

# LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO ILEGALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: HACIA LA PLENA ADECUACIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

**XABIER ARZOZ SANTISTEBAN**  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad del País Vasco*



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

**EL** presente artículo analiza la adecuación del Derecho español al Derecho de la Unión Europea en materia de recuperación de ayudas de Estado ilegales. Arguye que la revisión de oficio de los actos administrativos por infracción del Derecho de la Unión Europea no plantea con carácter general problemas especiales desde el punto de vista dogmático o procedimental. Sin embargo, el ordenamiento español carece actualmente de un mecanismo general que garantice el cumplimiento efectivo e inmediato de una obligación jurídico-comunitaria específica de retirada de los efectos de un acto administrativo. Sólo en materia de subvenciones y desde 2003, existe en el ordenamiento español un fundamento legal específico para la recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la Unión Europea ordenada por una decisión de la Comisión: el artículo 37.1 g) de la Ley General de Subvenciones. Aunque este procedimiento de reintegro cumple las exigencias de efectividad y celeridad que establece el artículo 14.3 del Reglamento 659/1999, presenta todavía algunas carencias desde la perspectiva europea. El autor sostiene que de la consideración conjunta de las obligaciones jurídico-comunitarias y del principio de legalidad de la Constitución española se desprende la necesidad de prever por ley una potestad de autotutela que permita recuperar de forma inmediata y efectiva todo tipo de ayudas, cualquiera que fuese su naturaleza, en los precisos términos establecidos por una decisión previa de la Comisión o una sentencia del Tribunal de Justicia.

**Palabras clave:** autonomía del Derecho nacional, ayudas públicas, primacía del Derecho de la Unión Europea, principio de eficacia, recuperación.

# RECOVERY OF ILLEGAL STATE AIDS IN SPANISH LAW: TOWARDS FULL CONSISTENCY WITH EU LAW

**XABIER ARZOS SANTISTEBAN**  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad del País Vasco*



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Abstract:**

**T**HE article analyses the consistency of Spanish law with EU law in the field of the recovery of illegal state aids. In general terms, the withdrawal of administrative acts that are inconsistent with EU law casts no special difficulty from a theoretical or procedural point of view. Nevertheless, Spanish law has no specific legal mechanism to ensure the immediate and effective enforcement of a EU obligation to withdraw the effects of an administrative act. Only in the field of subsidies, and only for those state aids that fall within the narrow legal notion of subsidies, Spanish law has foreseen a specific legal basis to recover state aids that are inconsistent with EU law (Subsidies Act of 2003, article 37 (1) (g)). Although this mechanism is compatible with the requirements of effectiveness and immediacy, it still shows certain deficits from the perspective of EU law. The author argues that, according to EU obligations and the constitutional principle of legality, a specific legal basis must be introduced in order to ensure the immediate and effective recovery of all kind of state aids, when an obligation of recovery has been declared by the Commission or by the ECJ.

**Keywords:** autonomy of national law, principle of effectiveness, recovery, State aid, supremacy of EU law.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros para la ejecución del Derecho de la Unión Europea y sus límites.
- III. La relevancia de la infracción del Derecho de la Unión Europea para el régimen jurídico de los actos administrativos internos: consideraciones generales.
  1. Introducción.
  2. La infracción del Derecho de la Unión Europea y las causas de invalidez de los actos administrativos internos.
  3. La infracción del Derecho de la Unión Europea y las técnicas revisoras de los actos administrativos internos.
- IV. El marco jurídico aplicable a la recuperación de ayudas incompatibles con el Derecho de la Unión Europea.
  1. El sistema de control de las ayudas de Estado.
  2. La obligación de recuperar una ayuda ilegal.
  3. Excepciones a la obligación de recuperación.
- V. El reintegro, en el ámbito interno, de las ayudas otorgadas con infracción del Derecho de la Unión Europea.
  1. El reintegro de las subvenciones otorgadas mediante acto administrativo: el artículo 37.1 h) de la Ley General de Subvenciones.
  2. Problemas de la aplicación del procedimiento interno de reintegro de las subvenciones declaradas ayudas ilegales.
  3. La prohibición de obtener nuevas subvenciones: ¿la «cláusula Deggendorf» del ordenamiento interno?
  4. Las ayudas no otorgadas mediante acto administrativo.
- VI. La definitiva adecuación al Derecho de la Unión Europea.
- VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Las ayudas de Estado han estado siempre en el centro de atención del Derecho de la integración europea. En la medida en que el progreso de la integración europea impedía a los Estados miembros utilizar instrumentos clásicos de política económica, la política de subvenciones y ayudas a las empresas y a las producciones nacionales, anteriormente subsidiaria o marginal, se convertía a menudo en el principal mecanismo público de dirección de la actividad económica nacional y de fomento de la consecución de objetivos nacionales. Recientemente, la crisis financiera ha incrementado el peso de las ayudas en el PIB de los Estados miembros <sup>1</sup>. El último marcador de ayudas estatales de la Comisión Europea indica que la crisis financiera hizo que el volumen global de ayuda se multiplicara, pasando de 66.500 millones de euros, un 0,52 del PIB de la UE de los 27, en 2007, a 279.600 millones de euros, el 2,2% del PIB, en 2008. No obstante, si se excluyen las medidas en respuesta a la crisis, en 2008 la ayuda total ascendió a 67.400 millones de euros, es decir un 0,54% del PIB; esto es, el fuerte aumento de las ayudas en respuesta a la crisis financiera no ha afectado al mercado único <sup>2</sup>.

Paulatinamente, la Comisión Europea ha ido perfilando los instrumentos, los principios y las reglas aplicables no sólo al control y disciplina de las ayudas de Estado para orientarlas a la consecución de objetivos de interés común que no distorsionen la competencia, sino también a la fase posterior. Desde hace aproximadamente dos décadas, el énfasis se ha puesto en la eliminación de las consecuencias derivadas del otorgamiento de las ayudas de Estado ilegales, esto es, en la obligación de los Estados miembros de recuperar las ayudas de Estado otorgadas en infracción del Derecho europeo.

El otorgamiento de ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la Unión Europea ha producido contenciosos complejos que se han arrastrado durante años por los tribunales nacionales y

<sup>1</sup> Sobre las repercusiones de la crisis financiera en el Derecho europeo de las ayudas de Estado, *vid.* F. URÍA FERNÁNDEZ, «Ayudas públicas al sector bancario europeo y defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2008*, Fundación ICO, 2009, págs. 71-101; F. JIMÉNEZ LATORRE, «Ayudas de Estado en tiempos de crisis: el sistema financiero europeo», *Anuario de la Competencia 2008*, Fundación ICO, 2009, págs. 103-130; J. KESSLER y A. DAHLKE, «Die Auswirkungen der Finanzkrise auf das europäische Beihilfenrecht», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, núm. 3, 2009, págs. 79-81.

<sup>2</sup> El marcador, así como su anexo «Datos y cifras sobre ayuda estatal en los Estados miembros de la UE» junto con un grupo de cuadros estadísticos y de indicadores detallados para todos los Estados miembros, está disponible en el siguiente sitio de Internet:

[http://ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/studies\\_reports/studies\\_reports.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html). La edición de primavera de 2009 del marcador contiene una edición especial sobre las ayudas de Estado en la crisis financiera y económica actual.

comunitarios, desde el caso de las ayudas de varias Comunidades Autónomas a Magefesa<sup>3</sup> a finales de los años 80 del siglo pasado hasta el más reciente caso de las vacaciones fiscales vascas<sup>4</sup>. El frecuente otorgamiento de ayudas sin mediar la preceptiva notificación a la Comisión o sin esperar la decisión de ésta sobre la compatibilidad de las ayudas notificadas ha provocado supuestos no contemplados por la dogmática tradicional del Derecho administrativo, como son las situaciones jurídicas individualizadas que han adquirido firmeza con arreglo a Derecho interno pero que deben ser retroactivamente anuladas en virtud de una decisión posterior adoptada por una institución supranacional, vinculante para el Estado en su conjunto. En no pocas ocasiones, el cumplimiento de los requerimientos europeos se ha visto dificultado u obstaculizado por la existencia de discrepancias, desajustes o antinomias entre las obligaciones de recuperación contempladas por el Derecho de la Unión Europea y la falta aparente o real de potestades públicas adecuadas y suficientes en el ordenamiento interno para afrontar situaciones que formalmente han adquirido firmeza, se han consolidado tiempo atrás y han sido provocadas por la misma Administración pública que debe proceder a su recuperación.

La tensión entre los principios de primacía y de seguridad jurídica, que abogan por la eliminación de las consecuencias de las situaciones incompatibles con el Derecho de la Unión y por el mantenimiento de las situaciones jurídicas individualizadas que han adquirido firmeza, respectivamente, se ha ido decantando paulatinamente hacia la conquista de mayores espacios para la primacía del Derecho de la Unión en los ordenamientos de los Estados miembros, si bien no se trata de una afirmación incondicional y absoluta ni de un proceso que haya concluido del todo.

La presión vigilante de la Comisión que incluye como último recurso la interposición, con arreglo al artículo 108.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo art. 88.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea –TCE–), de recursos de incumplimiento contra los Estados miembros que no cumplen las decisiones de recuperación, por un lado, y la activación más diligente de los mecanismos legales y administrativos internos existentes o la creación de instrumentos específicos para ejecutar las decisiones de recuperación, por otro, parece estar dando frutos. El más reciente marcador de ayudas de Estado registra nuevos progresos en la recuperación de la ayuda ilegal e incompatible. A finales de junio de 2009, se habían recuperado efectivamente 9.400 millones de euros. Sólo está pendiente el 9% de la ayuda ilegal, lo que significa que el 91% de la cantidad total de ayuda ilegal e incompatible había sido restituido efectivamente por sus beneficiarios, en comparación con solamente el 25% a finales de 2004<sup>5</sup>.

El objeto del presente trabajo es analizar el grado de adecuación del Derecho interno a las exigencias en materia de recuperación de ayudas de Estado ilegales establecidas en el Derecho de la Unión Europea. La doctrina española ha sostenido posiciones divergentes al respecto. La opinión mayoritaria era que el ordenamiento español carecía tradicionalmente de instrumentos suficientes para cum-

<sup>3</sup> Vid. J.R. FERNÁNDEZ TORRES, «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, págs. 281-316, especialmente 284-289.

<sup>4</sup> Vid., entre otras, TJCE (Sala Segunda), Sentencia de 14 de diciembre de 2006, Comisión/España, as. acumulados C-485/03 a C-490/03, pág. I-11887; TJCE (Sala Segunda), Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Comisión/España as. C-177/06, pág. I-7689. En la doctrina, vid. F. DIEZ ESTELLA y F. DIEZ MORENO, «Las ayudas de Estado en las llamadas "vacaciones fiscales"», *La Ley*, núm. 9, 2009, págs. 61-73.

<sup>5</sup> Vid. *supra* nota 2.

plir eficazmente las decisiones de la Comisión de recuperación de las ayudas ilegales.<sup>6</sup> En cambio, otros autores han defendido que, a estos efectos, «el empleo de los procedimientos de revisión previstos tradicionalmente en nuestro ordenamiento no resultaría... problemático»<sup>7</sup>, o que el ordenamiento español cuenta con «un régimen administrativo suficientemente flexible, y mejorado en algunos ámbitos como en materia de subvenciones, para hacer posible la recuperación de las ayudas»<sup>8</sup>.

Conviene efectuar algunas precisiones sobre el objeto del trabajo. Sólo se abordará el problema de la recuperación de las ayudas de Estado (normalmente otorgadas por un acto administrativo que ha devenido firme) en vía administrativa, que viene exigida por una decisión de la Comisión o una sentencia del Tribunal de Justicia. Por tanto, no se analizará el supuesto en el cual la recuperación de la ayuda es la consecuencia obligada de una resolución judicial dictada por un órgano español que anula el acto de concesión de la ayuda, ni tampoco los instrumentos que los particulares afectados pueden utilizar ante los tribunales internos para instar la devolución de una ayuda ilegal o incompatible. La exposición de los instrumentos de los que dispone la Comisión para vencer la resistencia de los Estados miembros y hacer cumplir las decisiones de recuperación a ellos dirigidas [básicamente, el procedimiento de incumplimiento con arreglo al artículo 108.2 del TFUE (antiguo art. 88.2 del TCE)] también queda fuera del trabajo.

Una ayuda de Estado queda sujeta a las normas del Derecho de la Unión Europea cuando se reúnen los diversos elementos previstos en el artículo 107.1 del TFUE (antiguo art. 87.1 del TCE): «En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia»<sup>9</sup>. La reunión de los mencionados elementos fundamenta la aplicación de los condicionantes jurídicos previstos en el Derecho de la Unión Europea: en pocas palabras, no es posible otorgar una ayuda de Estado en tanto en cuanto la ayuda en cuestión no haya sido declarada com-

<sup>6</sup> J.R. FERNÁNDEZ TORRES, «Revisión de oficio...» (1991), cit., págs. 283, 313-315; «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: *nihil novum sub sole*», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002, págs. 55-60, especialmente 55 y 57 (empeoramiento notable tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992); «La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento», en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico – Libro homenaje al Profesor Doctor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 779-794, especialmente 788-789; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 122-123; A.M. MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 261; A.M. BUENO ARMIJO, «La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia: nuevas soluciones en la reciente Ley General de Subvenciones», en J.I. FONT GALÁN y M. PINO ABAD (coords.), *Estudios de Derecho de la competencia*, Universidad de Córdoba-Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 303-321, especialmente 309-310. Esta opinión viene apoyada por el dictamen núm. 55280 del Consejo de Estado, de 18 de octubre de 1990 (asunto Magefesa).

<sup>7</sup> J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 323. No obstante, el autor matiza considerablemente en una nota a pie de página lo que afirma en el texto: «la reciente supresión de la revisión de oficio de los actos anulables [la supresión es de enero de 1999] viene a introducir una matización importante a esta afirmación ya que el recurso de nulidad... no es en nuestra opinión un instrumento adecuado a las exigencias del principio de eficacia tal y como éste viene enunciado en la jurisprudencia del TJCE».

<sup>8</sup> D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «La ejecución forzosa de la recuperación y de la devolución de las ayudas de Estado en la Unión Europea y en España», *La Ley*, núm. 9, 2009, pág. 95.

<sup>9</sup> TJCE, Sentencia de 24 de julio de 2003, as. C-280/00, *Altmark*, pág. I-7747, apdo. 75.

patible con el mercado común por la Comisión Europea, bien mediante una decisión individual bien con arreglo a un reglamento general de exención por categorías. Naturalmente, las ayudas públicas que reúnen los mencionados elementos deben cumplir también los requisitos establecidos por el ordenamiento interno. Pero, a los efectos de la presente investigación, la ilegalidad de las ayudas de Estado que interesa es únicamente la que se refiere a la disconformidad con el Derecho de la Unión, ya sea formal (incumplimiento de la obligación de notificación) o material. Si, además de una incompatibilidad con el Derecho de la Unión, la ayuda de Estado concedida incurre en una ilegalidad grave y manifiesta del Derecho interno, es posible que la revisión de oficio del acto de concesión y la recuperación de la ayuda concedida se vean facilitadas, y con ello se satisfaga el objetivo general de la Unión; pero ése no será el escenario típico que se abordará en las siguientes páginas.

La estructura del presente trabajo se organiza de la siguiente forma. Se comenzará exponiendo brevemente los principios basilares de la ejecución del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros, tanto el principio de autonomía institucional y procedimental como sus límites (II). Después, desde una perspectiva general se reflexionará sobre la relevancia de la infracción del Derecho de la Unión Europea para el régimen jurídico de los actos administrativos internos, tanto para las causas de invalidez como para las técnicas revisoras de actos administrativos de la Administración (III). A continuación, se expondrá brevemente el marco jurídico aplicable a la recuperación de ayudas incompatibles con el Derecho de la Unión Europea (IV). El apartado siguiente analizará en detalle los méritos y deméritos del procedimiento de reintegro de ayudas por infracción del Derecho de la Unión Europea previsto en el artículo 37.1 h) de la Ley General de Subvenciones (V). El análisis de dicho precepto legal da paso a un propuesta *de lege ferenda* para una plena adecuación del Derecho interno al Derecho de la Unión que sea al mismo tiempo respetuosa con las exigencias del Estado de Derecho (VI). Finalmente, unas conclusiones cerrarán el trabajo (VII).

## II. LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y PROCEDIMENTAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA LA EJECUCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS LÍMITES

La ejecución del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros se rige por el principio de autonomía institucional y procedimental: los Estados miembros ejecutan el Derecho de la Unión Europea con arreglo a sus procedimientos internos y utilizando las vías procesales existentes en su ordenamiento interno. Esto implica la falta de uniformidad en cuanto a las formas de ejecución del Derecho de la Unión por los Estados miembros.

El principio de autonomía institucional y procedimental no es absoluto<sup>10</sup>. En primer lugar, el propio Derecho de la Unión Europea puede restringir la autonomía institucional y procedimental de

<sup>10</sup> *Vid.* al respecto G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1997, págs. 289-295; T. VON DANWITZ, «Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht – Zu den europarechtlichen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, págs. 421-432; J.S. DELICOSTOPOULOS, «Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems», *European Law Journal*, vol. 9, núm. 5, 2003, págs. 599-613.

los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea. De hecho, no es raro que las normas europeas establezcan condicionantes, más o menos intensos, de cara a la ejecución del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros, por ejemplo la obligación de que los Estados establezcan o prevean los recursos administrativos y jurisdiccionales necesarios para la protección de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea o las sanciones administrativas y/o penales necesarias para la protección de determinados bienes jurídicos. El Derecho de la Unión Europea puede limitarse a obligar en cuanto al resultado (la previsión de controles, sanciones o recursos adecuados y suficientes), o puede especificar con mayor o menor detalle la naturaleza de los controles, las sanciones o los recursos que los Estados miembros deben establecer. Tampoco se ha de olvidar que la distinción entre cuestiones sustantivas y procedimentales es a menudo relativa: el Derecho de la Unión Europea puede regular como instrumentos sustantivos de tutela ambiental las figuras de la autorización ambiental integrada o de la evaluación del impacto ambiental, cuyo carácter es más bien procedimental.

Por lo general, el Derecho de la Unión Europea tiende a no establecer normas uniformes de procedimiento para la ejecución del Derecho de la Unión por los Estados miembros, y las normas que establece raramente son completas, de forma que desplacen en bloque las normas internas existentes en la materia. No obstante, en relación con la temática abordada en este trabajo –la retirada de actos administrativos irregulares– existen algunas normas interesantes que cabe mencionar:

- a) El Reglamento (CE, EURATOM) 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas <sup>11</sup>, establece un marco jurídico común en materia de controles, medidas y sanciones en todos los ámbitos cubiertos por políticas comunes, con vistas a garantizar la protección de los intereses financieros europeos. Este reglamento establece diversos principios y pautas de actuación que sólo cubren algunos aspectos de la regulación, a modo de codificación horizontal de los aspectos más básicos. Los sistemas de control aplicables en las distintas modalidades de gestión descentralizada de las políticas comunes están previstos en normas sectoriales europeas; con todo, muchas cuestiones siguen confiadas al Derecho interno de los Estados miembros <sup>12</sup>.
- b) En materia aduanera existe una mayor codificación de los procedimientos internos de ejecución del Derecho de la Unión Europea. Como precedentes reseñables del desplazamiento de principios jurídico-administrativos internos por disposiciones europeas, deben citarse el Reglamento (CEE) 1430/79 del Consejo, de 2 de julio de 1979, relativo a la devolución o a la condonación de los derechos de importación o de exportación <sup>13</sup>, y el Reglamento (CEE) 1697/79 del Consejo, de 24 de julio de 1979, referente a la recaudación a posteriori de los derechos de importación o de exportación. Estas normas fueron derogadas e incorporadas

<sup>11</sup> DOCE 1995 L 312/1.

