

CONCLUSIONES EL ABOGADO GENERAL
SR. GERHARD REISCHL
presentadas el 2 de febrero de 1982 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Algunas empresas alemanas de armadores de buques pesqueros, en concreto «Nordsee» Deutsche Hochseefischerei GmbH, las empresas Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG y Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, que forman parte del grupo «Nordstern», y la empresa «Reederei Söhle» encargaron antes del 31 de diciembre de 1970, en el marco de un programa común, la construcción de trece buques-factoría de pesca del mismo tipo. Estos pedidos fueron cumplimentados y los buques se pusieron en servicio entre septiembre de 1972 y octubre de 1973.

En la primavera de 1973, cuando las citadas empresas tuvieron conocimiento de la posibilidad de percibir ayudas del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, conforme al Reglamento nº 17/64 del Consejo, de 5 de febrero de 1964 (DO 1964, pp. 585 y ss.), presentaron solicitudes de ayuda para cuatro buques, en concreto la empresa «Nordsee» para dos buques, «Reederei Söhle» para un buque y el grupo

«Nordstern» también para un buque. A principios de 1973, tras haber tenido noticias de que iban a adoptarse medidas en favor de una acción de reconversión del sector de la pesca de bacalao con arreglo al Reglamento nº 2722/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972 (DO 1972, L 291, pp. 30 y ss.), las citadas empresas presentaron en la primavera de 1973 *solicitudes* suplementarias, en el marco de ese programa, para otros cinco buques: la empresa «Nordsee», para dos buques; «Reederei Söhle» también para dos buques y el grupo «Nordstern» para uno. Para la construcción de los otros cuatro buques mencionados (dos de la empresa «Nordsee» y, respectivamente, uno de «Reederei Söhle» y otro del grupo «Nordstern»), las empresas no presentaron solicitudes de ayudas con cargo a los presupuestos comunitarios.

Las solicitudes presentadas fueron admitidas en parte. Así, en julio y agosto de 1974, la Comisión concedió y pagó, de conformidad con el Reglamento nº 17/64, ciertas cantidades de dinero a «Nordsee», a «Reederei Söhle» y al grupo «Nordstern» para la construcción de un buque por cada una de ellas. Por otra parte, basándose en un programa especial aplicable al sector de la

* Lengua original: alemán.

pesca de bacalao, la Comisión concedió, en junio de 1974, ciertas cantidades de dinero para la construcción de tres buques, en concreto, uno de la empresa «Nordsee», otro de «Reederei Söhle» y otro del grupo «Nordstern», y pagó dichas sumas en 1975. Una solicitud de ayuda presentada por «Nordsee» para la construcción de un buque fue retirada; por otra parte, se denegaron dos solicitudes de ayuda para la construcción de un buque de «Nordsee» y de otro buque de «Reederei Söhle».

Después de haber presentado todas las solicitudes se tuvo conocimiento, si no me equivoco, a través de un escrito de un funcionario del Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten de 10 de mayo de 1973, dirigido al «Verband der deutschen Hochseefischerien», del que llegó una copia a «Nordsee», de que los fondos comunitarios no bastaban para satisfacer todas las solicitudes presentadas. Por este motivo, «Nordsee», «Reederei Söhle» y tres empresas de armadores que forman parte del grupo «Nordstern» celebraron, el 27 de junio de 1973, un acuerdo conforme al cual las ayudas comunitarias se repartirían entre las firmantes de tal acuerdo, de forma que cada uno de los trece buques-factoría citados obtuviera una treceava parte del conjunto de la ayuda. El convenio también establecía que las partes contratantes dirimirían de común acuerdo todas las cuestiones derivadas del contrato y que, de no llegar a tal acuerdo, dichas cuestiones serían dirimidas definitivamente, excluyendo la vía judicial, por un árbitro que sería nombrado por la Cámara de Industria y Comercio de Bremen en el caso de que las partes no se pusieran de acuerdo

sobre la persona en que debiera recaer el nombramiento. Además, las empresas citadas también adoptaron el 27 de junio de 1973 un acuerdo complementario conforme al cual, en el supuesto de que uno o varios contratantes se vieran obligados a restituir en todo o en parte las ayudas debido a la existencia o la ejecución del convenio citado en primer lugar, las ayudas que no debieran restituirse se repartirían de nuevo, según las estipulaciones del acuerdo citado en primer lugar.

En 1976, cuando surgieron dudas sobre si los pagos compensatorios no crearían el riesgo de un reembolso de las ayudas a la Comisión y cuando el grupo «Nordstern» insistió, consiguientemente, en clarificar este extremo, «Nordsee» se puso en contacto con los servicios de la Comisión en el segundo semestre de 1976. Sus representantes averiguaron que la Comisión no consideraba admisible la puesta en un fondo común de las ayudas y que intentaría obtener la restitución de las ayudas que hubieran sido incluidas en dicho fondo.

Así, un funcionario del Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten informó a «Reederei Söhle» de que la Comisión consideraba muy importante que se hiciera una declaración de que no había creado ni se crearía ningún fondo común con las ayudas. En un télex dirigido por «Reederei Söhle», el 25 de noviembre de 1976, al citado ministerio, también en nombre de «Nordsee», se afirmaba que no las ayudas comunitarias no se habían incluido en ningún fondo común y que no existía ninguna obligación de este tipo ni ninguna

intención de obrar así. Esta comunicación fue transmitida a los servicios de la Comisión. Además, un representante del grupo «Nordstern» hizo declaraciones análogas ante un funcionario del mismo ministerio.

No obstante, «Nordsee» insistió en el cumplimiento del acuerdo de 27 de junio de 1973 y pidió a «Reederei Mond» y a «Reederei Friedrich Busse», ambas pertenecientes al grupo «Nordstern», una compensación —sobre cuya cuantía las partes no discuten— y el pago de intereses a partir del 1 de septiembre de 1975. Estas últimas se negaron a abonarle dicha cantidad arguyendo que el contrato de puesta en común era nulo con arreglo al artículo 139 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán; en lo sucesivo, «BGB»), por una parte, por no ser compatible con el Derecho comunitario en materia de subvenciones, que vincula las subvenciones a un proyecto concreto y, por otra parte, porque la reclamación de la ayuda infringía el artículo 242 del BGB ya que «Nordsee» debería restituir las ayudas a la Comisión.

En estas circunstancias, se recurrió al arbitraje previsto en el acuerdo, y, puesto que las partes no pudieron ponerse de acuerdo sobre la persona del árbitro, éste fue designado por la Cámara de Industria y Comercio de Bremen.

