CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 20 de septiembre de 2001 [1]

1. Mediante recurso presentado el 24 de mayo de 2000 con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, párrafo segundo, la Comisión pretende que se declare que la República Federal de Alemania no dio cumplimiento a la Decisión de la propia Comisión 2000/392/CE de 8 de julio de 1999 (en lo sucesivo, «Decisión»),[2] relativa a las ayudas concedidas al banco público Westdeutsche Landesbank Girozentrale (en lo sucesivo, «WestLB»). En particular, en el recurso se imputa a Alemania no haber adoptado en el plazo fijado al efecto las medidas necesarias para recuperar las ayudas ilegalmente concedidas a dicho banco: por consiguiente, la Comisión afirma que incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 249 CE, párrafo cuarto, y del artículo 3 de la Decisión.

Hechos y procedimiento

La Decisión

2. La Decisión que dio origen al presente procedimiento se refiere a una operación aprobada por el Land Nordrhein-Westfalen (Estado federado de Renania del Norte-Westfalia; en lo sucesivo, «Land NRW») mediante Ley de 18 de diciembre de 1991, que tenía fundamentalmente por objeto, según la propia Decisión, aumentar los fondos propios de un banco público en cuyo capital participaba, WestLB, y permitir así a este último mantener unos márgenes de operatividad elevados, lo que, de otro modo, le hubiera impedido la normativa nacional y comunitaria en materia de entidades de crédito.

3. En particular, la operación consistía en la transferencia (mediante fusión) a WestLB de otro organismo público, el Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (en lo sucesivo, «Wfa»), cuyo capital pertenecía íntegramente al Land NRW y que tenía como misión institucional la concesión de financiación preferencial para la construcción de viviendas. La trasferencia no iba acompañada de un aumento de la participación del Land NRW en el banco beneficiario de los activos, sino que se limitaba a establecer que, a partir de enero de 1992, el correspondiente organismo público recibiera como contrapartida una remuneración en metálico por el capital aportado equivalente al 0,6 % anual de los beneficios después de impuestos realizados por WestLB.

4. La operación creó una gran preocupación entre los bancos privados alemanes,

1 — Lengua original: italiano.
2 — DO L 150, p. 1.

que, a través de una de sus asociaciones (Bundesverband deutscher Banken), presentaron, en marzo de 1993 y mayo de 1994, dos denuncias ante la Comisión Europea en las que alegaban, respectivamente, una infracción de la Directiva 89/299/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1989, relativa a los fondos propios de las entidades de crédito,[3] y una infracción de la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado. En relación con esta segunda denuncia, el 1 de octubre de 1997 la Comisión decidió iniciar un procedimiento con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, que concluyó con la Decisión de 8 de julio de 1999, en la que se calificó la operación denunciada como una ayuda de Estado ilegal e incompatible con el mercado común, ordenándose simultáneamente su recuperación.

5. Fundamentalmente, la Comisión cuestionó la congruencia de la remuneración reconocida al Land NRW como contrapartida por la transferencia del Wfa, teniendo en cuenta que, a su entender, una remuneración conforme al valor de mercado hubiera debido ascender al 9,3 % anual de los beneficios después de impuestos por una parte de los activos transferidos a WestLB y al 0,3 %, siempre después de impuestos, por el resto. En relación con el período 1992/1998, la diferencia entre la remuneración al valor de mercado y la reconocida al Land NRW fue estimada por la Comisión en un total de 1.579.700.000 DEM (807.700.000 EUR), cantidad que se indicó como importe total de la ayuda.

3 — DO L 124, p. 16.

6. En consecuencia, en la parte dispositiva de la Decisión se estableció lo siguiente:

«Artículo 1

La ayuda estatal por un importe total de 1.579.700.000 marcos alemanes (807.700.000 euros) concedida entre 1992 y 1998 por Alemania al Westdeutsche Landesbank Girozentrale es incompatible con el mercado común.

Artículo 2

1. Alemania adoptará todas las medidas necesarias para suprimir la ayuda mencionada en el artículo 1, que ha sido concedida de forma ilegal, y para exigir su reembolso al beneficiario.

2. El reembolso de la ayuda se realizará con arreglo a los procedimientos previstos en la legislación nacional, e incluirá los intereses devengados desde la fecha en que la ayuda fue puesta a disposición del beneficiario hasta la de su recuperación efectiva, calculados sobre la base del tipo de referencia utilizado para el cálculo del equivalente de subvención de las ayudas regionales.

Artículo 3

Alemania informará a la Comisión, en un plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión, de las medidas adoptadas en cumplimiento de la misma.

[...]»

Los recursos presentados contra la Decisión

7. Contra esta Decisión, que consideraba ilegal y gravemente lesiva de sus intereses, el 7 de octubre de 1999 la República Federal de Alemania interpuso ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación (asunto C-376/99) en el que alegaba, en particular, la incompetencia de la Comisión, la existencia de vicios sustanciales de forma y la violación del Tratado CE y de normas de Derecho relativas a su aplicación. Sin embargo, a raíz de los recursos contra la Decisión interpuestos asimismo de forma casi simultánea (el 12 de octubre de 1999) por WestLB y el Land NRW ante el Tribunal de Primera Instancia (asuntos T-228/99 y T-233/99), el procedimiento ante el Tribunal de Justicia fue suspendido mediante auto de 8 de febrero de 2000. Entretanto, la República Federal de Alemania ha intervenido en los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Primera Instancia en apoyo de las pretensiones de los demandantes.