<sup>12</sup> Como reconoce el artículo 2.º 3 del Reglamento 2988/1995: «A reserva del Derecho comunitario aplicable, los procedimientos relativos a la aplicación de los controles y de las medidas y sanciones comunitarias se regirán por el Derecho de los Estados miembros».

<sup>13</sup> DOCE 1979 L 175/1.

posteriormente al Código aduanero comunitario <sup>14</sup>, una codificación sectorial importante que desplaza las normas internas. El Código aduanero regula la revisión de oficio de ciertos actos administrativos internos dictados en ejecución del Derecho de la Unión Europea <sup>15</sup>.

En segundo lugar, la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros está supeditada al principio de cooperación leal (art. 4.º 3 del TFUE, antiguo art. 5.º del TCE). La autonomía institucional y procedimental no puede servir para incumplir el Derecho de la Unión Europea. La jurisprudencia comunitaria ha desarrollado y concretado la sujeción de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros al principio de cooperación leal a través de los principios de equivalencia y de efectividad <sup>16</sup>:

- Por un lado, las normas estatales aplicables a la ejecución del Derecho de la Unión Europea no pueden ser menos favorables que las aplicables a la ejecución de normas puramente internas (principio de equivalencia). Esto significa que no cabría introducir diferencias jurídicas en atención al origen, comunitario o estatal, de la norma objeto de aplicación. La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2010, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, señaló que «el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 226 del TCE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar el acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente» <sup>17</sup>.
- Por otro lado, las normas estatales no pueden hacer «prácticamente difícil» o «excesivamente difícil» el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). Como se verá después, en materia de ayudas de Estado incompatibles con el Derecho derivado de la Unión Europea exige aún más efectividad *e inmediatez*. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, la aplicación de los procedimientos

<sup>14</sup> Reglamento (CEE) núm. 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario (DOCE 1992 L 302/1). *Vid.* al respecto S. GALERA RODRIGO, *Derecho aduanero español y comunitario*, Civitas, Madrid, 1995; R. RIVERO ORTEGA, «Procedimientos aduaneros», en J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), *Comercio exterior*, vol. VIII de la colección «Derecho de la regulación económica» dirigida por S. Muñoz Machado, Iustel, Madrid, 2009, págs. 597-616.

<sup>15</sup> *Vid.* artículos 8.º, 9.º y 10 del Código aduanero comunitario.

<sup>16</sup> *Vid.* P. GIRERD, «Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres», *Revue trimestrielle de droit européenne*, vol. 38, núm. 1, 2002, págs. 75-102.

<sup>17</sup> TJCE (Gran Sala), Sentencia de 26 de enero de 2010, as. C-118/08, *Transportes Urbanos*, todavía sin publicar en la Recopilación oficial, apartado 48. La situación previa a esta sentencia fue ampliamente analizada y criticada por quiebra de los principios de equivalencia y efectividad por J. MARTÍN QUERALT, «La ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Las peticiones de devolución y las acciones de resarcimiento», *Estudios de Derecho judicial*, núm. 143, 2007, págs. 289-332.

nacionales dirigidos a recuperar las ayudas declaradas incompatibles con el mercado común está sujeta, en virtud del artículo 14.3 del Reglamento 659/1999, a la condición de que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión: esa condición «refleja las exigencias del principio de efectividad acuñado previamente por la jurisprudencia»<sup>18</sup>. Un procedimiento en el que se establece el carácter suspensivo de los recursos interpuestos contra las liquidaciones emitidas con el fin de recuperar una ayuda concedida «puede demorar considerablemente la recuperación de las ayudas» y, por ello, impide «el restablecimiento inmediato de la situación anterior» y prolonga «la ventaja indebida en materia de competencia que resulta de las ayudas de que se trata»; en consecuencia, señala el Tribunal, las autoridades estatales deben dejar inaplicada la norma que otorga efecto suspensivo a los recursos interpuestos contra las liquidaciones<sup>19</sup>.

Sin duda existe cierta tensión entre el postulado de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea y la disparidad de las normas procedimentales y procesales aplicadas por los Estados miembros en la ejecución del Derecho de la Unión Europea. Esta disparidad puede producir diferencias notables en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, pero la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros es también un valor del proceso de integración europea. Con todo, cabe observar que, en materia de ayudas de Estado ilegales, la jurisprudencia europea rechaza las reglas de Derecho que impiden una recuperación inmediata y efectiva de las ayudas y, de esta forma, mantienen en el tiempo o consolidan las consecuencias de una situación incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

### III. LA RELEVANCIA DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS INTERNOS: CONSIDERACIONES GENERALES

#### 1. Introducción.

La teoría de la validez de los actos administrativos y la potestad administrativa de revisión de oficio de los actos administrativos constituyen dos aspectos centrales e interrelacionados del Derecho administrativo general. Centralidad, claro está, no significa inmutabilidad. La regulación de estos aspectos es objeto de ajustes de mayor o menor calado por el legislador cada cierto tiempo, de acuerdo con la consideración evolutiva que, en cada momento histórico, merece la articulación de los principios en juego, principalmente los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

La actual regulación general de la invalidez y de la revisión de oficio de los actos administrativos se basa en algunas innovaciones introducidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así

<sup>18</sup> TJCE, Sentencia de 5 de octubre de 2006, *Comisión/Francia*, as. C-232/05, pág. I-10071, apdo. 49.

<sup>19</sup> *Ibidem*, apdos. 51-53.

como por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que es la principal modificación que ha conocido aquella. En todo caso, la vigente regulación fue adoptada cuando el Reino de España se hallaba ya, desde hacía varios años, integrado en las Comunidades Europeas y, por tanto, el legislador estatal debía ser plenamente consciente de que la regulación del procedimiento administrativo común y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) se aplicarían a una Administración sometida no sólo al ordenamiento jurídico interno, sino también al ordenamiento jurídico comunitario y, en consecuencia, con importantes responsabilidades y obligaciones derivadas de éste <sup>20</sup>.

Ciertamente, las disposiciones de la Ley 30/1992 sobre validez y sobre revisión de oficio de los actos administrativos no se refieren expresamente a la posibilidad de que la causa de invalidez del acto administrativo interno sea una infracción del Derecho de la Unión Europea, ni tampoco regulan de manera específica los instrumentos jurídicos para depurar los actos administrativos internos dictados en infracción del Derecho de la Unión Europea. Para algunos autores, esta imprevisión o indeterminación constituye una falta de adecuación fuente de graves dificultades e incluso podría considerarse como una omisión incompatible con el propio Derecho de la Unión Europea. A mi juicio, la cuestión de la relevancia del Derecho de la Unión Europea para la teoría de la validez de los actos administrativos debe ser analizada de forma diferenciada de la de los requerimientos del Derecho de la Unión Europea en cuanto a la configuración de la revisión de oficio de los actos administrativos; esta segunda cuestión no puede analizarse de forma apriorística o general, sino desde la perspectiva de los problemas concretos que plantea el cumplimiento de las obligaciones de Derecho de la Unión Europea. En los siguientes apartados se abordan separadamente dichas cuestiones.

## 2. La infracción del Derecho de la Unión Europea y las causas de invalidez de los actos administrativos internos.

Algunos autores han defendido que el legislador estatal tiene que determinar los supuestos de invalidez de actos y normas internos por infracción del Derecho de la Unión Europea: bien por estimarlo consecuencia derivada del propio Derecho de la Unión Europea <sup>21</sup>, bien por considerarlo como una posible solución para garantizar el efectivo cumplimiento de los requerimientos europeos en materia de recuperación de ayudas de Estado ilegales, esto es, para remediar un desajuste entre los

<sup>20</sup> Obviamente, ello no significa necesariamente que la LRJPAC haya previsto ni haya resuelto todos los problemas posibles de articulación del ordenamiento estatal con el europeo y de ejecución indirecta del Derecho de la Unión. Por otra parte, la LRJPAC sólo codifica parte de los procedimientos y mecanismos de articulación con el Derecho de la Unión: en la actualidad, multitud de leyes sectoriales regulan con mayor o menor detalle esos aspectos para cada ámbito de actividad. Sobre la adecuación de la LRJPAC al Derecho de la Unión, *vid.* J.L. GIL IBÁÑEZ, «El Derecho comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 142, 1996, págs. 9-20; S. GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 85-125; A. GARCÍA URETA, *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario*, IVAP, Oñate, 2002, págs. 27-61.

<sup>21</sup> GARCÍA URETA, *cit.*, págs. 61-65.

requerimientos europeos a este respecto y la regulación muy estricta de la potestad de revisión de oficio de los actos favorables que no incurrir en un vicio de nulidad <sup>22</sup>.

Es evidente que si se introdujera una causa general de nulidad absoluta referida al incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (o, en su caso, más específicamente, al otorgamiento de ayudas de Estado que vulneran el Derecho de la Unión Europea), los actos administrativos internos incompatibles con el Derecho de la Unión Europea quedarían sujetos, sin límite temporal, a la potestad administrativa de revisión de oficio de los actos nulos regulada en el artículo 102 de la LRJPAC. Mientras el legislador no prevea una causa de nulidad como la mencionada, como solución subsidiaria se propone también subsumir, mediante la interpretación, la infracción del Derecho de la Unión Europea (o el supuesto específico de la incompatibilidad de las ayudas de Estado con el Derecho de la Unión Europea) en alguna de las causas de nulidad existentes. A continuación se exponen algunas reflexiones críticas sobre estas propuestas doctrinales.

Cabe comenzar señalando que, hoy por hoy, el Derecho de la Unión Europea no impone obligación alguna de modificar o adaptar la teoría general de la invalidez de los actos administrativos internos, ni que las autoridades internas determinen con carácter general las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión Europea para la validez de los actos y normas internos.

No obstante, algunos autores han aducido a este respecto los principios de primacía y de efectividad del Derecho de la Unión Europea o el principio de lealtad comunitaria.<sup>23</sup> A mi juicio, de ninguno de dichos principios deriva una obligación de modificar o adaptar la teoría interna de la invalidez de los actos administrativos:

- Del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea no se deduce la necesidad de que los sistemas jurídicos de los Estados miembros sancionen los actos administrativos internos que incurran en infracción del Derecho de la Unión Europea con la nulidad de pleno derecho <sup>24</sup>. El principio de primacía es, ante todo, un principio de relación entre normas pertenecientes a distintos ordenamientos, cuyo efecto consiste en desplazar normas internas incompatibles con las normas europeas, y no en reclamar la adopción de normas internas con un contenido determinado <sup>25</sup>.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ TORRES, «Revisión de oficio...» (2002), cit., pág. 59, y «La recuperación...», cit., pág. 793. En todo caso, cabe subrayar que este autor considera también, e incluso prioriza, otras alternativas, bien la flexibilización del régimen de la revisión de oficio bien la institución de un procedimiento administrativo sumario de reintegro de las ayudas de Estado declaradas incompatibles. Sobre esta última propuesta *vid. infra* el apartado VI.

<sup>23</sup> GARCÍA URETA, cit., págs. 61-65.

<sup>24</sup> De acuerdo con la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, la primacía se refiere sólo al régimen de aplicación prevalente de una norma, y no expresa una eventual superioridad jerárquica.

<sup>25</sup> A este respecto VELASCO CABALLERO («Procedimiento administrativo español para la aplicación del Derecho comunitario», *Revista española de Derecho europeo*, núm. 28, 2008, p. 449) señala que «la primacía del Derecho comunitario, que obviamente impone la norma comunitaria sobre la regulación procedimental española, no es en sí un instrumento de ordenación coherente entre la regulación substantiva y la procedimental (nacional)».

- El principio de lealtad comunitaria (art. 4.º 3 del TFUE, antiguo art. 10 del TCE) tampoco permite extraer consecuencias tan precisas e incisivas; la jurisprudencia europea existente al respecto nunca ha hecho referencia a una consecuencia de esa naturaleza.
- El principio de efectividad permite desplazar normas internas que se oponen u obstaculizan, de iure o de facto, la eficacia de las normas europeas en el ámbito interno, pero no obliga a desarrollar normas que garanticen la máxima efectividad del Derecho de la Unión Europea en el ámbito interno. Por otra parte, el ordenamiento de la Unión reserva la nulidad de pleno derecho para supuestos excepcionales, incluso más excepcionales que el elenco relativamente amplio de supuestos que acarrear la nulidad de pleno derecho en el ordenamiento español<sup>26</sup>. En consecuencia, no parece que la efectividad del Derecho de la Unión Europea obligue a los Estados miembros a establecer en su ordenamiento una sanción tan contundente como la nulidad de pleno derecho para las infracciones de aquel Derecho por las autoridades administrativas internas, mientras que, por el contrario, los actos de las instituciones europeas dictados con infracción del Derecho de la Unión Europea sólo en casos excepcionales acarrear esa consecuencia jurídica<sup>27</sup>.

En segundo lugar, las dificultades, carencias o limitaciones que se aprecien en la regulación de la revisión de oficio de los actos internos que infringen el Derecho de la Unión Europea no deben solucionarse legislativamente desde la teoría de la invalidez, sino directamente abordando las limitaciones detectadas en las técnicas revisoras previstas en el ordenamiento interno.

En tercer lugar, las consecuencias que para la invalidez de los actos administrativos internos se hayan de derivar de la infracción del Derecho de la Unión Europea deben extraerse de la regulación interna de la invalidez, regulación que debe ser interpretada de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. No sería congruente con la doctrina de la invalidez de los actos administrativos, tal y como se concibe en el Derecho interno de los Estados de nuestro entorno, articular una causa *general* de nulidad de actos administrativos por infracción del Derecho de la Unión Europea. No sería justificable a la luz de los valores que subyacen a la institución de la nulidad de pleno derecho –un delicado equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica–, ni tampoco podría fundamentarse de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, que toda infracción del Derecho de la Unión Europea deba necesariamente implicar la máxima sanción del ordenamiento jurídico-administrativo.<sup>28</sup> Por un

<sup>26</sup> R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 179 y 184, respectivamente, se refiere al artículo 62.1 de la LRJPAC como «configuración demasiado extensa, en los límites de su desnaturalización» y, de forma más general, aboga por «la reconducción de los excesos en la expansión de las causas de nulidad». El artículo 62.1 de la LRJPAC (1992/1999) añadió a los tres supuestos de nulidad contemplados por el artículo 47.1 de la LPA (1958) otros dos (formalmente se enumeran seis, porque uno de los antiguos quedó dividido en dos), complementados con una cláusula abierta de remisión a supuestos adicionales establecidos por norma de rango legal.

<sup>27</sup> Sobre la nulidad absoluta y la anulabilidad en Derecho comunitario, *vid.* X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati, 1998, págs. 581-608 y 608-627, respectivamente. Sobre la teoría de la evidencia como criterio utilizado por el TJCE para determinar los supuestos de actos inexistentes, *vid.* J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 142-152.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ TORRES, «Revisión de oficio...» (2002), *cit.*, pág. 59, señala a este respecto que «una definición [de la nulidad] establecida en tan amplios términos podría convertirse a la larga en un mal remedio, dada la ingente cantidad de disposiciones nacionales ligadas directa o indirectamente al Derecho comunitario europeo y el volumen ya más que considerable de los que componen este último».

lado, sería discutible privilegiar la infracción de una concreta fuente normativa o un sistema normativo específico a los efectos de la teoría de la invalidez: en efecto, ¿por qué privilegiar la infracción del Derecho de la Unión Europea sobre la violación de la Constitución o sobre la vulneración de las normas jurídico-internacionales (en particular, el Derecho internacional de los derechos humanos o las normas *ius cogens*)? Por otro lado, la institución de la nulidad de pleno derecho se fundamenta no sólo en la gravedad intrínseca de la ilegalidad cometida, sino, sobre todo, en su reconocibilidad por los ciudadanos y los operadores jurídicos. No parece que este segundo requisito institucional de la nulidad de pleno derecho, que ha sido retenido también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pueda predicarse *in totum* de las infracciones del Derecho de la Unión Europea<sup>29</sup>.

En suma, la inadecuación «ontológica» de la infracción del Derecho de la Unión Europea como causa general de nulidad de los actos administrativos internos y la inexistencia de requerimiento o exigencia alguna por parte del Derecho de la Unión Europea en este sentido conducen a descartar la necesidad y la oportunidad de introducir una causa general de nulidad por infracción del Derecho de la Unión Europea e, igualmente, a excluir la subsunción apriorística y forzada de cualesquiera infracciones del Derecho de la Unión Europea en alguna de las causas de nulidad existentes. Lo anterior no significa, naturalmente, que determinadas infracciones del Derecho de la Unión Europea no puedan o no deban subsumirse en alguna de las actuales causas de nulidad reguladas en el artículo 62.1 de la LRJPAC. Pero ello requiere un examen particularizado de cada supuesto de infracción, sin partir de apriorismos que sostengan o excluyan de forma sistemática la consecuencia de la nulidad.

Por último, conviene observar que, en el supuesto de que el Derecho de la Unión Europea regulara de forma expresa una causa de nulidad de actos administrativos internos dictados en infracción del Derecho de la Unión Europea, dicha causa de nulidad se incorporaría a la lista tasada de causas de nulidad que las autoridades administrativas y judiciales internas deben aplicar. El fundamento de esa incorporación no sería sólo la cláusula abierta de la letra g) del artículo 62.1, según la cual, además de los casos previstos en dicho artículo, también se reputará nulo «cualquier otro que se establezca en una disposición de rango legal». En efecto, no debería suscitar problema alguno entender que también las disposiciones comunitarias cumplen la reserva de ley que en este punto fija la letra g) del artículo 62.1. En cualquier caso, el fundamento principal de la incorporación estribaría en el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea: si una norma europea dotada de efecto directo establece una causa adicional de nulidad de los actos administrativos internos, es de obligado cumplimiento, y no se le podría oponer una norma interna que, por ejemplo, limitara las causas de nulidad a tener en cuenta por las autoridades internas a las establecidas por una fuente normativa específica del ordenamiento interno.

Lo que se deduce de la letra g) del artículo 62.1 de la LRJPAC es que, en nuestro sistema jurídico-administrativo, le corresponde básicamente al legislador sectorial juzgar la necesidad de esta-

<sup>29</sup> En este mismo sentido, el Consejo de Estado señaló en su memoria del año 1999 que «si se tiene en cuenta el ya considerable número de normas internas con origen –directo o indirecto– en el Derecho comunitario (normalmente como consecuencia de la mecánica de la incorporación al ordenamiento jurídico interno del contenido de directivas) y se añaden a ellas las normas comunitarias de directa aplicación en cada uno de los Estados miembros, la introducción de un nuevo supuesto de nulidad referido a cualquier infracción del Derecho comunitario implicaría una improcedente orientación que perturbaría, al menos de hecho, la teoría misma sobre la invalidez de los actos administrativos».

blecer en cada materia causas de nulidad adicionales a las generales del artículo 62.1 de la LRJPAC: en consecuencia, es el legislador sectorial quien, a la vista de la normativa europea aplicable a su sector, debe apreciar la necesidad de establecer una causa de nulidad ante un determinado supuesto vinculado con la aplicación del Derecho de la Unión Europea<sup>30</sup>. Hasta la fecha, el legislador español ha establecido que el abono de una subvención, sin que la Comisión haya declarado su compatibilidad con el mercado común, constituye una infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, una causa de anulabilidad (art. 9.º 1 de la LGS), pero no ha creado una causa expresa de nulidad de pleno derecho en este sentido.

