CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. HENRI MAYRAS presentadas el 19 de junio de 1973 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

I. *Introducción*

Si la realización del mercado común implica, en diversos ámbitos, la aplicación de una política económica común y admite, por ello mismo, el recurso a determinadas intervenciones dirigistas de las Instituciones en la vida económica, el Tratado de Roma, de inspiración liberal, no se funda en menor medida en el libre juego de la competencia.

La actuación de la Comunidad debe conducir, con arreglo a la letra f) del artículo 3 del Tratado, al «establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común».

Este principio no sólo tiene como consecuencia la prohibición de las prácticas colusorias, es decir, los acuerdos entre empresas y las prácticas concertadas de tal naturaleza que impidan, restrinjan o falseen el juego de la competencia (artículo 85) así como del abuso de posición dominante (artículo 86); es asimismo oponible a los propios Estados. Estos, en efecto, intervienen, por su parte, en su economía nacional, en particular aportando su ayuda a empresas o categorías de empresas, bien por su implantación geográfica o en función de la naturaleza de su actividad. Se trate de ayudas con finalidad regional o de ayudas sectoriales, la actuación del Estado es pues de tal naturaleza que afecta a las condiciones de competencia, vulnerando la igualdad de medios y, por consiguiente, quebrantando la igualdad de oportunidades de las empresas que compiten en un mercado único.

No obstante, ciertas ayudas de Estado pueden resultar necesarias, en interés común, para el desarrollo de actividades regionales o sectoriales, o ser indispensables para el mantenimiento de determinadas actividades que tienden a desaparecer a causa de los cambios tecnológicos. Es cuando menos legítimo que los poderes públicos puedan aportar una ayuda temporal para facilitar la adaptación o, como se ha dicho, la «reconversión» de los sectores de producción castigados por una recesión de origen estructural.

* Lengua original: francés.

Por ello, el artículo 92 del Tratado, al tiempo que establece el principio de la incompatibilidad con el mercado común de las «ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones», precisa múltiples excepciones a este principio.

Se trata de las *normas básicas* que regulan el régimen comunitario de ayudas estatales.

El *mecanismo de aplicación de las mismas* se determina en el articulo 93, que establece el procedimiento con arreglo al cual intervienen en este ámbito las Instituciones comunitarias, Consejo y Comisión, y señala las facultades de que disponen éstas frente a los Estados.

Si bien este Tribunal de Justicia ha conocido recientemente de litigios referentes a la compatibilidad con el Tratado de ciertas ayudas decididas por los Estados miembros, el presente asunto brinda la oportunidad de examinar el procedimiento de intervención de la Comisión y conducirá a este Tribunal a precisar los límites de las facultades que le han sido conferidas.

II. *Sistemática del artículo 93 del Tratado*

Me parece imprescindible señalar, desde el principio, en qué consisten estas facultades y de qué manera deben emplearse.

El artículo 93 del Tratado distingue a este respecto dos situaciones radicalmente diferentes.

- Su apartado 1 se refiere a los *regímenes de ayudas existentes* en los Estados miembros, respecto a los cuales la Comisión dispone, por una parte, de una facultad de examen y de propuesta y, por otra, de una facultad de dictar órdenes conminatorias y adoptar Decisiones, ratificada, si fuere necesario, por el Tribunal de Justicia.

  Tras examinar dicho régimen de ayuda previa consulta con el Estado de que se trate, podrá en efecto, en primer lugar, proponer a dicho Estado las medidas exigidas por el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común. Se trata en este caso, de acuerdo con el último párrafo del artículo 189 del Tratado, de «meras recomendaciones» que no son vinculantes para su destinatario.

- El apartado 2 del artículo 93 va mucho más lejos. Si la Comisión tuviera alguna razón para pensar que un régimen de ayuda existente pudiera no ser compatible con el mercado común o, dicho de otro modo, si se encontrase con una ayuda «sospechosa», deberá recurrir a *un procedimiento* que comienza por un requerimiento dirigido tanto a los Estados como a los demás interesados y, por consiguiente, a las personas físicas o jurídicas afectadas de algún modo por el régimen de ayuda, con el objeto de permitir que cada uno presente sus observaciones.

Si tras examinar estas últimas la Comisión comprobase que la ayuda es incompatible con el mercado común, está facultada para decidir que el Estado interesado debe suprimirla o modificarla, en el plazo que determine. Esta Decisión es ejecutiva. En el supuesto de que el Estado de que se trate se negare a acatar tal Decisión, le corresponde impugnarla mediante el recurso de anulación, en el plazo fijado por el artículo 173 del Tratado. De no hacerlo, no podría ya impugnar su legalidad ni siquiera invocar su ilegalidad ante el Tribunal de Justicia, ya que la excepción de ilegalidad sólo puede admitirse,con arreglo al artículo 184, respecto a los Reglamentos.

Es cierto que el Tribunal de Justicia ha admitido una excepción a este principio en su sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69, Rec. pp. 523 y ss., especialmente p. 540), en el supuesto de que el vicio alegado por el Estado interesado contra la Decisión fuere de tal gravedad, que de resultar probado «la Decisión carecería totalmente de base jurídica en el ordenamiento comunitario». Pero éste es un supuesto excepcional.

Por tanto si, no habiendo impugnado a su debido tiempo la Decisión, el Estado no se atuviere a ella en el plazo fijado, la Comisión, al igual que cualquier otro Estado interesado, puede someter directamente el asunto al Tribunal de Justicia.

