

# El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales». Especial referencia a la recuperación de ayudas

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

Doctor en Derecho, Letrado del Consejo de Estado y Prof. de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

Sumario: *I. Introducción: la oportunidad de la nueva regulación contenida en el Reglamento 659/1999. II. Procedimiento aplicable a las ayudas ilegales: 1. Apreciación de carácter general; 2. No debe apreciarse la ilegalidad de la ayuda por la falta de notificación a la Comisión. Sobre la obligación de examinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común; 3. Incoación del procedimiento y solicitud de información; 4. Medida cautelar de suspensión; 5. Medida cautelar de recuperación provisional: A. Naturaleza y requisitos; B. Procedimiento y plazo para resolver de fondo una vez que se ha recuperado provisionalmente la ayuda; C. Ayudas de salvamento; 6. Incumplimiento de las Decisiones sobre medidas provisionales; 7. Tramitación y decisión final del procedimiento; 8. Régimen de recuperación de la ayuda: A. ¿Existe margen de discrecionalidad para acordar la recuperación de la ayuda?; B. Excepciones a la recuperación. Especial referencia a la imposibilidad absoluta de su cumplimiento; C. Sobre el cobro de intereses; D. Procedimiento para la recuperación. Dificultades derivadas de la eventual inexistencia de instrumentos suficientes de orden interno. Especial referencia al ordenamiento jurídico español; 9. Plazo para la recuperación y de prescripción.*

## I. INTRODUCCIÓN: LA OPORTUNIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL REGLAMENTO 659/1999

El Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, de 22 marzo 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 88), ha constituido un importante avance, no tanto porque su regulación constituya – desde un punto sustantivo– una importante innovación, cuanto porque introduce una mayor certidumbre jurídica en este ámbito. La inexistencia de una regulación (con el suficiente grado de detalle) sobre los procedimientos administrativos generales aplicables al control de las ayudas, provocó que tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) hayan desarrollado en este aspecto una incuestionable e intensa función «cuasi normativa»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. VALLE GÁLVEZ: «Las ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1993, pgs. 927 y ss.

A pesar de que la inexistencia de una reglamentación general había sido reiteradamente criticada por la doctrina, esta situación se ha mantenido, como se ve, hasta tiempo muy reciente. Las razones de que así haya ocurrido se encuentran sin duda en las ventajas, especialmente para la Comisión, que tal situación presentaba. Como señala BELIGHT<sup>2</sup>, la ausencia de una regulación general sobre los procedimientos administrativos en materia de ayudas presentaba más ventajas que inconvenientes, pues ofrecía un amplio margen de maniobra a la Comisión en orden a apreciar la eventual compatibilidad de las ayudas. Y junto a ello, la ausencia de la referida reglamentación permitía también a los Estados miembros negociar caso por caso con la Comisión<sup>3</sup>.

En cualquier caso, tales eventuales ventajas no justificaban mantener dicha situación (ausencia de reglamentación). Es cierto que en lo que se refiere a su regulación sustantiva en su mayor parte el Reglamento 658/1999 no hace sino recoger los trámites procedimentales establecidos en la práctica por la Comisión y por el TJCE. Así lo reconoce el propio Reglamento en su segundo considerando, al señalar que «la Comisión, ateniéndose a la jurisprudencia del TJCE de las Comunidades Europeas, ha desarrollado y asentado una práctica coherente para la aplicación del artículo 93 del Tratado, y ha establecido determinadas normas y principios del procedimiento recogidos en ciertas Comunicaciones, que conviene, con objeto de garantizar la aplicación efectiva y la eficacia de los procedimientos a que se refiere el artículo 93 del Tratado, codificar y consolidar dicha práctica mediante un Reglamento». Pero a pesar de ello, la aprobación del Reglamento 659/1999 introduce, como digo, un mayor grado de certidumbre jurídica, pues –en los mismos términos utilizados en el transcrito segundo considerando del Reglamento– supone «consolidar» una práctica, mediante su inclusión en una norma de derecho positivo.

Por otro lado, constituye una norma estrictamente procedimental. No regula un procedimiento administrativo único, sino varios, aplicable cada uno de ellos en función del tipo de ayuda de que se trate, atendiendo a tal fin a las definiciones que se contienen en su artículo 1. Concretamente se regulan los procedimientos aplicables a «las ayudas notificadas», «las ayudas ilegales», las «abusivas» y las «ayudas existentes». El procedimiento previsto para las «ayudas notificadas» podría calificarse como «procedimiento base», pues además de ser lógicamente el aplicable a tal tipo de ayudas (nuevas ayudas), también opera –con un mayor o menor alcance– en relación con los demás procedimientos, y ello en virtud de las numerosas remisiones que

<sup>2</sup> «Les aides d'Etat» *Droit Européen*, 1999, pg. 28.

<sup>3</sup> En un sentido similar se pronuncia HEREDIA BENOT, D.: «Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 marzo. Normas de procedimiento en materia de ayudas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pg. 18, al afirmar que la ausencia de una reglamentación «conlleva la ventaja de que es la propia Comisión la que determina, sin negociar, la amplitud de sus competencias».

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

en estos últimos se contienen a las reglas que rigen el mencionado procedimiento aplicable a las ayudas notificadas.

A continuación me refiero exclusivamente a las peculiaridades del procedimiento aplicable a las «ayudas ilegales», a cuyo efecto aludiré también a una cuestión tan debatida como la de la recuperación (provisional o definitiva) de las ayudas.

## II. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS AYUDAS ILEGALES

### I. APRECIACIÓN DE CARÁCTER GENERAL

El artículo 1 f) del Reglamento 659/1999 define la «ayuda ilegal» como «cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado» (actual artículo 88.3). La «ayuda ilegal» engloba de esta manera dos supuestos:

– «Nuevas ayudas» no notificadas a la Comisión en los términos exigidos en el artículo 2 del Reglamento 659/1999.

– «Nuevas ayudas» que, aun habiendo sido notificadas a la Comisión, son puestas en práctica antes de haberse adoptado la oportuna Decisión de autorización por la Comisión. La calificación como «ayuda ilegal» en este caso viene justificada por constituir una infracción de la denominada cláusula «standstill» recogida explícitamente en el propio artículo 88.3 del Tratado CE y en el artículo 3 del Reglamento 659/1999. Y aunque el artículo 88.3 citado se refiere a la imposibilidad de ejecutar las medidas proyectadas «antes que en dicho procedimiento haya recaído Decisión definitiva», obviamente este impedimento subsiste aun después de haber recaído «Decisión definitiva» si ésta fuera una «Decisión negativa» en el sentido recogido en el artículo 7.5 del Reglamento. Es más exacta en este aspecto la terminología utilizada en el artículo 3 del Reglamento 659/1999, en cuanto se refiere, no ya a la «Decisión definitiva», sino a la «Decisión autorizando dicha ayuda».

Por lo demás, la infracción de la citada cláusula de suspensión –antes de haberse producido la Decisión final favorable a la puesta en práctica de la medida proyectada por el Estado– implicará la conversión de la «nueva ayuda» (en el caso de que inicialmente hubiera sido notificada a la Comisión) en «ayuda ilegal», con la consiguiente conversión también del procedimiento aplicable, cualquiera que fuera el estado de tramitación en que se encontrara aquél.

Por otra parte, lo correcto sería hablar de «presunta ayuda ilegal» aunque no se haga así en algunos preceptos del Capítulo III del Reglamento 659/1999 (en el que se regula el procedimiento al que ahora nos referimos), pues el procedimiento podría concluir con una Decisión positiva (compati-

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

bilidad de la ayuda con el mercado común)<sup>4</sup>, o incluso podría declararse que no se trata de una ayuda (con lo que nunca podría haber sido una «ayuda ilegal»).

2. NO DEBE APRECIARSE LA ILEGALIDAD DE LA AYUDA POR LA FALTA DE NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE EXAMINAR LA COMPATIBILIDAD DE LA AYUDA CON EL MERCADO COMÚN

Lo primero que destaca del procedimiento diseñado en los artículos 10 y siguientes del Reglamento 659/1999 consiste en que no se configura como una vía para declarar, por motivos formales, la ilegalidad de la ayuda.

Es cierto que la concesión de ayudas incumpliendo la notificación a la Comisión exigida del artículo 88 del Tratado CE, supone una infracción de dicho Tratado y, en definitiva, jurídicamente permite calificar tales ayudas como contrarias a Derecho (ilegales). Si nos quedáramos ahí, bastaría con que existiera tal defecto formal para poder declarar ilegal la ayuda y poder exigir su pertinente recuperación, aunque de fondo (aspecto que no se examinaría) la ayuda fuera compatible con el mercado común.

Podría darse de esta manera la paradoja de que, a pesar de ser la ayuda –desde un punto de vista sustantivo– conforme al mercado común, se declararía su ilegalidad por razones estrictamente formales, con la importante consecuencia (por su trascendencia y dificultad) de tener que recuperar la ayuda (o la parte de ella) ya ejecutada.

Para entender adecuadamente el alcance de la cuestión planteada, cabría traer a colación –«servata distantia»– la problemática que rodea las edificaciones construidas sin licencia. Edificar sin licencia constituye una actuación contraria al ordenamiento jurídico, de manera que, siguiendo el mismo razonamiento expuesto en relación con las ayudas ilegales, podría sostenerse que en tales casos procedería sin más la demolición de lo edificado. Sin embargo, el legislador interno no ha sido ajeno al derroche de energías que implicaría tal conclusión si lo edificado sin licencia estuviera, desde un punto de vista sustantivo, conforme con la legalidad urbanística.

Podría entonces producirse la paradoja de que, una vez demolido lo construido sin licencia, volviese a construirse exactamente lo mismo tras obtenerse la licencia correspondiente. Las consecuencias antieconómicas que produciría esta situación son las que, a mi juicio, llevan al legislador a admitir la «legalización» de las obras construidas sin licencia, permitiendo la obtención de ésta durante la ejecución de tales obras (previa su suspensión) o incluso cuando ya estuvieran totalmente ejecutadas, y sólo en el caso de que no fueran legalizables procedería su demolición, con la imposición de la sanción correspondiente.

<sup>4</sup> En tal caso, únicamente podría aludirse ya a que la ayuda era inicialmente ilegal por no haber sido notificada o porque, habiéndolo sido, se hubiera puesto en práctica con infracción de la cláusula «standstill», pero no ya por razones de fondo.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

Cuestión distinta –y no incompatible con ello– es que razonablemente se busquen instrumentos para que el ciudadano no esté «incentivado» a construir sin licencia, sabiendo que podrá obtener, incluso «a posteriori», dicha licencia, instrumentos que pueden pasar, como ocurre en el urbanismo, por la imposición de una sanción a quién construyó (una obra legalizable) sin licencia (obtenida, como se dice, durante su ejecución o con posterioridad a su conclusión).

Pues bien, la evolución que se ha seguido en el tema de las ayudas ilegales está presidida, a mi juicio, por esa idea de la «legalización» de las ayudas, superándose la visión inicial excesivamente formalista de la Comisión, para quien la omisión de la notificación bastaba ya sin más para declarar la ilegalidad de la ayuda concedida, lo que obviaba tener que entrar en el fondo (compatibilidad o no de la ayuda con mercado común).

En efecto, el TJCE sentó una jurisprudencia por la que imponía a la Comisión, también en los casos de ausencia de notificación de una ayuda nueva, entrar en el fondo del asunto y, por tanto, examinar su compatibilidad con el mercado común<sup>5</sup>. Y es esto precisamente lo que recoge el Capítulo III (artículos 10 y siguientes) del Reglamento 659/1999, pues establece un procedimiento que, aparte de las medidas cautelares que pueden adoptarse durante su tramitación, concluirá con una Decisión de fondo, en la que podrá declararse que la medida proyectada no constituye una ayuda, que es una ayuda pero compatible con el mercado común, que es ayuda compatible pero sometida su concesión a condicionantes o, finalmente, que se trata de una ayuda incompatible. Cualquiera de estas declaraciones de la Comisión estará fundamentada en aspectos sustantivos o de fondo<sup>6</sup>.

Podría quizá aducirse que la obligación así impuesta de entrar en el examen de fondo sobre la compatibilidad o no de la ayuda con el mercado común (y los efectos «legalizadores» que de ello derivan), incentiva de alguna manera a los Estados a incumplir el deber de notificación de las nuevas ayudas,

<sup>5</sup> Vid., por ejemplo, las Sentencias 14 febrero 1990 (C-301/1987) y 21 marzo 1990 (C-142/1987).