### 3. La infracción del Derecho de la Unión Europea y las técnicas revisoras de los actos administrativos internos.

La otra vía considerada para depurar los actos administrativos internos que infrinjan el Derecho de la Unión Europea, en circunstancias en las que, de otra forma, surgirá indefectiblemente o puede surgir con alta probabilidad la responsabilidad del Estado ante las instituciones comunitarias, es la de adecuar las técnicas revisoras de actos administrativos previstas en el ordenamiento interno a las exigencias derivadas del ordenamiento europeo. Ésta es la vía por la que, desde hace años, viene abogando en sus dictámenes el Consejo de Estado.

La necesidad de adecuación deriva de la constatación de la insuficiencia de las técnicas revisoras previstas en el ordenamiento español cuando se trata de actos favorables que no incurren en un vicio tipificado como de nulidad de pleno derecho, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina<sup>31</sup> y por el Consejo de Estado.

Por un lado, la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho permitiría sin duda un cumplimiento satisfactorio de las exigencias europeas, pero ya se ha indicado que no existe una causa general de nulidad por infracción del Derecho de la Unión Europea, ni toda infracción del Derecho de la Unión Europea puede ser subsumida sin más en alguna de las causas legales de nulidad existentes. Por tanto, la depuración de los actos internos que incurran en infracción del Derecho de la Unión no puede valerse con carácter general de las facultades revisoras de los actos nulos de pleno derecho.

Por otro lado, la revisión de los actos anulables favorables, *de lege data*, tiene que ser instada en plazos perentorios y, además, requiere un procedimiento complejo articulado en dos fases, una fase administrativa encaminada a declarar la lesividad del acto para el interés público, y una fase jurisdiccional en la que la Administración demanda la anulación de su propio acto ante los tribuna-

<sup>30</sup> A este respecto señala BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, cit., pág. 181, que el legislador sectorial «se encuentra con toda probabilidad en mucha mejor situación que el legislador del procedimiento administrativo a la hora de definir los supuestos de nulidad». Desde una perspectiva descriptiva, F. VELASCO CABALLERO, cit., pág. 442, constata que «sólo las normas procedimentales sectoriales presentan una conexión fluida con el Derecho comunitario. El Derecho procedimental básico, el de la Ley 30/1992 (LRJPAC), mira más a la tradición española que a la Unión Europea».

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ TORRES, «La recuperación de las ayudas...», cit., págs. 788-789.

les. Si se interpreta que la eventual responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión constituye un supuesto paradigmático y acreditado de lesividad para el interés público, el procedimiento bifásico de revisión de los actos anulables favorables puede permitir, idealmente, eliminar el acto interno que infrinja el Derecho de la Unión Europea, pero ni garantiza una pronta eliminación ni formalmente puede ser utilizado cuando, como será frecuente en la práctica, han transcurrido cuatro años desde la adopción del acto administrativo en cuestión<sup>32</sup>, mientras que los requerimientos de las instituciones europeas dirigidos a eliminar los efectos de un acto interno que infringe el Derecho de la Unión Europea no se atienen a ese marco temporal y pueden y suelen producirse una vez que ha expirado el plazo previsto en el ordenamiento interno.

El legislador estatal introdujo en el artículo 37.1 h) de la Ley General de Subvenciones (2003) un mecanismo específico para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión que ordenen la recuperación de ayudas de Estado declaradas incompatibles, que se analizará en el apartado III. Fuera de este concreto supuesto, las técnicas revisoras previstas en el ordenamiento español no facilitan la eliminación de un acto administrativo interno favorable que infringe el Derecho de la Unión Europea pero no incurre en un vicio de nulidad.

A este respecto, el Consejo de Estado viene sugiriendo de manera recurrente y, recientemente, de nuevo en su informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008, que «convendría prever un mecanismo que posibilitara con carácter general la revocación de actos firmes cuando la misma viniese impuesta por una decisión o sentencia comunitaria. Este mecanismo, que podría incluirse en un apartado del artículo 102 de la Ley 30/1992, no supone alteración alguna de la teoría sobre la invalidez de los actos administrativos, pues no se basa en el carácter nulo o anulable de la resolución cuya expulsión del mundo jurídico se pretende, sino en la circunstancia de que dicha expulsión es necesaria para dar cumplimiento a una decisión de la Comisión o a una sentencia del Tribunal de Justicia»<sup>33</sup>.

El objetivo de la propuesta del Consejo de Estado no es otro que proporcionar a las Administraciones públicas internas los instrumentos necesarios para poder cumplir con las obligaciones de eliminación de actos administrativos internos por infracción del Derecho de la Unión Europea que vengan fundadas en el propio Derecho de la Unión Europea. Cuando no exista una obligación de eliminación fundada en el propio Derecho de la Unión Europea, hay que considerar suficientes los mecanismos ordinarios de revisión de los actos administrativos que incurren en algún vicio de invalidez, toda vez que esos mecanismos respetan los principios comunitarios de efectividad y de equivalencia. El Tribunal de Justicia ha señalado a este respecto que «la firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar plazos razonables de recurso o, como ocurre en el caso de autos, por agotamiento de las vías de recurso, contribuye a dicha seguridad con la consecuencia de que el Dere-

<sup>32</sup> En cambio, GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., pág. 325, considera que no es «un obstáculo insalvable, siempre, por supuesto, que la Administración nacional actúe con diligencia en la anulación».

<sup>33</sup> Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, núm. E 1/2007, de 14 de febrero de 2008, apartado V, punto 2.1, pág. 245. El informe con diversos estudios doctrinales complementarios ha sido publicado por el Consejo de Estado: *vid. El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español: Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2008. La cita reproducida en el texto se encuentra en el volumen citado en las págs. 179-180.

cho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza»<sup>34</sup>.

Ahora bien, a los dos supuestos considerados por el Consejo de Estado como fundamento de una obligación estatal de revisar un acto administrativo firme (decisión de la Comisión o sentencia condenatoria del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea), la jurisprudencia comunitaria añadió otro más en la sentencia *Kühne & Heitz*. El Tribunal de Justicia declaró que «circunstancias particulares pueden, en virtud del principio de cooperación que se deriva del artículo 10 CE, obligar a un órgano administrativo nacional a examinar de nuevo una resolución administrativa firme tras el agotamiento de las vías de recurso internas, para tener en cuenta la interpretación de una disposición pertinente del Derecho de la Unión Europea, efectuada posteriormente por el Tribunal de Justicia»<sup>35</sup>. El Tribunal de Justicia enumeró cuatro requisitos necesarios para fundamentar tal obligación de revisión<sup>36</sup>:

«El principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando:

- Según el Derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución.
- La resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia.
- Dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3.
- El interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.»

La doctrina expuesta parece abrir la caja de Pandora de la inestabilidad de las situaciones jurídicas consolidadas, y así seguramente la verán sus críticos. Frente a esa visión cabe señalar, por un lado, que, en todo caso, han de reunirse cada una de las condiciones establecidas en la sentencia *Kühne & Heitz*; y, por otro, que la doctrina expuesta ampara a quien defiende, con los medios a su alcance y frente a las autoridades estatales, la interpretación correcta del Derecho de la Unión y actúa diligentemente en este sentido. En el sistema judicial de la Unión Europea el particular no goza de un recur-

<sup>34</sup> TJCE, Sentencia de 13 de enero de 2004, as. C-453/00, *Kühne & Heitz*, pág. I-837, apartado 24; TJCE (Gran Sala), Sentencia de 12 de febrero de 2008, as. C-2/06, *Willy Kempter KG*, pág. I-411, apartado 37.

<sup>35</sup> TJCE, *Kühne & Heitz*, apartado 27; Sentencia de 19 de septiembre de 2006, *Germany y Arcor*, C-392/04 y C-422/04, pág. I-8559, apartado 52; *Willy Kempter KG*, apartado 38.

<sup>36</sup> TJCE, *Kühne & Heitz*, apartado 28; *Willy Kempter KG*, apartado 39.

so de casación por infracción del Derecho de la Unión ante los órganos jurisdiccionales europeos y, por tanto, no está en situación de defender directamente ante esos órganos la interpretación del Derecho de la Unión que estima correcta en un litigio concreto, ni puede obligar al órgano jurisdiccional nacional cuya resolución no es susceptible de recurso a presentar la cuestión prejudicial. En consecuencia, la imposibilidad de que un particular que diligentemente ha invocado la interpretación correcta del Derecho de la Unión en las diversas instancias administrativas y jurisdiccionales nacionales pueda beneficiarse de la interpretación correcta del Derecho de la Unión declarada con posterioridad por un órgano jurisdiccional europeo sería contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

Como han señalado BAQUERO y SARMIENTO, en la sentencia *Kühne & Heitz* el Tribunal de Justicia «pone al servicio de la efectividad del Derecho comunitario los poderes de revisión de oficio de las Administraciones nacionales, convirtiendo, al menos nominalmente, lo que es una mera facultad en una obligación de reconsiderar un acto administrativo firme y confirmado por una decisión judicial»<sup>37</sup>. No obstante, para esos autores, se trataría no más de una condición relativa, pues quedaría en último término en manos de lo que dispusiera el ordenamiento nacional, que puede reconocer o no a la Administración la facultad de reconsiderar sus decisiones firmes; y sostienen que «un asunto como *Kühne* no sería revisable en Derecho español»<sup>38</sup>.

Sin duda, como señalan correctamente los citados autores, el Derecho de la Unión no puede crear por sí mismo el cauce de revisión de actos administrativos firmes basados en una interpretación errónea del Derecho de la Unión. Pero en relación con la ejecución del Derecho de la Unión la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige que las autoridades estatales, tanto judiciales como administrativas, hagan «todo lo posible» y que movilicen todos los recursos y mecanismos jurídicos disponibles en el ordenamiento interno, al servicio de la efectividad del Derecho de la Unión<sup>39</sup>. Igualmente reitera la doctrina general en el ámbito de la recuperación de ayudas de Estado: «el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional»<sup>40</sup>.

Por tanto, no puede considerarse indispensable que el ordenamiento interno conozca y regule una facultad general específicamente dirigida a reconsiderar actos administrativos firmes, potestad como tal extraordinaria en cualquier ordenamiento medianamente comprometido con el principio de

<sup>37</sup> J. BAQUERO CRUZ y D. SARMIENTO, «Principios fundamentales del ordenamiento comunitario», en *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español: Texto del informe, estudios y ponencias*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2008, pág. 482. Para la interpretación de las condiciones de la sentencia *Kühne & Heitz* vid. *ibidem*, págs. 482-484.

<sup>38</sup> BAQUERO CRUZ y SARMIENTO, *op. cit.*, pág. 482.

<sup>39</sup> Piénsese en las doctrinas jurisprudenciales sobre los efectos directos, indirectos y anticipatorios de las directivas no traspuestas al ordenamiento interno. Así, de acuerdo con la sentencia *Pfeiffer*, el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto por el Derecho comunitario, no se limita a las disposiciones internas adoptadas específicamente para transponer o aplicar el Derecho comunitario, sino que también requiere que «la jurisdicción nacional tome en consideración el conjunto del Derecho nacional para apreciar en qué medida éste puede recibir una aplicación tal que no conduzca a un resultado contrario al contemplado por el Derecho comunitario» (as. C-397/01, *Pfeiffer*, Rec. 2004, pág. I-8835, apdo. 116, énfasis añadido).

<sup>40</sup> TJCE, Sentencia de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, as. C-119/05, pág. I-6199, apartado 61.

seguridad jurídica, sino que es suficiente la posibilidad excepcional y tasada reconocida en ciertos casos por la jurisprudencia de apartarse de la firmeza de una resolución administrativa en atención a bienes o valores considerados superiores<sup>41</sup>.

Condición relativa o no, a los efectos del presente trabajo interesa dilucidar si el ordenamiento español faculta o no impide a los órganos administrativos reconsiderar un acto administrativo firme, de forma que pudiera aplicársele la doctrina de la sentencia *Kühne & Heitz*. Los mencionados autores no fundamentan su categórica afirmación sobre la irrevisabilidad de los actos administrativos firmes en Derecho español. Cabe aventurar que dicha postura podría basarse en la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que confirma el acto administrativo y que vincula a todos los poderes del Estado, así como en la imposibilidad legal de ejercer las facultades de revisión de oficio de los actos nulos respecto a los actos que «hayan sido recurridos en plazo» (art. 102.1 de la LRJPAC). Sin embargo, a mi juicio no cabe descartar tajantemente la facultad de un órgano administrativo español de reconsiderar una resolución administrativa firme confirmada por una sentencia judicial, y ello tanto por argumentos extraídos del ordenamiento interno como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En primer lugar, con arreglo al ordenamiento español es posible interponer un recurso administrativo extraordinario de revisión, a pesar de haberse interpuesto previamente en plazo un recurso contencioso-administrativo contra el mismo acto administrativo. El recurso extraordinario de revisión ha de versar sobre las causas de invalidez del acto administrativo que no se alegaron o que no pudieron ser alegadas en el proceso contencioso-administrativo.

¿Pero es realmente útil el recurso extraordinario de revisión para reconsiderar actos administrativos firmes confirmados por resoluciones judiciales, pero cuya incompatibilidad con el Derecho de la Unión deriva de sentencias posteriores del Tribunal de Justicia? Las objeciones respecto a la utilidad de dicho instrumento extraordinario de revisión pueden ser dobles. Por un lado, el recurso

<sup>41</sup> Si se examina de cerca el asunto *Kühne & Heitz*, se verá que la situación de partida aparentemente más favorable a la reconsideración de los actos administrativos firmes por un órgano administrativo, supuestamente existente en el Derecho neerlandés, no era tal. El órgano jurisdiccional neerlandés remitente afirmó que «la concepción que establece como regla el hecho de que las resoluciones que hayan adquirido firmeza deben modificarse para ajustarse a una jurisprudencia posterior –en este caso comunitaria– crea una situación de caos administrativo, atenta gravemente contra la seguridad jurídica y, por tanto, no es aceptable»; no obstante, «señala que el Derecho neerlandés admite, en determinados casos, que una jurisprudencia posterior pueda tener repercusiones en asuntos en los que las vías de recurso se han agotado. A este respecto, recuerda la jurisprudencia del Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) sobre los efectos de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos penales. Así, el Hoge Raad consideró, en su Sentencia de 1 de febrero de 1991 (Nederlandse Jurisprudentie –NJ– 1991, pág. 413), que el descubrimiento posterior de la violación de un derecho fundamental, al que se refiere el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es una razón determinante que puede impedir la ejecución de una resolución dictada en materia penal que no sea susceptible de ulterior recurso». El órgano jurisdiccional remitente «se pregunta si no sería conveniente establecer una excepción en lo que respecta a la firmeza de la resolución administrativa en un caso como el pendiente ante él, en el cual, en primer lugar, *Kühne & Heitz* ha agotado todas las vías de recurso de las que disponía; en segundo lugar, la interpretación del Derecho comunitario que había hecho ha resultado contraria a una sentencia pronunciada posteriormente por el Tribunal de Justicia, y, en tercer lugar, la interesada se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha sentencia del Tribunal de Justicia». En realidad, el órgano jurisdiccional le pide al Tribunal de Justicia la declaración de una *nueva regla de derecho* que instaure una excepción adicional a la firmeza de los actos administrativos del ordenamiento interno, en virtud de la primacía del Derecho comunitario.

extraordinario de revisión representa un cauce limitado de revisión de actos administrativos firmes, ya que se circunscribe expresamente a causas tasadas y de orden más bien fáctico (error de hecho, aparición de documentos de valor esencial, falsedad de documentos o testimonios, consecuencia de delito), mientras que la interpretación o aplicación errónea del Derecho tiene un carácter indudablemente jurídico. Ahora bien, una interpretación flexible de la circunstancia relativa a la aparición de «documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida» (art. 118.1 de la LRJPAC) permitiría entender que una sentencia firme de un órgano jurisdiccional europeo que establece la correcta interpretación del Derecho de la Unión puede constituir un «documento de valor esencial para la resolución del asunto»<sup>42</sup>.

La segunda objeción es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que el órgano administrativo que conoce de un recurso extraordinario de revisión no puede revisar las cuestiones y las pretensiones que un órgano jurisdiccional ya hubiera examinado y resuelto previamente<sup>43</sup>. Esta objeción no cierra plenamente las puertas a la reconsideración en sede administrativa. Por una parte, si quien interpone el recurso contencioso-administrativo no ha alegado la incompatibilidad con el Derecho de la Unión del acto administrativo, el órgano jurisdiccional no se habrá pronunciado al respecto, salvo que se haya planteado de oficio la conformidad con el Derecho de la Unión del acto impugnado por otros motivos y haya concluido favorablemente dicho examen. Por otra parte, si, a pesar de haber alegado dicha incompatibilidad, el órgano jurisdiccional ha afirmado la conformidad del acto administrativo interno con el Derecho de la Unión Europea sin plantear previamente la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, no puede entenderse que la cosa juzgada de la sentencia del órgano jurisdiccional español pueda desplegar una eficacia absoluta sobre la citada cuestión, una vez que la citada interpretación se revela errónea con arreglo a la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia. Téngase en cuenta, además, que la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada por una de las partes podría suponer una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho al juez predeterminado por la ley, ya que el órgano jurisdiccional interno se habrá pronunciado erróneamente sobre una cuestión sin utilizar el cauce establecido por el ordenamiento comunitario. En cualquier caso, el Tribunal de Justicia no considera que la autoridad de cosa juzgada impida la recuperación de la ayuda ilegal. Ha afirmado que «el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, [...] cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> MARTÍN QUERALT, cit., pág. 332, se pronuncia en contra de la viabilidad del recurso extraordinario de revisión en materia tributaria (art. 244 de la LGT) para atacar la firmeza de actos basados en leyes declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia, por la inflexible interpretación jurisprudencial de los requisitos que fundamentan la estimación de dicho recurso; según dicho autor, «no ha prosperado ningún recurso en esta materia». Como se recordará, en materia tributaria se conserva la anulabilidad de actos firmes que incurren en infracción manifiesta de ley, eliminada de la Ley 30/1992. En consecuencia, dicho autor orienta sus propuestas de flexibilización interpretativa hacia la revisión de oficio.

<sup>43</sup> Aranzadi 5802/2005.

<sup>44</sup> TJCE, Sentencia de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, as. C-119/05, pág. I-6199, apartado 63. Sobre esta sentencia puede verse P. NEBBIA, «Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the *Lucchini* case», *European Law Review*, vol. 33, 2008, págs. 427-438; A. BIONDI, *Common Market Law Review*, 2008, págs. 1.459-1.467; A. HATJE «Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen – zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-119/05 (*Lucchini*) vom 18. Juli 2007», *Europarecht*, 2007, págs. 654-659.

En segundo lugar, los actos administrativos firmes cuya validez ha sido confirmada por una resolución judicial nacional serán por lo general de carácter desfavorable para el destinatario del acto, como en el caso abordado en la sentencia *Kühne & Heitz*. Cuando el contenido del acto firme es desfavorable, las facultades de revisión se amplían considerablemente. Las Administraciones públicas pueden «revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico» (art. 105.1 de la LRJPAC). Tratándose de un acto desfavorable e incompatible con el Derecho de la Unión, los tradicionales obstáculos a la revisión administrativa –el principio de legalidad y el mantenimiento de las situaciones jurídicas reconocidas– no pueden oponerse válidamente a una reconsideración del acto administrativo firme confirmado por una resolución judicial, pero cuya incompatibilidad con el Derecho de la Unión deriva de una sentencia posterior de un órgano jurisdiccional comunitario. El principio de cooperación leal (art. 4.º 3 del TFUE) obliga al órgano administrativo nacional a velar por la primacía del Derecho de la Unión, cuando menos siempre que sea posible de acuerdo con su Derecho nacional <sup>45</sup>.