8. Procede subrayar que, a pesar de estar pendientes de resolución los tres recursos a que acabo de referirme, ninguna de las partes ha solicitado la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada con arreglo al artículo 242 CE.

Las medidas adoptadas por las autoridades alemanas para dar ejecución a la Decisión

9. La Decisión fue notificada al Gobierno alemán el 4 de agosto de 1999. Exactamente dos meses después, el 4 de octubre de 1999, la República Federal de Alemania comunicó a la Comisión las medidas de ejecución que el Land NRW se proponía adoptar. Sin embargo, mediante escrito de 1 de diciembre de 1999 la Comisión se opuso a dichas medidas, por considerar que no permitían eliminar las distorsiones de la competencia derivadas de la ayuda censurada. Tras tener conocimiento de esta apreciación, el 15 de marzo de 2000 el Gobierno alemán propuso nuevas medidas de ejecución de la Decisión, igualmente rechazadas por la Comisión mediante escrito de 29 de marzo de 2000; posteriormente, las autoridades alemanas trasmitieron información adicional a este respecto el 5 de abril de 2000.

10. Las medidas de ejecución diseñadas por las autoridades alemanas y la postura de la

Comisión al respecto pueden exponerse de manera sintética como sigue.

a) Las medidas comunicadas el 4 de octubre de 1999

11. Las medidas de que se trata (fruto de un acuerdo entre los «garantes» de WestLB, [4] comunicado a la Comisión como anexo al escrito de las autoridades federales) preveían que, en el momento de la liquidación de WestLB o en caso de modificación de las cuotas de participación de los socios, se reservara al Land NRW una cuota adicional de las plusvalías obtenidas por el banco entre 1992 y 1998. En efecto, además de la parte que le correspondería en virtud de su participación en WestLB, este último obtendría una cuota adicional, equivalente al 22,1 % del haber social total a repartir, como contrapartida por la aportación del Wfa. Dado que, según los cálculos del Land NRW, dichas plusvalías habían ascendido a 10 millones de DEM durante el período comprendido entre 1992 y 1998, la cuota adicional del 22,1 % debería reportar a dicho organismo algo más de 2.210 millones de DEM, compensando así la ayuda censurada mediante la Decisión.

12. Por otra parte, las medidas comunicadas por las autoridades alemanas preveían, para el período posterior a 1998, la transformación de las reservas especiales del Wfa en una «participación pasiva» del Land NRW, cuyas características, sin embargo, no se especificaban. Las cuotas de participación en el capital social no se modificarían, pero en el marco de los futuros aumentos de capital el Land NRW habría tenido derecho a suscribir una determinada cuota mediante la conversión de su participación pasiva aplicando un factor que los garantes deberían establecer en cada caso por unanimidad.

13. Por último, se preveía que el acuerdo entre los garantes de WestLB fuera anulado con carácter retroactivo tanto si los órganos jurisdiccionales comunitarios declaraban nula la Decisión como si la confirmaban de manera definitiva o si se constataba que el acuerdo no permitía su correcta ejecución. En los últimos dos casos, los garantes deberían decidir de común acuerdo las modalidades adecuadas de ejecución de la Decisión.

14. Mediante escrito de 1 de diciembre de 1999, la Comisión informó al Gobierno

4 — «Garantes» de WestLB son, en la práctica, los organismos públicos propietarios del banco. A este respecto, de la Decisión se desprende que «el WestLB es de propiedad pública al 100 %. La mayor parte del capital nominal es propiedad del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia (43,2 %). Los demás propietarios son las mancomunidades de municipios de Renania y Westfalen-Lippe (Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe), con sendas participaciones del 11,7 %, así como las confederaciones de cajas de ahorros y entidades de giro de Renania y Westfalen-Lippe (Rheinischer und Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband), con sendas participaciones del 16,7 %. [...] Los propietarios públicos responden por el WestLB, en tanto que entidad de Derecho público, en el marco de una responsabilidad institucional (Anstaltslast) y de una responsabilidad de garantes (Gewährträgerhaftung). Anstaltslast significa que los propietarios del WestLB están obligados a garantizar la base económica y la capacidad de funcionamiento de la entidad durante toda su existencia. Esta garantía no implica una responsabilidad de los propietarios frente a los acreedores del banco, sino que regula meramente las relaciones entre las autoridades y el banco. En cuanto a la "Gewährträgerhaftung", establece que los propietarios responden de todas las obligaciones del banco en la medida en que no puedan ser satisfechas con los activos de éste. El garante responde frente a los acreedores del banco. Ninguna de estas dos garantías está limitada en el tiempo o en su alcance» (puntos 15 y 16).

federal de que, a su entender, las medidas comunicadas no constituían una correcta ejecución de la Decisión. En efecto, según la Comisión la modificación de las cuotas de participación de los socios en las plusvalías de WestLB no tendría ninguna consecuencia para el banco en materia de costes: en la práctica, la propuesta se limitaría a una renuncia de los demás socios a una parte del patrimonio del banco en favor del Land NRW, pero sin compensar, sin embargo, la distorsión de la competencia derivada de la ayuda censurada mediante la Decisión.

b) Las medidas propuestas el 15 de marzo de 2000

15. Pese a no compartir la postura de la Comisión, el 15 de marzo de 2000 el Gobierno alemán propuso nuevas medidas de aplicación de la Decisión.