Al examinar el asunto, el árbitro llegó a la conclusión de que el derecho que alegaba la parte demandante dependía de la respuesta a la cuestión de si la creación de un fondo común con las ayudas comunitarias era

compatible con el Derecho comunitario en materia de subvenciones, tal y como resulta de los dos Reglamentos mencionados, el n° 17/64 y el n° 2722/72, así como del Reglamento n° 729/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970 (DO 1970, L 94, p. 13 y ss.; EE 03/03, p. 220). Si, a pesar de haberse alcanzado el objetivo principal de las ayudas —realización de los proyectos previstos— cupiera hablar de una «irregularidad», en el sentido del artículo 8 del Reglamento n° 729/79, en concreto porque las subvenciones CEE no pueden cederse sino que están vinculadas a un proyecto en el sentido de que sólo deben beneficiar a los proyectos subvencionados, «Nordsee», demandante en el procedimiento arbitral, no tendría ningún derecho. Por el contrario, en semejante situación, los Estados miembros debían haber adoptado medidas destinadas a recuperar las ayudas: también cabría esperar la recuperación inmediata por parte de la Comisión. Además, las declaraciones de las empresas que participaban del fondo común, mencionadas anteriormente y comunicadas a la Comisión, debían haberse interpretado en el sentido de que las empresas habían repudiado el acuerdo de creación del fondo común. Por lo demás, al admitir una irregularidad, ya no era posible deducir un derecho del acuerdo complementario de 27 de junio de 1976. Efectivamente, si procede calificar de irregularidad la creación de un fondo común, también debe considerarse que el acuerdo sobre creación de otro fondo común constituye una infracción del Derecho comunitario en materia de subvenciones y admitir su nulidad, conforme al artículo 134 del BGB. Pero, puesto que el árbitro alberga dudas respecto a la interpretación del Derecho en materia de subvenciones y a la cuestión de qué debe entenderse exacta-

mente por «irregularidad», considera oportuno solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.

A este respecto, el árbitro, naturalmente, también tropieza con el problema de si tiene derecho a plantear cuestiones al Tribunal de Justicia conforme al artículo 177. Considera plausible una respuesta afirmativa a esta cuestión, si bien, hasta la fecha, en la jurisprudencia se ha partido de la base de que únicamente los tribunales ordinarios de la organización judicial nacional tienen la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. A este respecto, el árbitro del presente asunto parte de la idea de que, como tal, está obligado a aplicar el Derecho material y el Derecho comunitario con la misma exactitud que los órganos jurisdiccionales ordinarios, que debe observar un procedimiento que respete las formas procedimentales y que es independiente al dictar su laudo, motivo por el cual es relevante que haya sido designado por la Cámara de Industria y Comercio; además, señala que, debido a la exclusión de la vía jurisdiccional, su bando es definitivo, lo que, conforme al artículo 1040 de la Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil alemana; en lo sucesivo, «ZPO»), implica que tiene los mismos efectos que una sentencia con fuerza de cosa juzgada y también que los laudos dictados en procedimientos de ejecución o en procedimientos de anulación sólo están sometidos, conforme a los artículos 1041 y 1042 de la ZPO, a un control limitado pero no a un control de la aplicación del Derecho como lo efectúa un tribunal de casación. Además, a este respecto el árbitro se remite al sentido y a la finalidad del procedimiento prejudicial,

consistente en garantizar una aplicación uniforme del Derecho, lo cual, habida cuenta de las limitadas posibilidades de control aplicables a los laudos, no quedaría garantizado de la misma manera si la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia se limitara a los procedimientos de ejecución y de nulidad.

En consecuencia, mediante resolución de 22 de abril de 1981 suspendió el procedimiento en el asunto pendiente ante él y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) Un tribunal arbitral alemán, que no debe juzgar en equidad sino conforme a la ley y cuyo laudo produce, entre las partes, los efectos de una resolución judicial con fuera de cosa juzgada (artículo 1040 de la Zivilprozessordnung), ¿es competente para plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial con arreglo al párrafo segundo del artículo 177 del Tratado CEE?
- 2) El hecho de que los beneficiarios de ayudas del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación» para proyectos análogos (construcción de buques-factoría para la pesca) acuerden, tras solicitar ayudas comunitarias pero antes de la concesión de las mismas, que las ayudas concedidas tras la puesta en servicio y pago de los buques se repartirán (se creará con ellas un fondo común) entre ellos en función del número total de buques del

mismo tipo que hayan construido y puesto en servicio, es decir, habida cuenta también de los buques para los que no se haya concedido ninguna ayuda pero que sean de tipo similar, y, a continuación, repartan las ayudas de que se trate conforme a este acuerdo, ¿constituye, en el sentido del Derecho comunitario, especialmente, en el sentido de los Reglamentos del Consejo n° 17/64/CEE, de 5 de febrero de 1964; (CEE) n° 729/70, de 21 de abril de 1970, y (CEE) n° 2722/72, de 19 de diciembre de 1972, una irregularidad que da lugar a la recuperación, total o parcial, de las cantidades concedidas?»

Respecto a este asunto formularé las siguientes consideraciones:

I. En primer lugar, procede analizar la *admisibilidad de la cuestión prejudicial*, esto es, el planeamiento al Tribunal de Justicia de una cuestión formulada por un árbitro que ha sido designado para dirimir un litigio con arreglo a un acuerdo privado.

Esta cuestión previa debe apreciarse de oficio e independientemente de que también es objeto de la primera de las cuestiones planteadas por el árbitro. Por lo demás, en el presente procedimiento sólo se trata —y el procedimiento principal no requiere más— de clarificar la competencia del juez que se ha dirigido *efectivamente* al Tribunal de Justicia; por tanto, no procede efectuar una *interpretación general* del artículo 177 respecto a la competencia jurisdiccional del árbitro que —como muestran claramente las

observaciones presentadas en el presente asunto— se manifiesta en varios aspectos.