En suma, para cumplir debidamente los requerimientos del Derecho de la Unión Europea, tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia, el mecanismo específico a introducir en el artículo 102 de la LRJPAC tendría que posibilitar también la revisión de actos firmes en todos aquellos supuestos que hayan sido establecidos por la jurisprudencia europea, incluyendo el supuesto analizado en la sentencia *Kühne & Heitz*. Una regulación expresa permitiría despejar dudas sobre el alcance y las condiciones de ejercicio de las facultades administrativas de revisión de los actos firmes que no son conformes con el Derecho de la Unión (por ejemplo, la cuestión relativa al plazo en el que el particular podría solicitar la revisión del acto administrativo firme).

#### IV. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA RECUPERACIÓN DE AYUDAS ILEGALES O INCOMPATIBLES CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

##### 1. El sistema de control de las ayudas de Estado.

El sistema europeo de intervención administrativa en materia de ayudas de Estado puede ser categorizado como de prohibición relativa o de prohibición con reserva de autorización. El Derecho de la Unión Europea prohíbe las ayudas de Estado, atendiendo al posible falseamiento de la compe-

<sup>45</sup> En el caso de un acto tributario firme basado en una norma legal declarada incompatible con el Derecho de la Unión, MARTÍN QUERALT, cit., pág. 319 aboga por una utilización más flexible del concepto infracción manifiesta de ley que la practicada por la jurisprudencia, a los efectos de su revisión de oficio. Si el derecho a solicitar la revisión del acto ha prescrito, el afectado podrá reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado. *Vid.* a este respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos*, as. C-118/08, en un procedimiento prejudicial instado a petición del Tribunal Supremo español. El caso presenta alguna diferencia relevante con respecto al supuesto tratado en la sentencia *Kühne & Heitz*: el acto desfavorable se basaba en una ley cuya incompatibilidad con el Derecho de la Unión fue declarada posteriormente por el Tribunal de Justicia. Sobre la vía de la acción de responsabilidad patrimonial, *vid.* MARTÍN QUERALT, cit., págs. 329-331.

tencia originado directa o indirectamente por las autoridades de los Estados miembros mediante el favorecimiento de determinadas empresas o producciones. Pero la prohibición no es absoluta: se prevé la facultad de declarar la compatibilidad con el mercado común de determinadas ayudas, tanto ayudas concretas o programas de ayudas como categorías de ayudas (art. 107.3 del TFUE). Además de la prohibición y de la previsión de la facultad de exención existe una declaración legal de compatibilidad (o excepción legal de la prohibición) de determinadas ayudas (art. 107.2 del TFUE).

El sistema de prohibición con reserva de autorización rige plenamente respecto de las ayudas nuevas (o las modificaciones de las ayudas existentes), que son las que están sometidas a un régimen de control preventivo. En cambio, las ayudas existentes (tanto las existentes antes de la creación o de la adhesión a las Comunidades, como las notificadas y no declaradas incompatibles y las no notificadas respecto a las cuales ha expirado el plazo de prescripción de diez años para el ejercicio de las competencias de la Comisión en materia de recuperación) están sujetas a un sistema de control permanente (art. 108.1 del TFUE), dirigido a comprobar que las ayudas siguen siendo compatibles con el mercado común y que los presupuestos que fundamentaron el juicio favorable inicial no se han alterado con el tiempo (por ejemplo, modificación de la situación económica o competencial).

El procedimiento de control de las ayudas públicas estuvo regulado hasta 1999 exclusivamente por el antiguo artículo 93 –en particular por su apdo. 2– del TCE y por normas resultantes de la práctica y de fallos jurisprudenciales. Lo mismo ocurría con los criterios de determinación de la compatibilidad de las ayudas. El sistema de intervención administrativa en materia de ayudas de Estado se modernizó a partir de 1998. El Consejo adoptó el Reglamento (CE) núm. 994/1998<sup>46</sup>, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del TCE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales y el Reglamento (CE) núm. 659/1999<sup>47</sup>, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del TCE. Estos reglamentos fueron los primeros actos dictados de forma exclusiva en virtud del antiguo artículo 94 del TCE y constituyen los elementos centrales de la modernización del control de las ayudas estatales. El nuevo régimen de control de las ayudas públicas se inspiró en los instrumentos y las pautas desarrolladas previamente en materia de las normas de competencia aplicables a las empresas: tanto en cuanto a la adopción de reglamentos de exención como a la regulación del procedimiento. A continuación se analizan dichos instrumentos.

A partir de 1998 se utiliza en el sector de las ayudas públicas una técnica prevista en el Tratado y que ya se había utilizado en el ámbito de las normas aplicables a las empresas: la exención de determinadas ayudas de la obligación de notificación. El Reglamento 994/1998 del Consejo habilita a la Comisión a adoptar reglamentos por los que se declaran compatibles con el mercado común y no sujetas a la obligación de notificación determinadas ayudas<sup>48</sup>. Dos son los criterios que podrá retener la Comisión para eximir de la obligación de notificación: determinadas categorías de ayudas (pequeñas y medianas empresas, investigación y desarrollo, protección del medio ambiente y el

<sup>46</sup> DOCE 1998 L 142, pág. 1.

<sup>47</sup> DOCE 1999 L 83, pág. 1.

<sup>48</sup> Vid. C. BLUMANN, «L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'état: le Règlement n.º 994/98, du 7 mai 1998», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 428, 1999, págs. 319-327.

empleo y la formación, así como las que se ajusten al mapa que apruebe la Comisión para cada Estado miembro a efectos de la concesión de ayudas regionales) y determinadas ayudas que en un periodo dado no superen un determinado importe (arts. 1.º y 2.º del Reglamento 994/1998)<sup>49</sup>. Los reglamentos que establezcan las exenciones por categorías especificarán las características que deberán observar las categorías exentas (la finalidad de la ayuda, las categorías de beneficiarios, los umbrales aplicables, las condiciones relativas a la acumulación de ayudas, las condiciones de control y cualesquiera otras que se consideren convenientes). Después de adquirir experiencia con la aplicación de diversos Reglamentos de exención por categorías, en agosto de 2008 la Comisión adoptó un Reglamento general de exención por categorías que codifica en un texto único y reemplaza a varios de los reglamentos adoptados anteriormente<sup>50</sup>.

El Reglamento 659/1999 es más que una mera codificación de las normas y principios de procedimiento establecidos en comunicaciones o desarrollados en la práctica<sup>51</sup>. Define con precisión una serie de nociones básicas (qué ayudas están sometidas a la obligación de notificación, ayuda existente, ayuda nueva, cuándo una notificación es completa y quién lo decide en última instancia, etc.) y establece con claridad el cauce procedimental aplicable a las ayudas notificadas, las ayudas ilegales, las ayudas abusivas y las ayudas existentes, así como las potestades de la Comisión y los derechos de las partes interesadas en el marco de dichos procedimientos<sup>52</sup>. En las páginas siguientes el análisis se centrará en las potestades de la Comisión para ordenar la suspensión o la recuperación provisional o definitiva de una ayuda ilegal<sup>53</sup>. El Reglamento 659/1999 denomina «ayuda ilegal» cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo la obligación de notificación, y «ayuda incompatible» aquella que distorsiona la competencia en el mercado común.

<sup>49</sup> Actualmente están vigentes los siguientes reglamentos *de minimis*: el Reglamento 1998/2006 para las actividades industriales, el Reglamento 875/2007 para el sector de la producción pesquera y el Reglamento 1535/2007 para el sector de la producción de productos agrícolas. Todos ellos regirán para el periodo de programación financiera 2007-2013.

<sup>50</sup> Reglamento (CE) 800/2008 de la Comisión por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías) (DO 2008 L 214/3). *Vid.* al respecto A. BARTOSCH, «Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 50, 2008, págs. 3.612-3.617.

<sup>51</sup> A. SINNAEVE y P.J. SLOT, «The new regulation on state aid procedures», *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, págs. 1.153-1.194, especialmente 1.162 (en nota 31) y 1.193; *vid.* también J.-P. KEPPELNE, «(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État», *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 2, 1998, págs. 125-156; J. RIVAS ANDRÉS y J. GUTIÉRREZ GISBERT, «Un comentario crítico al Reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 609, 2000, págs. 40-58; y D. HEREDIA BENOT, «El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materias de ayudas públicas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, págs. 17-32. Sobre el margen de interpretación del marco jurídico disponible por la Comisión *vid.* M.P. SMITH, «Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy», *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, 1998, págs. 55-78.

<sup>52</sup> SINNAEVE y SLOT, «The new regulation...», *cit.*, págs. 1.153 y ss.

<sup>53</sup> Las mismas potestades existen respecto a las llamadas «ayudas abusivas» en virtud del artículo 16 del Reglamento 659/1999, que son las ayudas utilizadas por el beneficiario en contravención de una decisión preliminar, condicional o definitiva de compatibilidad. En cambio, respecto a las ayudas existentes, la Comisión sólo puede proponer al Estado miembro interesado, mediante recomendación, medidas apropiadas, por ejemplo, de modificación o de supresión *pro futuro* del régimen de ayudas. La falta de aceptación de dicha recomendación por el Estado miembro sólo habilita a la Comisión a adoptar una decisión formal negativa o condicional de compatibilidad, pero no a exigir la devolución de las ayudas previamente otorgadas (*vid.* arts. 18 y 19).

## 2. La obligación de recuperar una ayuda ilegal.

En el marco del procedimiento aplicable a las ayudas ilegales, la Comisión, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, puede requerirle, mediante decisión, que suspenda o que recupere provisionalmente toda concesión de ayuda ilegal en tanto en cuanto aquélla no se pronuncie sobre la compatibilidad con el mercado (art. 11). La decisión de recuperación provisional está supeditada a la concurrencia de tres circunstancias: inexistencia de dudas sobre el carácter de ayuda de la medida de que se trate, urgencia y grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor<sup>54</sup>. El incumplimiento de un requerimiento de suspensión o de recuperación provisional puede ser sometido por la Comisión directamente ante el Tribunal de Justicia, a fin de que se declare que dicha inobservancia constituye una violación del Tratado (art. 12).

Con independencia de la adopción de una decisión de suspensión o de recuperación provisional, la Comisión examina el fondo del asunto, y puede adoptar una decisión positiva, una decisión condicional o una decisión negativa sobre la compatibilidad de la ayuda. Cuando se adopten decisiones negativas, «la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda» (art. 14.1). El artículo 14 del Reglamento 658/1999 regula la recuperación de las ayudas ilegales derivada tanto de una decisión negativa en cuanto al fondo como de una decisión de recuperación provisional. El apartado 3 establece lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda disponer, de conformidad con el artículo 185 del Tratado, la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario.»

El Reglamento 659/1999 regula dos cuestiones adicionales a tener en cuenta en el diseño de los mecanismos internos que garanticen el cumplimiento de las decisiones de la Comisión que ordenan la recuperación de las ayudas de Estado. En primer lugar, las ayudas recuperables con arreglo a una decisión de recuperación provisional o definitiva devengarán intereses desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de recuperación. Dichos intereses se calcularán a un tipo adecuado que fije la Comisión (art. 14.2)<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Sobre esta facultad, *vid.* en tono crítico RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT, cit., págs. 51-52.

<sup>55</sup> Los métodos para determinar el interés y para aplicar el interés establecidos se regulan en los artículos 9.º y 11 del Reglamento de la Comisión (CE) 794/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del TCE (DO L 140, de 30 de abril de 2004, pág. 1), en la versión introducida por el Reglamento (CE) 271/2008 de la Comisión, de 30 de enero de 2008 (DO L 82, de 25 de marzo de 2008, pág. 1).

En segundo lugar, las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas estarán sujetas a un plazo de prescripción de 10 años<sup>56</sup>. El *dies a quo* del plazo de prescripción será la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario. Si ya el plazo establecido es extraordinariamente amplio, el transcurso del plazo de prescripción quedará además interrumpido por «cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionada con la ayuda ilegal»; cada interrupción obliga a contar el plazo de prescripción desde el principio. Si la decisión de la Comisión es objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia, el plazo de prescripción quedará suspendido mientras dure el procedimiento (art. 15).

A fin de obtener una declaración de compatibilidad, los Estados miembros están obligados a notificar todos los proyectos de ayudas susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación de las prohibiciones o de las excepciones previstas en el Tratado (art. 108.3 del TFUE). La ejecución de las ayudas proyectadas antes de la decisión definitiva de la Comisión supone un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que no queda regularizado o subsanado aunque una decisión posterior de la Comisión declare la compatibilidad de aquéllas<sup>57</sup>. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar a los particulares que quieran invocar el incumplimiento de la obligación de notificación que deducirán de ello todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales<sup>58</sup>. El Tribunal de Justicia había declarado que, en función del caso y de las posibilidades del ordenamiento interno, «un órgano jurisdiccional nacional puede verse en la obligación de ordenar la recuperación de una ayuda ilegal de sus beneficiarios, aunque posteriormente ésta haya sido declarada compatible con el mercado común por la Comisión»<sup>59</sup>. En una sentencia de 2008 el Tribunal de Justicia ha aclarado la situación de la ayuda no notificada (y, por tanto, considerada «ilegal» desde el punto de vista del Derecho de la Unión) pero que, investigada, es declarada compatible por la Comisión, así como de la ayuda cuya declaración de compatibilidad ha sido posteriormente anulada por el Tribunal de Justicia. Con respecto a la ayuda no notificada pero declarada posteriormente compatible por la Comisión<sup>60</sup>.

«El juez nacional no está obligado a ordenar la recuperación de una ayuda ejecutada contra lo dispuesto en ese precepto, cuando la Comisión ha adoptado una decisión definitiva en la que declara la compatibilidad de dicha ayuda con el mercado común, en el sentido del artículo 87 CE. Conforme al Derecho comunitario, está obligado a ordenar al beneficiario de la ayuda el pago de intere-

<sup>56</sup> En congruencia con el plazo de prescripción del ejercicio de las potestades de recuperación de la Comisión, los Reglamentos de exención por categorías o de ayudas *de minimis* establecen que los registros de los Estados miembros relativos a las ayudas individuales y a los regímenes de ayudas exentos en virtud de dichos reglamentos se conservarán durante diez años a partir de la fecha de concesión de la ayuda individual o a partir de la fecha de concesión de la última ayuda en aplicación del régimen de ayudas [art. 10.2, párrafo segundo, del Reglamento 800/2008 (Reglamento general de exención por categorías); artículo 3.º 3 del Reglamento 1998/2006 sobre ayudas *de minimis*].

<sup>57</sup> TJCE (Sala Tercera), Sentencia de 5 de octubre de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GMBH y otros*, as. C-368/04, pág. I-9957 (apdo. 41), con más referencias.

<sup>58</sup> *Ibidem*, apartado 47, con más referencias.

<sup>59</sup> *Ibidem*, apartado 56.

<sup>60</sup> TJCE, Sentencia de 12 de febrero de 2008, *CELF*, as. C-199/06, pág. I-469, apdo. 55.

ses por el periodo que duró la ilegalidad. En el marco de su Derecho nacional, puede además, en su caso, ordenar la recuperación de la ayuda ilegal, sin perjuicio del derecho del Estado miembro a ejecutarla de nuevo posteriormente. También puede verse obligado a estimar demandas de indemnización de los perjuicios causados por la naturaleza ilegal de la ayuda.»

El Tribunal de Justicia consideró que la obligación del juez nacional de ordenar al beneficiario de la ayuda el pago de intereses se extiende también, salvo circunstancias excepcionales, al periodo transcurrido entre una decisión de la Comisión en la que se constata la compatibilidad de esta ayuda con el mercado común y la anulación de dicha decisión por el juez comunitario <sup>61</sup>.

¿Qué consecuencias jurídicas tiene el incumplimiento de las decisiones de recuperación de la Comisión? Las decisiones de la Comisión son obligatorias en todos sus elementos para el Estado miembro que sea su destinatario (art. 288 del TFUE, antiguo art. 249 del TCE). La decisión que ordena la recuperación de una ayuda declarada incompatible fundamenta un crédito a favor del Estado miembro de que se trate y, por tanto, una obligación de pago a cargo de un particular. Pero la decisión no constituye un título ejecutivo directamente ejecutable en el ordenamiento interno contra el obligado al reintegro. Por una parte, porque el Derecho de la Unión Europea lo excluye expresamente (art. 299 del TFUE, antiguo art. 256 del TCE). Por otra parte, porque la decisión de recuperación no contiene necesariamente toda la información sobre el obligado a devolver la ayuda ilegal e incompatible, ni sobre el importe de la ayuda que debe recuperarse <sup>62</sup>. El importe de la ayuda que debe recuperarse necesita ser cuantificado porque se identifica con los efectos distorsionadores de la competencia, y no tiene por qué coincidir con el importe bruto de la ayuda concedida <sup>63</sup>.

Como actos vinculantes, las decisiones comportan obligaciones cuyo cumplimiento puede ser exigido a los Estados miembros de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión Europea. El artículo 23 del Reglamento 659/1999 reitera cuáles son esos procedimientos. Cuando el Estado miembro no cumpla lo dispuesto en una decisión negativa o condicional, y especialmente en los casos en que no se atienda el requerimiento de recuperar las ayudas ilegales, la Comisión podrá someter directamente el asunto al Tribunal de Justicia en virtud de lo establecido en el artículo 108.2 del TFUE. Esta disposición prevé una vía de acceso al Tribunal más simple que la vía

<sup>61</sup> *Ibidem*, apdo. 69.

<sup>62</sup> En su Comunicación 2007/C 272/5 «Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles» (DOUE 2007 C 272/4), la Comisión ha anunciado que «continuará sus esfuerzos por asegurarse de que las decisiones de recuperación establezcan una indicación clara de la cantidad o cantidades de ayuda que deben recuperarse, la empresa o empresas sujeta(s) a recuperación y el plazo en el que debe concluir la recuperación» (punto 31). No obstante, reconoce que «la decisión de recuperación no siempre incluirá toda la información sobre la identidad de los beneficiarios ni sobre el importe de la ayuda que debe recuperarse» (punto 48). Por tanto, a los Estados miembros les puede corresponder todavía una tarea relevante de concreción de la obligación de reintegro.

<sup>63</sup> Por un lado, los intereses compensan la ventaja financiera de haber dispuesto de la ayuda hasta su recuperación. Por otro lado, cabe considerar la incidencia del sistema impositivo al determinar la cantidad que debe reembolsarse: si se han pagado impuestos por la subvención, se devolverá el importe neto. Además, aunque el régimen de ayudas sea declarado ilegal e incompatible en su conjunto, los criterios sustantivos y los umbrales de las ayudas *de minimis* vigentes en el momento de la concesión de la ayuda ilegal e incompatible pueden ser aplicados a determinadas ayudas, que pueden de esta forma quedar exentas de la prohibición.

ordinaria de interposición del recurso de incumplimiento. Además, si la Comisión considera que el Estado miembro interesado no ha cumplido una sentencia del Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento de un acto vinculante de Derecho de la Unión Europea, la Comisión puede solicitar al Tribunal de Justicia que le imponga al Estado miembro una multa coercitiva o una multa a tanto alzado con arreglo al artículo 260.2 del TFUE (antiguo art. 228.2 del TCE).