<sup>6</sup> No sería lógico sostener que constituirá una Decisión (cuando sea favorable a la ayuda) carente de efectos, al tratarse ya «ab initio» de ayudas ilegales (al no haberse notificado previamente a la Comisión). Si así se sostuviera, se llegaría a las disfunciones apuntadas por FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea». *Cuadernos de Estudios Europeos*, 1993, pgs. 139 y 140, pues una vez producida la Decisión positiva (que declara la compatibilidad con el mercado común de la ayuda no notificada), habría que notificar a la Comisión un proyecto de ayuda idéntico, y tras la tramitación de un nuevo procedimiento, obtener otra Decisión del mismo tenor.

A mi juicio se trataría de un derroche de energías inútil, además de que estrictamente carecería de sentido tramitar todo un procedimiento cuando, fuera cual fuera el contenido de la Decisión final, la ayuda ya era ilegal en origen e insubsanable. Insisto en que hay que abrirse a la idea de la «legalización» en este ámbito, sin perjuicio de que deban articularse los mecanismos precisos para desincentivar a los Estados a incumplir las obligaciones que les incumben en virtud de los arts. 87 y ss. de Tratado CE, aspecto al que me refiero a continuación.

pues, en términos similares a lo expuesto en relación con el problema urbanístico, el Estado será consciente de que la ayuda nueva otorgada (sin haber sido previamente notificada a la Comisión) podrá ser efectivamente legalizada «a posteriori», en este caso tras la tramitación del procedimiento al que ahora aludimos (procedimiento aplicable a las ayudas ilegales).

Tal apreciación queda, sin embargo, desvirtuada con los dos matices que a continuación se exponen y que desmienten las supuestas ventajas de incumplir el deber de notificación:

– En el seno del procedimiento aplicable a las «ayudas ilegales» puede imponerse una medida cautelar que no existe en el procedimiento aplicable a las «nuevas ayudas», como es su recuperación provisional (antes de que se haya adoptado la Decisión final en el procedimiento)<sup>7</sup>, lo que indudablemente se erige en un instrumento desincentivador de la puesta en ejecución de ayudas ilegales.

– La Decisión positiva final que pueda dictarse en el procedimiento aplicable a las «ayudas ilegales» (en el caso de que las ayudas fueran legalizables), no tendrá efectos retroactivos, de forma que sólo podrá hablarse de «ayuda legalizada» a partir de la adopción de dicha Decisión positiva. Los efectos producidos con anterioridad son fruto de una situación ilegal. El problema estriba en determinar qué consecuencias jurídicas trae consigo sostener que la Decisión positiva producida en este procedimiento tiene exclusivamente efectos «ex nunc» (hacia el futuro).

Es evidente que cuando el TJCE impuso a la Comisión, a través de su jurisprudencia, no quedarse en la apreciación de meros defectos formales, buscaba lógicamente no exigir la recuperación definitiva de las ayudas cuando éstas fueran conformes con el mercado común. Admitido esto, deberá aceptarse también que el hecho de que la Decisión positiva sólo tenga efectos hacia el futuro, no puede implicar la recuperación de las ayudas con el argumento de que, en definitiva, se otorgaron cuando todavía no existía cobertura para ello (cuando aún no se había producido la Decisión positiva), pues se estaría dando al traste con el referido objetivo.

Confirma esta tesis la propia regulación contenida en el artículo 14 del Reglamento 659/1999 relativa a la recuperación de las ayudas (no como medida provisional, sino como efecto anudado a la Decisión final del procedimiento). El citado artículo 14 sólo dispone la recuperación de las ayudas como efecto anejo a la adopción de una Decisión negativa, es decir, una Decisión que considera la ayuda incompatible con el mercado común.

<sup>7</sup> La suspensión de la concesión de la ayuda también constituye una medida cautelar utilizable en el seno del procedimiento aplicable a las «ayudas ilegales» (art. 11.1). Sin embargo, esta medida no dista, al menos desde el punto de vista sustantivo, de lo que acontece en el procedimiento aplicable a las «nuevas ayudas», pues en éste, en virtud de la ya aludida cláusula «standstill» (art. 3), se produce la suspensión, aunque no ya como una medida cautelar expresamente adoptada por la Comisión, sino que despliega sus efectos «ex lege».

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

Llegados a este punto cabría preguntarse qué repercusión tendrá la legalización de la ayuda (a través de una Decisión positiva producida en el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales) sobre los efectos producidos con anterioridad a dicha Decisión (es decir, en la época en la que la ayuda concedida constituía «ayuda ilegal»).

La solución lógica en este caso sería recuperar los intereses aplicables a las ayudas concedidas al menos durante el período de tiempo que dista desde el momento en que se otorgaron (o hicieron efectivas) y el instante en el que se produce la Decisión positiva (y, por tanto, se legaliza la ayuda)<sup>8</sup>. Esta solución parece razonable y ponderada, pues, por un lado, no desvirtúa el diseño establecido en el Reglamento 659/1999 sobre la recuperación de ayudas y, por otro, constituye un instrumento útil para incentivar a los Estados a dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 88 del Tratado CE.

### 3. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y SOLICITUD DE INFORMACIÓN

El procedimiento se incoará por la Comisión cuando tenga información acerca de la existencia de una presunta ayuda ilegal. Señala en este sentido el artículo 10.1 del Reglamento 659/1999 que «cuando obre en poder de la Comisión cualquier información, sea cual sea su origen, referente a una presunta ayuda ilegal, deberá proceder a su examen sin demora».

Se configuran de manera amplia las vías de obtención de información acerca de la existencia de una presunta ayuda ilegal. La noticia podrá llegarle a la Comisión cualquiera que sea su origen (denuncia, prensa, etc.), debiendo entenderse admitida –porque no se excluye– incluso la denuncia anónima.

En el caso de tener información acerca de una presunta ayuda ilegal, la Comisión «deberá» proceder a su examen sin demora. ¿Se produce este examen en el seno del procedimiento ya incoado, o es previo? A mi juicio, el artículo 10.1 debe interpretarse en el sentido de que se impone a la Comisión un juicio previo sobre la posibilidad de que efectivamente pueda tratarse de una ayuda ilegal. Es preciso que la información que le haya llegado a la Comisión tenga visos de veracidad, que no carezca manifiestamente de fundamento, pues en estos casos no haría falta abrir formalmente el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales. No parece razonable que por la mera presentación, por ejemplo, de una denuncia anónima (sin los visos mínimos de veracidad) se provoque la incoación de un procedimiento

<sup>8</sup> En este sentido se pronuncian HERNÁNDEZ MARTÍN y VILLALVILLA MUÑOZ: *El control de las ayudas de Estado en el derecho europeo*, Colex, núm. 40, 1999, pg. 94, cuando consideran más lógica la solución contemplada en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 junio 1995 (Siemens, T-459/1993), donde se declara que la Comisión puede establecer que las empresas beneficiarias devuelvan los intereses devengados desde la concesión ilegal de la ayuda hasta la adopción de la Decisión de la Comisión por la que se declara su compatibilidad.

complejo y trascendente como el que se recoge en el Capítulo III del Reglamento 659/1999. Sólo después de dicho juicio previo, deberá incoarse el procedimiento si existiera la posibilidad de que efectivamente pudiera estarse ante una ayuda ilegal.

En el seno del procedimiento ya incoado, la Comisión podrá solicitar información al Estado miembro interesado. Éste tiene la obligación de facilitarla (artículo 2.2 del Reglamento). Podrá, además, solicitarse información adicional (artículo 5.1) y si no fuera facilitada o se suministrara de forma incompleta, la Comisión podrá enviarle un recordatorio otorgándole un plazo adicional apropiado para la presentación de la información (artículo 5.2). Si el Estado no da cumplimiento al recordatorio (no facilita la información adicional solicitada o la facilita de manera incompleta), la Comisión «requerirá» mediante Decisión dicha información (denominado «requerimiento de información»), que incluirá la información solicitada y el plazo en el que deberá facilitarse por el Estado.

Se observa, por tanto, que se producen dos fases sucesivas: una primera fase de solicitud o «recordatorio» de información adicional (en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 del Reglamento, aplicable de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 del mismo Reglamento), y una segunda fase de «requerimiento» propiamente dicho, que adoptará la forma de Decisión (el denominado «requerimiento de información»).

Señala el artículo 13.1 que si un Estado incumple un «requerimiento de información» (no simplemente una «solicitud» o «recordatorio» de información), la Decisión final se adoptará basándose en la información disponible. De ello cabe deducir que será imprescindible pasar por las dos aludidas fases (primero el recordatorio y luego, en caso de persistir el Estado en su actitud, el requerimiento de información en forma de Decisión) para que la Comisión pueda tomar la Decisión final de fondo «basándose en la información disponible» (que obviamente no será completa, o al menos no tan completa como hubiera deseado la Comisión).

No prejuzga el artículo 13.1 el contenido positivo o negativo de dicha Decisión. No existe en este caso una previsión similar a la contenida en el artículo 7.7 del Reglamento (procedimiento aplicable a nuevas ayudas), en donde se establece que la Comisión «adoptará una Decisión negativa si la información suministrada no es suficiente para declarar la compatibilidad». No obstante, es fácil advertir que si el Estado es el culpable de que la Comisión no haya podido obtener la información precisa tras el recordatorio del artículo 5.2 y el requerimiento de información del artículo 10.3, previsiblemente la Decisión será negativa, con sus consecuencias anejas (recuperación de la ayuda)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> La existencia de un «requerimiento de información» subsiguiente al recordatorio previsto en el art. 5.2, es congruente con la propia peculiaridad del procedimiento aplicable a las ayudas ilegales. Aquí no es posible aplicar lo dispuesto en el art. 5.3, en cuanto dispone que el desconocimiento del recordatorio de información adicional formulado por la Comisión implicará que la notificación se considere retirada (es decir, la solicitud

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

Por otra parte, el requerimiento de información exteriorizado a través de una Decisión (y no atendido por el Estado) permite a la Comisión, además de resolver el procedimiento con la información disponible, acudir al TJCE, pues, en definitiva, el Estado estaría incumpliendo una Decisión de la que es destinatario. La efectividad de la Sentencia, sin embargo, sería relativa, toda vez que normalmente supondría la condena al Estado incumplidor a facilitar la información requerida.

#### 4. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN

El artículo 11 del Reglamento prevé la posibilidad de adoptar dos medidas cautelares en el seno del procedimiento aplicable a las ayudas ilegales: la suspensión de la concesión de la ayuda ilegal (denominado «requerimiento de suspensión») y la recuperación provisional de la misma («requerimiento de recuperación»).

Están configuradas como dos medidas independientes, de forma que la medida cautelar de suspensión puede no ir acompañada de la recuperación provisional de las ayudas ya otorgadas. Más difícil será, en cambio, admitir la situación inversa, habida cuenta que si la Comisión acuerda, como medida cautelar, la recuperación provisional de las ayudas presuntamente ilegales ya concedidas, es lógico pensar que ello lleve de suyo la suspensión hacia el futuro de la concesión de nuevas ayudas (dentro del régimen de ayudas de que se trate).

El artículo 12.1 dispone que la Comisión podrá suspender «toda concesión de ayuda ilegal» en tanto en cuanto aquélla no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común<sup>10</sup>. Desde un punto de vista procedimental, se exige dar la oportunidad al Estado de presentar sus observaciones, trámite de audiencia que, obviamente, implicará que la Comisión ponga en conocimiento del Estado su intención (y razones) de suspender la concesión de la presunta ayuda ilegal.

Sin embargo, a mi juicio no existen razones para que en el seno del procedi-

de autorización). Esta consecuencia operará efectivamente en supuestos de procedimientos aplicables a nuevas ayudas, pero no es trasladable a las ayudas ilegales, pues en este caso o no habrá existido la previa notificación (solicitud de autorización) por parte del Estado, o si ha existido, se habrá hecho caso omiso a la cláusula de suspensión, lo que provoca su tratamiento como si no se hubiera notificado la nueva ayuda proyectada (con la consiguiente transformación, como ya se ha destacado, del procedimiento aplicable).