1. A este respecto, es importante señalar que el árbitro que ha dictado la resolución de remisión no debe dirimir en equidad, sino en derecho y que estas actividades están reguladas, en sus distintos aspectos, en la ZPO (artículos 1025 y ss.). Así, el artículo 1034 contiene algunas normas elementales de procedimiento con garantías propias de un Estado de Derecho. Según este artículo, antes de dictar laudo, el árbitro debe oír a las partes e investigar los hechos que dieron lugar al litigio; además, los abogados no pueden ser recusados como mandatarios *ad litem*. El artículo 1039 precisa que el laudo arbitral debe presentarse en la secretaría del tribunal competente; el artículo 1040 establece que un laudo arbitral produce entre las partes efectos idénticos a los de una resolución judicial que tenga fuerza de cosa juzgada. No obstante, procede señalar a este respecto que estos efectos siguen siendo menores a los de una resolución dictada por un tribunal nacional, porque el laudo arbitral no se tiene en cuenta de oficio sino únicamente cuando una parte lo propone como excepción (véase la sentencia del Bundesgerichtshof de 11 de abril de 1958 reproducida en la *Neue Juristische Wochenschrift* de 1958, p. 950), y porque las partes pueden privar convencionalmente a un laudo arbitral de la autoridad de cosa juzgada (véase la sentencia del Oberlandesgericht Bremen de 14 de diciembre de 1956, reproducida en la *Neue Juristische Wochenschrift* de 1957, p. 1035). El artículo 1041 regula además las causas por las que se puede anular un laudo arbitral y, a este respecto, procede señalar particularmente que no

existe un control amplio de la aplicación correcta del Derecho sino que, por lo que se refiere al contenido del laudo arbitral, el examen sólo se refiere a la cuestión de si viola las buenas costumbres o el orden público. Por último, el artículo 1042 dispone también que la ejecución forzosa del laudo tendrá lugar cuando el mismo se declare ejecutorio. La declaración necesaria a este respecto *la emite el tribunal ordinario*, cuya competencia se determina conforme a los artículos 1045 y 1046 de la ZPO y debe denegarse si el laudo adolece de alguna de las causas de anulación contempladas en el artículo 1041.

2. La admisibilidad de una cuestión prejudicial suscitada en un procedimiento arbitral no puede deducirse de la *jurisprudencia anterior*, la cual ya se ha ocupado en varias ocasiones de cuestiones procedentes de órganos jurisdiccionales no estatales. Evidentemente todos los criterios considerados importantes en los asuntos 61/65¹ y 246/80,² que deben tenerse en cuenta a este respecto, no se cumplen en el presente asunto.

a) Por lo que se refiere a la sentencia dictada en el asunto 61/65, es preciso reconocer que también aparecen en el presente asunto algunos elementos que, en aquella sentencia, revistieron importancia para admitir el carácter de órgano jurisdiccional

y la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. Así, en este asunto el órgano que ha dictado la resolución de remisión debe emitir su decisión conforme a normas jurídicas y el procedimiento ante él se desarrolla conforme a normas correspondientes a las que se aplican a los órganos jurisdiccionales ordinarios; asimismo, la instancia que dirime el litigio está regularmente constituida conforme al Derecho nacional, lo cual debe afirmarse de los tribunales arbitrales porque, conforme al Derecho procesal alemán, se consideran instancias competentes para dirimir litigios.

Además, en la sentencia citada, el Tribunal de Justicia también consideró importante que se tratara de un órgano *permanente* y que dispusiera de competencia forzosa, atribuida por el Estado para conocer de litigios definidos de manera general. A este respecto es sabido que la Comisión considera posible admitir que lo mismo sucede en caso de tribunales arbitrales como el del presente asunto, con la única condición de que no se tenga en cuenta el tribunal arbitral concreto, sino el hecho de que la competencia jurisdiccional del árbitro es, *como tal*, una institución permanente de la jurisprudencia, prevista en el ordenamiento jurídico y, por tanto, que éste último disponga, respecto a la competencia jurisdiccional arbitral, de un marco general de competencia sin el cual las cláusulas compromisorias de Derecho privado carecerían de relevancia.

Sin embargo, no sólo cabe dudar de que tal consideración sea justificable. En cualquier

¹ Sentencia de 30 de junio de 1966, (61/65, -- Rec. p. 377).

² Sentencia de 6 de octubre de 1981, Broekmeulen (246/80, -- Rec. p. 2311).

caso es absolutamente cierto que, en el presente asunto, faltan los elementos que se consideraron importantes en el asunto 61/65, es decir, una cooperación de la autoridad pública, prestada por un ministro, en la composición del tribunal arbitral y una influencia en la configuración del reglamento de procedimiento.

b) Lo mismo cabe decir si se considera la sentencia dictada recientemente en el asunto 246/80, en el que se trataba de una cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por un organismo —denominado Comisión de apelación— de una asociación de Derecho privado de médicos neerlandeses. En efecto, para su admisión no sólo fue importante que esta Comisión hubiera sido designada por cinco años y que, por tanto, no se tratara de una actividad única de un organismo encargado de dirimir litigios. Evidentemente, también revistió importancia el hecho de que era patente la influencia del poder público, por una parte porque el reglamento de régimen interno de la asociación sólo podía modificarse de común acuerdo con el ministro competente y, por otra parte, porque esta Comisión se había constituido en cooperación tanto con la facultad de medicina como con el ministro competente.

3. Por tanto, el problema determinante consiste en saber si, al aplicar el artículo 177, se puede ir mucho más lejos que en los citados asuntos y admitir que tribunales arbitrales como los descritos anteriormente, constituidos conforme al Derecho privado, puedan ser considerados órganos jurisdiccionales en el sentido de esa disposición.

A este respecto, en el transcurso del procedimiento —pero también la doctrina discute vivamente la cuestión— hubo una profunda discusión desde distintos puntos de vista: las partes demandadas en el procedimiento principal y la Comisión tomaron partido por una respuesta afirmativa, mientras que los Gobiernos del Reino Unido, de la República Italiana y del Reino de Dinamarca expresaron reservas de distinta intensidad. Así, es evidente que la solución del problema planteado dista de ser fácil y que tiene considerable importancia para el desarrollo del Derecho comunitario, para el trabajo del Tribunal de Justicia y para la competencia jurisdiccional arbitral de Derecho privado.

a) Es conveniente comenzar el examen de esta cuestión ateniéndose al *tenor literal* del artículo 177 del Tratado CEE.

En apoyo de su tesis el Gobierno del Reino Unido se basa fundamentalmente en dicho tenor. Considera que la expresión «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» y las locuciones equivalentes de las demás versiones lingüísticas así como la utilización del término «fallo» y los términos correspondientes que figuran en las otras versiones abogan por la idea de que esta disposición sólo se refiere a las instituciones oficiales de los Estados, investidas de una facultad propia de soberanía, pero no a los tribunales arbitrales, que no dictan sentencias sino laudos, los cuales basan su autoridad en un acuerdo entre partes y cuyo contenido sólo adquiere apariencia de autoridad a través de actos de los órganos jurisdiccionales estatales.

En realidad, no se puede negar acierto y fuerza convincente a esta tesis, sobre todo a la referencia al término «fallo». Pero, por otra parte, tampoco se puede negar —como recuerda el representante de la Comisión— que, al elaborar el Tratado, no se reparó suficientemente en la problemática de la competencia jurisdiccional arbitral. Por ese motivo no se puede admitir sin más que los citados términos fueran elegidos con la intención evidente de excluir del ámbito de aplicación del artículo 177 precisamente a los árbitros. También puedo recordar que, —como señalé en mis conclusiones presentadas en el asunto 246/80— es perfectamente posible pensar que los autores del Tratado quisieron principalmente atribuir a las citadas fórmulas la función de negar la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia por un lado, a los órganos jurisdiccionales de Estados terceros o a los órganos jurisdiccionales internacionales y, por otro lado, a las *partes* de un procedimiento judicial así como a los Estados miembros y a sus *autoridades no judiciales*.