Además de los procedimientos formales mencionados, la Comisión viene practicando desde hace unos años el llamado principio *Deggendorf* (basado en una sentencia del Tribunal de Primera Instancia sobre un asunto homónimo), según el cual, en el curso de una investigación preliminar de una ayuda nueva, la Comisión puede tener en cuenta la existencia de ayudas incompatibles que aún no hayan sido devueltas por el beneficiario. Una reciente Comunicación de la Comisión ha fijado los criterios de actuación a este respecto. La Comisión pedirá al Estado miembro que se comprometa a suspender el pago de la nueva ayuda a cualquier beneficiario que aún debe devolver una ayuda ilegal e incompatible sujeta a una decisión anterior de recuperación. Si el Estado no acepta este compromiso o no existen datos claros que permitan a la Comisión evaluar el impacto global en la competencia de la ayuda antigua y de la nueva, la Comisión adoptará una decisión condicional definitiva sobre la base del artículo 7.3 del Reglamento 659/1999, requiriendo al Estado miembro afectado que suspenda el pago de la nueva ayuda hasta que el beneficiario afectado haya reembolsado la antigua ayuda ilegal e incompatible, incluidos los intereses de recuperación debidos<sup>64</sup>.

### 3. Excepciones a la obligación de recuperación.

La decisión de recuperación de la Comisión es, naturalmente, impugnante ante el Tribunal de Justicia, tanto por el Estado destinatario de la decisión como por los interesados afectados individual y directamente por aquélla<sup>65</sup>. No obstante, la impugnación judicial de la decisión de recuperación por el Estado en cuestión no exime a éste de la obligación de incoar los procedimientos nacionales necesarios para ejecutar esa decisión. El artículo 278 del TFUE (antiguo art. 242 del TCE) es rotundo a este respecto, y no hace más que consagrar una regla muy extendida entre los ordenamientos de los Estados miembros: los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda, cuando estime que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión del acto impugnado. A mayor abundamiento, la jurisprudencia europea ha deducido del sistema de los Tratados la presunción de validez de los actos comunitarios, sobre la que se fundamenta su eficacia jurídica inmediata: aquella presunción sólo se destruye mediante la revocación del acto por su autor, la anulación judicial o la declaración judicial de invalidez del acto.

<sup>64</sup> Vid. punto 76 de la Comunicación 2007/C 272/05 («Hacia una aplicación efectiva...»), mencionada *supra* en la nota 62. Sobre los méritos y deméritos de la jurisprudencia *Deggendorf* puede consultarse A. ESTOA PÉREZ, «La jurisprudencia *Deggendorf* como medio de forzar la recuperación de las ayudas ilegales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, 2008, págs. 193-211.

<sup>65</sup> Vid. en especial D. TRIANTAFYLLOU, «Rechtsschutzmöglichkeiten im europäischen Beihilfwesen», *Europarecht*, vol. 38, 2003, págs. 480-486; E. COULON y S. CRAS, «Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'État: les récents évolutions dans l'application des articles 173 et 175 du Traité CE», *Cahiers de droit européen*, vol. 35, núms. 1-2, 1999, págs. 61-146; R. SILVA DE LAPUERTA, «La legitimación activa de los particulares en los recursos en materia de ayudas públicas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, págs. 131-138.

Por tanto, por regla general, como ocurre en el Derecho interno, el Estado miembro viene obligado a cumplir lo ordenado de forma inmediata, con independencia de que decida impugnar la decisión de recuperación y sin esperar a la resolución definitiva del recurso<sup>66</sup>. Si no ejecuta debidamente la decisión de recuperación, el Estado miembro se expone a que la Comisión interponga un recurso de incumplimiento con arreglo al artículo 108.2 del TFUE y a que, en su caso, se le imponga una multa coercitiva o una multa a tanto alzado. Únicamente en el supuesto de imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión por la que se ordena la recuperación podría el Estado miembro en cuestión justificar la falta de ejecución y evitar la responsabilidad pecuniaria derivada del citado precepto<sup>67</sup>.

Lo que interesa analizar a continuación no es la eventual justificación de la inexecución estatal de la decisión de recuperación con objeto de evitar una eventual responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea, sino si existen circunstancias o razones admisibles según el Derecho de la Unión que el beneficiario podría oponer válidamente en el ámbito interno ante la reclamación de devolución de la ayuda ilegal. En particular se plantea la cuestión de la invocabilidad del principio de confianza legítima, un principio que gracias a la jurisprudencia ha conocido un auténtico «boom» en el ordenamiento europeo y un proceso de recepción sin precedentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión<sup>68</sup>. La protección de la confianza legítima es pro-

<sup>66</sup> Sin embargo, en su dictamen núm. 428/1999 de 20 de mayo de 1999 (asunto Plan Renove Industrial), el Consejo de Estado adujo la circunstancia de la impugnación judicial para no llevar a término la ejecución de una decisión de recuperación. Es uno de los pocos casos en la temática abordada en este trabajo en el que el Consejo de Estado utiliza un razonamiento introvertido y poco respetuoso con el Derecho de la Unión Europea: «Pero es que, sobre todo, el antiguo sistema de revisión de oficio por causa de anulabilidad de un acto administrativo, y también la lesividad, único ahora utilizable, tienen como presupuesto lógico que el acto que se anula es contrario a derecho.

Pero en este caso sería contradictorio, hasta tanto no recaiga sentencia firme, dar por supuesto que esa medida infringe el ordenamiento comunitario al mismo tiempo que se está sosteniendo lo contrario ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

España lo ha negado, con razón, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El Consejo de Estado, en los mismos términos y por las mismas razones que se contienen en la demanda presentada por la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aprecia que el llamado «Plan Renove» se ajustaba a derecho.

También al Derecho comunitario.

Por tanto, no puede decirse que éste se haya infringido, y por infracción de éste haya lugar a la declaración de lesividad. Hoy por hoy, no hay por qué compartir el criterio jurídico expuesto por la Comisión Europea, y por tanto afirmar la ilegalidad de las referidas ayudas.

Lo que procede sólo es cumplir la decisión de la Comisión Europea, pero nada más.

Y si así ha de hacerse, no resulta posible instar la anulación acudiendo a razones que incluyan como presupuesto lógico la previa asunción de la ilegalidad de las ayudas, pues España no comparte este criterio (sin perjuicio de acatar, en su día, la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que no tiene por qué ser desfavorable a los intereses españoles, y que tanto puede confirmar el criterio expuesto).

Por el momento, y mientras no haya sentencia firme condenatoria, no procede incoar expediente de revisión de oficio.»

<sup>67</sup> El Tribunal de Justicia interpreta de forma muy rigurosa el supuesto de la imposibilidad absoluta, y reitera que «la condición de imposibilidad absoluta de ejecución no se cumple cuando el Estado miembro demandado se limita a comunicar a la Comisión las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión, sin emprender actuación real alguna ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda y sin proponer a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de la decisión que permitan superar las dificultades». *Vid.* recientemente TJCE, Sentencia de 12 de mayo de 2005, *Comisión/Grecia*, as. C-415/03, pág. I-3875, apdos. 43-44; Sentencia de 20 de septiembre de 2007, *Comisión/España*, as. C-177/06, pág. I-7689, apdo. 46; Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Francia*, as. C-214/07, pág. I-8357, apdo. 46.

<sup>68</sup> *Vid.*, en la doctrina española, GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit.; F.A. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

bablemente la cuestión más profusamente analizada y discutida por la doctrina europea en materia de recuperación de ayudas de Estado <sup>69</sup>. Sin embargo, la dedicación doctrinal no parece corresponderse con las posibilidades reales de invocar con éxito el principio para impedir la devolución de una ayuda de Estado ilegal. Dos factores contribuyen a restringir al máximo la virtualidad del principio en esta materia.

Por un lado, la propia jurisprudencia comunitaria que había lanzado el principio a escala europea en la década de los 60 ha optado por una interpretación muy rigorista del alcance del principio en el ámbito de la recuperación de las ayudas estatales ilegales <sup>70</sup>. Es evidente que una interpretación amplia del principio hubiera socavado la prohibición de las ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. En efecto, para la plena efectividad de un elemento central de la Constitución económica de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia no puede dejar impune la falta de notificación de las ayudas nuevas a la Comisión por los Estados miembros, de forma que los beneficiarios de las ayudas pudieran obtener una ventaja del incumplimiento estatal de la obligación de notificación. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia parten de la siguiente máxima: si la ayuda en cuestión no ha sido notificada, un operador económico diligente no puede confiar legítimamente en la legalidad de la ayuda concedida. El Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que «hasta que la Comisión no adopte una decisión de aprobación, e incluso hasta que venza el plazo señalado para interponer un recurso contra dicha decisión, el beneficiario no tiene certeza alguna acerca de la legalidad de la ayuda prevista, que es la única que puede originar en él una confianza legítima» <sup>71</sup>. En relación con una situación en la que la Comisión había adoptado una decisión definitiva negativa, el Tribunal de Justicia admitió que «no puede excluirse la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda ilegal invoque circunstancias excepcionales que hayan podido fun-

<sup>69</sup> *Vid.*, entre otros, G. MICHELS, *Vertrauensschutz beim Völlzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996; CASTILLO BLANCO, *cit.*, págs. 236-246; R. SCHOLZ, «Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrenrecht – Zur Rechtsprechung des EuGH im Fall "Alcan"», *Die öffentliche Verwaltung*, 1998, págs. 261-268; R. WINCKLER, «Das "Alcan"-Urteil des EuGH – eine Katastrophe für den Rechtsstaat?», *Die öffentliche Verwaltung*, 1999, págs. 148-152; D. HANF, «Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das "Kooperationsverhältnis" zwischen EuGH und BVerfG», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 59, 1999, págs. 51-92; P.M. HUBER, «"Aiuti" ex artt. 87 e 88 del Trattato CE 1999 e tutela dell'affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, págs. 321-341; G. GRECO, «Sovvenzioni e tutela dell'affidamento», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, págs. 375-387; J.-W. RODRÍGUEZ CUIEL, «Principios generales del derecho y recuperación de ayudas de Estado ilegales. En especial la confianza legítima», *Gaceta Jurídica*, núm. 209, 2000, págs. 32-39; GARCÍA LUENGO, *El principio...*, *cit.*, págs. 301-325; I. CROIZIER, «Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire relative aux aides d'État», en *Le droit de l'Union européenne en principes: liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, 2006, págs. 219-241; V. GÖTZ, «Der knapp bemessene Vertrauensschutz bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen», *Die Ordnung der Freiheit*, 2007, págs. 555-564; A. GIRAUD, «A study of the notion of legitimate expectations in state aid recovery proceedings: "Abandon all hope, ye who enter here?"», *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, págs. 1.399-1.431.

<sup>70</sup> Para los ordenamientos internos como el alemán, cuna del principio de protección de la confianza legítima, la europeización del principio ha supuesto una reducción del alcance del principio en el ámbito de la revisión de oficio de actos internos que infringen el Derecho de la Unión Europea. Para los críticos con esa reducción, la jurisprudencia comunitaria ha desvirtuado el principio, lo cual constituye una cuestión delicada en un ordenamiento como el alemán, en el cual el principio goza de rango constitucional y existe una sensibilidad enorme hacia la eventual reducción de garantías constitucionales derivadas de la integración europea. *Vid.* de la nota anterior los trabajos escritos por autores alemanes, en particular por HUBER, SCHOLZ, WINCKLER y GÖTZ.

<sup>71</sup> *Vid.*, por todas, TJCE, Sentencia de 12 de febrero de 2008, *CELF*, as. C-199/06, pág. I-469, apdo. 67.

damentar lícitamente su confianza en el carácter válido de dicha ayuda, y de que se oponga, por consiguiente, a su devolución»<sup>72</sup>.

En una materia en la cual las decisiones de la Comisión suelen ser impugnadas judicialmente por los destinatarios (los Estados miembros) o los interesados, la jurisprudencia comunitaria apenas conoce supuestos en los que se apreciara una situación de confianza merecedora de protección, y los escasos supuestos existentes están siempre conectados con alguna irregularidad o mala práctica administrativa previa de la propia Comisión, como una demora excesiva en resolver sobre un programa de ayudas, considerado compatible en ediciones anteriores, lo que parece dar a entender que la Comisión mantiene opinión sobre su compatibilidad.

Por otro lado, hay que subrayar que la apreciación del principio de confianza legítima como principio jurídico que forma parte del Derecho de la Unión, aunque se articule sobre hechos que son, en parte, internos y que, como tales, en principio deben ser apreciados por el juez interno, viene a quedar en gran medida sustraída al juez interno y confiada a las instituciones de la Unión: la Comisión y el Tribunal de Justicia. En primer lugar, la separación jurisdiccional entre el control de validez del acto comunitario y el control de validez del acto interno de ejecución de aquél justifica que el Tribunal de Justicia tenga la última palabra sobre la validez del acto comunitario y, por tanto, sobre la existencia de una confianza legítima digna de protección como parámetro de validez de la decisión de recuperación. Inicialmente la jurisprudencia parecía reconocer cierto margen de apreciación al juez nacional sobre la existencia de una situación de confianza legítima<sup>73</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia posterior matiza que «el beneficiario de una ayuda declarada incompatible, el cual podría haber impugnado la decisión de la Comisión, no puede cuestionar esta decisión ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de un recurso interpuesto contra las medidas de ejecución de tal decisión, adoptadas por las autoridades nacionales»<sup>74</sup>. En segundo lugar, la regulación del procedimiento de control de las ayudas de Estado subraya el protagonismo de la Comisión y deja claro que, *prima facie*, es la Comisión quien debe tomar en consideración el principio de confianza legítima y que, cuando el respeto de este principio lo exija, deberá abstenerse de obligar al Estado correspondiente a recuperar la ayuda de Estado ilegal. El artículo 14.2 del Reglamento 659/1999 establece que «la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho comunitario». Por tanto, la decisión de recuperación de la Comisión ya incorpora tácitamente un examen previo excluyente de la existencia de confianza legítima. Si el Estado o el interesado no están conformes con dicho examen tácito, pueden impugnar la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Justicia, que es el único competente para decidir sobre la invalidez de la decisión de

<sup>72</sup> TJCE, Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Comisión/Alemania*, as. C-5/89, pág. I-3437, apdo. 16.

<sup>73</sup> El Tribunal de Justicia afirmó en el as. C-5/89 que «corresponderá al juez nacional que conozca del asunto valorar las referidas circunstancias [excepcionales que hayan podido fundamentar lícitamente la confianza del beneficiario en el carácter válido de la ayuda], en su caso, después de haber planteado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales de interpretación». *Vid.* TJCE, Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Comisión/Alemania*, as. C-5/89, pág. I-3437, apdo. 16.

<sup>74</sup> *Vid.*, por todas, TJCE, Sentencia de 5 de octubre de 2006, *Comisión/Francia*, as. C-232/05, pág. I-10071, apdo. 59. El Tribunal fundamenta así su criterio: «Admitir que, en tales circunstancias, el interesado pueda oponerse ante el órgano jurisdiccional nacional a la ejecución de la decisión basándose en la ilegalidad de ésta sería tanto como reconocerle la facultad de obviar el carácter definitivo que frente a él tiene la decisión una vez expirado el plazo para recurrir establecido en el artículo 230 CE, párrafo quinto».

recuperación. Ciertamente, el principio de confianza legítima puede ser invocado, como los demás principios generales que forman parte del Derecho de la Unión Europea, ante las autoridades internas, pero las autoridades internas, administrativas o jurisdiccionales no pueden utilizar el principio de confianza legítima para controlar por su cuenta la validez de la decisión de recuperación o los actos internos de ejecución ni para oponerse a su ejecución interna; si tienen dudas sobre la validez del acto comunitario o sobre la correcta consideración del principio de confianza legítima por la Comisión, deben plantear la cuestión prejudicial<sup>75</sup>. En suma, frente a lo que parece desprenderse de algunas afirmaciones doctrinales, en materia de recuperación de las ayudas de Estado ilegales, el Derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea distan de consagrar o facilitar el mantenimiento de los actos administrativos internos adoptados en infracción de dicho ordenamiento<sup>76</sup>.

## V. EL REINTEGRO, EN EL ÁMBITO INTERNO, DE LAS AYUDAS DE ESTADO OTORGADAS CON INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. El reintegro de ayudas otorgadas mediante acto administrativo: el artículo 37.1 h) de la Ley General de Subvenciones.

Desde los años noventa del siglo pasado se ha venido reduciendo enormemente la discrecionalidad administrativa, así como la dispersión normativa y las lagunas normativas existentes en relación con el otorgamiento de subvenciones, mediante una regulación cada vez más exhaustiva de su régimen jurídico. En la actualidad, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS) y su reglamento ejecutivo, el Reglamento General de Subvenciones (RD 887/2006, de 21 de julio), regulan el régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas<sup>77</sup>. Este cuerpo normativo es el primero en el ordenamiento español que ha previs-

<sup>75</sup> En consecuencia, el Dictamen núm. 428/1999 del Consejo de Estado (asunto Plan Renove Industrial) resulta incompatible con el Derecho de la Unión Europea en la medida en que invoca el respeto de la confianza legítima previsto en el artículo 14.2 del Reglamento 659/1999 para fundamentar la no ejecución de una decisión de recuperación de la Comisión.

<sup>76</sup> La europeización de la confianza legítima no sólo atañe al contenido del principio, sino también, forzosamente, a la institución competente para determinar el estándar adecuado en cada ámbito de actuación. Sin duda ello va más allá del postulado frecuentemente invocado por la doctrina española de que las normas internas de recuperación han de interpretarse de acuerdo con el principio comunitario de protección de la confianza legítima (*vid.*, por ejemplo, VELASCO CABALLERO, cit., pág. 451). Pero también mucho va allá de la creencia en que la adecuación de las facultades de revisión de oficio de la LRJPAC al Derecho comunitario pasa por el reconocimiento legal explícito del principio de confianza legítima (*vid.*, por ejemplo, CASTILLO BLANCO, cit., págs. 318-328). Para esta concreta materia, cuando menos, no puede afirmarse que el Tribunal de Justicia haya impuesto «un principio antirrevocatorio» (como sostiene con carácter general E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley...*, cit., pág. 18, sino más bien todo lo contrario).

<sup>77</sup> Al respecto, *vid.* G. FERNÁNDEZ FARRERES (coord.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005; F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; J.M. DÍAZ LEMA, «Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre», *Justicia administrativa*, núm. 27, 2005, págs. 5-34; L. Díez HERRERO, «La actividad de fomento de la Administración del siglo XXI: El Reglamento de Subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio»,

to un mecanismo específico para garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias de recuperación de las ayudas ilegales. Antes de analizar el alcance y las características de dicho mecanismo conviene delimitar el ámbito de aplicación de la LGS.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, la LGS se aplica a las Administraciones públicas territoriales y, «en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas», también a los organismos y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de una Administración pública <sup>78</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, a los efectos de la LGS se entiende por subvención «toda disposición dineraria» realizada por las Administraciones públicas que cumpla tres requisitos: entrega sin contraprestación directa del beneficiario, entrega vinculada al cumplimiento de un determinado objetivo, y fomento de una actividad de utilidad o interés social o promoción de una finalidad pública (art. 2.º 1 de la LGS). Por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la LGS y del mecanismo específico de reintegro de las ayudas ilegales previsto en dicha ley, que analizamos más abajo, todas aquellas ayudas de Estado que no consistan en una entrega dineraria y, en general, todas aquellas que no se dispensen mediante un acto administrativo de concesión o reconocimiento de una entrega dineraria.

La LGS ha establecido como causa de reintegro de subvenciones «la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea (*sic*) <sup>79</sup>, de una decisión de la cual se derive una obligación de reintegro» [art. 34.1 h) de la LGS]. La solución introducida es de una simplicidad apabullante, aunque en el plano dogmático y práctico suscite una serie de cuestiones de calado.