<sup>10</sup> La jurisprudencia del TJCE había venido admitiendo la posibilidad de que la Comisión acordara la suspensión de la concesión de la ayuda como medida provisional (por ejemplo, Sentencias 14 febrero 1990, C-301/1987; 21 marzo 1991, C-303/1988; y 17 junio 1999, C-75/1997). Aclara el TJCE que dicha jurisprudencia no implica que la Comisión esté obligada a conminar automáticamente al Estado miembro interesado para que suspenda el pago de una ayuda que no ha sido notificada de conformidad con el apartado 3 del art. 88 del Tratado CE.

El Reglamento 659/1999 también se refiere a que «podrá suspender». No obliga a nada a la Comisión en este aspecto.

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

miento seguido para adoptar la medida cautelar de suspensión (que podría denominarse como pieza separada de suspensión, producida dentro de un único procedimiento, como es el aplicable a las ayudas ilegales) no se otorgue audiencia a las demás partes interesadas, máxime cuando los beneficiarios de la presunta ayuda ilegal pueden estar perfectamente identificados, siendo así que esta medida cautelar afectará directamente a sus intereses legítimos.

La suspensión constituye una medida provisional de carácter discrecional (la Comisión «podrá» requerir al Estado) que despliega sus efectos hacia el futuro. Por ello, los beneficiarios de una ayuda ya concedida (y hecha efectiva) no tendrán que devolver las cantidades percibidas merced al «requerimiento de suspensión» (cuestión distinta es que pudiera acordarse también la medida de recuperación provisional).

La situación es distinta cuando se trata de una ayuda otorgada antes del requerimiento de suspensión y que, sin embargo, cuando se dicta éste todavía no se ha llevado a efecto la ayuda (por ejemplo, no se ha entregado efectivamente el correspondiente importe al beneficiario). Aunque, como se ha visto, el artículo 11.1 se refiere a la suspensión de «la concesión» de la presunta ayuda ilegal, parece lógico sostener que la suspensión –salvo que se prevea expresamente otra cosa– paraliza desde el instante en que se produce el despliegue de los efectos naturales de la presunta ayuda ilegal, ya sea para otorgar nuevas ayudas individuales (en el marco de un régimen de ayudas), ya para abonar el importe (o hacer efectivo de cualquier otra forma) la ayuda previamente otorgada (antes del requerimiento de suspensión).

Por otra parte, el artículo 12.1 se refiere a la suspensión de «toda concesión de ayuda ilegal», lo cual no obsta para que pudiera darse el caso de que la Comisión acordara la suspensión sólo parcial de una presunta ayuda legal (quien puede lo más puede lo menos).

## 5. MEDIDA CAUTELAR DE RECUPERACIÓN PROVISIONAL

### A. *Naturaleza y requisitos*

Se trata también de una medida «provisional», distinta de la recuperación «definitiva» que se anuda a la Decisión negativa final que eventualmente pueda dictarse en el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales<sup>11</sup>.

Frente a lo que acontece con la medida de suspensión, en el caso de la recuperación provisional, dada su mayor trascendencia, se exige –para que

<sup>11</sup> Sobre el reconocimiento a su favor por parte de la Comisión de esta posibilidad de recuperación provisional con anterioridad al Reglamento, vid. entre otros, RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT: «Un comentario crítico al reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado. Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo, de 22 marzo 1999», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pgs. 51 y ss.

*El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

pueda acordarse— que concurran determinados requisitos, lo que supone una limitación a la discrecionalidad de la Comisión en este ámbito.

En efecto, el artículo 11.2 del Reglamento exige (y se trata de requisitos acumulativos) que concurran las circunstancias siguientes para que pueda acordarse la recuperación provisional de las ayudas:

- Que, de acuerdo con una práctica establecida, no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida adoptada por el Estado, y cuya presunta condición de ayuda ilegal ha provocado precisamente la incoación del procedimiento.
- Que sea urgente actuar. El Reglamento no predetermina, sin embargo, a qué aspectos debe referirse la urgencia, lo que permite una gran amplitud de posibilidades.

En cualquier caso, la urgencia llama con naturalidad a un aspecto temporal, que se traduce en la razonable necesidad de afrontar las circunstancias de manera inmediata, sin que pueda esperarse a la Decisión final del procedimiento (con la recuperación definitiva de las ayudas si fuera una Decisión negativa). Es muy discutible, sin embargo, que pudiera fundamentarse la recuperación provisional, por ejemplo, en las previsibles dificultades futuras de recuperar la ayuda tras la tramitación completa del procedimiento aplicable a las ayudas ilegales. La urgencia puede conectarse, por ejemplo, con el perjuicio inmediato que la presunta ayuda ilegal pueda ocasionar a un competidor (y que razonablemente exige actuar con inmediatez), y no con las dificultades futuras para su recuperación.

- Finalmente, el tercer requisito consiste en que «exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor». La irreparabilidad exigida no puede ser interpretada de una manera absoluta, pues en principio todo es susceptible de ser reparado mediante la oportuna compensación económica<sup>12</sup>. Por ello, la constatada quiebra en la que razonablemente podrían quedar los competidores —de mantenerse en sus propios términos la ayuda concedida— podría llegar a justificar, a mi juicio, la recuperación provisional (concurriendo los demás requisitos).

*B. Procedimiento y plazo para resolver de fondo una vez que se ha recuperado provisionalmente la ayuda*

Por lo que se refiere al procedimiento aplicable para poder acordar la medida provisional que se examina, el artículo 11.2 se remite al establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 14, es decir, al previsto para la recuperación definitiva de ayudas tras la adopción de una Decisión negativa final. Me remito, por tanto, a lo que más adelante expongo sobre el particular.

Una vez recuperada (provisionalmente) la ayuda, la Comisión «adoptará

<sup>12</sup> Para una crítica a este requisito, vid. RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT: *ob. cit.*, pgs. 52 y 53, que llegan a afirmar que el requerimiento de recuperación provisional se convierte en la práctica en inaplicable.

una Decisión dentro de los plazos que sean de aplicación a las ayudas notificadas» (artículo 11.2). En cuanto al alcance de esta previsión, cabe señalar lo siguiente:

– Cuando el artículo citado alude a que la Comisión «adoptará una Decisión», obviamente hay que entender que se refiere a la Decisión de fondo que debe poner fin al procedimiento aplicable a las ayudas ilegales.

Ello significa que antes de que se haya recuperado provisionalmente la presunta ayuda ilegal (no simplemente que se haya acordado tal recuperación provisional), la Comisión no tendrá plazo para tramitar el procedimiento (aspecto que será abordado más adelante). Sólo a partir de dicha recuperación, se someterá la Comisión a los plazos de tramitación establecidos para las nuevas ayudas (procedimiento de aplicación a las ayudas notificadas). La razón estriba en que la recuperación provisional producirá un evidente daño, lo que razonablemente obliga a la Comisión a adoptar una Decisión final lo antes posible, y cuando menos dentro de los plazos establecidos para las nuevas ayudas. No debe olvidarse que se trata de una medida provisional que, como tal, puede verse finalmente desvirtuada si la Decisión final del procedimiento concluye declarando que no se trata de una ayuda o que, a pesar de serlo, es compatible con el mercado común.

– ¿Ya a qué plazos se refiere el artículo 11.2 cuando se remite a los que «sean de aplicación a las ayudas notificadas»? En realidad, tanto la fase de «examen previo» como la de «investigación formal» (que integran en el procedimiento aplicable a las ayudas notificadas) pueden darse en el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales, de manera que la remisión debe entenderse a los plazos que correspondan en función de la fase de que se trate. Así lo confirma el artículo 13.2, en cuanto señala que la Comisión no estará sujeta al plazo previsto en el apartado 5 del artículo 4 (fase de «examen previo») y en los apartados 6 y 7 del artículo 7 (fase de «investigación formal»), y añade que ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11, precepto que, como se ha visto, precisamente dispone la aplicación de los plazos en bloque si se hubiera producido la recuperación provisional de la ayuda.

Cabría preguntarse, por lo demás, si la remisión lo es exclusivamente a los plazos o también a las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual incumplimiento. No se olvide que el artículo 4.6 (fase de «examen previo») configura un verdadero supuesto de silencio positivo<sup>13</sup>, a la vez que, por

<sup>13</sup> Aunque no se denomine así expresamente, el art. 4.6 del Reglamento 659/1999 configura, como digo, un supuesto de silencio positivo para el caso de que la Comisión se abstenga de dictar la oportuna Decisión en los plazos establecidos a tal fin.

En efecto, establece el art. 4.6 que «cuando la Comisión no haya adoptado una Decisión de conformidad con los apartados 2, 3 ó 4 dentro del plazo establecido en el apartado 5, se considerará que la Comisión ha autorizado la ayuda. Acto seguido, el Estado miembro interesado podrá ejecutar las medidas tras haber informado previamente a la Comisión, salvo que ésta adopte una Decisión de conformidad con el presente artículo en un plazo de quince días laborables a partir de la recepción de dicha información».

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

ejemplo, el artículo 7.7 (fase de «investigación formal») dispone que si la información facilitada es insuficiente, la Comisión adoptará una Decisión negativa.

Pues bien, a mi juicio la remisión que se contiene en el artículo 11.2 lo es en bloque a los plazos y a las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento, lo que encuentra apoyo en el hecho de que la citada remisión no se refiere exclusivamente a los plazos, sino a la necesidad de adoptar una Decisión dentro de dichos plazos. Además, una solución distinta podría provocar el mantenimiento ilimitadamente en el tiempo –sin perjuicio del recurso por omisión– de una medida cautelar tan trascendental como es la de recuperación provisional de las ayudas. Por ello, hay que entender aplicables aquellos instrumentos que pueden provocar la conclusión del procedimiento, aunque sea a través de la aplicación de la técnica del silencio administrativo.

#### *C. Ayudas de salvamento*

El artículo 11.2, penúltimo párrafo, dispone la posibilidad (que ya existía antes del Reglamento 659/1999) de que la recuperación provisional vaya acompañada del pago de una «ayuda de salvamento» a la empresa de que se trate.

Sin poner en tela de juicio la conveniencia de que se haya previsto tal posibilidad (especialmente si se atiende a que la medida de recuperación provisional, como se ha dicho, puede no verse confirmada –en lo que a sus efectos se refiere– con la Decisión final que se adopte en el procedimiento), lo cierto es que el citado precepto del Reglamento no prejuzga el alcance de dicha «ayuda de salvamento», lo que obliga a plantear si la misma puede ser de importe o alcance equivalente a la ayuda ilegalmente otorgada en su día y recuperada provisionalmente. Si así fuera, la recuperación provisional carecería de efecto práctico real, pues se vería suplido mediante la «ayuda de salvamento».

Por ello, ésta debería abarcar exclusivamente lo imprescindible para que la medida cautelar de recuperación provisional no provoque incluso un daño mayor de aquel que pretenda evitarse a los competidores. De hecho, las «Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis» (1994/C 368/05), reconocen las ayudas de salvamento y de reestructuración como instrumentos que, por su propia naturaleza, tenderán a falsear la competencia y afectar al comercio entre los Estados miembros. De ahí que, como excepción, se permita la utilización, por lo que ahora interesa, de las «ayudas de salvamento» sólo cuando se

Se observa, por tanto, que el Reglamento anuda a la falta de una resolución expresa de la Comisión un concreto efecto jurídico, como es considerar que ésta «ha autorizado la ayuda». Se tratará por tanto –utilizando la terminología del propio Reglamento– de «una Decisión positiva», si bien presunta.

cumplan determinados requisitos<sup>14</sup>. La única «excepción general» la constituyen las ayudas «de mínimos», que por su escasa cuantía no pueden producir ningún efecto significativo sobre el comercio intracomunitario.

#### 6. INCUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES

El incumplimiento de los requerimientos de suspensión o de recuperación (que, como se ha visto, se articulan a través de Decisiones), permite a la Comisión someter «directamente» el asunto al TJCE, ante el que se solicitará que declare que dicha inobservancia constituye una violación del Tratado.

Cuando el artículo 12 del Reglamento alude a que la Comisión podrá someter «directamente» el asunto ante el Tribunal, está admitiendo que en estos casos –en los términos previstos en el artículo 88.2 del tratado CE– pueda utilizarse el recurso por incumplimiento sin necesidad de seguir los trámites previstos en los artículos 226 y 227 del Tratado CE, que incluye, entre otras cosas, la emisión previa de un dictamen motivado.