El apartado 2 del artículo 93 establece una forma específica de recurso por incumplimiento, idéntica en sus efectos al recurso que prevén los artículos 169 y 170, pero que difiere de los mismos respecto al procedimiento, en el sentido de que no existe, en el presente caso, obligación por parte de la Comisión de emitir, antes de someter el asunto al Tribunal de Justicia, un dictamen motivado. El recurso directo al Tribunal de Justicia se justifica en este caso por el hecho de que la Comisión, mediante su escrito de requerimiento, ya ha brindado al Estado de que se trata así como a los demás interesados, la oportunidad de presentar sus observaciones. Se respeta, por tanto, el carácter contradictorio del procedimiento previo.

Además, se confiere al Consejo una facultad excepcional. A petición de un Estado miembro, el Consejo puede en efecto decidir por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 92 que una ayuda, que ha concedido o que va a conceder dicho Estado, sea considerada compatible con el mercado común, cuando lo justifiquen circunstancias excepcionales.

Pero parece resultar claramente del propio texto del párrafo tercero del apartado 2 del artículo 93 que esta petición, o más bien este «recurso jerárquico» al Consejo debe presentarse, bien antes de que la Comisión haya iniciado el procedimiento dirigido a suprimir o modificar la ayuda de que se trata o, en todo caso, antes de que la Comisión haya adoptado su Decisión. En efecto, el recurso al Consejo tiene como efecto suspender este procedimiento en el caso de que ya se hubiese iniciado. Esta disposición carecería de sentido en el caso de que el Estado pudiese aún recurrir al Consejo

después de que la Comisión haya adoptado su Decisión, poniendo de este modo fin al procedimiento.

Por otra parte, este efecto suspensivo es limitado en el tiempo: si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión, recuperando el ejercicio de su facultad, decidirá al respecto.

Por último, si pudiese someterse el asunto al Consejo después que la Comisión haya adoptado su Decisión, ¿cómo conciliar su intervención, que se basa esencialmente en razones de oportunidad, con el derecho, reconocido a la Comisión, de someter al Tribunal de Justicia un recurso que tiene por objeto que se declare un incumplimiento? Es impensable que los autores del Tratado hayan podido admitir un posible conflicto entre una Decisión del Consejo, basada en la apreciación de circunstancias especiales y que representan una excepción a lo dispuesto en el artículo 92 y una sentencia del Tribunal de Justicia que sólo puede basarse en una interpretación soberana de esta misma disposición del Tratado.

De la sistemática del apartado 2 del artículo 93 respecto a las ayudas existentes resulta, por último, que si la Comisión está facultada para decidir que una ayuda es incompatible con el mercado común, su Decisión sólo surte efecto *para el futuro.* Por otra parte, no puede, conforme a un principio general del Derecho comúnmente admitido por los Estados miembros y por este Tribunal de Justicia, tener alcance retroactivo. Tal Decisión tiene carácter constitutivo y no declarativo. De ella, y solamente de ella, surge la prohibición de la ayuda o la obligación de modificarla.

Interpretar de otro modo el artículo 93 equivaldría a ignorar los derechos adquiridos por terceros, eliminaría toda seguridad jurídica y generaría, por último, dificultades de aplicación insalvables.

La situación es muy diferente cuando la Comisión se encuentra ante un proyecto de ayuda nueva o de modificación de una ayuda existente. En efecto, de un proyecto no puede nacer ningún derecho subjetivo. Se ha considerado posible, por ello, conferir en este caso a la Comisión la facultad excepcionalmente amplia de oponerse a la ejecución de las medidas proyectadas, si considera que dichas medidas son incompatibles con el mercado común en el sentido del artículo 92.

Pero no bastaría con que la Comisión se limite a «estimar» que un proyecto es incompatible con el mercado común y que formule sus reservas al Estado autor del proyecto. Para que pueda formarse una opinión más concreta sobre la compatibilidad del proyecto con el Tratado, es preciso además que recabe las observaciones de los «interesados», dando cierta publicidad a su intención de oponerse en su caso a dicho proyecto o de exigir su modificación. Con tal finalidad, la Comisión tiene *el deber* de iniciar sin demora el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93, es decir, de requerir a los Estados y a los demás interesados para que presenten sus observaciones.

Sólo un requerimiento de esta índole tiene efecto *suspensivo,* ya que implica una verdadera suspensión de la ejecución hasta que el procedimiento haya conducido a una Decisión final.

Resulta de este sistema, a mi juicio, que la Comisión, al haber iniciado el procedimiento, está siempre obligada a pronunciarse, sea para prohibir definitivamente la aplicación de las medidas proyectadas, para subordinar su ejecución a determinadas modificaciones o adaptaciones o, por el contrario, para admitir, después de un examen más profundo, la compatibilidad de la ayuda con el mercado común. Si la Comisión tardase demasiado en adoptar su Decisión y paralizase indefinidamente la actuación del Estado de que se trata, pienso que este podría interponer contra ella un recurso por omisión.

III. *Hechos*

He de referirme ahora a las razones por las que la Comisión ha considerado necesario interponer ante este Tribunal de Justicia, con arreglo al apartado 2 del artículo 93, un recurso contra la República Federal de Alemania, a la que imputa no haberse atenido a una Decisión por la que se ordena la suspensión de un régimen de ayuda a la inversión.

El legislador alemán adoptó el 15 de mayo de 1968 una Ley denominada «Kohlegesetz».

Esta última implica, por una parte, una actividad de saneamiento de la industria hullera, destinada a evitar la recesión económica en las regiones afectadas por la crisis de la producción de carbón y a reabsorber el desempleo provocado por el cierre de algunas minas; por otra parte, medidas dirigidas a favorecer en esas mismas regiones la creación, ampliación o transmisión de empresas industriales, con objeto de fomentar en ellas el empleo y de posibilitar una diversificación de las estructuras económicas, basadas exclusivamente hasta entonces en la explotación minera.