La simplicidad de la solución es, como se ha señalado, apabullante: por ley se declaran recuperables las subvenciones respecto a las cuales exista una decisión europea que obligue a su recuperación. Por un lado, la solución tiene la virtud de satisfacer estrictamente las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea en materia de recuperación de ayudas... y nada más. Sólo existe una obligación de recuperación en los casos previstos en el Reglamento 659/1999 y que antes se han expuesto: las decisiones de recuperación provisional y las decisiones de recuperación que llevan aparejadas las decisiones negativas de incompatibilidad. Mientras no exista una decisión de la Comisión que ordene la recuperación, podrá haber ayudas ilegales y/o incompatibles con el mercado común, sobre las cuales penderá durante 10 años como una amenaza el ejercicio por la Comisión de sus competencias en la materia. Pero el ordenamiento interno no obliga a la Administración a recuperar en

---

*Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 15, 2006, págs. 217-238; G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, CGPJ, Madrid, 2007; J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 5.ª ed., BOE, Madrid, 2008.

<sup>78</sup> La LGS, dictada al amparo del artículo 149.1.13, 14 y 18 CE, tiene, en su mayor parte, carácter de legislación básica del Estado. La mayoría de las comunidades autónomas ha adoptado también sus propias normativas de subvenciones, las cuales, naturalmente, han de respetar las disposiciones básicas estatales.

<sup>79</sup> Se trata, como es obvio, de los artículos 87 a 89 del TCE, vigentes en el momento de la aprobación de la LGS. El mismo error se repite el artículo 9.º 1 de la LGS. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los artículos 87-89 del TCE se corresponden con los artículos 107-109 del TFUE.

todos los casos las ayudas incompatibles, sino sólo cuando lo ordene formalmente la Comisión mediante decisión.

Por otro lado, se satisfacen las exigencias del Derecho de la Unión Europea de una forma particularmente expeditiva y eficaz. Como se ha indicado antes, el Reglamento 659/1999 señala que la recuperación ha de efectuarse «sin dilación» y que la ejecución de las decisiones de recuperación ha de ser «inmediata y efectiva» (art. 14.3). Pues bien, al convertir la LGS la obligación europea de recuperación de la ayuda ilegal en una causa de reintegro de subvenciones de acuerdo con el ordenamiento interno, la Administración concedente de la ayuda ilegal ya no tiene que proceder a su revisión de oficio, con todas las dificultades legales y prácticas derivadas de la actual regulación jurídica de dicha potestad<sup>80</sup>. Las causas de reintegro de las cantidades concedidas no requieren la revisión o anulación previa del acto de otorgamiento de la subvención. Por si cupieran dudas al respecto, el artículo 36.5 de la LGS establece que «no procederá la revisión de oficio del acto de concesión cuando concurra alguna de las causas de reintegro contempladas en el artículo siguiente». La doctrina y el Consejo de Estado venían arguyendo desde hacía más de dos décadas la inadecuación de los procedimientos internos de revisión de oficio y venía defendiendo *de lege ferenda* su ampliación, con diversas soluciones técnicas, para facilitar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. En lugar de la técnica farragosa de la revisión de oficio, ahora basta ordenar el reintegro sin mayores prolegómenos, ante cuyo incumplimiento se procedería a la recaudación en vía ejecutiva<sup>81</sup>.

Sin embargo, el mecanismo previsto puede producir alguna perplejidad desde el punto de vista dogmático<sup>82</sup>. En efecto, la LGS no ha previsto el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas públicas –o, más específicamente, la existencia de una decisión europea que ordene la recuperación de una ayuda ilegal– como una causa de nulidad de los actos de concesión de subvenciones, que podría parecer a priori más oportuno, sino como una causa de reintegro. La institución de la nulidad y la del reintegro tienen –o tenían hasta la fecha– perfiles bien delimitados en el ordenamiento interno.

Las causas de nulidad y de anulabilidad conciernen a la *invalides* del acto de concesión de la subvención y, por tanto, versan sobre las infracciones cometidas por la Administración concedente. En cambio, las causas de reintegro conciernen a la *eficacia* del acto de concesión y tradicionalmen-

<sup>80</sup> BUENO ARMJO, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 315.

<sup>81</sup> Antes de la promulgación de la LGS y, por tanto, de la introducción de un precepto como el artículo 34.1 h) de la LGS, M.I. LINARES GIL, «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho comunitario europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pág. 52 ya había abogado por la aplicación de la vía del reintegro de subvenciones a la recuperación de las ayudas de Estado ilegales. Por su parte, FERNÁNDEZ TORRES, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 794, había abogado por «establecer un procedimiento administrativo sumario, de carácter contradictorio, a través del cual se identificarán todos los beneficiarios afectados, así como la cuantía de las ayudas a reembolsar, y se determinara la manera de proceder a la devolución por vía voluntaria, su realización efectiva y la utilización en su caso de la vía de apremio en ausencia de un reintegro voluntario». La similitud entre esta propuesta doctrinal y la solución legal acogida por la LGS ha sido subrayada por L.A. MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, Madrid, Iustel, 2006, pág. 129.

<sup>82</sup> BUENO ARMJO, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 313, afirma a este respecto que «en su afán expeditivo... [la LGS] peca en ocasiones de falta de rigor jurídico, consagrando usos sorprendentes, cuando no dudosos, de institutos jurídicos cuyo perfiles estaban bien delimitados en nuestro Derecho y que ahora han perdido la nitidez de sus contornos».

te versan sobre las irregularidades e infracciones cometidas por el beneficiario de la subvención, ya sea el incumplimiento de la carga a la que se supedita la subvención o la falta de justificación de su cumplimiento, ya el falseamiento de las condiciones requeridas para su obtención o el ocultamiento de aquellas que la hubieran impedido<sup>83</sup>. El reintegro no tiene carácter sancionador, sino de acto de control y comprobación del cumplimiento de las condiciones, la finalidad y el objeto de la subvención. Por irregularidades atribuibles a la propia Administración, sólo en un supuesto establece el ordenamiento interno la restitución inmediata y sin necesidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio: cuando se trata de un pago indebido, realizado «por error material, aritmético o de hecho, en favor de persona en quien no concorra derecho alguno de cobro frente a la Administración con respecto a dicho pago o en cuantía que excede de la consignada en el acto o documento que reconoció el derecho del acreedor»<sup>84</sup>. Pero aquí hay un acto de concesión en principio válido, y lo que resulta erróneo o defectuoso es su ejecución por parte de la Administración.

Parece claro que el otorgamiento de subvenciones con infracción del Derecho de la Unión Europea no afecta a la eficacia, sino a la validez del acto de concesión<sup>85</sup>. Es la Administración concedente quien desconoce dos obligaciones de Derecho de la Unión Europea, contempladas por el TFUE y desarrolladas por el Reglamento 659/1999: por un lado, la obligación de notificar a la Comisión la ayuda concreta o el régimen de ayudas proyectado; por otro lado, la obligación de no conceder ayudas de Estado que sean incompatibles con el mercado común. La propia LGS establece entre los «requisitos para el otorgamiento de las subvenciones» (art. 9.º) que «no se podrá hacer efectiva una subvención en tanto no sea considerada compatible con el mercado común». En consecuencia, la Administración que hace efectiva una ayuda sin existir una previa declaración de compatibilidad con el mercado común está infringiendo el artículo 9.º de la LGS, además de las normas europeas mencionadas.

Con todo, existe una posible justificación para la asimilación de las ayudas recuperables en virtud del Derecho de la Unión Europea con las subvenciones reintegrables del Derecho interno. La primacía del Derecho de la Unión Europea implica la inaplicación de la norma interna incompatible con aquél. De acuerdo con la sentencia *Simmenthal*, el juez interno que conoce de un asunto en el marco de su competencia tiene que tener la facultad de hacer, en el momento mismo de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, «cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales

<sup>83</sup> En la jurisprudencia, *vid.* STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005/1537); y, en la doctrina, M. REBOLLO PUIG, «El reintegro de subvenciones», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, 2005, págs. 412-444 (advirtiendo de la progresiva desvirtuación de la figura del reintegro en sentido estricto, para abarcar supuestos que deberían articularse como supuestos de revisión de oficio o incluso como comportamientos sancionables); BUENO ARMJO, «La recuperación de las ayudas...», *cit.*, págs. 314-315; V. TENA PIAZUELO, «El reintegro de subvenciones», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 110-122 (aunque luego no entra a examinar la pertinencia de la consideración de la recuperación de las ayudas ilegales como un reintegro en sentido estricto).

<sup>84</sup> Artículo 77.1 de la LGP. El apartado 2 del artículo 77 establece que «El receptor de un pago indebido total o parcial queda obligado a su restitución. El órgano que haya cometido el error que originó el pago indebido dispondrá de inmediato, de oficio, la restitución de las cantidades indebidamente pagadas conforme a los procedimientos reglamentariamente establecidos (...)». El artículo 77 de la LGP distingue nítidamente los pagos *indebidos* que dan lugar a *restitución* (apdos. 1 y 2) de los *reintegros* que se deriven de la *revisión* de actos, que requieren la tramitación previa de la revisión de oficio de actos nulos o anulables (apdo. 3).

<sup>85</sup> REBOLLO PUIG, *cit.*, págs. 437 y 512.

nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias», sin que la solución del conflicto entre una disposición de Derecho de la Unión Europea y una ley estatal posterior haya de quedar reservada a una autoridad distinta del juez encargado de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, aun cuando el obstáculo así resultante para la plena eficacia del Derecho de la Unión Europea no fuese más que temporal<sup>86</sup>. La norma interna, por tanto, ha de quedar inaplicada sin necesidad de que sea derogada, modificada o revisada de oficio. El mismo razonamiento puede aplicarse también a la relación entre dos actos administrativos incompatibles: el acto interno que concede la subvención y la decisión de la Comisión que ordena al Estado miembro correspondiente su recuperación por infracción del Derecho de la Unión Europea. A este respecto se ha argumentado que la ejecución de la decisión que ordena la recuperación de unas ayudas «no requiere la expulsión interna de las actuaciones jurídicas en que las ayudas han encontrado cauce. El Estado destinatario de la decisión ha de limitarse a recuperar la ayuda de los beneficiarios. Frente a este mandato el acto jurídico interno no tiene virtualidad alguna ni le es oponible. Pero por esta misma razón tampoco tiene que ser internamente revisado o anulado puesto que su eficacia jurídica puede extenderse mucho más allá del contenido propio de una ayuda de Estado»<sup>87</sup>.

## 2. Problemas del procedimiento interno de reintegro de las subvenciones declaradas ayudas ilegales.

El legislador estatal se ha limitado a introducir una causa de reintegro, sin abordar otros aspectos conectados con el reintegro de las subvenciones declaradas ayudas de Estado ilegales. La única previsión adicional que podría aplicarse al reintegro de las subvenciones declaradas ayudas ilegales hace referencia al procedimiento de reintegro. El artículo 41.2 de la LGS establece que «si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos». Algunos autores se apoyan en el artículo 41.2 de la LGS para deducir la inaplicabilidad del procedimiento de reintegro previsto en el artículo 42 de la LGS a la recuperación de las ayudas ilegales: si la procedencia del reintegro viene impuesta por una decisión europea, no haría falta tramitar un procedimiento de reintegro como tal, con audiencia del interesado<sup>88</sup>. A mi juicio, no existe base legal para excluir la aplicabilidad del procedimiento de reintegro a la recuperación de las ayudas ilegales.

<sup>86</sup> TJCE, Sentencia de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Simmenthal*, apartados 21 a 23.

<sup>87</sup> LINARES GIL, cit., pág. 51.

<sup>88</sup> M. BACIGALUPO SAGESSE, «El Derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Manuales de Formación continuada 38/2006, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 219. En sentido coincidente, a favor de iniciar directamente la fase recaudatoria, se pronunciaron ya con anterioridad a la LGS: V. HERNÁNDEZ MARTÍN y J.M. VILLAVILLA MUÑOZ, *El control de las ayudas de Estado en el Derecho europeo*, Colex, Madrid, 1999, pág. 82. En contra, postulando la necesidad de tramitar el procedimiento de reintegro, con abundantes argumentos, REBOLLO PUIG, cit., págs. 515-516; MARTÍNEZ GINER, cit., pág. 134; y J. PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 5.ª ed., Madrid, BOE, 2008, pág. 370. Los defensores de la necesidad de un procedimiento declarativo de reintegro reconocen, no obstante, que el procedimiento estará «condicionado» por la decisión europea de recuperación y que el sentido de la resolución final será «previsible».

En primer lugar, cabe notar que el artículo 41 regula la competencia para la resolución del procedimiento de reintegro. El caso más normal será que la competencia corresponda al propio órgano que ha concedido la ayuda: esto es lo que establece el apartado 1 del artículo 41. Los apartados 2 y 3 se refieren a subvenciones concedidas por órganos de la Unión Europea pero gestionadas por órganos internos, distinguiendo dos supuestos. El apartado 2 contempla el supuesto de fondos comunitarios gestionados por una Administración interna cuyo reintegro haya sido acordado por un órgano de la Unión Europea. Si la competencia para declarar el reintegro corresponde a un órgano de la Unión Europea, al órgano interno gestor de la ayuda sólo le queda ejecutarlo y proceder a recaudar la cantidad correspondiente. Nótese que el lenguaje del artículo 41.2 de la LGS («acuerdos», «órganos de la Unión Europea», «gestión», «recurso») se halla más cerca del artículo 7.º de la LGS («decisiones», «órganos de la Unión Europea», «gestión», «fondos»/»ayudas») que del artículo 37.1 h) de la LGS. Pero el artículo 41.2 no se aplica a la totalidad de los casos de gestión de fondos comunitarios por los Estados miembros, sino exclusivamente al específico supuesto de que, de acuerdo con la normativa comunitaria reguladora, corresponda a un órgano de la Unión Europea la competencia de acordar el reintegro de un fondo comunitario gestionado por una Administración interna. Fuera de ese supuesto específico, tal y como precisa el apartado 3 del artículo 41, lo normal en el ámbito de la gestión de fondos comunitarios es que corresponda al gestor estatal de la ayuda comunitaria tanto la decisión de reintegro como el procedimiento de reintegro subsiguiente<sup>89</sup>.

En segundo lugar, la solución acogida por el legislador español para dar cumplimiento a las decisiones de la Comisión de recuperación de las ayudas de Estado declaradas incompatibles consiste aparentemente en asimilar la recuperación de las subvenciones públicas incompatibles con el Derecho de la Unión al reintegro de subvenciones regulado en el Derecho interno, y no en la más revolucionaria opción de convertir la decisión de recuperación de la Comisión en un título ejecutivo en el ordenamiento interno<sup>90</sup>. Ciertamente, la resolución sobre la procedencia de la causa de reintegro vendrá predeterminada por la decisión europea de recuperación y el órgano competente no tendrá discrecionalidad administrativa alguna a este respecto. Pero ello no faculta a prescindir del procedimiento de reintegro. En el marco de dicho procedimiento, el órgano administrativo competente deberá extraer las consecuencias debidas de la decisión europea de recuperación. El procedimiento de reintegro no se agota en la mera gestión recaudatoria de un recurso económico, sino que pueden existir cuestiones sustantivas a resolver: en todo caso hay que determinar los obligados al reintegro (que no tienen por qué coincidir con los beneficiarios originales de la subvención), fijar el *quantum* del reintegro (que no tiene por qué coincidir con el total de la subvención concedida)<sup>91</sup>, establecer la cantidad por la que responderán cada uno de los obligados si son más de uno, así como garanti-

<sup>89</sup> En este mismo sentido, PASCUAL GARCÍA, cit., págs. 387-388 y 401.

<sup>90</sup> Como argumenta REBOLLO PUIG, cit., págs. 515-516, «si la LGS hubiera realmente pretendido establecer una excepción a la necesidad de procedimiento declarativo de la obligación de reintegro e introducir una novedad tan de bulto como convertir una decisión de la Comisión en título ejecutivo, podría y debería haberlo hecho con claridad».

<sup>91</sup> *Vid. supra* nota 63 y el texto que le precede. El Tribunal de Justicia ha declarado que «ninguna disposición del Derecho comunitario exige que la Comisión, cuando ordena la devolución de una ayuda declarada incompatible con el mercado común, fije el importe exacto de la ayuda que debe devolverse. Basta con que la decisión de la Comisión incluya indicaciones que permitan a su destinatario determinar por sí mismo, sin excesivas dificultades, dicho importe (véanse, en particular, las Sentencias de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, C-480/98, Rec. pág. I-8717, apdo. 25, y de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia, C-415/03, Rec. pág. I-3875, apdo. 39)» (Sentencia de 18 de octubre de 2007, *Comisión/Francia*, as. C-441/06, pág. I-8887, apdo. 29).

zarles su derecho de audiencia sobre las anteriores cuestiones antes de adoptar una decisión que puede restringir sus derechos. En definitiva, ni formal ni materialmente puede asumirse que la decisión de recuperación de la Comisión hace jurídicamente innecesarios una resolución y un procedimiento administrativos de reintegro frente al correspondiente obligado.

Desde el punto de vista europeo resulta conflictivo el hecho de que el legislador estatal no haya abordado plenamente las exigencias derivadas del Derecho de la Unión. Dos son las principales carencias de la regulación del procedimiento interno de ejecución de las decisiones de la Comisión que ordenan la recuperación de ayudas ilegales: el cálculo de los intereses y la prescripción de la acción de reintegro.

El Derecho de la Unión habilita a la Comisión a determinar el tipo de interés aplicable a la recuperación de ayudas ilegales (art. 14.2 del Reglamento 659/1999) y regula su método de aplicación (art. 14.2 del Reglamento 659/1999). En relación con ambos aspectos se plantean problemas con la regulación interna. El artículo 9.º del Reglamento 794/2004 de la Comisión establece los criterios para determinar y actualizar el tipo de interés aplicable a la recuperación de ayudas ilegales: no existe un criterio único para determinar dicho tipo de interés, sino varios<sup>92</sup>. La Comisión tiene que publicar los tipos de interés resultantes de la aplicación de esos criterios (art. 10 del Reglamento 794/2004). Con todo, aparentemente, la Comisión podría incluso separarse de dichos criterios mediante una «decisión específica». En cambio, el artículo 38.2 de la LGS establece taxativamente que el interés de demora aplicable en materia de subvenciones será «el interés legal del dinero incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente»<sup>93</sup>.

En suma, el Derecho de la Unión Europea y el interno recurren a técnicas normativas distintas para formular el tipo de interés aplicable a la recuperación de las ayudas ilegales, y existen pocas probabilidades de que coincidan los valores numéricos de ambos tipos de interés. Por tanto, en este punto cabe constatar potencialmente una contradicción entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno, sin perjuicio de que la Ley de Presupuestos Generales adecue cada año el tipo de interés aplicable a la recuperación de ayudas ilegales al tipo de interés publicado por la Comisión a estos efectos (y ésta sería la solución adecuada para cumplir con el Derecho de la Unión Europea y para, al mismo tiempo, garantizar el principio de legalidad derivado del ordenamiento interno). Pero, aunque no se despejara de esa manera la posible discordancia, cabe plantearse si, en el momento de la aplicación del Derecho, debe acudir inexcusablemente al principio de primacía para resolver el conflicto de normas entre dos ordenamientos<sup>94</sup>. También es posible que el tipo aplicable según la

<sup>92</sup> *Vid. supra* nota 55.

<sup>93</sup> A título de ejemplo, la disposición adicional 34.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 establece que el tipo del interés legal del dinero será del 5,50% hasta el 31 de diciembre de 2008, mientras que, durante el mismo periodo, «el interés de demora a que se refiere al artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, será del 7%». Queda la duda de si «el interés de demora aplicable en materia de subvenciones» (art. 38.2 de la LGS) es el mismo que el aplicable en materia tributaria, puesto que se define en términos idénticos en el artículo 26.6 de la LGT: interés legal del dinero incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente. La diferencia es apreciable: un tipo de interés legal del 5,50% incrementado en un 25% asciende a 6,875%.