El artículo 12 dispone en este aspecto que la facultad de someter directamente el asunto al Tribunal podrá adoptarse por la Comisión «al tiempo de examinar el fondo del asunto basándose en la información disponible». Esta expresión no debe interpretarse en el sentido de que sólo de manera simultánea a la adopción de la Decisión final pueda someterse al Tribunal el incumplimiento de las Decisiones relativas a medidas cautelares, pues evidentemente perdería operatividad el recurso. A mi juicio, lo que quiere significarse es que la interposición del recurso por la Comisión no impide la valoración y resolución de fondo del asunto<sup>15</sup>.

En cualquier caso, la efectividad de esta posibilidad de recurrir es cuando menos limitada, toda vez que normalmente la Sentencia se dictará tras haberse resuelto ya de fondo el asunto a través de la correspondiente Decisión final, Decisión que por su propia naturaleza provocará el cese de efectos de las medidas cautelares adoptadas en el seno del procedimiento.

<sup>14</sup> Las citadas Directrices, en su apartado 3.1, relativo a los requisitos generales para la autorización de las ayudas de salvamento, dispone que para recibir la correspondiente autorización de la Comisión, las ayudas de salvamento:

- «–Deben constituir ayudas de liquidez consistentes en avales para préstamos o en préstamos a los tipos de interés vigentes en el mercado;
- Deben limitarse al importe necesario para mantener a la empresa en funcionamiento (por ejemplo, cobertura de los costes de sueldos y salarios, suministros corrientes);
- Deben pagarse exclusivamente durante el tiempo necesario (generalmente durante no más de seis meses) para elaborar el correspondiente plan de recuperación, que ha de ser un plan factible;
- Deben justificarse sobre la base de serias dificultades sociales, y no pueden tener, indebidamente, repercusiones negativas sobre la situación del sector en otros Estados miembros».

<sup>15</sup> Así ha venido entendiéndolo el TJCE, por ejemplo, en su Sentencia 14 febrero 1990 (C-301/1987).

## 7. TRAMITACIÓN Y DECISIÓN FINAL DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento aplicable a las ayudas ilegales se estructura internamente también en las dos fases de «examen previo» y de «investigación formal» regulados para el procedimiento aplicable a las ayudas notificadas. En la primera de ellas, podrá adoptarse una Decisión en alguno de los sentidos previstos en los apartados 2 (no constituye ayuda), 3 (constituye ayuda compatible) o 4 (existe duda sobre la compatibilidad y se procede a la apertura de la fase de «investigación formal») del artículo 4 del Reglamento. A su vez, si se hubiera abierto la fase de «investigación formal», el procedimiento terminará mediante una Decisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 (no es ayuda, es ayuda compatible, se autoriza la ayuda con condiciones o, finalmente, la ayuda no es compatible).

En cuanto a los plazos de tramitación, del artículo 13.2 del Reglamento se desprende que, como regla general, la Comisión no está sujeta en estos casos a los plazos de tramitación previstos para las fases de «examen previo» y de «investigación formal». Lógicamente hay que entender que tampoco son de aplicación las consecuencias derivadas del incumplimiento de tales plazos (inexistentes en este caso). Así, por ejemplo, no será aplicable la técnica del silencio positivo prevista en el artículo 4.6 del Reglamento.

Como excepción a la regla general, y en los términos ya destacados con anterioridad, sí serán de aplicación tales plazos (y las consecuencias derivadas de su incumplimiento) cuando, en virtud de la medida cautelar de recuperación provisional, efectivamente se hubiera recuperado la ayuda (artículo 11.2).

Pero salvo dicha excepción, como se ve, la Comisión no está sujeta a plazos de tramitación, lo cual es criticable por la inseguridad que introduce, especialmente si se atiende a que, por ejemplo, la citada excepción a la regla general (artículo 11.2) ni siquiera opera cuando se hubiera adoptado la medida cautelar de suspensión provisional (medida también trascendente, aunque pueda no llegar al grado de la recuperación provisional).

No parece lógico concebir el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales como una especie de escarmiento al Estado<sup>16</sup>, máxime si se tiene en cuenta que, al menos de fondo, con rigor se tratará de «presuntas» ayudas ilegales, pues –se insiste– la Decisión final que se adopte puede declarar que no se trata de una ayuda o que, siéndolo, es compatible con el mercado común.

A ello debe añadirse la dificultad de que el Estado pueda interponer un recurso por omisión al amparo del artículo 232 del Tratado CE, dado que este precepto exige que la Comisión se abstuviera de pronunciarse «en violación del presente Tratado» y previo requerimiento por parte del Estado. ¿Cuándo podría el Estado requerir a la Comisión para, posteriormente, presentar el recurso por omisión?; la inexistencia de plazos para tramitar el

<sup>16</sup> En contra, vid. RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT: *ob. cit.*, pg. 52, que consideran que el Reglamento debía haber sido más severo con los Estados incumplidores.

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

procedimiento aplicable a las ayudas ilegales ¿impide formular dicho requerimiento o, por el contrario, permite al Estado requerir en cualquier momento a la Comisión?

A mi juicio, es lógico que en estos casos de presuntas ayudas ilegales no se coloque al Estado supuestamente infractor en una posición mejor que la que tendría en el caso de que hubiera actuado correctamente y, por ende, se hubiera aplicado el procedimiento propio de las nuevas ayudas (supuesto en el que la Comisión está sometida a los plazos establecidos al efecto). Incluso si se quiere, sería aceptable que tampoco se le coloque en una posición similar. Pero lo que no parece razonable es no someter a parámetro temporal alguno la actuación de la Comisión en estos casos (con la excepción ya aludida de que se hubiera producido la recuperación provisional de la ayuda), sin que tampoco sea satisfactorio apelar simplemente a que, en todo caso, deberá tramitarse en un «plazo razonable» (indeterminado en cualquier caso)<sup>17</sup>.

Por otro lado, es también aplicable a la Decisión final que se adopte en este procedimiento, el régimen de revocación de las Decisiones contenido en el artículo 9 del Reglamento<sup>18</sup>.

En cuanto a la impugnabilidad de la Decisión, se trata del acto final del procedimiento, Decisión que podrá ser recurrida por el Estado interesado en su condición de destinatario de la misma, así como también por cual-

<sup>17</sup> Vid. HEREDIA BENOT: ob. cit., pg. 27. Participa de la opinión de que la Comisión está obligada a adoptar una Decisión en un «plazo razonable», a tenor del principio de buena fe o diligente administración y de la jurisprudencia, RODRÍGUEZ CUIEL, W.: «Al fin, se aprueba un Reglamento de procedimientos sobre ayudas de Estado (aplicación del art. 93 del Tratado CE)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 201, 1999, pgs. 55 y 56.

<sup>18</sup> El art. 9 del Reglamento 659/1999 diseña una auténtica revisión de oficio de las Decisiones que la Comisión haya adoptado en sentido favorable al Estado interesado, tanto si se hubieran dictado en la fase de «examen previo», como si se hubieran producido tras la tramitación de la fase de «investigación formal».

En efecto, dispone el art. 9 que «la Comisión, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, podrá revocar una Decisión adoptada de conformidad con los apartados 2 ó 3 del art. 4 o de los apartados 2, 3 ó 4 del art. 7, cuando dicha Decisión estuviera basada en una información incorrecta suministrada durante el procedimiento que hubiera constituido un factor determinante para la Decisión. Antes de revocar la Decisión y adoptar una nueva Decisión, la Comisión incoará el procedimiento de investigación formal de conformidad con el apartado 4 del art. 4. Será de aplicación, «mutatis mutandis», lo dispuesto en los arts. 6, 7 y 10, el apartado 1 del art. 11 y los arts. 13, 14 y 15».

Se diseña de esta manera una vía para revisar (revocar por motivos de legalidad) las Decisiones adoptadas en materia de ayudas. Como tal revisión de oficio implicará que, concurriendo los requisitos exigidos en el art. 9 del Reglamento, la Comisión podrá dejar sin efectos la Decisión correspondiente, sin necesidad de acudir a los Tribunales. Cuestión distinta es que la Decisión en tal sentido adoptada por la Comisión (dejando sin efectos su Decisión anterior) sea impugnable.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

quier persona física o jurídica a la que el contenido de dicha Decisión le afecte «directa o individualmente» (artículo 230 del Tratado CE).

#### 8. RÉGIMEN DE RECUPERACIÓN DE LA AYUDA

El artículo 14 del Reglamento regula la recuperación de la ayuda, no ya como una medida provisional, sino como la consecuencia anudada a una Decisión negativa. Diversos aspectos plantea esta recuperación.

##### A. *¿Existe margen de discrecionalidad para acordar la recuperación de la ayuda?*

El artículo 14.1 impone la recuperación de la ayuda cuando se hubiera adoptado una Decisión negativa. Señala el precepto que la Comisión «decidirá» que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda.

A pesar de la mejorable expresión utilizada («decidirá»), a mi juicio no se otorga a la Comisión margen alguno de discrecionalidad, de manera que el precepto citado, recogiendo lo que ha venido siendo práctica reiterada, impone como principio que toda Decisión negativa lleve consigo la recuperación de la ayuda ilegal (cuestión distinta es que la Comisión aprecie la concurrencia de algún motivo que justifique no acordarlo así).

El deber de recuperación de la ayuda encuentra su justificación, como señaló, por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 21 marzo 1990 (C-142/1987, asunto Tubemeuse), en que «es la consecuencia lógica de la comprobación de que es ilegal. Por consiguiente, la recuperación de una ayuda estatal ilegalmente otorgada, para restablecer la situación anterior, no puede en principio considerarse desproporcionada»<sup>19</sup>. La Sentencia del TJCE de 17 junio 1999 (C-75/1997) resalta en este mismo sentido que dado que la única finalidad de la devolución es restablecer la situación legal anterior, en principio no puede ser considerada como una sanción.

En realidad, el Reglamento 659/1999 no hace sino positivizar la posición en tal sentido mantenida por el TJCE.

##### B. *Excepciones a la recuperación. Especial referencia a la imposibilidad absoluta de su cumplimiento*

Sólo se excluye del referido deber de recuperar la ayuda el caso de que la recuperación fuera contraria a un principio general del derecho comunita-

<sup>19</sup> En este mismo sentido pueden verse, entre otras, las Sentencias del TJCE de 13 julio 1988 (102/1987), 14 febrero 1990 (301/1987), 21 marzo 1991 (C303/1988), 10 junio 1993, C-183/1991), 14 septiembre 1994 (C-279/1992), 4 abril 1995 (C-348/1993), 14 enero 1997 (C-169/1995), 20 marzo 1997 (C-24/1995) y 17 junio 1999 (C-75/1997). Por su parte, la Sentencia del TJCE de 27 junio 2000 (C-404/1997) establece que «la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad, consecuencia que no puede depender de la forma en que la ayuda fue otorgada».

rio<sup>20</sup>, supuesto en el que la Comisión no sólo podrá sino que deberá excluir la recuperación. La aplicación de tales principios podría justificar la no recuperación de la ayuda (junto con sus intereses), o sólo la no recuperación de parte de la ayuda (o de los intereses).

De la lectura de las Sentencias dictadas por el TJCE se desprende que los Estados habitualmente han esgrimido el principio de confianza legítima como argumento para evitar la recuperación de las ayudas. Sin perjuicio de que en alguna ocasión el Tribunal haya apreciado dicho principio para rechazar la procedencia de la recuperación pretendida por la Comisión<sup>21</sup>, lo cierto es que el TJCE reiteradamente ha rechazado dicho argumento, por entender que los beneficiarios no pueden ampararse en el principio de confianza legítima, pues les es exigible cerciorarse de que efectivamente las ayudas otorgadas por el Estado lo han sido de conformidad con el Tratado CE, es decir, previa la notificación a la Comisión que permita la tramitación del oportuno procedimiento en el que se determine su compatibilidad con el mercado común<sup>22</sup>.

Por otro lado, el TJCE ha admitido también la imposibilidad absoluta como causa justificativa de la no recuperación de la ayuda. Aunque no se alude

<sup>20</sup> Sobre los criterios delimitadores de los principios generales del derecho, vid., entre otros, ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pgs. 238 y ss. En particular, en cuanto a los principios generales del derecho como límite a la recuperación de ayudas, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, W.: «Principios Generales del Derecho y recuperación de ayudas de Estado ilegales. En especial la confianza legítima», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, 2000, pgs. 32 y ss.