Concretamente, el apartado 1 del artículo 32 de esta Ley establece una *prima a la inversión* a favor de los contribuyentes, personas físicas o sociedades que construyan o amplíen un establecimiento industrial en zonas carboníferas. Esta ayuda no reviste la forma de una subvención directa. Consiste en una reducción del impuesto sobre la renta o del impuesto de sociedades equivalente al 10 % del importe de las inversiones realizadas.

La reducción sólo se obtiene si el Delegado federal para la industria hullera, alto funcionario dependiente directamente del Ministro de Economía certifica, en concertación con el Gobierno del Land de que se trate, que la creación o ampliación favorecerá la estructura económica de la región minera y ofrece interés, en un sentido más amplio, para la economía nacional. En el supuesto de que esta creación o ampliación del establecimiento vaya acompañada de la transmisión de una empresa, es preciso, además, que se cree un número considerable de puestos de trabajo.

La aceptación de la inversión se materializa en la expedición de un «certificado de conformidad», en función del cual la Administración tributaria está obligada a conceder una reducción del impuesto proporcional al importe de la inversión.

La solicitud de expedición del certificado puede ser anterior a la inversión; el certificado se concederá entonces, en su caso, previa presentación de un proyecto en el que la situación, naturaleza y volumen de inversión deberán determinarse con suficiente precisión. Pero también es posible que la solicitud se presente después de realizada la inversión o mientras se esté realizando la operación.

Por último y esto es decisivo, la reducción del impuesto sólo se concede, conforme al artículo 32 de la Ley de 15 de mayo de 1968, para las inversiones efectuadas durante un período denominado «de incentivo» que se extendía originariamente del 30 de abril de 1967 al 1 de enero de 1970. No obstante, cuando la creación o la ampliación de un establecimiento industrial se realiza durante dicho período, la reducción del impuesto se concede, dentro de ciertos límites, a las inversiones correspondientes a la continuación y conclusión de las obras durante un período complementario de dos años siguiente al período «de incentivo».

Este régimen de primas a las inversiones tiene sin duda el carácter de una «ayuda de Estado» en el sentido del artículo 92, puesto que tiene por objeto favorecer la creación o la ampliación de establecimientos industriales y, al consistir en una reducción de las cargas fiscales de las empresas, se basa en los fondos públicos.

Además, el Gobierno federal así lo entendió puesto que ya en 1967, cuando la Kohlegesetz se encontraba aún en fase de proyecto, informó sobre el particular a la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo a la obligación que le imponía el apartado 3 del artículo 93 del Tratado.

En aquel momento, la Comisión no había formulado ninguna objeción a la concesión de tal ayuda, al menos en la medida de que había de ser limitada en el tiempo.

Habida cuenta de la crisis que afectaba por entonces a la industria carbonífera, de las dificultades de venta del carbón, de la evolución desfavorable de las rentas obtenidas en dichas regiones carboníferas con respecto al conjunto del territorio federal y, por último, de la necesidad de crear unos 20.000 nuevos puestos de trabajo durante el «período de incentivo», la Comisión llegó a la conclusión de que el citado régimen de ayuda, que tenía por objeto evitar las graves dificultades económicas y sociales generadas por la gran recesión de la actividad predominante en la estructura económica de dichas regiones, estaba justificado.

La Comisión consideró que los requisitos establecidos eran satisfactorios:

- Se había hecho un esfuerzo considerable de saneamiento del sector afectado.

- La ayuda era «transparente», es decir, cuantificable con respecto a la inversión e incluía un sistema de selección ya que, al adoptar la forma de desgravación fiscal, sólo debían recibirla las empresas que obtuviesen beneficios, y fuesen en principio, por tanto, competitivas.

- Por ultimo, las regiones carboníferas estaban delimitadas con claridad y precisión.

El régimen de primas a la inversión para las regiones hulleras se aplicó, pues, con el acuerdo de la Comisión, mediante la entrada en vigor de la Kohlegesetz.

Un año más tarde, el Gobierno federal presentó en el Bundestag un proyecto de (Ley de Reforma Fiscal) que incluía, en particular, un conjunto de medidas de alcance general en materia de ayuda a las inversiones para las regiones limítrofes con la «zona Este» así como para otras regiones que tienen también necesidad de incentivos.

Dicho proyecto no incluía, en su redacción inicial, ninguna modificación de la Kohlegesetz. Pero en el transcurso de la segunda lectura en el Bundestag, la Comisión de Finanzas de esta Cámara planteó la cuestión de la aplicación de dicho proyecto a las regiones mineras. Con la excepción del Sarre, consideró, de acuerdo con la Comisión de Asuntos Económicos, que era suficiente prolongar durante dos años, en las demás regiones mineras, el período de aplicación del régimen de ayuda específico previsto en el artículo 32 de la Kohlegesetz. A través de la modificación del texto del Gobierno, las dos Comisiones propusieron, por tanto, prorrogar *hasta el 1 de enero de 1972* el «período de incentivo» inicialmente limitado al 1 de enero de 1970. Por consiguiente, el «período complementario» durante el cual podían disfrutar igualmente de la desgravación fiscal las inversiones referentes a la construcción o la ampliación de un establecimiento industrial o comercial, prorrogado asimismo por dos años, no debía expirar hasta el 31 de diciembre de 1973.

Esta enmienda, adoptada por el Bundestag en segunda lectura, se convirtió en el artículo 9 del proyecto de Ley de Reforma Fiscal que adoptó a su vez el Bundesrat el 10 de julio de 1969.

Algunos días más tarde, el 16 de julio, el Gobierno federal informó de ello a la Comisión de las Comunidades Europeas.