16. De acuerdo con esta propuesta, en lugar de una cantidad de dinero WestLB otorgaría al Land NRW una compensación en especie bajo la forma de una participación pasiva que se cedería, tras la aprobación de la Comisión, con carácter retroactivo a partir del 1 de enero de 2000. Según las autoridades alemanas, el valor de dicha participación (igual a 2.200 millones de DEM) sería equivalente al importe de las ayudas supuestamente concedidas entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1999, incluidos los intereses devengados hasta esa fecha.

17. Se preveía que la participación pasiva soportara íntegramente las pérdidas del banco y devengara intereses anuales sobre su valor contable al tipo de mercado vigente en el momento de su constitución, salvo en caso de pérdidas. Dichos intereses, que deberían consignarse como gastos en las cuentas del banco, no se abonarían, sin embargo, al Land NRW, sino que serían custodiados por WestLB hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios se pronunciaran de manera definitiva sobre la Decisión, siendo acumulados cada año a la participación pasiva. En el caso de que la Decisión fuera anulada, el Land NRW restituiría a WestLB la participación pasiva más los intereses sin obtener ninguna contraprestación. Asimismo, se preveía que el Land pudiera ceder total o parcialmente la participación pasiva a inversores terceros; con este fin, WestLB debería emitir un título representativo de dicha participación.

18. Por otro lado, el Gobierno alemán consideró conveniente precisar que la propuesta de que se trataba tomaba debidamente en consideración las observaciones formuladas por la Comisión en su escrito de 1 de diciembre de 1999. En efecto, en el texto de la propuesta se subrayaba que la recuperación en especie de las ayudas a través de la cesión de la participación pasiva satisfaría la exigencia de afectar a los costes de WestLB, pues daría lugar a la anotación de unos gastos extraordinarios (por importe de 2.200 millones de DEM) en las cuentas que el banco debería publicar en relación con el ejercicio de 2000.

19. Sin embargo, también esta propuesta fue considerada inadecuada por la Comi-

sión, que la rechazó mediante escrito de 29 de marzo de 2000. En dicho escrito se criticaba, en particular, el hecho de que el reembolso de la ayuda estuviera vinculado a su inmediata reinversión por parte del Land NRW bajo la forma de la toma de una participación pasiva en WestLB. En efecto, según la Comisión dicha reinversión podría constituir, a su vez, una ayuda de Estado, y debería, por tanto, ser notificada a la Comisión con arreglo al artículo 88 CE para que pudiera comprobar si se atenía al conocido principio del inversor privado en una economía de mercado y, de no ser así, su compatibilidad con el mercado común. Puesto que la comprobación de la Comisión hubiera requerido la incoación de un procedimiento contradictorio que probablemente se hubiera prolongado durante un cierto período de tiempo, la solución propuesta por las autoridades alemanas paralizaría, en la práctica, el procedimiento de recuperación; en consecuencia, sería contraria al carácter inmediatamente ejecutivo de la Decisión y, por este motivo, no podía aceptarse.

20. La Comisión observaba, por otro lado, que la información comunicada por las autoridades alemanas no permitía excluir que la toma de la participación pasiva por parte del Land pudiera entrañar nuevas ayudas en favor de WestLB, ni que éstas fueran incompatibles con el mercado común. A este respecto, la Comisión subrayaba que el escrito de las autoridades alemanas no contenía ninguna indicación sobre la cuantía concreta de la remuneración de la participación pasiva, y que la conformidad de dicha participación con las condiciones normales de mercado resultaba bastante difícil de comprobar en razón de:

— las peculiaridades de la operación;

— el hecho de que, hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dictaran sentencia definitiva, la remuneración de la participación pasiva sería custodiada por WestLB y capitalizada;

— la dificultad de determinar si la participación pasiva podía computarse como fondos propios de WestLB y, por consiguiente, la incierta situación del banco a este respecto;

— el carácter condicional de la participación pasiva, que en caso de anulación de la Decisión debería ser restituida a WestLB, lo que corría el riesgo de afectar a las posibilidades concretas de ceder dicha participación a terceros.

21. Como queda señalado, tras recibir esta respuesta negativa, el 5 de abril de 2000 las autoridades alemanas proporcionaron algunas precisiones sobre su propuesta de ejecución de la Decisión. En particular, aclararon que, para ser conforme con las condiciones normales de mercado, la par-

ticipación pasiva debería reportar al Land un interés del 5,804 %, igual al tipo Euribor vigente a doce meses (4,304 %) incrementado en un porcentaje correspondiente al riesgo de la operación (1,5 %).

22. El intercambio de correspondencia que se ha descrito fue seguido de diversos encuentros entre las partes, durante los cuales éstas intentaron conciliar la propuesta de las autoridades alemanas con la exigencia planteada por la Comisión de asegurar una rápida y correcta ejecución de la Decisión. Según parece, en dichas reuniones la Comisión básicamente reiteró la necesidad de que la recuperación de la ayuda y la reinversión se realizaran en dos momentos distintos, de modo que pudiera apreciar la eventual concurrencia de un elemento de ayuda y, en caso de ser así, su compatibilidad con el mercado común. Por su parte, el Gobierno alemán observó que el reembolso inmediato de la ayuda sin la creación simultánea de una reserva oculta para el mantenimiento de la solvencia del banco pondría en grave peligro la estabilidad de WestLB; para conjurar dicho peligro, propuso, entre otras cosas, notificar a la Comisión una nueva medida relativa a la creación de una reserva oculta que debería mantenerse vigente hasta que la propia Comisión adoptara su decisión sobre la reinversión del importe de la ayuda.