<sup>21</sup> Así lo ha apreciado el TJCE, por ejemplo cuando la Comisión hubiera retrasado injustificadamente la tramitación. Vid. LINARES GIL: «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho comunitario Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pgs. 49 y 50.

<sup>22</sup> Sostiene que no puede invocarse la confianza legítima de la empresa beneficiaria, entre otras, la Sentencia del TJCE de 14 enero 1997 (C-169/1995), pues admitir la invocación de la confianza legítima «equivaldría a privar de efecto útil a lo dispuesto en los arts. 92 y 93 del Tratado, en la medida en que las autoridades nacionales podrían, de esta manera, basarse en su propio comportamiento ilegal para desvirtuar la eficacia de las Decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo a las citadas disposiciones del Tratado (Sentencia 20 septiembre 1990, Comisión/Alemania, C-5/1989...)». En el mismo sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia 20 septiembre 1999 (C-5/1989).

Por su parte, la Sentencia 20 marzo 1997 (C-24/1995) alude a que las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se conceda con observancia del procedimiento que opera dicho artículo. En efecto, en circunstancias normales todo agente económico diligente debe poder comprobar si ha sido observado dicho procedimiento (también Sentencia 20 septiembre 1990, C-5/1989). A estos efectos tampoco puede invocar el principio de seguridad jurídica. De la jurisprudencia del TJCE resulta que eventuales dificultades, procesales o de otra naturaleza, respecto a la ejecución del acto impugnado, no pueden influir sobre la legalidad del mismo.

Sobre la jurisprudencia acerca de la aplicación del principio de confianza legítima en este ámbito, vid. RODRÍGUEZ CURIEL: ob. cit., pgs. 33 y ss.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

explícitamente a ello en el artículo 14 del Reglamento 659/1999, debe entenderse que sigue siendo aplicable, pues, con independencia de que incluso podría subsumirse en la excepción genérica del artículo 14.1, no sería imprescindible su positivización para que fuera operativa, habida cuenta que no se puede exigir hacer algo imposible.

En efecto, inicialmente debe partirse de que, como establece la Sentencia del TJCE de 27 junio 2000 (C-404/1997), «un Estado miembro no puede, si una disposición del Tratado no lo autoriza de forma expresa, invocar eficazmente la ilegalidad de una Decisión de la que es destinatario como motivo de oposición frente a un recurso por incumplimiento basado en la inobservancia de dicha Decisión»<sup>23</sup>. Añade que «sólo podría ser de otro modo si el acto de que se trata adoleciera de vicios especialmente graves y evidentes hasta el extremo de poder ser calificado de acto inexistente». Y concluye afirmando que «la misma apreciación se impone en el marco de un recurso por incumplimiento basado en el artículo 93, apartado 2, párrafo 2º, del Tratado» (actual artículo 88).

En este aspecto, el TJCE viene sosteniendo reiteradamente que el único motivo que un Estado miembro puede invocar en su defensa contra un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 93, apartado 2, del Tratado (actual artículo 88), es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la Decisión<sup>24</sup>.

Recuerda en este sentido la Sentencia del TJCE de 17 julio 1999 (C-75/1997) que la imposibilidad absoluta que se alega no puede invalidar la Decisión impugnada, dado que sólo surge en la fase de la ejecución. La jurisprudencia ha establecido que eventuales dificultades, procesales o de otra naturaleza, respecto a la ejecución del acto impugnado, no pueden influir sobre la legalidad del mismo (Sentencia 14 septiembre 1994, C-278, 279 y 280/1992). En cambio, la Comisión no puede imponer, mediante una Decisión como la impugnada bajo pena de su invalidez, una obligación cuya ejecución sea, desde su nacimiento, de manera objetiva y absoluta, imposible de realizar. Por lo tanto, el motivo sólo podría acogerse en la medida en que la recuperación nunca hubiese podido objetivamente ser ejecutada.

En realidad, habría que distinguir las siguientes situaciones:

– Si la Decisión es desde su origen de imposible cumplimiento, estaríamos ante un acto de contenido imposible, y como tal –así se recoge también en

<sup>23</sup> Vid. también Sentencias del TJCE de 30 junio 1988 (226/1987); 27 octubre 1992 (C-74/1991); y 23 febrero 1995 (C-349/1993).

<sup>24</sup> En este sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias del TJCE de 15 enero 1986 (52/1984), 2 febrero 1989 (94/1987), 10 junio 1993 (C-183/1991), 23 febrero 1995 (C-349/1993), 4 abril 1995 (C-348/1993), 29 enero 1998 (C-280/1995), 17 julio 1999 (C-75/1997) y 27 junio 2000 (C-404/1997). Vid. CARRERA HERNÁNDEZ, J.: *La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario*, Madrid, 1997, pgs. 109 y ss.

nuestro derecho interno<sup>25</sup> – se trataría de un vicio de nulidad radical. La Decisión en tal sentido adoptada sería, de conformidad con la aludida jurisprudencia, inválida.

No obstante, es posible que concurra sólo la invalidez parcial de la Decisión. Así ocurrirá cuando en una misma Decisión se declare que la presunta ayuda ilegal es contraria al mercado común (Decisión negativa) y, a su vez, se acuerde su recuperación. Si la recuperación fuera imposible desde su origen, la Decisión será efectivamente inválida, pero sólo en lo que afecta a dicha recuperación. La declaración de que se trata de una ayuda contraria al mercado común (Decisión negativa) no se verá afectada por tal motivo, sin perjuicio de que –se insiste– no sea posible la recuperación de la ayuda. En otras palabras, la invalidez únicamente afectará a la parte del acto referida a dicha recuperación.

– Es posible también que se produzca una imposibilidad absoluta «sobrevvenida» de recuperación. Es decir, la Decisión por la que se acuerda la recuperación era susceptible de ser cumplida cuando se adoptó, si bien por circunstancias posteriores es imposible su cumplimiento.

En tal caso y siguiendo la referida posición del TJCE, la Decisión de recuperación no sería inválida, lo que obligaría al Estado interesado a poner en conocimiento de la Comisión tales circunstancias sobrevenidas. Quiero destacar que en este caso podrá también aducirse por el Estado la imposibilidad absoluta (no simplemente dificultades que impongan, en su caso, modular la forma de ejecución) de dar cumplimiento a la Decisión de recuperación, pudiendo llegarse –con el beneplácito de la Comisión si aprecia tal circunstancia– a no ejecutarse la Decisión.

En efecto, que la Decisión fuera válida en origen (no era entonces de imposible cumplimiento), no excluye que la «imposibilidad absoluta», como causa que legitima para excluir la obligación de recuperar, pueda operar también cuando concurran circunstancias sobrevenidas.

– Finalmente, es posible que surjan dificultades para dar cumplimiento a la Decisión de recuperación, que no alcancen el grado de la «imposibilidad absoluta». Ésta no debe confundirse con las meras dificultades en la recuperación de la ayuda<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Art. 62.1 c) de la Ley 30/1992, de 30 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>26</sup> El TJCE es muy restrictivo a la hora de apreciar la eventual concurrencia de una imposibilidad absoluta de recuperar la ayuda concedida. En su Sentencia 27 junio 2000 (C-404/1997) considera que no constituyen un supuesto de imposibilidad absoluta las dificultades financieras a las que podrían enfrentarse las empresas beneficiarias de la ayuda contraria a derecho después de la supresión de ésta. Tampoco el riesgo que supuestamente corre el Estado interesado de incurrir en responsabilidad.

En un sentido similar se pronuncian, entre otras, las Sentencias del TJCE de 15 enero 1986 (52/1984), 2 febrero 1989 (94/1987), 10 junio 1993 (C-183/1991), 23 febrero 1995 (C-349/1993) y 27 junio 2000 (C-404/1997). Esta última se refiere a que el mero temor de que puedan surgir dificultades internas, incluso insuperables, no puede justificar el

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

En estos casos, si el Estado miembro, al ejecutar una Decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado, encuentra dificultades imprevistas e imprevisibles o advierte consecuencias no contempladas por la Comisión, debe someter estos problemas a la apreciación de esta última, proponiendo las modificaciones apropiadas de la Decisión de que se trate. En tal caso, la Comisión y el Estado miembro deben, con arreglo a los deberes recíprocos de cooperación leal, colaborar de buena fe para superar las dificultades dentro del pleno respeto a las disposiciones del Tratado y en especial las relativas a las ayudas.

La Sentencia del TJCE de 29 enero 1998 (C-280/1995), tras reiterar que el único motivo de defensa que un Estado miembro puede invocar contra un recurso por incumplimiento, interpuesto por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 93 del Tratado (actual artículo 88), es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la Decisión, destaca que esta condición no se cumple cuando el Gobierno demandado se limita a comunicar a la Comisión dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscitaba la ejecución de la Decisión, sin emprender actuación alguna ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda, sin proponer a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de la Decisión que permitieran superar las dificultades alegadas (Sentencias 2 febrero 1989, 94/87, y 10 junio 1993, C183/1991)

Y añade que «si bien dificultades insuperables pueden impedir que un Estado miembro cumpla las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario (véase la Sentencia 11 julio 1985, Comisión/Italia, 101/84, rec. p. 2629, apartado 16), el mero temor de tales dificultades no justifica que el Estado miembro se abstenga de aplicar correctamente dicho derecho» (Sentencias 7 diciembre 1995, C-52/1995, y 9 diciembre 1997, C-265/1995). Sostiene que «a este respecto es preciso señalar que, incluso suponiendo que la recuperación del crédito fiscal controvertido genere dificultades en el ámbito administrativo, estas circunstancias no pueden servir para considerar que sea técnicamente imposible realizar la recuperación».

En un sentido similar, la Sentencia del TJCE de 19 mayo 1999 (C-6/1997) afirma que «al no haber realizado el Gobierno italiano intento alguno para recuperar el crédito fiscal controvertido, no es posible demostrar la imposibilidad de ejecutar la Decisión de recuperación» (véase también la Sentencia 29 enero 1998, C-280/1995).

#### *C. Sobre el cobro de intereses*

Si la recuperación de las ayudas ilegales tiene como finalidad –así lo ha establecido reiteradamente el TJCE– reponer la competencia, es lógico que dicha reposición se produzca «ab initio», lo que sólo se conseguirá si se

incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario (también Sentencias 7 diciembre 1995, C-52/1995; 9 diciembre 1997, C-265/1995; y 29 enero 1998, C-280/1995).

exigen intereses por las cantidades indebidamente percibidas (o, en su caso, dejadas de ingresar).

Si la Decisión negativa de la Comisión en este procedimiento significa que una ayuda ya concedida (y además de manera ilegal) es incompatible con el mercado común, es lógico que se intenten borrar todas las ventajas derivadas de la misma, también por el tiempo durante el que se disfrutó indebidamente de dicha ayuda.

Afirma en este sentido la Sentencia del TJCE de 14 enero 1997 (C-169/1995) que la reclamación de intereses por el período comprendido entre la fecha en que se abonaron las ayudas y la fecha de su devolución efectiva es, igual que la recuperación, una consecuencia lógica de la comprobación de la ilegalidad de la ayuda concedida, sin que pueda, en principio, considerarse una medida desproporcionada en relación con los objetivos de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado.

En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del TJCE de 12 octubre 2000 (C-480/1998) cuando afirma que, conforme a la jurisprudencia en la materia, el objetivo del restablecimiento de la situación anterior se logra cuando el beneficiario devuelve las ayudas de que se trata más los intereses de demora, en su caso, y mediante tal devolución pierde la ventaja de que había disfrutado frente a sus competidores. A este respecto procede destacar que si no se reclaman, en el contexto de la recuperación de cantidades otorgadas ilegalmente, los intereses sobre dichas cantidades, la empresa sigue beneficiándose de ventajas financieras accesorias consistentes en la concesión de un préstamo sin interés<sup>27</sup>.

Y es precisamente este objetivo el que justifica que el artículo 14.2 del Reglamento señale que la ayuda recuperable devengará intereses. Dispone el citado precepto que «la ayuda recuperable con arreglo a la Decisión de recuperación devengará intereses calculados a un tipo adecuado que fije la Comisión. Los intereses se devengarán desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación». De ello cabe extraer las siguientes conclusiones:

- La ayuda recuperable «devengará» intereses. Se excluye, por tanto, cualquier margen de discrecionalidad, sin perjuicio de las modulaciones que podrían producirse como consecuencia de la aplicación de principios generales del derecho comunitario.
- El tipo aplicable será el «adecuado que fije la Comisión». Aquí sí se otorga un margen de discrecionalidad a la Comisión, si bien deberá motivar el tipo elegido.