Contestando rápidamente a esta comunicación, ésta señaló que debió informársele a su debido tiempo, en el momento en que se presentó el proyecto de enmienda de dicha modificación del artículo 32 de la Kohlegesetz, pero se limitó a solicitar a la República Federal que le comunicase «los detalles y motivos de dicha prórroga».

Esta respondió, pero no hasta el 1 de octubre, que el Gobierno no había previsto inicialmente ninguna modificación del artículo 32 de la Kohlegesetz; la prórroga

del período de incentivo se debía a la iniciativa parlamentaria. Por consiguiente, no había sido posible informar al respecto a la Comisión antes de que fuese adoptada la enmienda.

Entretanto, se había promulgado la nueva Ley Fiscal el 18 de agosto de 1969. Publicada en el *Bundesgesetzblatt* (Boletín federal de Legislación) el 21 de agosto, entró en vigor el día siguiente, de lo cual recibió oficialmente confirmación la Comisión el 19 de septiembre.

La Comisión hizo lo posible -según afirma- por obtener del Gobierno federal información más detallada que justificase la prórroga del régimen de primas a la inversión en regiones carboníferas. Ninguno de los datos proporcionados -no sin reticencias, al parecer- la convenció de la compatibilidad del mantenimiento indiferenciado de dicha ayuda específica con el mercado común. Por el contrario, un estudio más profundo la llevó a la conclusión de que la situación económica y social había evolucionado favorablemente en las cuencas hulleras y que el nivel de empleo había pasado a ser satisfactorio, en particular en Renania del Norte-Westfalia. En dos años, se habían creado varias decenas de miles de empleos y acabado con buena parte del desempleo. Los efectos de la crisis en las minas de carbón, no resueltos aún en su totalidad, se atenuaron considerablemente a partir de ese momento.

Sin poner en tela de juicio la prórroga del sistema para las regiones carboníferas situadas fuera del Land de Renania del Norte-Westfalia, en las que otros problemas regionales se superponían a los de la recesión minera, la Comisión consideró pues que en el citado Land no estaba justificada la concesión no selectiva de primas a la inversión.

Por ello, decidió hacer uso de las facultades que le confiere el apartado 2 del artículo 93, al comunicar el 30 de julio de 1970 al Gobierno federal que debía poner fin en Renania del Norte-Westfalia a partir del 1 de diciembre siguiente a la concesión indiferenciada de las primas a la inversión previstas en el artículo 32 de la Kohlegesetz, al tiempo que le pedía que presentase sus observaciones en un plazo de seis semanas.

Idéntica petición se dirigió a los demás Estados miembros. Respecto a los particulares interesados en el régimen de ayuda de que se trata, se les pidió asimismo que expresaran su opinión, mediante una comunicación publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 14 de agosto de 1970.

El Gobierno alemán no presentó sus observaciones como respuesta a este requerimiento hasta el 5 de noviembre de 1970.

Y hasta el 14 de febrero de 1971, o sea seis meses después de la iniciación del procedimiento, la Comisión, tras conocer todas las respuestas de los interesados, no adoptó su Decisión, cuyo artículo 1 ordena a la República Federal que tome «*sin demora*» todas las medidas necesarias para poner fin, en

las regiones mineras del Land de Renania del Norte-Westfalia a la concesión *no selectiva* de las primas a la inversión previstas en el apartado 1 del artículo 32 de la Ley sobre la Adaptación y el Saneamiento de Explotaciones Hulleras y Regiones Mineras, tal como resultó modificada dicha disposición por el artículo 9 de la Ley Fiscal de 18 de agosto de 1969.

La exposición de motivos de la Decisión recoge, en su Sección V, dos precisiones que clarifican su alcance:

- Por una parte, la concesión de las ayudas previstas en el artículo 32 de la Kohlegesetz modificada debía *suspenderse* tan sólo hasta que pudiera garantizarse una aplicación selectiva de dichas ayudas.

- Por otra parte, las empresas que habían obtenido con anterioridad a la citada Decisión un certificado de conformidad expedido por el Delegado federal de la industria carbonífera conservaban el beneficio del plazo complementario previsto en la segunda frase del apartado 1 del artículo 32 de la Kohlegesetz, es decir, podrían obtener reducciones del impuesto correspondientes a inversiones realizadas después del 1 de enero de 1970, a condición de que dichas inversiones se refieran a creaciones o ampliaciones que hubieran tenido lugar antés de dicha fecha.

Por último, en su escrito de notificación, la Comisión proponía al Gobierno federal el inicio de negociaciones para definir los criterios económicos y geográficos con arreglo a las cuales pudiera ponerse en práctica un régimen de ayuda selectiva, compatible con el mercado común.

A raíz de una reunión celebrada en Bruselas el 4 de mayo de 1971, el Gobierno alemán hizo propuestas al respecto que tras el examen e intercambio de pareceres, fueron aceptadas por la Comisión mediante escrito de 16 de diciembre de 1971.

Con arreglo a dicho escrito, la concesión de primas a la inversión en determinados Distritos (Landkreise) y en determinadas ciudades que no forman parte de los Kreise, debía subordinarse a requisitos alternativos:

- O bien que en 1969 más del 20 % de los trabajadores del sector industrial estuviesen aún empleados en los referidos Distritos (Landkreise) en las minas de hulla y que el producto interior bruto por habitante fuese en los mismos inferior en un 10 % a la media del Land.

- O que se hubieran adoptado ya y no se hubieran concluido aún o debieran adoptarse antes del 31 de diciembre de 1971 medidas de saneamiento de la industria carbonífera (es decir, cierres de pozos).