Por tanto, considero que el tenor literal del artículo 177 no proporciona por sí sólo una base cierta para resolver, en el sentido sugerido por el Gobierno británico, el problema que nos ha sido planteado.

b) Además, procede preguntarse qué se deriva del sentido y de la *finalidad del artículo 177* en relación con el artículo 164 del Tratado CEE, conforme al cual, una de las tareas importantes del Tribunal de Justicia consiste en velar por la aplicación exacta

y uniforme del Derecho comunitario en la medida en que ello revista importancia en un litigio nacional.

A este respecto, se ha alegado que ello incitaría a insistir menos en el *status* del órgano encargado de resolver los litigios que en su *función*, al interpretar el artículo 177. Desde este punto de vista, sería oportuno incluir también a los árbitros privados en el ámbito de aplicación del artículo 177, en cualquier caso en la medida en que apliquen normas de procedimiento similares a las de los tribunales estatales, resuelvan no en equidad, sino en derecho y sus laudos tengan los mismos efectos que las resoluciones de una autoridad judicial, es decir, que tengan fuerza de cosa juzgada y sean ejecutorios y los órganos jurisdiccionales estatales sólo deban efectuar controles complementarios muy limitados. También sería inadmisibles considerar que este ámbito tan importante de la jurisprudencia, que sustituye a la actividad de los órganos jurisdiccionales nacionales y en la que el Derecho comunitario no desempeña un papel completamente subordinado, escape al mecanismo del artículo 177 y, así, admitir que una parte importante de la realidad jurídica se desarrolle, en ciertos casos, divergiendo del Derecho comunitario.

aa) Nadie puede negar que con ello se vislumbra una base importante a favor de una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. Por el contrario, algunas objeciones a la misma pueden descartarse con relativa facilidad.

i) Así puede afirmarse respecto a la tesis del Gobierno británico, conforme a la cual el sentido del artículo 177 consiste en garantizar que los procedimientos nacionales no desconozcan los *objetivos del Tratado*. Pero, en su opinión, es harto improbable que cuestiones relativas a objetivos importantes del Tratado surjan en procedimientos arbitrales privados; por el contrario, es de suponer que las cuestiones relativas a las restricciones a la importación, a las ayudas, a la libre circulación, al derecho de establecimiento y a la libre circulación de servicios sólo revestirán importancia en estos procedimientos excepcionalmente.

En efecto, esta alegación olvida que el artículo 177 no sólo se refiere a objetivos esenciales del Tratado, sino pura y simplemente al Derecho comunitario. Al menos, ciertos ámbitos de este Derecho —especialmente, según las observaciones de la parte demandada, las cuestiones relativas al artículo 30 y al artículo 85— pueden perfectamente ser relevantes en procedimientos arbitrales. Dificilmente puede afirmarse que constituyan casos particulares aislados, que pueden fácilmente dejarse de lado, mientras que esta manera cuantitativa de considerar las cosas, que puede corregirse fácilmente por la evolución, parece plausible al interpretar las disposiciones del Tratado.

ii) Lo mismo sucede con el temor de que las declaraciones relativas al Derecho comunitario emitidas a instancias de árbitros privados, pudieran parecer desprovistas de valor por no ser respetadas y también con la observación de que las decisiones judiciales sólo tienen sentido en relación con

órganos jurisdiccionales auténticos, puesto que sus decisiones se publican y, de esta forma, influyen en la evolución del Derecho, lo que no puede decirse de los árbitros privados, especialmente cuando no son instituciones permanentes.

Efectivamente, en el presente asunto debemos ocuparnos de un tribunal arbitral que decide conforme a Derecho: por tanto, está obligado a respetar el Derecho comunitario, que forma parte del Derecho público y que es obligatorio, motivo por el cual puede perfectamente admitirse que tal tribunal esté vinculado por una decisión prejudicial relativa al Derecho comunitario. Aunque, por otra parte, deba admitirse que un tribunal arbitral creado para *un solo* asunto sólo dicta un laudo que, en principio, sólo conocen las partes y que no tienen ninguna influencia en la evolución del Derecho, no puede olvidarse que lo mismo sucede con numerosas resoluciones de los órganos jurisdiccionales estatales. Además, se ha señalado acertadamente que, cuando interviene el Tribunal de Justicia, el efecto esencial para el Derecho comunitario deriva de la decisión prejudicial y ésta siempre se publica.

iii) Además, no se puede compartir el argumento conforme al cual no es necesario facultar a los tribunales arbitrales para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, porque las cuestiones de Derecho comunitario que se suscitan en dichos procedimientos siempre pueden clarificarse a iniciativa del órgano jurisdiccional de Derecho común que deba efectuar ciertos controles en el marco del procedimiento de

ejecución o ante la cual se solicite, en su caso, la anulación del laudo arbitral.

En efecto, a este respecto no sólo se recuerda, acertadamente, el principio de economía procesal, que, en el marco de la competencia jurisdiccional estatal, ya ha permitido a instancias inferiores plantear cuestiones prejudiciales. También reviste importancia el hecho de que —como se ha explicado convincentemente— los laudos arbitrales generalmente se reconocen y ejecutan, de forma que no llega a producirse la intervención de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Además, no hay que olvidar que, según el Derecho alemán —como, al parecer, según otros muchos ordenamientos jurídicos—, el control del contenido de los laudos se limita a los aspectos de «infracción de las buenas costumbres» e «infracción del orden público». Además, la fundamentación de los laudos no se examina desde el punto de vista de la observancia de disposiciones coercitivas de Derecho material no público, de forma que puede afirmarse que sólo una parte —quizás modesta— del Derecho comunitario, que desempeña un papel en el procedimiento arbitral, también puede ser objeto de debate en un procedimiento judicial subsiguiente.

iv) Además, tampoco me parece convincente la observación del representante del Gobierno británico conforme a la cual todos los Estados miembros están vinculados por el Protocolo de 29 de septiembre de 1923, relativo a la Validez de las Cláusulas de Arbitraje o por el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de

1958, de lo que se desprende la obligación de reconocer los convenios que contengan cláusulas compromisorias y, en consecuencia, no se puede reconocer a otras instancias ninguna facultad decisoria.