<sup>27</sup> Esta Sentencia, sin embargo, anula la Decisión impugnada en la medida en que incluye entre los importes de las ayudas que deben recuperarse los intereses devengados con posterioridad a la declaración de quiebra sobre las ayudas ilegalmente recibidas antes de ésta.

*El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

– Se aclara que los intereses se devengan desde la fecha en que la ayuda ilegal «estuvo a disposición del beneficiario». ¿Basta el mero otorgamiento de la ayuda o es preciso también su entrega efectiva para que comiencen a devengarse intereses?

Si se atiende a la literalidad del artículo 14.2 del Reglamento, podría llegarse a la conclusión de que basta la concesión de la ayuda (aunque no se haya materializado aún) para que se devenguen intereses, toda vez que el citado precepto liga el devengo de los intereses al simple hecho de que la ayuda ilegal estuviera a disposición del beneficiario (aunque no hubiera dispuesto de ella efectivamente). Podría también argumentarse en apoyo de esta tesis que el mero otorgamiento de la ayuda ya implica una ventaja en el mercado, aunque no se haya percibido efectivamente el importe correspondiente.

A mi juicio, sin embargo, habrá que atender a la fecha de efectivo y real disfrute de la ventaja que implica la ayuda concedida, y así viene estableciéndose en las Decisiones de recuperación.

– Finalmente, el artículo 27 del Reglamento autoriza a la Comisión para que, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 29, adopte «medidas de aplicación relativas... al tipo de interés contemplado en el apartado 2 del artículo 14». Este precepto parece autorizar a la Comisión para dictar disposiciones que van más allá del caso concreto (asumiendo de esta manera un verdadero carácter normativo)<sup>28</sup>.

D. *Procedimiento para la recuperación. Dificultades derivadas de la eventual inexistencia de instrumentos suficientes de orden interno. Especial referencia al ordenamiento jurídico español*

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» (artículo 14.3 del Reglamento).

En virtud del principio de autonomía (en su doble vertiente institucional y procedimental), es al Estado miembro al que le corresponde dar cumplimiento a la Decisión por la que se le impone obtener la recuperación (con sus intereses) de la ayuda ilegal<sup>29</sup>. No obstante el TJCE matiza que debe

<sup>28</sup> ALUDE BELICH: ob. cit., pg. 28, a la práctica seguida por la Comisión, sin base jurídica determinada, para la adopción de disposiciones de carácter general, bajo, por ejemplo, la forma de «líneas directrices», haciendo uso de una verdadera competencia «quasi-reglamentaria».

<sup>29</sup> Como recuerda ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *La ejecución del derecho comunitario europeo en España*, Cuadernos de estudios europeos, Civitas, 1994, pgs. 66 y ss., el principio de autonomía, tanto institucional como procedimental, tiene su fundamento en la dificultad práctica de que el ordenamiento comunitario llegue a establecer unos órganos y unos procedimientos comunes para todos los Estados miembros. Vid. MORENO MOLINA: *La ejecución administrativa del derecho comunitario*, Pons, 1998, pgs. 46 y ss., y en particular en cuanto a las ayudas, pgs. 258 y ss.

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

tratarse de un procedimiento de derecho interno que no haga prácticamente imposible la recuperación exigida por el derecho comunitario (entre otras, Sentencias del TJCE de 2 febrero 1989, 94/1987; 21 marzo 1990, C-142/1987; 20 septiembre 1990, C-5/1989; 20 marzo 1997, C24/1995; 27 junio 2000, C-404/1997; y 12 octubre 2000, C480/1998)<sup>30</sup>.

Congruentemente con esta posición, el artículo 14.3 del Reglamento 659/1999, tras señalar que la recuperación deberá producirse por los procedimientos del derecho nacional del Estado miembro interesado, añade que ello será así «siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión».

Lo que no aclara el TJCE ni tampoco el artículo 14.3 del Reglamento es qué ocurre cuando los procedimientos internos no permiten la recuperación, por la aplicación de principios generales, por el tiempo transcurrido o, en fin, por no existir instrumentos adecuados a tal fin.

Ante todo debe destacarse que el Estado no puede excusarse del cumplimiento del Derecho comunitario argumentando impedimentos de orden interno<sup>31</sup>. Éste hay que amoldarlo a la situación que deriva de la pertenencia a la Unión Europea, introduciendo las modificaciones que sean pertinentes o, en su caso, admitiendo interpretaciones del derecho positivo interno vigente que permita dar cumplimiento a las obligaciones que incumben al Estado miembro por su pertenencia a la Unión Europea (para ello será útil apelar a la primacía del derecho comunitario, a la vez que podrán utilizarse principios y reglas comunitarias como elementos interpretativos del propio ordenamiento jurídico interno)<sup>32</sup>.

En este aspecto, a mi juicio el artículo 14.3 del Reglamento debe interpretarse en el sentido, no de que exista un procedimiento alternativo (definido a nivel comunitario) en el caso de que el previsto en el derecho interno no

<sup>30</sup> Resalta MUÑOZ MACHADO, S.: «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la forma de la legislación básica española», *REDA*, núm. 75, 1992, que en modo alguno puede considerarse que la autonomía institucional sea plena. Muchas regulaciones comunitarias imponen soluciones organizativas a Administraciones internas, o al menos influyen de modo determinante en algunos esquemas de organización empleados tradicionalmente. Añade que, además, la obligación general de colaboración en la ejecución del Derecho Comunitario que resulta de lo establecido en el art. 5 del Tratado CE (recuérdese que la Administración comunitaria no está dotada de una rama periférica y que se sirve de las Administraciones nacionales como piezas de su propia organización, lo que por sí mismo es una integración administrativa relevante), obliga también a las Administraciones nacionales a disponer de estructuras hábiles para acometer lealmente estas tareas de ejecución.

<sup>31</sup> Es más, el art. 14.3 del Reglamento 659/1999 impone que las jurisdicciones nacionales coadyuven a conseguir la efectiva recuperación.

<sup>32</sup> Con ello quiero destacar la necesidad –cuando no existen instrumentos expresamente aprobados para dicha finalidad– de interpretar de manera flexible los procedimientos internos para dar cabida al cumplimiento de la Decisión comunitaria, toda vez que, en otro caso, podría llegarse a una Sentencia condenatoria por el incumplimiento de la Decisión.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

permita adecuadamente la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión, sino que el Estado deberá seguir aquel procedimiento, de su derecho interno, más adecuado para alcanzar dicha ejecución<sup>33</sup>.

Por tanto, el procedimiento de recuperación constituye inicialmente un problema de orden interno (con las matizaciones expuestas), lo que unido a las distintas modalidades con las que puede exteriorizarse la ayuda (asunción de deudas, garantías públicas, subvenciones, aportaciones al capital social etc.), se plantean evidentes dificultades para articular un sistema adecuado dirigido a dar cumplimiento a la Decisión por la que se impone la recuperación de la ayuda.

Estas dificultades también se han presentado en el caso español, para lo cual basta observar el debate doctrinal surgido sobre esta cuestión<sup>34</sup>, y que recientemente LINARES GIL ha sistematizado de la siguiente manera<sup>35</sup>:

- La tesis de la revisión de oficio, que entiende procedente revisar de oficio los actos internos por los que se otorgaron las ayudas ilegales. El problema entonces estribará en determinar qué vicios de nulidad pueden justificar la utilización de la revisión de oficio.
- La tesis de la eficacia revisora de la Decisión. Ésta, por sí misma, implicaría la revisión de los actos internos, de forma que se estaría introduciendo una vía revisora nueva, además por una Administración (la Comisión) distinta a la autora (el Estado u otra Administración interna) del acto objeto de revisión.
- Finalmente, la tesis del procedimiento interno de recuperación de ayudas. El Estado destinatario debe limitarse a recuperar la ayuda, sin que sea exigible revisar el acto interno por el que se hubiera concedido la ayuda.

El problema ha trascendido también al Consejo de Estado, que se ha en-

<sup>33</sup> Señala HEREDIA BENOIT que ello significa que no estamos ante la armonización comunitaria de tales procedimientos, a cuyo efecto recuerda que también la Comisión se pronunció sobre esa cuestión indicando que el referido precepto del Reglamento ni supone armonización ni exige modificación de las legislaciones nacionales (Acta de la sesión del Consejo 22 marzo 1999, declaración de la Comisión núm. 5), ob. cit., pg. 30.

<sup>34</sup> Vid., entre otros, GOMÁ LANZÓN: «Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el art. 93 del Tratado CEE», *REDA*, núm. 83, 1994; FERNÁNDEZ TORRES, G.; «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del derecho comunitario», *RAP*, núm. 125, 1991, pgs. 281 y ss., y «La revisión de oficio por infracción del Derecho comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002, pgs. 55 y ss.; «Reflexiones Generales acerca de la obligación de reembolsar las ayudas ilegalmente otorgadas», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, B-74, mayo 1992, pgs. 5 y ss.; LINARES GIL: «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del derecho comunitario europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pgs. 45 y ss.; GALERA RODRIGO, S.: *La aplicación administrativa del derecho comunitario*. Civitas, 1998, pgs. 92 y ss.; MORENO MOLINA: ob. cit., pgs. 258 y ss.

<sup>35</sup> Ob. cit., pgs. 50 y 51.

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

frentado en diversas ocasiones a esta problemática<sup>36</sup> y ha puesto de manifiesto reiteradamente la insuficiencia de nuestro ordenamiento jurídico en este aspecto. Es suficientemente ilustrativa de la posición del Consejo de Estado, su Memoria correspondiente al año 2000 (pgs. 165 y siguientes).

En efecto, se parte en la referida Memoria de la siguiente idea inicial: el problema de la recuperación de ayudas trasciende a la problemática que deriva de la utilización de la técnica de la revisión de oficio. Ello es así porque, como ya se ha destacado, las ayudas pueden exteriorizarse de maneras sensiblemente distintas (incluso sometidas al derecho público o al privado). O dicho de otra manera, es perfectamente posible que la ayuda no se haya concedido o materializado a través de un acto administrativo, de manera que no será posible utilizar la vía revisora prevista en el artículo 102 de la Ley 30/1992 (revisión de oficio de actos administrativos).

Consciente el Consejo de Estado de la variedad de realidades concretas, apunta que, en principio, la recuperación de ayudas se producirá a través de alguna de las tres vías siguientes<sup>37</sup>:

1) En primer lugar, la recuperación voluntaria de las ayudas ilegales, mediante acuerdo con el beneficiario. Éste, constatada la ilegalidad de la ayuda (o incluso en el caso de que se tratara de la medida de recuperación provisional), accede a su devolución.

Aunque nada impide que esta vía pueda ser operativa en cualquier situación, la realidad es que, como se apunta en la referida Memoria del Consejo, será normalmente un cauce viable cuando las ayudas se hayan producido en el seno de un actividad económica vinculado al sector público y en la que el Estado mantenga potestades efectivas de dirección sobre una sociedad estatal, o conserve el control de la actividad de dicha sociedad en virtud de una adscripción a un determinado Ministerio.

2) En segundo término, las vías de carácter forzoso, bien porque haya fracasado ya la voluntaria, o porque no sea viable según el derecho nacional aplicable, supuesto en el que podría recurrirse a procedimientos –siempre según los casos y circunstancias– como los de revisión de oficio, lesividad, la recuperación de subvenciones indebidamente percibidas, la devolución de ingresos indebidos, etc.

3) En tercer y último lugar, afirma el Consejo de Estado en su citada Memoria que también cabría imaginar que, ante el fracaso de las vías concretas o particulares de recuperación, deba el Estado acudir al procedimiento de producción normativa (de rango reglamentario o incluso legal) si el amparo

<sup>36</sup> Vid. dictámenes 55280/54953, de 18 octubre 1990 y 1246/93/55280/54953, de 9 diciembre 1993 (asunto Magefesa), 428/1999, de 20 mayo 1999 (Plan Renove), y 2690/2000, de 22 febrero 2001 (Astilleros).