<sup>94</sup> La aplicación del tipo de interés comunitario es defendida por BUENO ARMIJO, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 318 (en razón de la primacía de la norma comunitaria); y PASCUAL GARCÍA, cit., pág. 375 (sin fundamento explícito).

legislación interna no sea inferior al derivado de la aplicación de la legislación europea. Si la recuperación de la ayuda se efectuara con arreglo a un interés de demora superior, no podría decirse que exista una vulneración del Derecho de la Unión Europea. Esta interpretación equivaldría a entender que el tipo de interés fijado por la Comisión a los efectos de la recuperación de las ayudas ilegales es un mínimo común denominador que puede elevarse por consideraciones de orden interno. Ciertamente, esta idea de mínimo común denominador es discutible porque no aparece en el artículo 9.º del Reglamento 794/2004 y porque el reglamento europeo como instrumento normativo tiene la finalidad de establecer una legislación uniforme y no una legislación meramente armonizada.

Tampoco el periodo de tiempo relevante a los efectos del cálculo de los intereses de demora coincide en el ordenamiento comunitario y en el ordenamiento interno. El artículo 14.2 del Reglamento 659/1999 establece como *dies a quo* y *dies ad quem* la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario y la fecha de su recuperación, respectivamente. En cambio, el artículo 37 de la LGS atiende al momento del pago de la subvención y la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro. Esta contradicción sólo puede solucionarse acudiendo al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea <sup>95</sup>.

Si los dos desajustes mencionados pueden solucionarse acudiendo al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, más dificultades plantea la discordancia en materia de plazos de prescripción. El Derecho de la Unión Europea establece un plazo de prescripción de 10 años para el ejercicio de las potestades de la Comisión en materia de recuperación de ayudas ilegales (art. 15 del Reglamento 659/1999). En cambio, el artículo 39.1 de la LGS establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de reintegro. El *dies a quo* de ese plazo puede ser, dependiendo del caso, el vencimiento del plazo para presentar la justificación, el momento de la concesión o el vencimiento del plazo para el cumplimiento o mantenimiento de determinadas condiciones u obligaciones. No parece que se hayan tenido en cuenta las exigencias comunitarias a la hora de establecer el plazo de prescripción ni el inicio de dicho plazo para la recuperación de las ayudas ilegales, que en pura lógica debería ser la fecha de la notificación al Reino de España de la decisión de recuperación de la Comisión. So pena de violar las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, las autoridades internas no podrían ampararse en el transcurso del plazo de cuatro años para no proceder al reintegro de las subvenciones declaradas incompatibles <sup>96</sup>. A diferencia del caso anterior, aquí no se puede invocar la primacía del Derecho de la Unión Europea para sustituir el plazo de cuatro años por el de 10 años (la llamada «invocabilidad de sustitución»), porque el Reglamento 659/1999 sólo regula la prescripción de las potestades de la Comisión y no las de las autoridades estatales en cumplimiento o ejecución de las Decisiones de la Comisión <sup>97</sup>.

<sup>95</sup> En este mismo sentido, BUENO ARMIJO, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 318.

<sup>96</sup> Como señaló el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 20 de septiembre de 1990, as. C-5/89, *Comisión/Alemania*, pág. I-3437, apdo. 19, «una disposición que prevé un plazo para la revocación de un acto administrativo declarativo de derechos debe ser aplicada, como todas las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, de forma que no haga prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho comunitario y que se tenga plenamente en cuenta el interés comunitario».

<sup>97</sup> En este mismo sentido, BUENO ARMIJO, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 320. En cambio, la STSJ de Navarra de 4 de mayo de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) (rec. núm. 1260/2003; ponente: Merino Zalba, FJ 4) sustituye el plazo interno de cuatro años por el de diez años, fijado en el Reglamento 659/1999: «No es de admitir

Es cierto que el cómputo del plazo de prescripción puede ser interrumpido, como es habitual con los plazos de prescripción del ejercicio de las potestades administrativas, además de por «cualquier acción de la Administración, realizada con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora, conducente a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro», también «por la interposición de recursos de cualquier clase» [art. 39.3 a) y b) de la LGS]. Pero aun apurando esas posibilidades e interpretando de conformidad con el Derecho de la Unión Europea que el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión ante el Tribunal de Justicia es uno de «los recursos de cualquier clase» a los que se refiere el artículo 39.3 de la LGS, en muchos casos el simple transcurso de cuatro años hará imposible una recuperación que la Comisión puede ordenar llevar a cabo mediante decisión hasta 10 años después de la concesión de la ayuda (sin contar, a su vez, con las posibles interrupciones de ese plazo de prescripción)<sup>98</sup>.

Algunos autores han buscado una salida interpretativa a la discordancia en materia de plazos de prescripción. La solución consiste en construir un *dies a quo* específico, congruente con la especificidad de la recuperación de las ayudas de Estado ilegales, porque ninguno de los tres *dies a quo* expresamente previstos se ajusta a la recuperación de las ayudas ilegales. El transcurso del plazo de cuatro años para instar el reintegro comenzaría en el momento en que la Comisión dicta la decisión de recuperación<sup>99</sup>. Esta solución doctrinal cumple su objetivo, pero no habría estado de más haber procurado una mayor sintonía con el Derecho de la Unión Europea y que la LGS hubiera establecido también que, una vez dictada la decisión de recuperación, la recuperación o reintegro de la ayuda ilegal debe proceder de forma inmediata y sin dilación, porque, de lo contrario, surgirá la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Por último, cabe notar que, del Título II de la LGS («Del reintegro de subvenciones») sólo los artículos 36 (las causas de nulidad), 37 (las causas de reintegro) y el 40.1 (obligados al reintegro) de la LGS constituyen disposiciones de carácter básico (disp. final primera.1). En cambio, los demás preceptos, entre otros los artículos 38 y 39 de la LGS que contienen la regulación del tipo de interés

el que se nos diga que debe aplicarse el plazo de prescripción de cuatro años que señala nuestro ordenamiento jurídico en cuanto la devolución debe realizarse conforme al ordenamiento estatal interno, y ello porque tratándose de la aplicación a estas ayudas el Derecho comunitario, serán aplicables los plazos que ese ordenamiento prevea, sin dejar al albur de cada Administración el fijar sus propios plazos, en una materia, insistimos, que es comunitaria.»

<sup>98</sup> BUENO ARMIJO, «La recuperación de las ayudas...», cit., pág. 320, apunta la siguiente posible solución: transcurrido el plazo de cuatro años, la Administración concedente podría recurrir a la revisión de oficio de actos nulos. En contra de esa solución, sin duda favorable al cumplimiento de las obligaciones europeas, podría argüirse que el artículo 36.5 de la LGS expresamente excluye la revisión de oficio del acto de concesión cuando concorra una de las causas de reintegro del artículo 37 de la LGS. Habría que entender que dicha exclusión sólo tiene efectos durante la vigencia de la potestad de reintegro, y que la nulidad de pleno derecho es imprescriptible como tal.

<sup>99</sup> REBOLLO PUIG, cit., pág. 518, aduce la teoría de la *actio nata* (la prescripción comienza en el momento en que el reintegro puede ejercitarse), y PASCUAL GARCÍA, cit., pág. 377, argumenta que debe aplicarse la regla general del artículo 15 de la LGP, según el cual el plazo de prescripción de cuatro años del derecho de la Hacienda Pública estatal a reconocer o liquidar créditos a su favor comienza «el día en que el derecho pudo ejercitarse». Cabe advertir que, desde la perspectiva del Derecho de la Unión, no se trata de un «derecho» de la Hacienda Pública a reclamar (o no) el reintegro de las subvenciones concedidas (debido, por ejemplo, a un eventual incumplimiento de las condiciones impuestas), sino de una obligación de reintegro de ejecución inmediata. Por eso, parece preferible entender que la potestad de reintegro que configura el artículo 37.1 h) de la LGS sólo puede ejercitarse cuando se produce su supuesto de hecho, la adopción de una decisión de recuperación por la Comisión, y que, por tanto, la prescripción de dicha potestad tiene que ser en todo caso posterior a dicho acto jurídico.

y de la prescripción de la acción de reintegro, no son básicos, por lo que las Comunidades Autónomas podrían legislar en la materia y buscar una mayor sintonía de sus procedimientos de reintegro con las exigencias derivadas de los Reglamentos 659/1999 y 794/2004, sin esperar a que el legislador estatal realice la necesaria adecuación normativa <sup>100</sup>.

### 3. La prohibición de obtener nuevas subvenciones: ¿la «cláusula Deggendorf» del ordenamiento interno?

Pero quizá la consecuencia jurídica práctica más importante de la inclusión, por la LGS, de una causa de reintegro específica relativa a las subvenciones cuya recuperación ha sido ordenada por una decisión europea es que el incumplimiento de la resolución de reintegro coloca al obligado al reintegro en la posición jurídica típica ante la Administración de quien incumple las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes <sup>101</sup>.

El artículo 13 de la LGS regula los requisitos para obtener la condición de beneficiario de subvenciones, y establece que no podrán obtener la condición de beneficiario de las subvenciones reguladas en la LGS, «salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora», las personas en quienes concurren diversas circunstancias, entre las que se menciona la de «no hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen» [art. 13.2 g) de la LGS]. El apartado 4 del artículo 13 precisa que las prohibiciones contenidas en diversos párrafos del artículo 13.2, entre ellos el de la letra g), «se apreciarán de forma automática y subsistirán mientras concurren las circunstancias que, en cada caso, las determinen». Los artículos 18 a 21 del Reglamento General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, desarrollan los requisitos para obtener la condición de beneficiario de subvenciones. El artículo 21 del Reglamento General, en desarrollo del artículo 13.2 g) de la LGS, establece que se considerará que se encuentran al corriente en el pago de obligaciones por reintegro de subvenciones los beneficiarios que no tengan deudas con la Administración concedente por reintegros de subvenciones en periodo ejecutivo o, en el caso de beneficiarios contra los que no proceda la utilización de la vía de apremio, deudas no atendidas en periodo voluntario; o cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de la correspondiente resolución de reintegro <sup>102</sup>.

El artículo 13.2 g) de la LGS se anticipa al efecto buscado por la «doctrina Deggendorf» aplicada por la Comisión. En lugar de paralizar la declaración de compatibilidad en sede comunitaria, la

<sup>100</sup> La legislación autonómica en materia de subvenciones sigue las pautas marcadas por la LGS en lo concerniente al reintegro de subvenciones. Al respecto, *vid.* M. CARLÓN RUIZ y F. GONZÁLEZ BOTIJA, «La ordenación autonómica de las subvenciones», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Manuales de Formación continuada 38/2006, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 146-160.

<sup>101</sup> *Vid.* artículo 49.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

<sup>102</sup> El artículo 21 del Reglamento General de Subvenciones, a diferencia de los artículos 18 (cumplimiento de obligaciones tributarias), 19 (cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social) y 20 (residencia fiscal), no es básico. Otro aspecto más del régimen aplicable a la recuperación de ayudas ilegales que no es básico.

citada norma legal niega la condición de beneficiario a quien no se halle al corriente de una obligación de reintegro. Esta norma prohibitiva puede ser invocada por los particulares en vía administrativa o jurisdiccional. A tal fin es necesario que la Administración concedente haya adoptado una resolución de reintegro y que haya procedido a su reclamación en vía ejecutiva. Si tenemos en cuenta que el artículo 41.2 de la LGS obliga a dictar la resolución de reintegro y, en su caso, la correspondiente providencia de apremio, *de lege data* no se podría conceder ninguna nueva ayuda a quien no haya devuelto una ayuda declarada recuperable por la Comisión y no se llegaría siquiera a plantear la necesidad de notificar el proyecto de la nueva ayuda individual.

No obstante, esta norma tiene algún flanco débil. Por un lado, la prohibición de recibir (nuevas) subvenciones sólo afecta a la obtención de nuevas subvenciones frente a la Administración concedente. El beneficiario podría dirigirse ante otra Administración, sin que la prohibición del artículo 13.2 g) de la LGS, al menos tal y como ha sido desarrollada –restrictivamente– por el artículo 21 del Reglamento General de Subvenciones, le afectara. Por otro lado, la prohibición de recibir subvenciones sólo se aplica a las ayudas reguladas por la LGS. Naturalmente, estos flancos podrían ser cubiertos con la aplicación de la «doctrina *Deggendorf*», cuando la Comisión examine la compatibilidad de una ayuda nueva, ya que a la Comisión poco le importa qué autoridad interna ha concedido la ayuda ni con arreglo a qué procedimiento o modalidad jurídica.

#### 4. Ayudas no otorgadas mediante acto administrativo

No todas las subvenciones reguladas por la LGS se otorgan mediante acto administrativo. La propia LGS prevé como supuestos de concesión «directa» las siguientes subvenciones: aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesto a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa, y las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales, en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones<sup>103</sup>. Respecto a las segundas, el artículo 28.1 de la LGS establece que «los convenios serán el instrumento habitual para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, o en los de las corporaciones locales, sin perjuicio de lo que a este respecto establezca su normativa reguladora». Se plantea la duda de si el Título II de la LGS («Del reintegro de subvenciones») es aplicable a los dos procedimientos de concesión directa mencionados: esto es, si la Administración concedente podría ejercer la acción de reintegro sin tener que instar la modificación o derogación de la norma legal o reglamentaria (caso de los presupuestos generales de las entidades locales) o la declaración de nulidad del convenio que establece la concesión directa o, en su caso, sin utilizar previamente ambos mecanismos.

Por un lado, se pueden reproducir los mismos reparos dogmáticos antes planteados respecto a la recuperación, vía reintegro, de las ayudas concedidas por acto administrativo, reparos ahora agravados por el hecho de que la concesión es consecuencia de una norma legal o reglamentaria que se

<sup>103</sup> Artículo 22.2 a) y b) de la LGS.

mantiene formalmente en vigor y a la que se niega eficacia para todas aquellas ayudas recuperables según una decisión de la Comisión. No obstante, a mi juicio, esos procedimientos de concesión directa están previstos en la LGS, y las causas de reintegro y las normas sobre el procedimiento de reintegro les son plenamente aplicables.

## VI. LA DEFINITIVA ADECUACIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Las ayudas de Estado declaradas incompatibles con el mercado común cuya forma de concesión u otorgamiento no es la subvención y, por tanto, no están contempladas por la LGS carecen a día de hoy de un mecanismo específico efectivo para obtener su devolución. El mecanismo de reintegro previsto en la LGS no se aplica a las variadísimas especies de fórmulas que la imaginación y la creatividad jurídica de los poderes públicos han desarrollado para el favorecimiento de ciertas empresas o sectores económicos<sup>104</sup>: la adquisición de bienes o servicios sin exigir su entrega o prestación, la puesta a disposición de locales, las garantías de préstamos, las exenciones o bonificaciones fiscales, la falta de reclamación del cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social,<sup>105</sup> etc.

Analizar las posibilidades y problemas existentes para la recuperación de la amplia panoplia de instrumentos jurídicos mediante los cuales pueden concederse a las empresas ventajas incompatibles con el mercado común rebasaría el espacio disponible para el presente trabajo. Por lo general, dichos mecanismos tienden a ser arduos, los beneficiarios disponen de abundantes recursos para oponerse a la recuperación o al menos demorar ésta durante años; en suma, distan de la efectividad e inmediatez que reclama el artículo 14.3 del Reglamento 659/1999. Estos procedimientos pueden ser legalmente exigibles en otros casos, pero cuando se trata de cumplir las decisiones de recuperación de la Comisión no parecen adecuados. Por esta razón, la doctrina ha buscado idear mecanismos que garanticen el máximo grado posible de efectividad.

A la vista de las dificultades de la revisión de oficio de los actos administrativos de concesión de las ayudas de Estado declaradas incompatibles, algunos autores abogan por considerar que la decisión de recuperación de la Comisión puede y debe ser ejecutada directamente por las autoridades internas competentes, de forma que éstas están facultadas para ordenar directamente la recuperación de la ayuda a las empresas correspondientes. Así, GOMÁ LANZÓN sostuvo hace años que «la incorporación de España a la CEE [Comunidad Económica Europea] ha[b]ia introducido en nuestro Derecho una nueva vía de revisión firme, vía adicional y paralela a las reguladas en la Ley 30/1992, de

<sup>104</sup> ORDOÑEZ SOLÍS, cit., pág. 89.

<sup>105</sup> En este supuesto podría prescindirse de la necesidad de dictar nuevos actos administrativos encaminados al reintegro: cuando las cantidades a «recuperar» son impuestos o contribuciones a la Seguridad Social impagados que forman parte de unas obligaciones tributarias o de Seguridad Social que ya existen y son plenamente vigentes (no han prescrito) y, por tanto, pueden ser reclamadas por los procedimientos internos correspondientes. Pero no queda claro cómo se relaciona la obligación tributaria originaria con su tipo de interés específico y la obligación comunitaria de reintegro con su tipo de interés propio, ni cómo determinar el *dies a quo* para el devengo del segundo. Al respecto, *vid.* LINARES GIL, cit., págs. 53-54.

26 de noviembre, de modo que a las autoridades nacionales únicamente les restaría la competencia de ejecución voluntaria o forzosa». Este planteamiento se basa en las siguientes ideas: a) «la decisión final de la Comisión contiene, en sí misma, una revisión administrativa de un acto firme y la declaración de su nulidad»; b) la lista de los actos nulos del artículo 62.1 de la LRJPAC no es cerrada, e incluye expresamente «cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal»; c) el procedimiento de revisión del artículo 102 de la LRJPAC tampoco es único, coexiste con los previstos en la legislación tributaria, por lo que, cabe deducir, también puede aceptar la existencia de un procedimiento específico para los actos firmes cuya incompatibilidad con el Derecho de la Unión ha sido declarada por una decisión de la Comisión <sup>106</sup>. Esta interpretación ha sido acogida por algún tribunal español <sup>107</sup>.

La mencionada interpretación tiene otros argumentos jurídico-políticos a su favor. Por un lado, las autoridades estatales no tienen margen de apreciación alguno al respecto, y desde el punto de vista del Derecho de la Unión lo que tienen que hacer es ejecutar la decisión de la Comisión. Por otro lado, tampoco el beneficiario de la ayuda se encuentra ante un procedimiento nuevo susceptible de producir efectos jurídicos distintos de los contemplados en la decisión de la Comisión. Como se recordará, el beneficiario de la ayuda tiene la posibilidad de impugnar con arreglo al artículo 263 del TFUE (antiguo art. 230 del TCE) la decisión de recuperación de la Comisión dirigida al Estado miembro en cuestión, so pena de dejar que ésta se convierta en definitiva y adquiera firmeza. Si el beneficiario no impugna la decisión de recuperación, no puede alegar los vicios de los que pueda adolecer aquella decisión en el procedimiento interno dirigido a recuperar la ayuda. Si la decisión de recuperación es vinculante para los órganos estatales competentes y el destinatario de la orden interna de devolución sólo puede atacar los eventuales errores o excesos en los que ha podido incurrir la ejecución interna de la decisión de recuperación (por ejemplo, en cuanto a la determinación concreta del importe a devolver, al cálculo de los intereses devengados o al sujeto obligado a devolver), es evidente que el procedimiento de recuperación, considerado sustantivamente, se dirige a ejecutar una obligación definitiva declarada por una institución supranacional.

A mi modo de ver, como punto de partida, éste es el entendimiento correcto. Como consecuencia de una decisión de recuperación, las autoridades estatales no tienen nada que *revisar*, sino únicamente proceder a *ejecutar* la decisión de la Comisión, de la misma forma que un órgano administrativo no tiene que revisar un acto una vez que un órgano judicial lo ha declarado ilegal y lo ha

<sup>106</sup> J. GOMÁ LANZÓN, «Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el artículo 93 del Tratado CEE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, 1994, págs. 420-421. La interpretación de este autor es compartida por GALERA RODRIGO, cit., pág. 93.