En realidad —si se piensa en las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en asuntos prejudiciales— no debe olvidarse que reconocer una posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia no significa trasladar la competencia decisoria para dirimir cada litigio, la cual continúa correspondiendo en cada caso al juez del asunto principal. Por este motivo, las citadas disposiciones no permiten formular objeciones relativas precisamente a la práctica jurídica británica, conforme a la cual hasta 1979 los órganos jurisdiccionales ordinarios podían intervenir en gran medida en un procedimiento arbitral a petición de las partes, con objeto de clarificar ciertas cuestiones previas y conforme a la cual actualmente dicha práctica sigue siendo lícita, en cierta medida, a pesar de la normativa de 1979, restrictiva en esta materia.

v) Por último, tampoco me ha impresionado la consideración, formulada asimismo por el Gobierno británico, conforme a la cual la aplicación del artículo 177 a los procedimientos arbitrales haría temer consecuencias prejudiciales para los tribunales arbitrales que existen en algunas grandes ciudades de la Comunidad. A este respecto, el Gobierno británico considera que, puesto que numerosas partes que participan en procedimientos arbitrales no consentirían una intervención del Tribunal de Justicia,

habría que temer un traslado de estos tribunales arbitrales fuera de la Comunidad, lo que implicaría, en parte, una pérdida de exportaciones invisibles, así como la disminución de la influencia de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, cuya aplicabilidad sería frecuentemente objeto de acuerdo, en provecho de la influencia de ordenamientos jurídicos extraños a la Comunidad.

Considero que, con ello, se está sobreestimando un cierto peligro, que posiblemente exista. No hay que olvidar que el Segundo Congreso de Arbitraje Internacional, celebrado en Rotterdam en 1966, se pronunció a favor de la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y, por tanto, no estoy dispuesto, como tampoco la mayor parte de los participantes en dicho Congreso, a atribuir una importancia decisiva a estas consideraciones.

bb) Además, existen *dudas cuya importancia es mucho mayor* y que ciertamente pueden hacer vacilar a la hora de autorizar a los árbitros privados para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 177.

i) Ante un texto que no es completamente claro, debemos plantearnos la cuestión de si realmente es preciso admitir que los autores del Tratado comprendieron la necesidad de extender el artículo 177 a los tribunales arbitrales y admitieron que también debía garantizarse en este ámbito una aplicación uniforme y exacta del Derecho comunitario. Se puede perfectamente dudar de ello no

sólo desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos que excluyen completamente la posibilidad de controlar los laudos arbitrales, sino también desde el punto de vista de aquéllos que, como el Derecho alemán, sólo admiten, en el control de los laudos, un examen limitado desde el punto de vista del orden público y de la violación de las buenas costumbres. Si admitimos que el Derecho material nacional no se aplica correctamente en los laudos arbitrales y, por consecuencia, no se ve ningún peligro para la evolución del Derecho debido a que no se ha adoptado ninguna medida para su aplicación permanente y exacta, me parece difícil, habida cuenta del Derecho comunitario, considerar necesarios requisitos más estrictos. En cualquier caso, en la medida en que los laudos arbitrales pueden ser controlados desde los dos puntos de vista que acabo de citar, podemos tranquilizarnos pensando que, de esta forma, se observan también principios generales del Derecho comunitario y que, desde este punto de vista, los órganos jurisdiccionales ordinarios tienen la posibilidad, en el marco de un procedimiento de ejecución o de anulación, de pedir una clarificación presentando solicitudes de decisión prejudicial.

Sin embargo, también surgen dudas desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos que admiten un control completo de los laudos arbitrales por parte de órganos jurisdiccionales ordinarios. En efecto, cuando se configuran de esta forma las vías jurídicas, se podría pensar que en el procedimiento arbitral no existe ninguna necesidad imperiosa de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, porque la finalidad de dicha cuestión también puede alcanzarse en

procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios que la parte que se considere lesionada por una aplicación incorrecta del Derecho comunitario procurará incoar.

En mi opinión, es indiscutible que consideraciones de este tipo pueden desvirtuar una tesis que, en contra del tenor literal del artículo 177, se base fundamentalmente en el sentido y la finalidad del mismo.

ii) La tesis —que se encuentra ocasionalmente en la doctrina— conforme a la cual la inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 177 de los tribunales arbitrales que deben dirimir en Derecho, debería abocar, en algunos casos, a imponer a estos tribunales *una obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia*. Así sucede ciertamente cuando se excluye completamente el examen de los laudos arbitrales por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios. También cabría admitir dicha obligación cuando dicho examen es tan limitado que en el procedimiento judicial únicamente podría tenerse en consideración, como mucho, una pequeña parte del Derecho comunitario, en concreto, la que se refiere al orden público. Tampoco llego a comprender cómo puede evitarse este resultado arguyendo, por una parte, que el conjunto del sistema del artículo 177 se ha concebido para los órganos jurisdiccionales estatales, de manera que sólo puede aplicarse a éstos la obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y, por otra parte, que, en el marco de la jurisdicción ordinaria, los recursos a menudo sólo permiten un examen limitado, sin que ello dé lugar a la obligación de plantear

cuestiones al Tribunal de Justicia. Efectivamente, si se aplica el artículo 177 de manera general a los tribunales arbitrales, habrá que hacerlo completamente y, por tanto, no se podrá olvidar, por lo que se refiere a la *obligación* de plantear cuestiones prejudiciales, que el sentido y la finalidad de esta disposición, que en lo demás se invoca, consiste en velar por una aplicación uniforme y correcta del Derecho. Por otra parte, respecto a los recursos existentes en la jurisdicción ordinaria, no tengo la impresión de que, por regla general, únicamente den lugar a un control jurídico limitado; pero, en el supuesto de que sea así, considero inevitable plantearse la cuestión de la aplicación del párrafo tercero del artículo 177.

Si se adopta esta tesis, habrá que considerar, no obstante, inconcebible que tal resultado —derecho y *obligación* de los tribunales arbitrales de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia— sea el que efectivamente perseguía el legislador. A este respecto, habrá que pensar en el riesgo, difícilmente cuantificable, del aumento de trabajo del Tribunal de Justicia, que, de esta forma lo apartaría de su misión propia en provecho de litigios privados, a menudo poco importantes, de carácter comunitario. También habrá que admitir que ello constituiría una intromisión difícilmente soportable en la jurisdicción arbitral. A este respecto es significativo que, de esta forma, se reconoce a las partes la posibilidad de obtener, excluyendo a los tribunales, una solución rápida del litigio, que les permite evitar la publicidad y les ocasiona gastos relativamente modestos. Es cierto que estas ventajas se verían, en gran medida, reducidas a la

nada mediante un procedimiento prejudicial obligatorio, aunque hubiera que admitir que, debido a la brevedad del procedimiento prejudicial y a su tramitación prioritaria, apenas se producirían dilaciones importantes.

iii) Una consideración aboga a favor de la hipótesis conforme a la cual, al interpretar el artículo 177, hay que insistir menos en la cuestión de si se trata de laudos arbitrales reconocidos por los poderes públicos y dictados tras un procedimiento legalmente establecido —lo que, como ha señalado el representante del Gobierno italiano, cabe decir de una serie de decisiones puramente *administrativas*— y tener predominantemente en cuenta la organización soberana del órgano autorizado para plantear cuestiones al Tribunal de Justicia, de forma que habrá que considerar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 177 únicamente los órganos jurisdiccionales estatales, o, como mucho, las instancias en las que los poderes públicos ejerzan una gran influencia: esta interpretación es la que mejor garantiza que se planteen cuestiones prejudiciales lógicas y necesarias. De hecho, si se aplica el artículo 177 conforme a su sentido y su finalidad, no se podrá renunciar a una garantía de estas características, similar al empleo de un filtro eficaz.