23. Al no convencerle tampoco las nuevas propuestas formuladas por la autoridades alemanas, en una reunión celebrada el 3 de mayo de 2000 la Comisión les advirtió, por tanto, que si no daban cumplimiento a la Decisión en el plazo de dos semanas se vería obligada a recurrir al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2. En efecto, el 24 de mayo de 2000, al no haber adoptado las autoridades alemanas ninguna medida, la Comisión decidió iniciar el presente procedimiento.

24. El Gobierno demandado presentó su escrito de contestación el 9 de agosto de 2000, y con este acto se dio por concluida la fase escrita del procedimiento, ya que la Comisión renunció a la presentación de un escrito de réplica. En todo caso, las partes tuvieron la oportunidad de desarrollar ulteriormente sus argumentos durante la vista, que se celebró el 7 de junio de 2001.

Análisis jurídico

Consideraciones preliminares

25. Como he señalado antes, en el presente procedimiento el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre la no ejecución de una Decisión cuya legalidad está sometida aún a la consideración del Tribunal de Primera Instancia y deberá posteriormente volver a ser examinada por el propio Tribunal de

Justicia. Por consiguiente, no está excluido que el Tribunal de Justicia acabe censurando en el marco del presente procedimiento la no ejecución o la ejecución incorrecta de una Decisión que posteriormente podría declararse nula.

26. Sin embargo, esta superposición de procedimientos no constituye una novedad absoluta, puesto que ya se produjo en un asunto análogo al caso de autos (asunto C-404/97, Comisión/Portugal),[5] en el que el Tribunal de Justicia subrayó la autonomía de los dos procedimientos. En efecto, tal como observó el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en aquel procedimiento, «si ante un recurso planteado por la Comisión con arreglo al artículo 93, apartado 2, párrafo segundo, el Tribunal de Justicia, de manera oficiosa, dejara en suspenso el procedimiento y esperara a que el Tribunal de Primera Instancia dictara sentencia para tramitarlo en paralelo con el recurso de anulación del Estado miembro, o con el recurso de casación de la empresa, se habría concedido, en la práctica, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, cuando ni la empresa ni el Estado miembro han solicitado a los órganos jurisdiccionales comunitarios la adopción de medidas cautelares, habiendo podido hacerlo» (punto 37 de las conclusiones).

27. En el caso de autos, como se ha visto, la Decisión impone a las autoridades alemanas la obligación de recuperar sin dilación la ayuda otorgada a WestLB, y de comunicar a la Comisión, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la propia Decisión, las medidas adoptadas en cumplimiento de la misma. Ni el Gobierno alemán, ni el Land NRW ni WestLB, pese a haber impugnado la Decisión, han solicitado la suspensión cautelar con arreglo al artículo 242 CE, lo que tiene como consecuencia que el acto impugnado sigue produciendo plenamente sus efectos, como por lo demás reconoció expresamente el Gobierno alemán en las mencionadas comunicaciones de 4 de octubre de 1999 y 15 de marzo de 2000.

28. No obstante, dicho Gobierno alegó la necesidad de identificar medidas «reversibles» de ejecución de la Decisión, subrayando que, de lo contrario, WestLB sufriría un daño irreparable en caso de anulación del acto.[6] En efecto, la exigencia planteada por el Gobierno alemán es perfectamente comprensible; además, es coherente con el principio según el cual los Estados miembros disponen de un cierto margen de apreciación discrecional en la ejecución de una Decisión de la Comisión y pueden elegir, por tanto, siempre que existan diversas modalidades de recuperación de ayudas ilegales, aquellas que puedan ser revocadas con mayor facilidad en caso de anulación de dicha Decisión. Por otro lado, recuerdo que, según reiterada jurisprudencia, «habida cuenta de la falta de disposiciones comunitarias relativas al procedimiento de devolución de las cantidades indebidamente abonadas, la recuperación

5 — También en aquel caso, el Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre la no recuperación de ayudas (sentencia de 27 de junio de 2000, Rec. p. I-4897) que todavía eran objeto de sendos procedimientos paralelos pendientes de resolución (ante el propio Tribunal de Justicia, que había suspendido el procedimiento, y ante el Tribunal de Primera Instancia) sobre la legalidad de la Decisión que imponía dicha recuperación, cuya suspensión cautelar no se había solicitado.

6 — En particular, esta observación se formuló en relación con lo afirmado por la Comisión en el mencionado escrito de 29 de marzo de 2000 por lo que respecta a la necesidad de proceder en dos fases distintas a la recuperación de la ayuda y a la ulterior reinversión del importe correspondiente.

de las ayudas concedidas irregularmente debe efectuarse según los procedimientos establecidos en el Derecho nacional»;[7] y que este criterio jurisprudencial fue confirmado por el Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE,[8] en cuyo artículo 14, apartado 3, se establece precisamente que «la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado».