<sup>107</sup> La STSJ de Navarra de 4 de mayo de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1.ª) (rec. núm. 1260/2003; ponente: Merino Zalba, FJ 2) señaló lo siguiente: «No se puede compartir esta tesis que pretende aplicar o bien la revisión de actos nulos o bien la declaración de lesividad de actos anulables, ello referido –debemos entender– a la Orden Foral 11/1999, de 2 de febrero, donde se concedía el beneficio fiscal, auténtica subvención ilegal en el marco comunitario europeo, según la decisión de la Comisión. Y no son de aplicación estos procedimientos, por cuanto con independencia de que a la decisión pueda o no atribuirse la naturaleza jurídica de un título ejecutivo, sin embargo su efecto es el mismo. Se trata de un acto administrativo comunitario que obliga al Estado miembro a que va dirigido. No existe un procedimiento específico para ejecutar las decisiones comunitarias dentro de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no quiere decir que haya de acudir a la revisión del acto frente al que se dirige la decisión, por cuanto que es en el ámbito del Derecho comunitario donde se visa o revisa el acto del estado miembro». Críticos con la sentencia: J.L. BURLADA ECHEVESTE e I.M. BURLADA ECHEVESTE, «La recuperación de las ayudas de Estado ilegales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, 2007, pág. 87.

anulado retroactivamente, sino, a lo sumo, extraer las consecuencias de la anulación y restablecer la legalidad <sup>108</sup>. En esta materia ha habido excesiva obsesión doctrinal por la (in)adecuación e (in)suficiencia de las potestades administrativas de *revisión de oficio* de los actos firmes de otorgamiento de las ayudas. La obsesión por las potestades de revisión de oficio ha impedido apreciar con claridad el problema a resolver:

- En primer lugar, las potestades administrativas de revisión de oficio son aplicables a los actos administrativos y las normas reglamentarias que otorgan ayudas, pero no a las demás ayudas de Estado que se conceden o realizan a través de otras formas o regímenes jurídicos y que, en el supuesto de ser declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión, también deben ejecutarse en el ámbito interno con instrumentos jurídicos adecuados <sup>109</sup>. En suma, las potestades revisoras, en su caso reformadas, sólo podrían ser utilizadas para la recuperación de una parte de las ayudas de Estado, quizás las que menos dificultades originan <sup>110</sup>.
- En segundo lugar, no es que sea absurdo revisar o anular un «acto administrativo de Derecho interno, *el cual puede ser perfectamente válido y eficaz de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro*» <sup>111</sup>: el Derecho de la Unión Europea se integra en el ordenamiento interno, y los requisitos que establece aquél para el otorgamiento de ayudas de Estado son también parte del ordenamiento interno, por lo que no puede hablarse de un acto interno válido y eficaz de acuerdo con el ordenamiento interno, pero incompatible con el ordenamiento de la Unión. Tampoco es que el régimen jurídico de la potestad de revisión de oficio presente «inevitables distorsiones, consecuencias de la falta de adecuación» y que en particular la exigencia del dictamen favorable del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico equivalente) se antoje «carente de todo significado y operatividad» <sup>112</sup>, sino que la propia idea de revisión de oficio carece en este caso de sentido <sup>113</sup>. No existe ningun-

<sup>108</sup> Antes de la decisión de la Comisión, las autoridades competentes sí tendrían algo que revisar, el acto formalmente firme por el que han concedido una ayuda de Estado sin respetar el Derecho de la Unión.

<sup>109</sup> En este sentido, GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., pág. 319.

<sup>110</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ TORRES, «La recuperación...», cit., pág. 790, señala que respecto a las medidas de fomento no canalizadas mediante actos administrativos formales que la Comisión ordena suprimir, modificar o devolver, «la institución de la revisión de oficio resulta sencillamente impropio como cauce para el cumplimiento efectivo del Derecho comunitario europeo». También LINARES GIL, cit., pág. 50.

<sup>111</sup> LINARES GIL, cit., pág. 51, énfasis añadido.

<sup>112</sup> FERNÁNDEZ TORRES, «Revisión de oficio...» (1991), cit., págs. 307-308, y «Revisión de oficio...», (2002), cit., pág. 58. En sentido coincidente, LINARES GIL, cit., pág. 50, y BURLADA ECHEVESTE y BURLADA ECHEVESTE, cit., pág. 86. Sin embargo, a favor del mantenimiento de dictamen del Consejo de Estado, GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., pág. 324, argumenta que «el control del Consejo de Estado es un examen puramente jurídico, que ha de coincidir con la decisión de la Comisión si su argumentación está adecuadamente fundamentada y que apoyaría, en caso contrario, sólidamente la oposición de las autoridades nacionales a la decisión comunitaria». Esta argumentación no puede compartirse. Las decisiones de la Comisión no necesitan ser corroboradas por autoridad interna alguna. Si la recuperación de la ayuda ordenada por una decisión de la Comisión es obligatoria para el Estado, lo que el interés nacional, rectamente entendido, exige es el cumplimiento leal de las decisiones europeas, so pena de que el Estado incurra en responsabilidad ante la Unión Europea; sólo desafiando la primacía del Derecho de la Unión puede aducirse que las autoridades internas deben hacer caso antes al Consejo de Estado que a la Comisión. Si las autoridades no están conformes con la decisión de recuperación pueden y deben impugnarla ante el Tribunal de Justicia, pero lo que no pueden hacer es incumplirla invocando el criterio del Consejo de Estado.

<sup>113</sup> Cabe notar que el propio Consejo de Estado, que tradicionalmente ha venido defendiendo una adecuación de las facultades de revisión de oficio de actos nulos para la recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la

na necesidad jurídico-constitucional o jurídico-política de *revisar* una ayuda que ya ha sido declarada ilegal, esto es, incompatible con el mercado común y prohibida por el Derecho de la Unión, por una decisión de la Comisión, que es la única instancia competente al respecto <sup>114</sup>. Si, según la doctrina tradicional, la retirada de un acto requiere un acto contrario, el acto contrario al acto de reconocimiento u otorgamiento de la ayuda ha de verse justamente en la decisión de la Comisión por la que se declara la incompatibilidad de la ayuda y se ordena al Estado miembro su recuperación. Ni el órgano competente de la Administración concedente ni el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente pueden analizar la conformidad a Derecho de la decisión de recuperación de la Comisión. En tales circunstancias sería extremadamente formalista acudir al procedimiento de revisión de oficio para que la Administración (y, en su caso, por partida doble, el órgano consultivo) compruebe si se respetó o no la obligación de notificación de la ayuda a la Comisión, a fin de aplicar la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC <sup>115</sup>.

- En tercer lugar, no hay necesariamente identidad objetiva entre el contenido del acto interno que reconoce la ayuda de Estado y el contenido de la obligación de recuperación. La eficacia jurídica del acto interno «puede extenderse mucho más del contenido propio de una ayuda de Estado» <sup>116</sup>.

El entendimiento expuesto es el punto de partida correcto, pero no es insuficiente para satisfacer las exigencias del Estado de Derecho. Los principios de legalidad y de seguridad jurídica se resentirían enormemente si pudieran ejercerse acciones de reintegro en casos no previstos por la ley. La necesidad de cumplir las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea no es fuente de reconocimiento *praeter* o *contra legem* de potestades exorbitantes a favor de las autoridades administrativas estatales. Es cierto que las autoridades estatales están obligadas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a hacer todo lo posible para ejecutar las decisiones de recuperación y que ello incluye la facultad de aplicar de forma más favorable a la eficacia del Derecho de la Unión los instrumentos jurídicos que les reconoce el ordenamiento. Pero no pueden inventarse procedimientos o mecanismos donde no los hay <sup>117</sup>.

---

Unión, incluyendo el mantenimiento de su dictamen preceptivo en el marco del procedimiento de revisión, no ha puesto reparos a la vía de reintegro acogida por la LGS, mecanismo expeditivo que prescinde tanto de la idea de revisión como de la intervención del propio Consejo de Estado.

<sup>114</sup> En este mismo sentido, LINARES GIL, cit., pág. 51, rechaza las tesis de la revisión de oficio y de la eficacia revisora de la decisión de la Comisión y defiende la apertura de un procedimiento interno de recuperación de ayudas, aunque no aclara si aboga por la conformación de un procedimiento específico de recuperación o por la utilización de las posibilidades ya disponibles, aunque no específicamente diseñadas para la recuperación de ayudas de Estado.

<sup>115</sup> *Vid.* en cambio BURLADA ECHEVESTE y BURLADA ECHEVESTE, cit., pág. 87.

<sup>116</sup> LINARES GIL, cit., pág. 51. *Vid. supra* nota 63 y el texto que le precede.

<sup>117</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TORRES, «Revisión de oficio...» (2002), cit., pág. 59: «Lo que no sería, en todo caso, lícito sería que la Administración competente se arrogara sin más el poder de revocar tales actos contrarios al Derecho comunitario europeo como excepción al principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, con fundamento en los artículos 10 TCE y 93 CE. Mientras no se apruebe la correspondiente ley que contemple de forma específica este supuesto o que considere las decisiones comunitarias como títulos ejecutivos, esta última solución se antoja totalmente inviable». En sentido parecido, LINARES GIL, cit., pág. 52: no sería adecuado reclamar con arreglo a Derecho administrativo una ayuda otorgada en una relación jurídica de Derecho privado.

En una Sentencia de 7 de noviembre de 2005, un tribunal contencioso-administrativo alemán (el *Oberverwaltungsgericht* Berlin-Brandenburg) declaró que una ayuda otorgada mediante un contrato de Derecho privado podía ser retirada mediante un acto administrativo. El asunto levantó una enorme polémica doctrinal en Alemania. En principio, la retirada mediante acto administrativo representa un procedimiento simple y efectivo para obtener la recuperación de una ayuda <sup>118</sup>. Pero, para la doctrina mayoritaria, dicho procedimiento no cumple los requisitos del Estado de Derecho, principalmente el principio de legalidad <sup>119</sup>. Tampoco se ajusta a la jurisprudencia europea, la cual siempre ha partido del principio de que, a falta de normas europeas aplicables a la recuperación de las ayudas incompatibles, se deben aplicar las normas previstas en cada ordenamiento interno. Si el artículo 14.1 del Reglamento 659/1999 fuera el fundamento jurídico necesario y suficiente de la recuperación de las ayudas en el ordenamiento interno, hace ya tiempo que el Tribunal de Justicia habría declarado incompatible con el Derecho de la Unión por menoscabar la primacía de ese Derecho la utilización de cualesquiera procedimientos de revisión previstos en el ordenamiento interno <sup>120</sup>.

Otros autores han sostenido que el instrumento del reintegro previsto en la LGS para la recuperación de las subvenciones sería aplicable también, por analogía, a las ayudas estatales que no se otorgan mediante subvención <sup>121</sup>. Esta opción interpretativa también es problemática desde la perspectiva del principio de legalidad.

En consecuencia, *de lege ferenda* se puede considerar constitucionalmente acertada la sugerencia del Consejo de Estado relativa a considerar «la conveniencia de preparar alguna disposición de carácter *general*, con suficiente entronque *legal*, para abordar *globalmente* el procedimiento de ejecución interno de decisiones comunitarias que hayan dejado sin efecto ayudas de Estado cuyo reembolso se hace exigible» <sup>122</sup>. La sugerencia consiste en introducir, con suficiente base legal, un mecanismo jurídico-administrativo para recuperar las ayudas de Estado declaradas incompatibles por la Comisión que se hayan otorgado al amparo de actos de Derecho privado <sup>123</sup>. Como se ha indi-

<sup>118</sup> Vid. D. VON BREVERN, «Die Rückforderung von staatlichen Beihilfen durch Verwaltungsakt», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, núm. 4, 2006, págs. 150-154.

<sup>119</sup> Vid. B. HILDEBRANDT y N. CASTILLON, «Rückforderung gemeinschaftswidriger nationaler Beihilfen», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 3, 2006, págs. 298-301; D. UWER y K. WODARZ, «Verabschiedung des Gesetzesvorbehalts bei der Umsetzung von Kommissionsentscheidung im EG-Beihilfenrecht?», *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 23, 2006, págs. 989-996; C. HERRMANN y T. KRUIS, «Die Rückforderung vertraglich gewährter gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen unter Beachtung des Gesetzesvorbehalts», *Europarecht*, núm. 2, 2007, págs. 141-159.

<sup>120</sup> J.M. HOFFMANN y M. BOLLMANN, «Rückforderung vertraglicher gewährter Beihilfen durch Verwaltungsakt?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 13, 2006, págs. 398-402.

<sup>121</sup> BACIGALUPO SAGESSE, cit., págs. 218-219.

<sup>122</sup> Memoria del año 2000. El énfasis del texto es añadido.

<sup>123</sup> La Memoria del Consejo de Estado del año 2000 precisa así el alcance de su sugerencia: «Esta regulación, respaldada legalmente en forma suficiente, debería partir del principio de que las "ayudas de Estado", incluso cuando se hayan prestado al amparo de actos formalmente calificables como de Derecho privado (civil o mercantil), podrían ser reembolsables mediante expediente de carácter administrativo siempre que se tratara en efecto de auténticas ayudas de Estado, así declaradas por la Comisión de las Comunidades Europeas y que, por ser "contrarias al mercado común", han de dejarse sin efecto según los procedimientos del Derecho interno español. Este emplazamiento de la cuestión en el campo del Derecho público requeriría la regulación de un procedimiento que, partiendo de la decisión adoptada por la Comisión, determinase los beneficiarios concretos y el importe de las ayudas, el modo de requerirlas, la devolución de los importes indebidamente percibidos y la aplicación de la vía de apremio a falta de reembolso voluntario». La propuesta cuenta también con el asentimiento de BURLADA ECHEVESTE y BURLADA ECHEVESTE, cit., pág. 90.

cado, el entendimiento correcto de ese mecanismo pasa no por configurarlo como una técnica adicional de revisión de oficio, sino por establecerlo como una potestad de autotutela específica dirigida al cumplimiento de decisiones de la Comisión o de las sentencias de los órganos jurisdiccionales europeos. Para ello se deberá articular un procedimiento administrativo específico en el que los afectados tengan las garantías mínimas de audiencia y defensa exigidas por el Estado de Derecho, para discutir no la legalidad de la recuperación de las ayudas sino la adecuación objetiva y subjetiva de la acción de reintegro a la decisión de recuperación de la Comisión <sup>124</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

1. La revisión de oficio de los actos administrativos por infracción del Derecho de la Unión Europea no plantea con carácter general problemas especiales desde el punto de vista dogmático o procedimental. Las categorías de la invalidez y las técnicas revisoras previstas en el ordenamiento jurídico interno son adecuadas y suficientes para abordar las consecuencias de la incompatibilidad de los actos administrativos internos con el Derecho de la Unión Europea. Las dos limitaciones que ha establecido el Tribunal de Justicia al principio de autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros que rige la ejecución del Derecho de la Unión Europea en el ámbito interno, el principio de equivalencia y el principio de efectividad, son respetadas por el ordenamiento español. Una resolución firme que incurre en una infracción del Derecho de la Unión Europea ha de ser mantenida cuando, por el transcurso del tiempo, hayan prescrito las facultades de revisión previstas por el ordenamiento interno.
2. No obstante, el Derecho de la Unión Europea puede fundamentar una obligación específica de retirada de ciertos actos administrativos internos que violan el Derecho de la Unión Europea. Estas obligaciones reclaman de los Estados miembros una acción precisa y determinada: no sólo la consideración abstracta de los eventuales vicios de los actos administrativos internos por infracción del Derecho de la Unión Europea de acuerdo con los principios, técnicas y plazos de revisión ordinarios, sino la eliminación efectiva e inmediata de los efectos producidos por ciertos actos incompatibles con el Derecho de la Unión Europea. La fuente de producción de una obligación jurídico-comunitaria de eliminación de los efectos de un acto interno será una decisión de la Comisión (por ejemplo, las decisiones de recuperación de las ayudas ilegales y/o incompatibles) o una sentencia del Tribunal de Justicia, bien condenatoria del Estado en el marco de un procedimiento por incumplimiento, bien interpretativa o apreciativa de la validez de una norma comunitaria en el marco de una cuestión prejudicial. El ordenamiento español carece actualmente de un mecanismo general que garantice el cumplimiento efectivo e inmediato de una obligación jurídico-comunitaria específica de retirada de los efectos de un acto administrativo.
3. Desde 2003, en materia de subvenciones existe un fundamento legal específico para la recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la Unión Europea

<sup>124</sup> Sobre la necesidad de ampliar el control judicial sobre la actividad interna de ejecución de decisiones europeas *vid.* VELASCO CABALLERO, cit., págs. 459 y 470.

ordenada por una decisión de la Comisión. La LGS ha asimilado las ayudas de Estado recuperables en virtud del Derecho de la Unión Europea a las subvenciones reintegrables por incumplimiento de las condiciones de concesión [art. 37.1 g) de la LGS]. Este procedimiento de reintegro cumple las exigencias de efectividad y celeridad que establece el artículo 14.3 del Reglamento 659/1999. Además, la LGS incluye una cláusula legal que se anticipa incluso a los efectos de la doctrina *Deggendorf* ante la Comisión: la prohibición de la condición de beneficiario de nuevas ayudas a quien no haya satisfecho un procedimiento de reintegro en vía ejecutiva constituye una norma interna muy relevante desde el punto de vista comunitario de cara a forzar la ejecución de las decisiones de recuperación de ayudas incompatibles (art. 9.º 1 de la LGS).

4. Con todo, la solución diseñada por la LGS presenta algunas carencias desde la perspectiva europea. Por un lado, no se han tenido en cuenta plenamente los requisitos fijados por el Derecho de la Unión Europea en cuanto al tipo de interés aplicable a la recuperación de las ayudas ni la concordancia con los plazos de prescripción de las potestades de la Comisión en materia de recuperación de ayudas. El conflicto entre la norma comunitaria y la norma interna obligará, en aplicación del principio de primacía, a inaplicar la norma interna incompatible con la comunitaria. Por otro lado, el procedimiento de reintegro sólo se aplica a las subvenciones otorgadas mediante acto administrativo y quizá también a las subvenciones asignadas nominativamente en los presupuestos de las Administraciones territoriales o fundamentadas directamente en una norma legal; esto es, a lo sumo a las subvenciones que entran dentro del ámbito de aplicación de la LGS. Sin embargo, el concepto comunitario de ayudas de Estado es mucho más amplio que el concepto legal de subvención de la LGS (que, básicamente, consiste en una entrega dineraria) e incluye cualquier forma o modalidad jurídica de atribución de una ventaja financiera distorsionadora de la competencia (ayudas fiscales, ayudas otorgadas con arreglo a Derecho privado o mediante convenio de Derecho público, etc.).
5. Respecto a las modalidades de ayudas de Estado que no pueden ser subsumidas en el concepto legal de subvención retenido por la LGS, el ordenamiento interno no ha previsto técnicas o mecanismos específicos para dar cumplimiento a las decisiones de recuperación de las ayudas incompatibles. El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea no faculta a desconocer el principio de legalidad proclamado por la Constitución, de forma que, llegado el caso, las autoridades internas pudieran retirar las ayudas incompatibles invocando pura y simplemente la decisión de la Comisión que ordene su recuperación, esto es, a ejercer una potestad de autotutela no prevista por el ordenamiento interno. De la consideración conjunta de las obligaciones jurídico-comunitarias y del principio de legalidad de la Constitución española se desprende la necesidad de prever por ley una potestad de autotutela que permita recuperar de forma inmediata y efectiva todo tipo de ayudas, cualquiera que fuese su naturaleza, en los precisos términos establecidos por una decisión previa de la Comisión o una sentencia del Tribunal de Justicia.