A este respecto se suscitan efectivamente serias dudas por lo que se refiere a numerosos tribunales arbitrales *ad hoc*, si bien no cabe decir lo mismo respecto a tribunales arbitrales *permanentes*. Puesto que, a menudo, no están compuestos por juristas y frecuentemente las partes no tienen repre-

sentantes que hayan recibido una formación jurídica, ciertamente no puede esperarse que estos tribunales planteen cuestiones claramente determinadas y de importancia decisiva para el Derecho comunitario. También existe el peligro de abusar del procedimiento prejudicial; se podrían construir artificialmente litigios que darían lugar a sentencias prejudiciales de interés puramente académico y que claramente no podrían evitarse de forma eficaz exigiendo el cumplimiento de requisitos estrictos en la exposición de la relevancia de las cuestiones prejudiciales planteadas para la decisión que deba recaer.

iv) Por último, el representante del Gobierno británico también ha señalado que los términos empleados en el artículo 177 —«órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros»— exige la *atribución* a un Estado miembro. Ello podría plantear problemas considerables en el caso de un tribunal arbitral creado para un asunto particular que presentara carácter internacional. Se podría emplear como criterio la sede de dicho tribunal; de hecho, si dicho lugar fuera de libre elección, quizás no fuera único; para la localización se podría pensar en el Derecho procesal aplicable —según la voluntad de las partes— o en el Derecho material aplicable al acuerdo controvertido y eventualmente —dejando al margen la nacionalidad de las partes— tener en cuenta el lugar en que se dicta el laudo o, incluso, el tribunal competente para la declaración del *exequatur*.

No sé si se pueden minimizar los problemas suscitados y, por tanto, aceptar que tales

«zonas grises», como las ha calificado en la vista el representante de la Comisión, se clarifiquen poco a poco. En mi opinión, habida cuenta de estas dificultades, es posible defender la tesis de que hay que admitir que, mediante las fórmulas elegidas para el artículo 177, los autores del Tratado no quisieron incluir a los tribunales arbitrales.

c) Si se piensa en todos estos hechos, sólo cabe, en mi opinión, llegar a la conclusión de que, en el fondo, hay más argumentos *en contra* que a favor de que la cuestión prejudicial concreta que se ha planteado en el presente asunto deba ser considerada admisible. Pero, puesto que el problema planteado se ha tratado de manera extremadamente controvertida y seguirá siéndolo, no terminaré mis consideraciones con esta afirmación, sino que, con carácter subsidiario, expondré además, lo que pienso que debe considerarse respecto a los problemas materiales de la cuestión prejudicial.

II. Materialmente el árbitro pide que se dilucide si acuerdos como los que deben juzgarse en el procedimiento principal y su ejecución constituyen «irregularidades» en el sentido de los Reglamentos n^{os} 17/64, n^{os} 729/70 y n^{os} 2722/72, que dan lugar a la recuperación, completa o parcial, de las ayudas concedidas por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación».

Las empresas alemanas armadoras de buques de pesca en alta mar, mencionadas al

comienzo de estas conclusiones, habían convenido, después de solicitar ayudas comunitarias pero antes de que éstas fueran concedidas, que las ayudas acordadas tras la puesta en servicio y pago de los buques se repartirían entre ellas en función del número total de buques del mismo tipo que hubieran construido y puesto en servicio, es decir, teniendo en cuenta también los buques para los que no se habían presentado solicitudes o éstas se habían retirado o respecto a los cuales se hubiera denegado expresamente la ayuda. Como resulta de la resolución de remisión, a excepción de tres casos los buques de que se trata aún no se habían puesto en servicio en la fecha en que se presentaron las solicitudes.

1. Antes de examinar esta cuestión me gustaría exponer brevemente el contenido de los citados Reglamentos comunitarios.

a) Así, el Reglamento n^o 17/64, relativo a las condiciones de la aportación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, dispone, en su artículo 13, que las ayudas financieras se concederán para los proyectos respecto a los cuales se hubieran presentado solicitudes a la Comisión. El Anexo del Reglamento de la Comisión n^o 45/64 (DO 1964, 71, pp. 1117 y ss.) enumera las indicaciones detalladas que deben acompañar a las solicitudes. Según este Reglamento, es preciso, entre otros, identificar exactamente al solicitante y al beneficiario, según la actividad principal y la situación económica; además, se exige describir las acciones proyectadas —acompañando la descripción

con un presupuesto estimado global de los costes totales, con un programa de ejecución y de los efectos esperados, y, por último, proporcionar información detallada sobre la financiación prevista.

El artículo 14 del Reglamento nº 17/64 fija los criterios generales a los que deben atenerse los proyectos que pretendan obtener ayudas. En él, se indica, entre otros, que un proyecto debe «ofrecer una garantía suficiente en cuanto al efecto económico de mejora de la estructura agrícola efectuada»; el Reglamento exige, además, que dichos proyectos estén destinados «a hacer o a mantener económicamente viables explotaciones agrícolas y a garantizar el aumento de su capacidad competitiva». Por lo que se refiere a la intervención del Fondo consistente en subvenciones económicas, el artículo 17 precisa que dicha intervención no debe alterar las condiciones competitivas de forma incompatible con los principios contenidos en las disposiciones del Tratado en la materia.

El artículo 18 dispone que, para un proyecto dado, las subvenciones concedidas por el Fondo no deben superar el 25 % de la inversión realizada; que la participación económica del beneficiario de la mejora realizada debe ser, por lo menos, del 30 % y que el Estado miembro en cuyo territorio debe ejecutarse el proyecto participe en la financiación.

El artículo 21 establece que la *Comisión* decidirá la concesión de la ayuda, tras consultar con el Comité del Fondo sobre los

aspectos financieros y, especialmente, sobre los medios económicos disponibles; esta decisión «se notificará al Estado miembro interesado y a los beneficiarios».