De ahí que el régimen de ayuda selectiva, anunciado mediante Decisión de 17 de febrero de 1971, no pudiera definirse de forma concreta y precisa hasta finales del mismo año.

A partir de ese momento, el Gobierno de la República Federal se atuvo, según reconoce la propia Comisión, a los criterios de selectividad que ésta había fijado. No ha discutido en ningún momento ni el principio de incompatibilidad con el mercado común de un régimen de ayuda indiferenciado aplicable al conjunto del Land de Renania del Norte-Westfalia ni la legalidad de la Decisión.

Ante tales circunstancias, puede parecer a primera vista un poco sorprendente que la Comisión haya considerado que debe recurrir ante el Tribunal de Justicia.

Las dificultades surgidas no se refieren al fondo del problema, sino únicamente a la interpretación y a la aplicación en el tiempo de la Decisión de 17 de febrero de 1971.

Para la Comisión, el incumplimiento imputado a la República Federal de Alemania consiste en haber continuado después del 24 de febrero de 1971, fecha de recepción de la Decisión, concediendo ayudas a las inversiones realizadas, en todo el Land de Renania del Norte-Westfalia, con posterioridad al 1 de enero de 1970, es decir, cuando ya había finalizado el «período de incentivo» definido inicialmente en el artículo 32 de la Kohlegesetz.

La demandante solicita además que el Tribunal de Justicia decida que la República Federal de Alemania está obligada a exigir el reembolso de las primas referentes a certificados expedidos después de 24 de febrero de 1971, a menos que las inversiones para las que fueron concedidas se efectuaran a más tardar el 20 de agosto de 1970 o que la solicitud de expedición del certificado se hubiere presentado antes de esa misma fecha.

La elección de dicha fecha límite está justificada, según la Comisión, por el hecho de que los inversores interesados habían sido debidamente informados, mediante la comunicación publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 17 de agosto de 1970, de la no conformidad con el mercado común de la prórroga de un régimen no selectivo de ayuda.

IV. *Análisis de la situación jurídica*

Antes de examinar la argumentación de cada una de las partes procede analizar, para clarificar el debate, la situación jurídica resultante de los hechos que acabo de exponer y confrontar dicha situación con lo dispuesto en el artículo 93 del Tratado.

Cuando el Gobierno alemán informó el 16 de julio de 1969 a la Comisión de la adopción por parte del Parlamento federal de la enmienda por la que se prorroga el régimen de primas a la inversión previsto en el artículo 32 de la Kohlegesetz, la demandante se encontraba ante un *proyecto de modificación* de una ayuda existente, en el sentido de la primera frase del apartado 3 del artículo 93.

Por una parte, no cabe duda de que el carácter *temporal* de la ayuda a las regiones

carboníferas constituía un factor esencial que había inclinado además en 1967 a la Comisión a considerar que dicho régimen era compatible con el mercado común; que por consiguiente, la prórroga por otros dos años de dicho sistema justificaba la oposición de la Comisión, ya que dicha prórroga implicaba una modificación sustancial del régimen anterior; por otra parte, aun cuando la enmienda de la prórroga hubiese sido votada ya en el momento en que la demandante fue informada de ello, no se había aún promulgado ni publicado la Ley.

Considero, pues, que la Comisión hubiera podido hacer uso de la facultad que le confiere la segunda frase del apartado 3 del artículo 93, iniciando inmediatamente el procedimiento previsto en el apartado precedente, es decir, pidiendo no sólo a la República Federal, sino a los demás Estados miembros y a todos los interesados que presentasen sus observaciones. De este modo, hubiera bloqueado el procedimiento legislativo alemán y se hubiera impedido legalmente a la República Federal ejecutar las medidas propuestas hasta que el referido procedimiento hubiese conducido a una Decisión final.

Pero la Comisión se limitó a «amonestar» en principio a la República Federal e inició el diálogo pidiendo precisiones y explicaciones.

Este trámite, al que no se dio publicidad alguna, no podía equivaler legalmente a la suspensión de la ejecución del proyecto.

Una vez promulgada y publicada, la Ley Fiscal, cuyo artículo 9 preveía la prórroga de las primas a la inversión en las regiones carboníferas, entró en vigor el 22 de agosto de 1969.

Lo quisiera o no, la Comisión se encontraba a partir de aquel momento ante una «ayuda existente» en el sentido del apartado 1 del artículo 93.

A esta argumentación se le pueden hacer dos objeciones, que creo, sin embargo, que pueden rechazarse.

En primer lugar, ¿puede calificarse como «proyecto» un texto adoptado ya por las Cámaras del Parlamento en el momento en que la Comisión fue informada al respecto? El Presidente de la República Federal no está facultado al parecer, con arreglo a la Constitución, para denegar la promulgación de una Ley votada por el Parlamento. Pero cuando la Comisión recibió la notificación, la Ley Fiscal de 1969 no se había completado: no había entrado en vigor. El Gobierno federal no podía, a mi juicio, hacer que las normas de su Constitución prevaleciesen sobre las disposiciones del Tratado. La primacía del Derecho comunitario hubiera exigido la suspensión de la ejecución, a condición, no obstante, de que la Comisión hubiera iniciado sin demora el procedimiento con efecto suspensivo del apartado 3 del artículo 93.

En segundo lugar, ¿no ha incumplido el propio Gobierno alemán la obligación

establecida por dicha disposición del Tratado, al informar con retraso a la Comisión, en una fecha en que ya había sido adoptada la enmienda? ¿No hubiera podido hacerlo desde el momento en que la Comisión de Finanzas del Bundestag planteó el problema de la prórroga?

Es muy probable. Pero correspondía a la Comisión en aquel momento interponer sin demora un recurso por incumplimiento «a su debido tiempo» de la obligación de notificación. Y no lo hizo.