29. No obstante, la libertad así reconocida a los Estados miembros tiene un límite evidente en la exigencia de dar ejecución de manera correcta e inmediata a la Decisión de la Comisión. Por lo demás, precisamente por este motivo la jurisprudencia antes citada precisó asimismo que «la aplicación del Derecho nacional no debe menoscabar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. En otras palabras, la aplicación de las disposiciones nacionales [...] no debe hacer prácticamente imposible la recuperación de las cantidades irregularmente concedidas [...]».[9] En el propio artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 659/99, que acabo de citar, se dispone que los procedimientos nacionales únicamente se aplican «siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión».

30. Por consiguiente, en casos como el de autos el recurso a medidas de ejecución «reversibles» por parte de las autoridades alemanas es, en principio, totalmente legítimo. Sin embargo, es evidente que, cuando ello no sea posible, o cuando, por otra parte, los interesados no quieran o no puedan obtener una medida de suspensión cautelar con arreglo al artículo 242 CE, el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable no puede autorizar a las autoridades alemanas a no dar plena y oportuna ejecución a la Decisión.

31. Dicho esto, paso a apreciar ahora si las medidas diseñadas por las autoridades alemanas eran adecuadas para dar una correcta ejecución a la Decisión. Por otro lado, debo advertir de que, teniendo en cuenta la complejidad de dichas medidas, el examen que me dispongo a realizar se hubiera asentado en unas bases más sólidas y más ciertas si, durante el procedimiento administrativo previo, las partes hubieran efectuado un análisis más articulado y pormenorizado, especialmente en relación con las implicaciones directas e indirectas de dicha medida, del que se desprende de los autos del presente procedimiento.

Las medidas comunicadas el 4 de octubre de 1999

32. Como queda indicado, el 4 de octubre de 1999, dos meses después de la notificación de la Decisión, el Gobierno alemán comunicó a la Comisión las medidas de ejecución que el Land NRW se proponía

7 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, Siemens/Comisión (T-459/93, Rec. p. II-1675), apartado 82. En el mismo sentido, véanse, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1989, Comisión/Alemania (94/87, Rec. p. 175), apartado 12; de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959), apartado 61, y de 20 de marzo de 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Rec. p. I-1591), apartado 24.

8 — DO L 83, p. 1.

9 — Sentencia Siemens/Comisión, citada en la nota 7 *supra*, apartado 82.

adoptar. Dichas medidas consistían, fundamentalmente, en:

i) reconocer al Land el derecho a obtener, en el momento de la liquidación de WestLB o en caso de modificación de sus participaciones sociales, una cuota adicional de las plusvalías obtenidas por el banco entre 1992 y 1998;

ii) en relación con el período posterior a 1998, la transformación de las reservas especiales del Wfa en una participación pasiva del Land NRW, cuyas características, sin embargo, no se especificaban.

33. Antes de examinar estas medidas, procede señalar que, durante la vista, las partes debatieron largamente sobre la naturaleza del acuerdo de los garantes de WestLB anexo a la comunicación del Gobierno federal de 4 de octubre de 1999, con objeto de determinar si se trataba de medidas efectivamente adoptadas para dar ejecución a la Decisión, como sostiene el Gobierno alemán, o bien de una simple propuesta de ejecución, como considera la Comisión. Dicho debate giró fundamentalmente, por un lado, sobre el hecho de que las medidas mencionadas en el inciso i) habían sido aprobadas por los garantes de WestLB «supeditadas al acuerdo del Colegio» (cuya existencia no está clara); por otro lado, sobre el hecho de que las medidas mencionadas en el inciso ii) sólo constituían los «puntos principales» de un acuerdo que los garantes todavía debían alcanzar. Las partes valoraron de manera diferente estos elementos, incluso a la luz de la normativa nacional pertinente, llegando a conclusiones contrapuestas sobre la naturaleza del acuerdo.

34. Sin embargo, la resolución de esta cuestión no me parece determinante a efectos del presente procedimiento. En efecto, como he dicho, la Comisión rechazó las medidas comunicadas por el Gobierno alemán por considerar que no eran adecuadas para dar una correcta ejecución a la Decisión; en consecuencia, mediante su recurso la Comisión pretende que se declare que el Estado miembro demandado no ha adoptado las medidas *necesarias* para dar ejecución a la Decisión. Por tanto, aun admitiendo que las medidas controvertidas debieran considerarse como efectivamente adoptadas, sería en todo caso necesario apreciarlas sobre el fondo con objeto de determinar si permiten o no recuperar las ayudas ilegalmente concedidas a WestLB.

35. Entrando, por tanto, en el examen de dichas medidas, recuerdo que, según la Comisión, el aumento de la participación del Land en las plusvalías del banco no supondría una correcta ejecución de la Decisión, puesto que equivaldría a la renuncia por parte de los demás socios públicos de WestLB a una parte del patrimonio del banco en favor del Land NRW, sin afectar a los costes de dicha sociedad; ahora bien, de este modo no se compensaría, a juicio de la Comisión, la ventaja competitiva obtenida por WestLB gracias a la ayuda. En el frente contrario, el

Gobierno alemán objeta que, a la luz del principio del inversor privado en una economía de mercado, la aportación del Wfa efectuada en su momento no hubiera constituido una ayuda si se hubiera incrementado adecuadamente la participación del Land NRW en la revalorización de los activos de WestLB; a su juicio, esto implicaba que, si se llevara a cabo dicho aumento *a posteriori,* pero con efecto retroactivo, se alcanzaría el resultado de suprimir la ayuda.

