRIMÄE, K., «Standing in State Aid Cases: What's the state of play?», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 2, 2010.

KEPENNE, J.-P., *Guide des aides en Droit Communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1999.

MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

NICOLAIDES, P., «Control of State Aid in the European Union: compliance, sanctions and rational behaviour», *World Competition*, 25(3), 2002.

PALACIO GONZÁLEZ, J., *Derecho Procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

PARISH, M., «State aid and third parties: a logical paradox?», *European Law Review*, vol. 27, 2002.

PEYTZ, H & MYDING, T., «Direct action in State Aid cases-Tightropes and legal protection?: A review of Recent Jurisprudence on Direct and Individual Concern and Reviewable Acts. Part One», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 2, 2010.

PEYTZ, H & MYDING, T., «Direct action in State Aid cases-Tightropes and legal protection?: A review of Recent Jurisprudence on Direct and Individual Concern and Reviewable Acts, Part Two, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 3, 2010.

SOLTÉSZ, U. and BIELESZ, H., «Judicial review of State Aid decisions-Recent developments», *European Competition Law Review*, vol. 3, 2004.

Van YSEN DYCK, A., «The coming of Age of EC State Aid Law: A review of the principal developments in 2002 and 2003», *European Competition Law Review*, vol. 4, 2004.