<sup>37</sup> Vid. en este sentido el dictamen del Consejo de Estado 2690/2000, de 22 febrero 2001, que se expresa en los mismos términos.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

formal de la ayuda se encontrara en un precepto (reglamentario o legal) del derecho español que tuviera que ser previamente removido.

Aun con las dificultades –se insiste– que derivan de pretender dar una respuesta general a una realidad que puede presentarse de muy diversas formas, las referidas tres vías normalmente cubrirán todas las situaciones posibles. Añade, sin embargo, el Consejo de Estado dos ideas que creo de especial interés resaltar:

1) Sugiere considerar la conveniencia (yo diría la necesidad) 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.

2) Dicha regulación, además, debería partir del principio de que las ayudas de Estado, incluso cuando se hayan prestado al amparo de actos formalmente calificados como de derecho privado (civil o mercantil), puedan ser reembolsables mediante expediente de carácter administrativo, siempre que se trate, en efecto, de auténticas ayudas de Estado, así declaradas por la Comisión y que, por ser contrarias al mercado común, hayan de dejarse sin efecto según los procedimientos de derecho interno español.

En cualquier caso, en tanto no se dicte dicha norma, la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico no es satisfactoria, y así lo demuestra la lectura de los dictámenes del Consejo de Estado anteriormente citados, de los que fácilmente se desprenden las dificultades jurídicas de orden interno encontradas para dar cumplimiento a la obligación de recuperar las ayudas<sup>38</sup>.

Así, por ejemplo, la técnica de la revisión de oficio, según su actual regulación, es notoriamente insuficiente, con independencia además de que, como ya se ha destacado, no toda ayuda se plasma a través de actos administrativos susceptibles como tales –concurriendo los requisitos legalmente establecidos– de ser revisados de oficio por la propia Administración.

La utilización de la vía revisora puede producir, al menos según su actual redacción, determinadas perplejidades<sup>39</sup>, en particular si se tiene en cuenta que el Estado no podrá opinar o decidir nada, sino que deberá limitarse a ejecutar la Decisión comunitaria (revisando los actos internos que estuvieran en contradicción con dicha Decisión)<sup>40</sup>. Es suficientemente gráfica en

<sup>38</sup> No existen en nuestro ordenamiento jurídico instrumentos adecuados a tal fin, siendo una necesidad insoslayable introducir las modificaciones precisas para poner fin a tal situación, lo que evitaría, además, tener que lucubrar para buscar soluciones, más o menos encajables, en orden a dar cumplimiento a la Decisión de recuperación.

<sup>39</sup> Vid., especialmente, FERNÁNDEZ TORRES: «Revisión de oficio de los actos administrativos...», *ob. cit.*

<sup>40</sup> Señala la Sentencia del TJCE de 20 marzo 1997 (C-24/1995) que «...el interés de la Comunidad debe ser tomado en consideración plenamente cuando se aplique una disposición que somete la anulación de oficio de un acto administrativo ilegal a la aprecia-

*Ernesto García-Trevijano Garnica*

este sentido la Sentencia del TJCE de 20 marzo 1997 (C-24/1995) cuando afirma que «por lo que se refiere a las ayudas de Estado declaradas incompatibles, la función de las autoridades nacionales, como subrayó el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, se limita a dar ejecución a toda Decisión que adopte la Comisión. Por tanto, dichas autoridades no disponen de ninguna facultad de apreciación en lo que respecta a la anulación de un acto de concesión».

Si se atiende a la posición del TJCE, el procedimiento revisor interno se limitaría en realidad a una mera identificación de los actos internos que estén en contradicción con la Decisión de cuya ejecución se trate, y a la mera formalidad de declararlo así, toda vez que desde un punto de vista sustantivo, como se ve, nada podría decir el Estado.

Las dificultades estriban entonces en encajar la interpretación seguida por el TJCE con la concreta regulación interna, que en este aspecto sólo permite la utilización de la técnica de la revisión de oficio (artículo 102 de la Ley 30/1992) cuando concurra un vicio de nulidad radical de los enumerados en el artículo 62.1 de la misma Ley. Ninguno de dichos apartados incluye, como vicio independiente de nulidad radical, el incumplimiento del derecho comunitario<sup>41</sup>, lo que ha obligado a la doctrina a intentar encajar el supuesto en alguno de los vicios enumerados en dicho listado.

Sin ahondar en esta cuestión, ni siquiera podría aducirse, a mi juicio, el vicio de nulidad radical previsto en el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992 (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), con el argumento de que la ayuda es ilegal porque no se ha notificado previamente a la Comisión, o bien porque se ha puesto en ejecución con vulneración de la cláusula «standstill» (es decir, antes de haberse obtenido la pertinente autorización de la Comisión). Y no sería procedente invocarlo especialmente si se tiene en cuenta que, a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del propio Reglamento 659/1999 que ahora se examina, la circunstancia de que no se haya notificado a la Comisión la «nueva ayuda» o bien que se haya puesto en ejecución antes de obtener la autorización, no permite sin más declarar su ilegalidad y obtener la recuperación definitiva de las ayudas efectivamente concedidas.

Como ya he destacado, en mi opinión se ha introducido en este ámbito la posibilidad de «legalizar» las ayudas que inicialmente podrían considerarse ilegales por motivos formales, de manera que, ante la ausencia de notifica-

ción de los diferentes intereses en conflicto» (también Sentencia 2 febrero 1989, 94/1987).

<sup>41</sup> Ausencia que, por lo demás, es razonable, toda vez que si se incluyera como un motivo de nulidad radical la infracción del derecho comunitario, y teniendo en cuenta el alto porcentaje de normas que directa o indirectamente traen causa del derecho comunitario, se produciría una auténtica desnaturalización del sistema, pues estaría convirtiéndose –dentro de la teoría de la invalidez de los actos– la nulidad radical en la regla general frente a la anulabilidad, que se convertiría de esta manera improcedentemente en la excepción a esa regla general.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

ción a la Comisión (o ante la puesta en práctica de la ayuda antes de obtenerse la autorización), la Comisión tendrá el deber de iniciar el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales contenido en el Cap. III del Reglamento 659/1999, que exigirá examinar de fondo si la ayuda ilegal es o no compatible con el mercado común, y si fuera compatible, la Decisión final deberá ser una «Decisión positiva».

Si pueden superarse de esta manera los defectos puramente formales, difícilmente podría hablarse en estos casos de vicio de nulidad de pleno derecho por falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. El acto interno por el que se concedió la ayuda ilegal, una vez legalizada ésta (en virtud de la referida «Decisión positiva»), no habrá ya de ser revocado. Cuestión distinta son los efectos derivados del disfrute de la ayuda cuando todavía no se había adoptado la «Decisión positiva» en el seno del procedimiento aplicable a las ayudas ilegales.

La insuficiencia de la actual regulación del artículo 102 (en combinación con el artículo 62) de la Ley 30/1992, fue puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en su dictamen 5356/1997, de 22 enero 1998, al informar el entonces anteproyecto de Ley de lo que posteriormente sería la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992. Señaló entonces el Consejo de Estado (y reiteró posteriormente en su citada Memoria correspondiente al año 2000) la conveniencia de introducir un supuesto de revisión de oficio entre los contemplados en la Ley 30/1992 cuando la invalidación de los actos de derecho interno español viniese exigida por una Decisión comunitaria vinculante para España<sup>42</sup>.

Además, en cualquier caso, la revisión de oficio, ni aun modificada su regulación, resolvería todos los supuestos de recuperación de ayudas<sup>43</sup>, como ya se ha destacado<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Obsérvese que la idea en este sentido transmitida pasaba, no por incluir un nuevo supuesto de nulidad radical en el listado del art. 62 por referencia a la infracción del derecho comunitario (pues ello podría producir la desnaturalización ya apuntada), sino introducir en el art. 102 un nuevo párrafo en el que se aludiera a la utilización de la técnica de revisión de oficio –con el procedimiento específico que procediera y que en todo caso debería incluir la audiencia al interesado– para el caso de Decisiones cuya ejecución exigiera retirar del mundo jurídico actos administrativos internos declarativos de derechos o favorables.

<sup>43</sup> Destaca GOMÁ LANZÓN (ob. cit.) que la revisión de oficio practicada por un órgano de la Administración puede, primero, ser imposible a causa del dictamen vinculante desfavorable del Consejo de Estado (con lo que se incurre en responsabilidad comunitaria); puede también serlo por no acomodarse a ninguno de los supuestos legales en los que la revisión está permitida; y se ofrece, en fin, como un acto debido al órgano revisor nacional, el cual carece de competencia para emprender un nuevo examen sobre el fondo de la compatibilidad de las ayudas.

<sup>44</sup> A todo ello deben añadirse las dificultades de revisar de oficio actos internos cuando el propio Estado está en desacuerdo con la Decisión comunitaria, impugnada por éste ante el TJCE. En el dictamen del Consejo de Estado 428/1999 precisamente se planteó esta cuestión, y se sostuvo que «...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

Junto a ello, es innecesario resaltar la falta de operatividad en este ámbito de la vía de lesividad regulada en el artículo 103 de la Ley 30/1992. Obligar al Estado a que impugne sus propios actos administrativos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para posteriormente, ya en ejecución de sentencia (cuyo contenido vendría de alguna manera predeterminado), obtener la recuperación, constituye un sistema notoriamente insuficiente. Al largo período de tiempo que transcurriría hasta la recuperación efectiva de las ayudas, habría que añadir también los problemas derivados del plazo de cuatro años que el artículo 103.2 de la Ley 30/1992 prevé para poder declarar la lesividad de los actos administrativos<sup>45</sup> y, consecuentemente, para poder acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, es posible que los actos que pretendan impugnarse no hayan sido emanados del Estado, sino de otras Administraciones Públicas, con los problemas añadidos que ello implica.

Tampoco la actual regulación aplicable a la recuperación de ayudas y subvenciones públicas contenida sustancialmente en el artículo 81 de la Ley General Presupuestaria es satisfactoria. Como resaltó el Consejo de Estado en su Dictamen 428/1999, de 20 mayo 1999, la recuperación de ayudas en virtud de una Decisión comunitaria en principio no tiene cabida en los supuestos recogidos en el artículo 81.9 de la Ley General Presupuestaria para proceder al reintegro de las «ayudas y subvenciones públicas» (desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno), lo que impide poner en marcha el procedimiento establecido en el Reglamento General de Recaudación (aprobado por Real Decreto 1684/1999) y el específico para el reintegro de ayudas y subvenciones públicas que se contiene en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 julio 1996, porque uno y otro parten del hecho de que existe una obligación legal de devolver con arreglo al ordenamiento interno.

Tras todo lo expuesto, partiendo de la primacía del derecho comunitario y atendiendo a la jurisprudencia del TJCE (que impide utilizar como excusa para no cumplir la Decisión problemas de orden interno), ¿podría lisa y llanamente desconocerse el ordenamiento jurídico interno en todo aquello que impida la ejecución de la Decisión? Por ejemplo, ¿podría declararse lesivo un acto interno más allá de los cuatro años desde que se dictó (en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 103.2 de la Ley 30/1992)?; ¿podría sostenerse que las normas internas que impidan la normal

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 las Comunidades Europeas, que no tiene por qué ser desfavorable a los intereses españoles, y que por tanto puede confirmar el criterio expuesto).

<sup>45</sup> Aunque referido a la entonces existente revisión de oficio de actos administrativos anulable «cualificados», la Sentencia del TJCE de 20 marzo 1997 (C-24/1995) estableció que los límites temporales de orden interno para revisar actos no son excusa para no dar cumplimiento a la Decisión comunitaria.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

ejecución de la Decisión han devenido –aunque sea para ese caso concreto– inaplicables?

Todas estas preguntas demuestran la necesidad de abordar el problema desde su origen, es decir, desde el estrato normativo, introduciendo una regulación que permita dar cumplimiento al derecho comunitario desde el marco del cumplimiento también del ordenamiento jurídico interno. Hay que evitar que para dar cumplimiento al derecho comunitario, haya que incumplir los procedimientos internos. Éstos, por el referido principio de primacía del derecho comunitario, deberán acomodarse al derecho comunitario.

En cualquier caso, el problema de la recuperación de ayudas, desde un punto de vista general, podría abordarse a través de dos vías distintas:

– En primer lugar, sería posible afrontar la cuestión exclusivamente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno, interpretando éste de manera que hagan factible la ejecución de la Decisión comunitaria (si ello fuera posible) o, en su caso, como ya se ha apuntado, introduciendo las modificaciones legislativas que procedan y que pongan fin a la situación actual.