Además, para poner en práctica, como ya he dicho, el procedimiento del apartado 3 del artículo 93, al requerir a todos los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión dispuso de hecho de un plazo de un mes, que me parece suficiente para hacerlo. Bastaba con que la prórroga le pareciera «sospechosa» para que pudiera iniciar el procedimiento y, al mismo tiempo, garantizar la suspensión de la ejecución del proyecto.

Hubiera dispuesto, en tal caso, de todo el tiempo necesario para informarse, estudiar las incidencias del proyecto y adoptar, tras la oportuna reflexión, una Decisión final.

Al no haber hecho uso de dicha facultad, la demandante no podía hacer otra cosa, por tanto, que acogerse al sistema de control de las «ayudas existentes». Y así lo hizo, pero con una prudente lentitud, puesto que hasta aproximadamente un año después de la publicación de la Ley, el 14 de agosto de 1970, no se decidió por fin a iniciar el procedimiento mediante notificación a los interesados.

Es por tanto en el apartado 2 del artículo 93 -y la Comisión no lo niega- donde ha de encontrarse el problema jurídico planteado al Tribunal de Justicia y este aspecto es de capital importancia para la solución del litigio.

V. *El problema del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 93 para la ejecución de una Decisión de la Comisión*

Al recurso de la Comisión, el Gobierno de la República Federal opone lo que denomina una primera excepción de inadmisibilidad, basada en que, a través de su Decisión de 17 de febrero de 1971, la Comisión no le fijó ningún plazo para que finalizase la concesión indiferenciada de primas a la inversión en el Land de Renania del Norte-Westfalia.

Afirma que la exigencia de un plazo establecido en el propio texto es una condición necesaria para que la Comisión pueda interponer directamente un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

En realidad, no creo que la cuestión así planteada pueda expresarse en términos de admisibilidad del recurso. La cuestión objeto de litigio en el presente asunto es la de si la Decisión de la Comisión es o no vinculante.

El argumento de la República Federal consiste en afirmar que, a falta de un plazo, expresado en unidades de tiempo, la Decisión era incompleta: le faltaba un elemento esencial. Dado que, en virtud de la propia norma, la Comisión fija el plazo en el que el Estado interesado deberá suprimir o modificar un régimen de ayuda considerado incompatible con el mercado común, ¿a partir de qué momento puede declararse un incumplimiento de la obligación de atenerse a su Decisión, si no se ha fijado ningún plazo?

Esta argumentación, basada en una interpretación estrictamente literal sólo es sólida en apariencia.

Hace caso omiso de dos consideraciones:

- La primera, que se deriva igualmente de la norma, se basa en la propia Decisión. Si, según la versión francesa, la Comisión exigió que la República Federal de Alemania pusiera fin *«sans delai»* («inmediatamente») a la concesión no selectiva de primas a la inversión, la versión alemana emplea la expresión *«unverzüglich»* que mejor sería traducir como «sin demora». Lo cual quiere decir únicamente que el Estado destinatario de la Decisión debe obrar con la mayor diligencia para darle cumplimiento.

- La segunda observación se basa en la estructura general del apartado 2 del artículo 93. La Decisión que ha de tomar la Comisión acerca de la incompatibilidad de un régimen de ayuda con el mercado común constituye, recordémoslo, la conclusión de un procedimiento contradictorio. Fue precedida del requerimiento, dirigido a suscitar las observaciones de los Estados y los demás interesados; dichas observaciones fueron estudiadas por la Comisión y originaron, en la mayor parte de los casos, intercambios de pareceres con el Gobierno de que se trata. Este, advertido ya por el requerimiento está, por lo general, perfectamente informado, a través de dichos intercambios, de la postura de la Comisión.

Si, por consiguiente, el apartado 2 del artículo 93 exige que se fije un plazo para que el Estado se atenga a la Decisión, es únicamente a la Comisión a quien corresponde fijar dicho plazo, teniendo en cuenta, en particular, la duración de los procedimientos internos necesarios para la aplicación de su Decisión (Mégret, vol. IV, p. 393).

Dicho de otro modo, la Comisión dispone en este ámbito de una facultad de apreciación ampliamente discrecional. Si la modificación del régimen de ayuda implica, por ejemplo, la existencia de medidas legales, está claro que será necesario un período de tiempo bastante largo para que pueda concluirse el proceso legislativo.

Por el contrario, si la ejecución de la Decisión puede garantizarse a través de meras medidas administrativas, que puedan adoptarse inmediatamente, no hay razón para que la Comisión no pueda exigir que dichas medidas se hagan realidad lo más rápidamente posible, que se adopten, al menos, sin retrasos injustificados.

Ahora bien, eso es lo que ocurría en el presente caso. El mecanismo de concesión de primas a la inversión previsto en el artículo 32 de la Kohlegesetz pasa necesariamente por la expedición del certificado de conformidad. Para interrumpir la concesión de las primas a los inversores industriales bastaba pues con que el Ministro de Economía ordenase al Delegado federal para la industria carbonífera, sujeto a su autoridad, que suspendiese la expedición de los certificados. No era indispensable a este respecto ninguna fijación previa de plazo.

No creo que pueda criticarse a la Comisión el no haber señalado tal plazo a la República Federal para que pusiese fin a la concesión no selectiva de primas a la inversión, ya que las «medidas necesarias» al efecto consistían en meras instrucciones administrativas. No debe acogerse la argumentación de la República Federal sobre este punto. Además, las autoridades nacionales están obligadas a tomar todas las disposiciones necesarias para facilitar la plena efectividad de las Decisiones comunitarias y el Gobierno alemán no puede invocar disposiciones o prácticas de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de tales Decisiones (sentencias de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia, 48/71,- Rec. pp. 529 y ss., especialmente p. 534 y de 8 de febrero de 1973, Comisión/Italia, 30/72, Rec. p. 161). Por lo demás, cabe preguntarse incluso si el Gobierno de la República Federal puede aún invocar la falta de fijación de un plazo por la Comisión, por cuanto no interpuso a su debido tiempo un recurso de anulación contra su Decisión.