Por último, el artículo 22 establece que las subvenciones se concederán a las personas que soporten en último término todo o parte de la carga económica de la realización de proyecto. Además, dispone que, mientras dure la intervención del Fondo, la autoridad o el organismo designado a tal efecto por el Estado miembro interesado transmitirá a la Comisión todos los certificados justificativos o documentos de cualquier clase aptos para probar que se cumplen las condiciones económicas o de otro tipo impuestas para cada proyecto y que, en caso de necesidad, la Comisión puede efectuar un control sobre el terreno. Además, se precisa que, en el supuesto de que no se cumplan estos requisitos, la ayuda del Fondo puede suspenderse, reducirse o suprimirse y que la Comisión adoptará una decisión sobre los aspectos económicos.

b) El *Reglamento nº 729/79*, sobre la financiación de la Política Agrícola Común (DO 1970, L 94, pp. 13 y ss.; EE 03/03, p. 220), citado en segundo lugar, dispone en su artículo 8 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurarse de la realidad y de la regularidad de las operaciones financiadas por el Fondo, prevenir y perseguir las irregularidades y recuperar las sumas perdidas como consecuencia de irregularidades o de negligencias. El apartado 1 del artículo 9 establece que los Estados miembros adoptarán todas las medidas que puedan facilitar la realiza-

ción de los controles que la Comisión considere útiles en el marco de la gestión de la financiación comunitaria, incluyendo verificaciones sobre el terreno.

c) Del artículo 2 del *Reglamento n° 2722/72*, relativo a la financiación por el Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación», de una acción de reconversión del sector de la pesca de bacalao, que también procede tener en cuenta, se deduce que, entre otros, sólo pueden ser objeto de ayudas a cargo del Fondo, proyectos que ofrezcan una garantía suficiente respecto al efecto económico duradero de la mejora de la estructura proyectada.

El artículo 5 establece los requisitos técnicos que deben cumplir determinados equipamientos, contemplados en la letra a) del apartado 3 del artículo 1.

El artículo 4 establece que cualquier solicitud de ayuda —respecto a cuyo contenido el Anexo I del Reglamento n° 1462/73 (DO 1973, L 1145, p. 11) exige algunas indicaciones, entre ellas la prueba de la rentabilidad— deberá ir acompañada de un análisis económico; el artículo 6 dispone que, para cada solicitud de ayuda, el Estado miembro interesado someterá a la Comisión un estudio económico justificativo que muestre la existencia, para la realización del proyecto, de una relación adecuada entre la producción de los productos de la pesca de que se trate y las posibilidades de comercialización.

El artículo 11 contiene disposiciones paralelas a las de los artículos 17 y 18 del Reglamento n° 17/64 y asimismo, el artículo 13 se corresponde con el artículo 22 de dicho Reglamento.

Según el artículo 14, la Comisión adoptará una decisión sobre las solicitudes que se le presenten; en virtud del artículo 15, esta decisión se notificará al Estado miembro interesado y a los beneficiarios.

El artículo 18 establece que, mientras dure la intervención del Fondo, la autoridad o el organismo designado a tal efecto por el Estado miembro transmitirá a la Comisión todos los certificados justificativos o todos los documentos de cualquier tipo que permitan probar que se han cumplido las condiciones económicas o de otra naturaleza impuestas para cada proyecto.

Por último, el artículo 19 dispone que, si un proyecto que ha sido objeto de una decisión de ayuda no se ejecuta en la forma prevista o si no se cumple alguno de los requisitos impuestos, podrá suspenderse, reducirse o suprimirse la ayuda del Fondo y que la Comisión decidirá tras haber consultado al Comité del Fondo sobre los aspectos económicos. Además, en él se establece que la Comisión recuperará las sumas pagadas indebidamente.

2. De estas disposiciones se pueden deducir los siguientes principios:

— Las subvenciones del tipo que nos interesa en el presente asunto sólo se conceden *a petición* del interesado; por tanto, están «vinculadas a la solicitud», tal y como se ha formulado en el procedimiento.

— No están previstas para sectores o regiones enteras, sino únicamente para proyectos de ciertas empresas, designados con precisión. Por tanto, se puede hablar de «*dependencia del proyecto*».

— La Comisión decide a qué proyectos deben beneficiar los fondos comunitarios. Por tanto, cabe hablar de un *monopolio de decisión de la Comisión*.

Si se tienen en cuenta únicamente estos principios habrá que admitir, sin más, que un acuerdo celebrado por los demandantes *antes* de que la Comisión adopte las decisiones de ayuda y en virtud del cual los fondos comunitarios no deben utilizarse según los criterios de la Comisión, sino —al tener en cuenta también proyectos para los cuales no se han presentado solicitudes— según los criterios de las empresas que participan en el acuerdo, es *incompatible* con estos principios. Esto no es sino una revisión anticipada de la decisión de la Comisión y, por tanto, una intromisión en su monopolio de decisión. No se debe olvidar que las solicitudes que se le presentan proporcionan a la Comisión cierta base para sus decisiones. Estas solicitudes contienen la identificación de los solicitantes e indicaciones precisas sobre proyectos concretos. Esta base, que también engloba la cuantía completa de la subvención, resulta obviamente modificada

por acuerdos de esa naturaleza y la decisión de la Comisión se adopta sobre una base inexacta cuando, como sucede en el presente asunto, no se le ha hecho ninguna comunicación en este sentido.

3. Ante estos hechos fundamentales, los intentos de justificación realizados por la demandante en la fase oral no permiten otra conclusión.

La demandante ha señalado que el objetivo de una subvención es *incitar* a una acción determinada. Pero evidentemente, este objetivo sería completamente irrelevante si, como sucede en el presente asunto, las subvenciones se concedieran mucho tiempo después de la puesta en servicio y del pago de los buques que son objeto de una medida de ayuda. En estas circunstancias, —como han llegado a conocimiento de la Comisión, puesto que las ayudas ya no podían afectarse a la *construcción* de buques, serían, en realidad, subvenciones sin función de subvención, ya no se podría hablar de vínculo con un proyecto determinado y la libertad de los beneficiarios para disponer de las ayudas tampoco podría ponerse en duda. Según la demandante, en el presente asunto tampoco cabe hablar de intromisión en el monopolio de decisión de la Comisión. Efectivamente, este monopolio finalizó con el pago de la subvención y la terminación del proyecto; por consiguiente, se había alcanzado el objetivo de la subvención. En consecuencia, no podía lógicamente, existir un monopolio de decisión respecto a la disposición de las cantidades pagadas ni tampoco compromiso, porque, tras la terminación y el pago de los proyectos, las ayu-

das comunitarias concedidas sólo podían utilizarse con arreglo al Derecho privado. Por último, la demandante no sólo considera fuera de duda que un acuerdo entre los beneficiarios de ayudas con transmisión de subvenciones es posible *tras el pago* de estas últimas, al igual que la venta de buques que sean objeto de la ayuda. Cree, además, poder justificar el acuerdo remitiéndose, por una parte, al objetivo perseguido (impedir distorsiones de la competencia), contemplado también en el artículo 11 del Reglamento nº 2722/72 y, por otra parte, al hecho de que el acuerdo produjo efectos conformes a la intención de las autoridades alemanas, que concedieron las subvenciones de manera uniforme para todos los buques.