36. También yo creo, al igual que la Comisión, que, en realidad, una operación como ésa hubiera consistido, fundamentalmente, en una renuncia de los demás socios públicos a una parte de las plusvalías de WestLB en favor del Land NRW, con el resultado, añado yo, de recompensar a este último por su renuncia al crédito correspondiente a la devolución de las ayudas. Sin embargo, no estoy del todo convencido de que una operación como ésa debiera considerarse, *en sí misma,* impracticable. Por el contrario, creo que, de realizarse en unas condiciones normales de mercado, hubiera podido representar una inversión de los socios públicos de WestLB destinada a financiar el pago de la deuda correspondiente a la devolución de las ayudas. Por tanto, para ello hubiera debido apreciarse, como proponía el Gobierno demandado, si el comportamiento del Land NRW y de los demás socios públicos de WestLB se atuvo al criterio de inversor privado en una economía de mercado. Es decir, hubiera debido apreciarse:

— por un lado, si un socio privado del banco hubiera aceptado renunciar a un crédito igual al importe de las ayudas concedidas mediante la transferencia del Wfa a cambio de una mayor participación en las plusvalías obtenidas por el banco durante el período 1992/1998, teniendo presente, en particular, que dicha participación sólo se materializaría en el momento de la liquidación del banco o en caso de modificación de sus participaciones sociales;

— por otro lado, si los socios privados del banco hubieran aceptado renunciar a una parte de su cuota de participación en las plusvalías en favor de otro socio a cambio de la renuncia a un crédito igual al importe de las ayudas que debían devolverse;

— y esto, teniendo presente, en ambos casos, el interés específico de los socios en la revalorización del banco, que conlleva, obviamente, un aumento del valor de sus participaciones.

37. En caso de que el resultado del *test* del inversor privado propuesto fuera negativo, la operación sería manifiestamente inaceptable, salvo autorización al efecto de la Comisión, ya que, en la práctica, daría lugar a la recuperación de las ayudas

mediante la concesión de una nueva ayuda; sin embargo, en el supuesto contrario la compensación obtenida por el Land sí hubiera podido permitir la recuperación de las ayudas concedidas a WestLB. Es cierto que, en ese caso, no podría sostenerse, como hizo la Comisión, que la operación no tendría ninguna incidencia para el banco por lo que respecta a sus costes, ya que la inversión realizada por los socios públicos del banco, en lugar de financiar sus actividades (como habría podido suceder si no hubiera mediado la Decisión de la Comisión), estaría destinada al reembolso de la deuda correspondiente a la recuperación de las ayudas. Por consiguiente, este destino de la inversión hubiera privado al banco de importantes recursos, con evidentes repercusiones sobre sus costes de explotación.

38. Dicho esto en líneas generales, procede subrayar, sin embargo, que la Decisión impuso a Alemania la obligación de adoptar las medidas *necesarias* para recuperar las ayudas concedidas a WestLB y de comunicárselas a la Comisión. Por consiguiente, correspondía al Estado miembro comunicar a la Comisión las medidas adoptadas (o que se proponía adoptar) para la recuperación de las ayudas y demostrar que eran adecuadas para alcanzar el resultado previsto en la Decisión. En efecto, considero que, si bien es cierto, en principio, que corresponde a la Comisión probar que un Estado miembro ha concedido una ayuda ilegal, no lo es menos que corresponde, en cambio, a dicho Estado demostrar que ha dado ejecución plena y oportunamente a la eventual Decisión que imponga la obligación de recuperar las ayudas, sin perjuicio en ambos casos, por supuesto, del deber de cooperación mutua que se desprende del artículo 10 CE.

39. Por tanto, si el Estado miembro decide no recuperar la ayuda mediante un simple pago en metálico, sino que opta por recurrir a medidas alternativas, está obligado a demostrar que dichas medidas permiten alcanzar el resultado impuesto por la Decisión. Así, en el caso de que el Estado decida financiar el pago de la deuda correspondiente a la recuperación de la ayuda mediante una nueva inversión (por poner un ejemplo muy fácil de comprender, puede pensarse en una operación de *debt/equity swap* destinada a convertir el crédito del Estado en una participación en el capital de la empresa beneficiaria), debería demostrar que dicha operación permite llevar a cabo la recuperación impuesta por la Decisión sin que implique la concesión de nuevas ayudas.

40. De ello se desprende que, en el caso de que se trata, el Gobierno alemán hubiera debido aportar elementos de prueba de que la cesión al Land NRW de una cuota adicional de las plusvalías de WestLB permitía llevar a cabo la recuperación impuesta por la Decisión y no implicaba la concesión de nuevas ayudas. Sin embargo, no me parece, al menos a la luz de los elementos sometidos a la consideración de este Tribunal de Justicia, que se haya realizado dicha demostración.

41. En efecto, en primer lugar el Gobierno demandado no ha demostrado que un socio

privado habría renunciado a un crédito cierto y exigible por un importe igual a las ayudas que debían recuperarse a cambio del derecho a obtener, en el momento de la liquidación de WestLB o en caso de modificación de sus participaciones sociales (es decir, en un momento futuro e incierto), la cuota adicional de las plusvalías del banco. Por otro lado, el Gobierno demandado tampoco ha demostrado la conformidad con el principio del inversor privado de la renuncia, por parte de los demás socios públicos, a una parte de las plusvalías con objeto de recompensar al Land NRW por su renuncia al crédito correspondiente al reembolso de las ayudas.