VI. *Existencia del incumplimiento*

Dicho lo cual, si se admite que la Decisión de la Comisión era vinculante para el Gobierno alemán, sin requisito de plazo, de ello no se deduce necesariamente que esté probado el incumplimiento imputado. Hay que examinar aún si el Gobierno se atuvo o no, de hecho, a lo establecido en dicha Decisión.

Se plantea, por tanto, una primera cuestión: ¿Estaba facultada la Comisión para ordenar la suspensión de la concesión indiferenciada de la ayuda a las inversiones, cuando se deduce claramente de la motivación de su Decisión que no condenaba dicho régimen en su totalidad, sino que únicamente deseaba, empleando criterios selectivos, limitar su aplicación a zonas territoriales perfectamente delimitadas?

¿No hubiera debido esperar para adoptar su Decisión a que concluyera el procedimiento de examen, es decir, hasta que se hubieran acordado dichos criterios con el Gobierno de la República Federal? En otras palabras, ¿no debería considerarse que al ordenar con carácter provisional la suspensión completa de la concesión de las primas a la inversión hasta que se alcance una solución definitiva la demandante ha tomado de hecho una medida de suspensión de la ejecución que, de acuerdo con el Tratado sólo hubiera sido legalmente admisible en relación con un proyecto de ayuda y no con una ayuda existente?

He dudado en proponer que no se acoja dicha interpretación. En efecto, en la medida en que la Comisión ha admitido en definitiva que la prórroga del régimen establecido por el artículo 32 de la Kohlegesetz únicamente debía adoptarse y hacerse selectiva, puede caerse en la tentación de pensar que no hubiera debido pronunciarse, en efecto, sino con pleno conocimiento de causa y después de haber determinado los Distritos en que podía continuar aplicándose dicho régimen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.

Si se adoptase dicha solución, resultaría claramente que la Decisión de 17 de febrero de 1971 no podía tener por sí sola efecto vinculante y sólo adquiriría fuerza ejecutiva el 16 de diciembre de 1971, cuando se hubiese completado con la enumeración de las ciudades o Landkreise en que se consideraba legal la concesión de primas.

En este supuesto, ni que decir tiene que el Tribunal de Justicia no podría sino desestimar el recurso, ya que la propia Comisión reconoce que el Gobierno federal se atuvo a su Decisión a partir de esta última fecha.

No me detendré, sin embargo, en esta solución, que me parece excesivamente «legalista» y que no tiene en cuenta suficientemente la realidad actual.

Adoptarla equivaldría, en efecto, a admitir que la concesión indiferenciada de primas hubiera podido continuar aún durante varios meses después del 24 de febrero sin que, por razones que expondré más adelante, sea posible exigir el reembolso de aquellas que fueron concedidas para inversiones efectuadas fuera de las zonas «incentivadas» selectivamente. Recordemos que el apartado 2 del artículo 93 confiere amplias facultades a la Comisión, que llegan hasta la supresión total de un régimen de ayuda. No me parece que la demandante haya sobrepasado sus facultades al ordenar la suspensión temporal de la concesión de las primas; entendió que, al obrar de este modo hacía que prevaleciera el interés comunitario sobre el de los industriales alemanes. Por lo demás, una vez determinados los Distritos en los que se ha reconocido que es conforme al Tratado la prórroga del régimen de ayuda, los inversores interesados recuperaban el ejercicio de su derecho a la reducción del impuesto. La única consecuencia que habrá tenido para ellos la Decisión será, en su caso, que se beneficien de la ayuda con algunos meses de retraso.

VII. *Problema de la devolución de ciertas primas concedidas después del 24 de febrero de 1971*

Queda aún la última cuestión planteada por las pretensiones de la demandante, referente a la aplicación de la Decisión a situaciones originadas con anterioridad al 24 de febrero de 1971.

Como hemos visto, la Comisión afirma que el Gobierno alemán no se atuvo a su Decisión, por el solo hecho de que, después que le fue notificada, no cursó instrucciones al Delegado federal de la Industria del Carbón

en el sentido de que no expidiese más certificados que confiriesen derecho a las primas a la inversión.

El Gobierno alemán no niega este hecho y reconoce que se expidieron efectivamente certificados entre el 24 de febrero de 1971 y mediados de diciembre de 1971.

Pero, ¿estaba facultada la Comisión para ordenar que se pusiese fin a la expedición de certificados sin tener en cuenta los derechos adquiridos con anterioridad a su Decisión o las situaciones jurídicas surgidas antes de que fuese notificada ésta?

Como he dicho, la Comisión sólo puede adoptar Decisiones en el marco del apartado 2 del artículo 93 para el futuro. Las Decisiones que adopta con arreglo a dicha disposición no tienen efecto declarativo. Entiendo por tal que sólo a partir del momento en que se pronuncia debe considerarse incompatible con el mercado común el régimen de ayuda de que se trata. Lo cual excluye, con toda seguridad, todo efecto retroactivo y no puede justificar, en todo caso, la devolución por parte de las empresas de primas que hubieren percibido anteriormente.

En el presente caso además, la Comisión no va tan lejos, no pretende en modo alguno exigir al Gobierno alemán que recupere las primas a la inversión vinculadas a cotizaciones fiscales pagadas antes del 24 de febrero de 1971.