– Pero también sería posible –y es lo que ahora quiero resaltar– que toda esta problemática podría resolverse, al menos en gran parte, desde el propio derecho comunitario, mediante el reconocimiento de la Decisión comunitaria por la que se impone la recuperación de ayudas como título jurídico suficiente para poder exigir de los beneficiarios su devolución, aunque éstos no sean los destinatarios de la Decisión misma<sup>46</sup>.

En efecto, el artículo 25 del Reglamento 659/1999 señala que el destinatario de las Decisiones (entre ellas, las de recuperación) adoptadas con arreglo a lo dispuesto en los Capítulos II, III, IV, V y VII, es el Estado miembro interesado. Y según el tenor literal del artículo 256 del Tratado CE, las Decisiones del Consejo y de la Comisión que impongan una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados serán títulos ejecutivos. Añade que su ejecución forzosa se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo.

Pues bien, desde la perspectiva desde la que ahora enfoco el problema, habría que considerar como título ejecutivo a estos efectos la Decisión comunitaria, incluso frente a los beneficiarios de las ayudas (aunque no sean sus destinatarios), lo que podría abordarse mediante la modificación del artículo 256 del Tratado CE, o incluso, si se quiere, a través de la reinterpretación de este precepto (pues los beneficiarios de las ayudas, aunque sea

<sup>46</sup> Apunta en este sentido ORTIZ VAAMONDE: «Competencias del Juez nacional en materia de ayudas de Estado», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pg. 127, que más efectivo hubiera sido convertir al beneficiario de la ayuda en destinatario de la Decisión final, junto al Estado que la entregó, incluyendo esa Decisión entre los títulos ejecutivos comunitarios del art. 256 CE.

indirectamente, son destinatarios de la Decisión que declara la ayuda por ellos percibida como ilegal).

Esta solución permitiría considerar a la Decisión como título jurídico suficiente para poder utilizar ya los procedimientos internos de ejecución forzosa<sup>47</sup>. No se trataría de revisar de oficio actos administrativos, sino de acudir directamente a la vía de ejecución. En apoyo de esta tesis habría que tener en cuenta las dos circunstancias siguientes:

– En primer lugar, que cualquier beneficiario conoce (o jurídicamente se presume que lo conoce) que toda ayuda de Estado está sometida a unos requisitos y procedimientos cuyo desconocimiento puede provocar determinados efectos jurídicos (entre ellos, la eventual recuperación de la ayuda). Podría decirse que, aunque la ayuda se hubiera concedido a través de actos administrativos internos, dicha concesión (y el título jurídico a través del cual se conceden) están de alguna manera condicionados al cumplimiento de los citados requisitos y procedimientos comunitarios.

Esta argumentación es congruente con la jurisprudencia del TJCE (a la que ya se ha aludido con anterioridad) relativa a que no podrá aducirse el principio de confianza legítima de los beneficiarios ante la obligación impuesta de recuperar la ayuda, pues les es exigible que se cercioren que la ayuda por ellos percibida se otorgó previo cumplimiento de los referidos requisitos y procedimientos comunitarios (notificación a la Comisión de la nueva ayuda y obtención previamente a su concesión por el Estado, de la oportuna Decisión autorizatoria, tras la tramitación del procedimiento correspondiente).

Además, de manera similar a lo que sucede en el derecho interno, que pueden recuperarse ayudas o subvenciones –sin necesidad de revisar de oficio los actos administrativos a través de los cuales se otorgaron tales subvenciones– en los supuestos contenidos en el artículo 81.9 de la Ley General Presupuestaria (incumplimiento de la obligación de justificación, obtener la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello, incumpli-

<sup>47</sup> Resalta la Sentencia del TJCE de 12 octubre 2000 (C-480/1998) que ninguna disposición de 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 incluya indicaciones que permitan a su destinatario determinar por sí mismo, sin excesivas dificultades, dicho importe (en el mismo sentido, Sentencia del TJCE de 13 julio 1988, 102/1987).

Por lo que ahora interesa, la Decisión de cuya ejecución se trate sería un título jurídico en principio abstracto, pues en la Decisión comunitaria podrán no concretarse los beneficiarios (obligados a la devolución) ni los importes y sus intereses concretos, lo que obligará al Estado (o a la Administración interna competente) a determinarlos, siempre al amparo de la Decisión como título legitimador a tal fin.

En este último aspecto, sostiene ORTIZ VAAMONDE: ob. cit., pg. 128, que la resolución que dicte el Estado exigiendo del beneficiario la devolución, sería ejecutiva, y aunque la Decisión de la Comisión sólo vincularía al Estado, es de Derecho comunitario, de forma que la resolución administrativa interna basada en ella no puede tacharse de ilegal, constituyendo una mera ejecución de lo ordenado por las autoridades comunitarias competentes.

### *El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales»*

miento de la finalidad para la que la subvención fue concedida, incumplimiento de las condiciones impuestas a las entidades colaboradoras y beneficiarias con motivo de la concesión de la subvención), nada impediría considerar condicionado (al cumplimiento de los referidos requisitos comunitarios) el otorgamiento de ayudas de Estado, de forma que, cualquiera que fuera el título por el cual se otorgaron, procedería su recuperación si se constatará el incumplimiento de tales requisitos.

– En segundo término, tampoco podría aducirse indefensión por parte de los beneficiarios. Es cierto que no todos los interesados son iguales en el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales. Pero no puede desconocerse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento 659/1999, dicho procedimiento incluirá, en su caso, las dos fases de «examen previo» e «investigación formal», pudiendo las partes interesadas (entre las que obviamente se encuentran los beneficiarios) presentar las observaciones que tengan por conveniente en la fase de «investigación formal». Es más, el artículo 20 del propio Reglamento dispone que a los beneficiarios (que cualifica de esta manera frente a las demás «partes interesadas») se les enviará una copia de la Decisión adoptada por la Comisión con arreglo al artículo 7 (es decir, la Decisión por la que concluye el procedimiento considerado en su globalidad).

Por tanto, los beneficiarios podrán alegar en el seno del procedimiento, así como también podrán impugnar la Decisión final que pueda adoptarse. La circunstancia de que el trámite de audiencia se otorgue a través de una Decisión de la Comisión adoptada en virtud del artículo 4.4 del Reglamento y que se publica en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», no desvirtúa la conclusión a la que se llega.

Debe tenerse en cuenta que la publicación en lugar de la notificación personal, también existe en nuestro ordenamiento jurídico incluso en el caso de que se trate de interesados identificados. Así, el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 establece una serie de supuestos en los que la publicación sustituye a la notificación, entre los que se incluye, por ejemplo, cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. Obsérvese que en tales casos se somete a publicación (y no a notificación personal), no sólo la convocatoria (lo cual es lógico pues se trata de un acto que tiene por destinatario una pluralidad indeterminada de personas), sino también aquellos otros actos que se produzcan en el seno del procedimiento selectivo en trámite (es decir, cuando ya están identificados los aspirantes que hubieran solicitado su participación en el procedimiento selectivo).

#### 9. PLAZO PARA LA RECUPERACIÓN Y DE PRESCRIPCIÓN

La Decisión por la que se imponga la recuperación debe ser ejecutada «sin

dilación», salvo, obviamente, que el Estado, al impugnarla, hubiera obtenido la suspensión cautelar del TJCE (artículo 242 del Tratado CE)<sup>48</sup>.

Por otro lado, en un principio la recuperación de ayudas no estaba sometida a plazo de prescripción alguno, con la inseguridad jurídica que ello implicaba. El TJCE, en algunas ocasiones, apreció que, por el transcurso del tiempo, el principio de confianza legítima impedía ya la recuperación efectiva de la ayuda. A pesar de ello, no existía, como se dice, la seguridad que deriva del establecimiento, en el derecho positivo, de un plazo determinado de prescripción.

Precisamente el artículo 15 del Reglamento 659/1999 ha puesto fin a esta situación, al establecer un plazo de prescripción de diez años, cuyas características pueden resumirse de la siguiente manera:

– Se trata de un plazo de prescripción. Así se califica expresamente en el artículo 15 del Reglamento, lo que se corresponde, además, con la propia regulación que se contiene en el apartado 2 de dicho precepto, cuando señala, entre otros aspectos, que «tras cada interrupción, el plazo comenzará a contarse desde el principio».

En efecto, una de las características tradicionales de la calificación de un plazo como de prescripción consiste en que puede interrumpirse su cómputo cuando todavía no se haya producido la prescripción, con el efecto de que el tiempo transcurrido hasta el momento en que se produce dicha interrupción no se tomará en consideración; el plazo comenzará a contar de nuevo (entero) desde que cese la interrupción misma.

A pesar de ello, como he estudiado en otro lugar<sup>49</sup>, hay que matizar inmediatamente que no es correcto anudar sin más la «interrupción» a la prescripción y la «suspensión» a la caducidad. Si bien es cierto que los plazos de prescripción se interrumpen, nada impide que puedan también suspenderse en aquellos casos en los que la Ley así lo establezca. Ello demuestra que la «suspensión» puede operar tanto en relación con plazos de prescripción como de caducidad.

Y esto es precisamente lo que ocurre con el plazo de prescripción de diez años para recuperar las ayudas, pues el propio artículo 15.2, tras afirmar que es posible su interrupción (consecuencia natural en atención a su condición de plazo de prescripción), añade que «el plazo de prescripción deberá suspenderse durante el tiempo en que la Decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento pendiente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

Lo que está configurando el artículo 15.2 es precisamente un supuesto de

<sup>48</sup> La Sentencia del TJCE de 27 de junio de 2000 (C-404/97) afirma que la Decisión goza de presunción de legalidad y que, a pesar de la existencia del recurso de anulación, sigue siendo obligatoria en todos sus elementos.

<sup>49</sup> *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, ed. Civitas, 1998, pgs. 30 y ss.

suspensión de un plazo de prescripción, lo que demuestra –y es un ejemplo más– que los plazos de prescripción pueden interrumpirse y suspenderse. La diferencia estribará en que en este último caso (suspensión), durante el tiempo que dure dicha suspensión no corre el plazo dentro del cual debe ejercitarse el derecho, si bien una vez levantada la suspensión se reanudará (no se computará entero de nuevo) el plazo que reste para poder ejercitar el derecho de que se trate (la recuperación en este caso).

Por tanto, el procedimiento seguido ante el TJCE al impugnar la Decisión de la Comisión, no se contará a los efectos del referido plazo de prescripción de diez años, reanudándose nuevamente el cómputo por el plazo que restara una vez haya concluido el procedimiento judicial.

– En cuanto a las posibles actuaciones interruptivas de la prescripción, señala el artículo 15.2 que tendrá dicha eficacia «cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionado con la ayuda ilegal».

Tendrán efecto interruptivo las acciones emprendidas por la Comisión, si bien hay que entender que deberán tener carácter recepticio, es decir, deberán dirigirse contra el Estado interesado. También la tendrán las emprendidas por éste, si bien en este caso, al menos según el tenor literal del artículo 15.2 del Reglamento, no se precisa ya que tengan carácter recepticio (al menos frente a la Comisión), pues únicamente se exige ya que la acción se hubiera emprendido por el Estado «a petición de la Comisión» (por ejemplo, frente a los beneficiarios).

En cualquier caso, el artículo 15.2 ha querido limitar las actuaciones susceptibles de interrumpir la prescripción, precisamente en aras de la seguridad jurídica.

– El plazo de diez años se contará «a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario, bien como ayuda ilegal, bien en virtud de un régimen de ayuda». La fecha en la que se haya llevado a la práctica dicha ayuda es en principio indiferente, pues lo importante es a estos efectos la «concesión» de la ayuda, y por tal hay que entender su concesión formal (por ejemplo, el acto administrativo por el que se otorga una subvención, aunque ésta se haga efectiva tiempo después).

– El transcurso del plazo de prescripción sin que la Comisión haya hecho uso de las competencias que se le atribuyen en materia de recuperación de ayudas, o cuando aun habiendo hecho uso de dichas competencias, se hubiera producido una inactividad por parte de la Comisión y del Estado por tiempo superior a diez años, la ayuda originariamente ilegal se convertirá en «ayuda existente» (con todas sus consecuencias anejas).