42. Puesto que el Gobierno demandado no ha demostrado que la operación que diseñó fuera conforme al principio del inversor privado y, por consiguiente, que permitía llevar a cabo correctamente la recuperación de las ayudas, no puede considerarse que adoptara a su debido tiempo y comunicara a la Comisión medidas adecuadas para dar ejecución a la Decisión.

43. Análogamente, considero que el Gobierno alemán no había demostrado que la transformación, a partir de 1998, de las reservas especiales del Wfa en una participación pasiva del Land NRW tuviera por objeto abonar a este último una remuneración adecuada *(pro futuro)* por la transferencia de dicho organismo a WestLB. Por el contrario, debe subrayarse el carácter extremadamente vago de dicha operación, al no haberse proporcionado ninguna indicación sobre las características de la participación pasiva que debía reconocerse al Land.

44. Ahora bien, con independencia de estas consideraciones, debo señalar que las medidas examinadas no me parecen adecuadas para dar ejecución a la Decisión en razón asimismo de su absoluta precariedad. En efecto, tal como observó la Comisión, los garantes de WestLB estipularon que el acuerdo que habían alcanzado quedaría anulado con efecto retroactivo no sólo si los órganos jurisdiccionales comunitarios declaraban nula la Decisión o declaraban el carácter inadecuado de dicho acuerdo para darle ejecución, sino también en el caso de que la Decisión fuera definitivamente confirmada por los órganos jurisdiccionales. Por consiguiente, las medidas de que se trata no habrían sido puestas en práctica en ningún caso, prescindiendo del resultado de los asuntos pendientes: por tanto, no entiendo cómo puede considerarse que permitirían la recuperación de las ayudas concedidas a WestLB.

45. Tampoco me parece pertinente, a este respecto, el argumento del Gobierno alemán según el cual las medidas examinadas fueron elegidas únicamente por su carácter «reversible», con la intención, en caso de confirmación definitiva de la Decisión, de sustituirlas por medidas «irreversibles» pero menos gravosas para los socios de WestLB. En efecto, este argumento no permite eludir la objeción basada en la absoluta precariedad de las medidas de que se trata, destinadas en todo caso a ser anuladas con efecto retroactivo y, por consiguiente, inadecuadas para dar ejecución a la Decisión.

46. A la luz de todas estas consideraciones, considero, por tanto, que las medidas

comunicadas a la Comisión el 4 de octubre de 1999 no eran adecuadas para dar ejecución a la Decisión.

Las medidas propuestas el 15 de marzo de 2000

47. Las medidas propuestas el 15 de marzo de 2000 consistían fundamentalmente, como he recordado antes, en atribuir al Land NRW una participación pasiva en WestLB, que podía ceder libremente a terceros, por valor de 2.200 millones de DEM. Estaba previsto que dicha participación soportara íntegramente las pérdidas del banco (aunque no se aportaban precisiones a este respecto) y devengara intereses anuales sobre su valor contable al tipo de mercado vigente en el momento de su constitución (ulteriormente fijado en el 5,804 %), salvo en caso de pérdidas; no obstante, dichos intereses no se pagarían de manera inmediata al Land, sino que serían custodiados por el banco y capitalizados hasta que se dictara sentencia definitiva de los órganos jurisdiccionales comunitarios en los recursos de anulación interpuestos contra la Decisión. En caso de estimarse dichos recursos, el Land restituiría al banco la participación pasiva más los intereses devengados hasta aquel momento sin obtener ninguna contraprestación.

48. Según la Comisión, dichas medidas no serían adecuadas para asegurar la ejecución efectiva de la Decisión, ya que la inmediata reinversión del importe que debía recuperarse, bajo la forma de la toma de una participación pasiva, podría encubrir una nueva ayuda de Estado. Por consiguiente, dicha operación debería ser notificada con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3, con objeto de permitir a la propia Comisión comprobar su conformidad con el principio del inversor privado en una economía de mercado y, en su caso, la compatibilidad de las correspondientes ayudas con el mercado común; con toda probabilidad, ello hubiera supuesto el inicio de un procedimiento con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, que hubiera tardado en resolverse. Por consiguiente, para no retrasar la ejecución de la Decisión sería necesario separar en dos fases sucesivas la recuperación de la ayuda y su reinversión. Por otro lado, la Comisión señaló que albergaba serias dudas, en relación con la información comunicada por las autoridades alemanas, sobre la conformidad de la operación de que se trata con el principio del inversor privado y, en consecuencia, sobre la no concesión de nuevas ayudas a WestLB. Por último, criticó a las autoridades alemanas por no haber indicado claramente que, en el futuro, se eliminaría cualquier elemento de ayuda en el marco de la remuneración de los activos del Wfa transferidos a WestLB.

49. Por su parte, el Gobierno alemán sostuvo que la operación de que se trata no supondría la concesión de nuevas ayudas, pues es plenamente conforme con el principio del inversor privado, y no debería, por tanto, ser notificada con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3; por consiguiente, la exigencia de la Comisión de que dicha operación se realizara en dos momentos distintos (la recuperación de la ayuda y la ulterior reinversión) no estaba justificada. Por lo que respecta a la eliminación de la ayuda *pro futuro*, en el escrito de contes-

tación se precisa que, aun cuando la propuesta que se está examinando no decía nada a este respecto, dicho problema se resolvería en todo caso mediante la aplicación de las medidas comunicadas el 4 de octubre de 1999, que seguían siendo válidas, en virtud de las cuales las reservas especiales del Wfa serían transformadas en una participación pasiva del Land.