Admite incluso que los industriales que hubieren obtenido antes de dicha fecha un certificado del Delegado federal continúen disfrutando del plazo suplementario previsto en el artículo 32 de la Kohlegesetz para proseguir los trabajos iniciados, conservando el beneficio de las primas a la inversión.

Pero, por el contrario, se propone obligar al Gobierno alemán a exigir la devolución de las primas cuando, por una parte, hayan sido concedidas en virtud de certificados expedidos después del 24 de febrero de 1971 y, por otra parte, dichas primas guarden relación con inversiones iniciadas después del 20 de agosto de 1970 o con solicitudes presentadas después de dicha fecha.

En realidad, me parece que este argumento tiene poco peso. Si se aceptasen las pretensiones de la Comisión, serían en definitiva solamente 18 empresas, según el Gobierno federal, las que estarían obligadas a la restitución, respecto a las inversiones efectuadas después del 20 de agosto de 1970; dichas inversiones ascendieron a un total de 33 millones de DM, que corresponden a primas a la inversión por importe de 3.300.000 DM.

Por limitado que sea, en definitiva, el interés económico del litigio, no por ello deja de plantear una cuestión de principio. Como ya he señalado, el mecanismo de las primas a la inversión establecido en el artículo 32 de la Kohlegesetz ofrece a las empresas varias opciones:

- En un primer supuesto, la solicitud del certificado y la consiguiente concesión de la prima sólo podían producirse después de que hubieren finalizado las obras.

- En un segundo supuesto, el certificado podía expedirse durante la realización de las obras, con lo que el interesado disponía además del período complementario para finalizar las obras.

- Por último, la solicitud podía ser anterior a cualquier compromiso de inversión; el certificado se expedía entonces en función de un proyecto que había de cumplir determinados requisitos.

A mi juicio, sólo en este último supuesto podía y debía ejecutarse inmediatamente la Decisión de la Comisión de exigir al Gobierno federal la suspensión sin demora de la expedición de certificados después del 24 de febrero de 1971, siempre que los interesados no hubieren presentado ya la solicitud de concesión.

Por lo que se refiere a los industriales que habían comprometido ya inversiones antes de dicha fecha y con mayor razón aquellos que habían financiado íntegramente las obras de creación o ampliación de establecimientos, podían legítimamente reclamar, con arreglo a su Ley nacional, el derecho a las primas a la inversión, siempre que el Delegado federal considerase que dichas inversiones se adecuaban a los objetivos de adaptación y mejora de la estructura económica de las regiones mineras. Ahora bien, la Comisión se basa únicamente, para afirmar que las primas de que han disfrutado dichos contribuyentes de acuerdo con los certificados expedidos después del 24 de febrero de 1971 debían ser devueltas, en el hecho de que las inversiones controvertidas hubieran debido emprenderse, o presentado las solicitudes, a más tardar el 20 de agosto de 1970. Pretende pues la Comisión conceder efectos retroactivos a la suspensión del régimen de ayuda a una fecha anterior a la Decisión y más concretamente, a la fecha de la comunicación que mandó publicar en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 14 de agosto de 1970, por entender que un período de seis días, a partir de la referida publicación, era suficiente, a su juicio, para que todos los interesados tuvieran conocimiento de la misma.

Este razonamiento me parece erróneo, ya que confiere a la comunicación un efecto que no puede tener. No se trata, en realidad, más que del primer elemento, desprovisto de cualquier efecto decisorio, de un procedimiento cuyo único acto ejecutivo lo constituye la Decisión que pone fin al mismo. En segundo lugar, el hecho generador de la prima a la inversión no es, al contrario de lo que afirma la Comisión, la expedición del certificado por el Delegado federal. Es el hecho mismo de haber emprendido y financiado las obras reconocidas como conformes a los objetivos del artículo 32 de la Kohlegesetz. Además, al consistir la prima en una reducción de la deuda fiscal del contribuyente, no se considera efectivamente percibida hasta el momento en que se fija el importe de la imposición. Según la lógica de la Comisión, ella podría haber ordenado, por consiguiente, que no se practicase

ninguna reducción del impuesto a partir de la notificación de su Decisión. El criterio, puramente arbitrario, de la expedición del certificado no se sustenta en ninguna base jurídica seria.

Por otra parte, la elección del 20 de agosto de 1970 como fecha límite para el comienzo de las inversiones no figura en modo alguno en la propia Decisión. Esa fecha se deduce del escrito remitido el 16 de diciembre de 1971 por la Comisión al Gobierno federal. Dicha elección, basada a mi juicio en una concepción inexacta de las facultades de la Comisión, implica asimismo una violación del principio de la protección de la confianza legítima, que de acuerdo con la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 1973, Comisión/Consejo (81/72, Rec. pp. 575 y ss., especialmente p. 599), constituye un principio general del Derecho comunitario.

Ante estas circunstancias, la única obligación que la Comisión estaba facultada a imponer al Gobierno federal era la de suspender la concesión indiferenciada de las primas a la inversión en el Land de Renania del Norte-Westfalia a partir del 24 de febrero de 1971, pero únicamente para las inversiones aún no efectuadas o para las solicitudes, referentes a proyectos, aún no presentadas en esa misma fecha.

Ahora bien, el Gobierno alemán ha afirmado, sin que nadie lo haya rebatido, que no se había expedido ningún certificado para tales inversiones o proyectos.

En consecuencia, no me cabe sino considerar que el citado Gobierno no ha incumplido las obligaciones que podía legalmente exigirle la Comisión, por lo cual propongo que se desestime el recurso de la Comisión y se condene en costas a la parte demandante.