Contra esta tesis se ha señalado, acertadamente, que no debe olvidarse que es posible descubrir, en el acuerdo de 27 de junio de 1973, la disposición adoptada por los beneficiarios de la ayuda y que, en esa fecha, no todos los proyectos ya se habían realizado.

Además, según el sistema de la normativa comunitaria —y esto es aún más importante— la forma en que se utilizan las ayudas tras el pago no es completamente indiferente, con la única condición de que efectivamente se concluyan los proyectos de que se trate. Hemos visto que una decisión de concesión de ayuda también se adopta con vistas al desarrollo *futuro* de un proyecto que a este respecto, la naturaleza de la financiación ciertamente no carece de importancia—debe ofrecer una garantía respecto a la *duración* del efecto económico útil. También se prevé un control de la ejecución de proyectos y una verificación de la observan-

cia de los requisitos impuestos. Por consiguiente, para suspender, reducir o suprimir las ayudas, el artículo 19 del Reglamento nº 2722/72 se refiere expresamente a la cuestión de si un proyecto ha sido ejecutado «como se había previsto» y la observancia del plan de financiación también forma parte de esta condición.

Por este motivo, la referencia de la demandante a la posibilidad de celebrar un acuerdo como el controvertido *tras* la concesión de la ayuda no puede dar lugar a otro resultado, abstracción hecha de que, como contrato de riesgo, perdería en ese momento todo su sentido. Además, dudo que realmente la venta inmediata de un buque que haya obtenido una ayuda, con transmisión de las subvenciones concedidas, o su retirada del tráfico a corto plazo sean posibles sin que se vulnere la finalidad de la subvención.

Respecto al objetivo pretendidamente perseguido por el acuerdo, consistente en impedir que se produzcan *distorsiones de la competencia* y, de esta forma, conseguir una adaptación a la práctica alemana en materia de subvenciones, no sólo es importante que las *ayudas alemanas* concedidas con tal fin se hayan repartido atendiendo a otros criterios. Efectivamente, el elemento determinante consiste, sobre todo, en que, cuando adopta sus decisiones de ayuda, la Comisión vele por que las condiciones de la competencia no se modifiquen de manera incompatible con los principios contenidos en las disposiciones del Tratado en la materia (artículo 17 del Reglamento nº 17/64 y artículo 11 del Reglamento nº 2722/72). A

este respecto, la Comisión debe tener en cuenta las condiciones de competencia en la *Comunidad*, lo cual —habida cuenta de que también debe adoptar una decisión sobre proyectos en otros Estados miembros— proporciona otro criterio distinto al de la normativa nacional en materia de competencia. De esta forma, cuando la Comisión llega a la conclusión de que la concesión de ayudas a determinadas empresas parece admisible con arreglo al Derecho comunitario, ello implica al mismo tiempo que niega una distorsión de la competencia y, por tanto, que ésta no puede corregirse con ayuda de acuerdos privados.

4. Por consiguiente, si el contrato de creación de un fondo común sometido a la apreciación del árbitro constituye una «irregularidad» en el sentido del Derecho comunitario porque ciertamente no se puede hablar de irregularidad únicamente cuando se dan los elementos constitutivos de una infracción y porque, a este respecto, poco importa la posición inicial de las autoridades alemanas, que, cuando comunicaron las solicitudes de ayuda, no mencionaron el acuerdo del que tenían conocimiento ni intentaron obtener una modificación de las solicitudes, procede hacer aún algunas breves consideraciones sobre la parte de la segunda cuestión del árbitro, en la que se trata de la *recuperación de las ayudas*.

A este respecto, la normativa aplicable está contenida en el artículo 22 del Reglamento n° 17/64 y en el artículo 19 del Reglamento n° 2722/72, que ya hemos mencionado

anteriormente. Según estas disposiciones, si los proyectos no se ejecutan como estaba previsto o si no se cumplen los requisitos exigidos, las ayudas podrán suspenderse, reducirse o suprimirse. Cuando así suceda, la Comisión decidirá sobre los aspectos financieros y procederá a la recuperación de las cantidades indebidamente pagadas.

La Comisión entiende estas disposiciones, acertadamente en mi opinión, en el sentido de que le otorgan, a este respecto, una facultad discrecional que le permite establecer diferencias según la naturaleza de la infracción cometida —infracción de preceptos formales o estafa— y también tomar en consideración la forma en que se han realizado los proyectos de que se trata. La Comisión ha declarado expresamente que los pagos compensatorios destinados a ejecutar un contrato de creación de un fondo común con las ayudas le permiten iniciar, en cada ocasión, un procedimiento de recuperación, mientras que no ha podido proporcionar indicaciones respecto a la magnitud de una eventual recuperación.

No estoy completamente convencido de que ello baste al árbitro a quo para resolver el asunto puesto que, habida cuenta del contenido conjunto de la resolución de remisión, no aparece claramente si considera determinante que la recuperación sea la consecuencia necesaria de una irregularidad o si le basta con que tal consecuencia sea posible. En todo caso desde mi punto de vista no considero posible hacer más afirmaciones al respecto.

III. En definitiva, llego a la siguiente conclusión:

En mi opinión, existen buenas razones para *no considerar admisible* la petición de decisión prejudicial que ha dirigido a este Tribunal el Presidente del Hanseatisches Oberlandesgericht, en calidad de árbitro.

Si el Tribunal no siguiera mi tesis, propongo responder en los siguientes términos a la cuestión planteada:

El hecho de que los beneficiarios de una ayuda del Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación», para proyectos análogos acuerden, tras solicitar ayudas comunitarias pero antes de que estas se concedan, que las ayudas concedidas tras la puesta en servicio y el pago de los buques se repartirán entre ellos en función del número total de buques *del mismo tipo* que hayan construido y puesto en servicio, es decir, habida cuenta asimismo de los buques para los que no se ha concedido ninguna ayuda, y repartan, a continuación, las ayudas de que se trate conforme a este acuerdo, constituye una irregularidad en el sentido del Reglamento nº 17/64 y del Reglamento nº 2722/72. Esta irregularidad puede dar lugar a la recuperación de las cantidades abonadas.