50. Por mi parte, observo que, en el presente caso, la preocupación de la Comisión por evitar que las ayudas ilegalmente concedidas fueran recuperadas mediante la concesión de nuevas ayudas me parecen fundadas. En efecto, como he señalado antes, para poder financiar la recuperación de las ayudas mediante nuevas inversiones los Estados miembros deben demostrar el carácter adecuado de las operaciones que se proponen realizar para dar ejecución a las decisiones de la Comisión y que no se conceden nuevas ayudas. En el caso de que se aporte efectivamente dicha demostración, y que por tanto se permita a la Comisión comprobar la viabilidad de las soluciones elegidas, no me parece que exista la necesidad de proceder en dos fases distintas a la recuperación de las ayudas y a su ulterior reinversión. Pero si la información proporcionada por los Estados miembros no permite excluir la concesión de nuevas ayudas, entonces me parece fundada la exigencia de la Comisión de proceder a la recuperación inmediata de las ayudas ilegalmente concedidas con objeto de no retrasar la ejecución de sus decisiones.

51. En el caso de que se trata, las autoridades alemanas hubieran debido demostrar a la Comisión, por tanto, que las medidas comunicadas el 15 de marzo de 2000 permitirían dar ejecución a la Decisión sin conceder nuevas ayudas a WestLB. Para hacerlo, hubieran debido demostrar en la práctica que, de encontrarse en el lugar del Land NRW, un socio privado del banco hubiera estado dispuesto a renunciar a un crédito cierto y exigible por un importe igual a la suma de la ayuda que debía recuperarse a cambio de la cesión de la participación pasiva, teniendo en cuenta, en particular:

— los intereses devengados por ésta;

— la incidencia de las eventuales pérdidas del banco sobre el valor de la participación y sobre su remuneración;

— la posibilidad de obtener el reembolso de dicha participación y las eventuales condiciones necesarias para ello;

— la posibilidad práctica de transmitir dicha participación a terceros.

52. No obstante, no me parece que las autoridades alemanas aportaran dicha demostración, pues, en la práctica, se limitaron a observar que la participación pasiva no constituiría una nueva ayuda a WestLB, ya que se cedería en condiciones de mercado. En efecto, el hecho de que la participación pasiva hubiera reportado al Land un interés conforme al interés de mercado no basta para demostrar que un socio privado del banco hubiera aceptado

renunciar a un crédito igual al importe de las ayudas que debían recuperarse a cambio de la cesión de dicha participación.

53. Por otro lado, observo que, tal como subrayó la Comisión y reconoció de manera implícita el propio Gobierno demandado, la información proporcionada por las autoridades alemanas no permitía determinar si las medidas examinadas permitirían garantizar la eliminación *pro futuro* de la ayuda concedida a WestLB. Tampoco resultan pertinentes, a este respecto, las observaciones, formuladas en el escrito de contestación, sobre la posible aplicación de las medidas comunicadas el 4 de octubre de 1999 y, en particular, sobre la posibilidad de proceder a la transformación prevista, a partir de 1998, de las reservas especiales del Wfa en una participación pasiva del Land: en efecto, a este respecto basta remitirse a las consideraciones antes formuladas sobre el carácter extremadamente vago de la operación de que se trata (punto 43 *supra)* y, más en general, sobre la absoluta precariedad de las medidas comunicadas el 4 de octubre de 1999, destinadas en todo caso a ser anuladas con efecto retroactivo (puntos 44 y 45 *supra).*

54. Por consiguiente, al no haberse demostrado que las medidas propuestas el 15 de marzo de 2000 fueran conformes con el principio del inversor privado y que, por consiguiente, permitirían llevar a cabo correctamente la recuperación de las ayudas, no puede considerarse tampoco en este caso que el Gobierno demandado haya adoptado a su debido tiempo y comunicado a la Comisión medidas adecuadas para dar ejecución a la Decisión.

Consideraciones finales

55. En definitiva, pese a no excluir en principio que la recuperación de las ayudas concedidas a WestLB podría producirse mediante complejas operaciones que implicaran nuevas inversiones por parte de los socios públicos del banco, considero que, sin embargo, en el presente caso las diversas medidas diseñadas al efecto por las autoridades alemanas no pueden considerarse medidas válidas de ejecución de la Decisión. Por consiguiente, si bien no comparto plenamente las objeciones formuladas por la Comisión en contra de dichas medidas, lo cierto es que la República Federal de Alemania no ha ejecutado correctamente la Decisión, de modo que el presente recurso debe ser estimado.

Sobre las costas

56. A tenor del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas a la República Federal de Alemania, y habida cuenta de las consideraciones anteriores sobre la estimación del recurso, considero que debe estimarse dicha pretensión.

Conclusión

En consecuencia, en virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que, al no haberse atenido a la Decisión 2000/392/CE de la Comisión, de 8 de julio de 1999, relativa a las ayudas concedidas al banco público Westdeutsche Landesbank Girozentrale, la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 249 CE, párrafo cuarto, y del artículo 3 de dicha Decisión.

2) Condene en costas a la República Federal de Alemania.