

AYUDAS DE ESTADO ILEGALES, OBLIGACIÓN DE RECUPERACIÓN Y RECLAMACIÓN PATRIMONIAL: LA REPARACIÓN DEL CASO DE LAS VACACIONES FISCALES VASCAS¹

FRANCESC J. RODRÍGUEZ PONTÓN
Universitat de Barcelona

Cómo citar/Citation

Rodríguez Pontón, F. J. (2019).

Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reparación del caso de las vacaciones fiscales vascas.

Revista de Administración Pública, 208, 299-324.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.10>

Resumen

La Sentencia del Tribunal Supremo 1361/2018, de 5 de septiembre, resuelve un recurso relativo a uno de los casos más conocidos de ayudas de Estado declaradas por las autoridades europeas contrarias al derecho de la Unión Europea, en el marco de las «vacaciones fiscales vascas». La empresa beneficiaria de la ayuda y obligada a devolverla pretende una indemnización por responsabilidad patrimonial y alega el principio de confianza legítima. El Tribunal Supremo considera que en las circunstancias de este caso no procede estimar dicha responsabilidad patrimonial. Este comentario trata de contextualizar los elementos más relevantes del caso en el marco del derecho europeo de ayudas públicas.

¹ La elaboración de este trabajo se enmarca en el proyecto «El alcance del control jurisdiccional de las decisiones de los órganos administrativos colegiados dotados de autonomía funcional» (DER2015-70981-P), cuya investigadora principal es Elisenda Malaret García.

Palabras clave

Ayudas de Estado; recuperación de ayudas ilegales; responsabilidad patrimonial; confianza legítima.

Abstract

Spanish Supreme Court decision 1361/2018, of September 5, resolves an appeal relating to one of the best-known cases of State aid declared by the European authorities contrary to European Union Law, within the framework of “Basque tax holidays”. The company that receives the aid and is obliged to return it seeks compensation for patrimonial liability and alleges the principle of legitimate expectations. The Supreme Court considers that in the circumstances of this case it is not appropriate to estimate such patrimonial liability. This comment tries to contextualize the most relevant elements of the case within the framework of European State Aid Law.

Keywords

State aids; liability for damages; recovery of unlawful State aids; legitimate expectations.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO. II. LA FORMULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL. III. LOS ANTECEDENTES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. IV. ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL DERECHO DE AYUDAS DE LA UNIÓN QUE HAY QUE RECORDAR. V. LA COMPATIBILIDAD DE UNA INDEMNIZACIÓN VÍA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CON LA EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO DE AYUDAS. VI. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO, LA CUESTIÓN CLAVE DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

Los episodios jurisdiccionales que han tenido un recorrido vinculado a la intervención de las instituciones de la Unión Europea a menudo presentan un ciclo largo que abarca una diversidad de cuestiones articuladas de un modo a veces también complejo. Algunos de los casos comentados en la sección de notas de jurisprudencia de esta revista en números anteriores así lo muestran, como se pudo ver con el caso *Ría de Vigo*, que generó dos apariciones en dichas notas². No es esta, como veremos, la única coincidencia con el caso que ahora nos ocupa. Esa extensión en el tiempo obliga a contemplar el recorrido y la coherencia global de las cuestiones planteadas, y eso es algo que a veces justifica la ampliación del enfoque a adoptar en la lectura de las sentencias, como pretendemos aquí en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo 1361/2018, de 5 de septiembre (Rec. 839/2017, ponente Fernández Valverde).

El caso que comentamos ahora tiene un recorrido especialmente largo y puede ser un buen ejemplo de la complejidad de los escenarios que se plantean en estos supuestos. Se trata de una sentencia extensa, que reitera con abundan-

² Véanse los números 189 y 199 de esta *Revista de Administración Pública*.

cia otros pronunciamientos previos, tanto los que son antecedentes del caso como jurisprudencia relacionada con temas de fondo, y tanto de jurisprudencia de tribunales españoles como europeos. Más allá de las observaciones a que ello pueda dar lugar como técnica de redacción de las sentencias, es una muestra de esa duración y complejidad del episodio en cuestión. Episodio que pertenece a la serie de casos conocidos como las «vacaciones fiscales vascas». Se recordará que la resolución europea sobre las mismas se remonta a principios de los años 2000. Concretamente, se trataba de la Resolución de la Comisión 2002/820/CE, de 11 de julio de 2001, «relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones», que declaraba que:

[L]a ayuda estatal en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones, ilegalmente ejecutada por España en Álava, en infracción del apartado 3 del artículo 88 del Tratado, mediante la Norma Foral n° 22/1994, de 20 de diciembre de 1994, la disposición adicional quinta de la Norma Foral n° 33/1995, de 20 de diciembre de 1995, la disposición adicional sexta de la Norma Foral n° 31/1996, de 18 de diciembre de 1996, modificadas en virtud del apartado 2.11 de la disposición derogatoria de la Norma Foral n° 24/1996, de 5 de julio de 1996, sobre el impuesto de sociedades, la disposición adicional undécima de la Norma Foral n° 33/1997, de 19 de diciembre de 1997 y la disposición adicional séptima de la Norma Foral n° 36/1998, de 17 de diciembre de 1998, es incompatible con el mercado común.

Se trata aún de uno de los casos emblemáticos de ayudas de Estado que han merecido en el caso de España un pronunciamiento negativo de las autoridades comunitarias³. Conviene destacar el dato de que la ayuda fue declarada ilegal y también incompatible. La Decisión impuso, además, como es propio de estos casos, que España adoptara «todas las medidas necesarias para obtener de sus beneficiarios la recuperación de las ayudas [...] que han sido puestas a su disposición ilegalmente» y que «[L]a recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva de la presente Decisión». Además, se disponía que «[L]a ayuda recuperable devengará intereses devengados desde la fecha en que estuvo a disposición de los beneficiarios hasta la de su recuperación efectiva». Dicha Decisión de la Comisión Europea fue objeto de recurso de anulación y luego de casación ante los tribunales de la Unión, y

³ Véase así su referencia al mismo, por ejemplo, en el manual de E. Gamero Casado y S. Fernández Ramos (2018), *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, 15ª ed. (pág. 970).

las sentencias confirmaron el sentido de la misma. Las referencias concretas a las mismas, así como a la resolución de los recursos de incumplimiento declarado por el TJUE, se hallan en el texto de la sentencia que comentamos, para no hacer ahora más extensa la cita.

Este es, pues, uno de los episodios que formó parte de un conjunto de expedientes que encontraron el rechazo de las autoridades europeas por la forma de proceder y su contenido en materia de ayudas de Estado, uno de los ámbitos en los que el derecho de la Unión ha tejido una mayor densidad normativa y contundencia de medios para obtener el cumplimiento de sus decisiones, no en vano está en juego la protección de la competencia, uno de los elementos centrales de la construcción europea y de su ordenamiento jurídico. Este dato también habrá que tenerlo muy en cuenta para comentar la sentencia. La STS 1361/2018, objeto de nuestro comentario, resuelve el recurso de casación interpuesto por una de las empresas involucradas en estos episodios, promovido contra la sentencia 561/2016, de 22 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que a su vez resolvió el recurso de apelación presentado contra la Sentencia 224/2015, de 27 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Vitoria-Gasteiz, y que se había planteado sobre responsabilidad patrimonial del Estado en materia del Impuesto sobre Sociedades. En efecto, las acciones judiciales de la empresa se dirigen a impugnar, como se dice en el encabezamiento de la sentencia citada del TSJ del País Vasco, «la negativa administrativa a reconocer responsabilidad patrimonial que se decía producida por las acciones y omisiones derivadas de la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/820/CE». Concretamente, la empresa recurrió contra el Acuerdo del Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Álava 768/2010, de 23 de noviembre, por el que se desestima el recurso de reposición presentado contra el anterior Acuerdo del mismo Consejo de Diputados 540/2010, de 7 de septiembre, por el que se desestimaba la solicitud de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia de Impuesto de Sociedades.

Es decir, lo que plantea este caso es la posibilidad de que una empresa que en su momento fue beneficiaria de una ayuda estatal declarada ilegal e incompatible pueda reclamar una indemnización dadas las circunstancias en que ha sido obligada a devolver dicha ayuda en ejecución de la decisión europea de recuperación. Contemplado en perspectiva, se trata de un tipo de supuesto que obliga a poner sobre la mesa diversos elementos si no se desea incurrir en una especie de *juego de espejos* que puede resultar paradójico y desconcertante. Para ello, será útil partir de cómo se declara la cuestión que presenta interés casacional, de acuerdo con el modo de proceder tras la Ley Orgánica 7/2015.

II. LA FORMULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL

El Auto del TS de 28 de abril de 2017, Rec. 839/2017, ponente Herrero Pina, precisa que dicha cuestión que se entiende que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

[...] si concurren los requisitos legales para que la Administración Foral (en este caso la Diputación Foral de Álava) responda, en concepto de responsabilidad patrimonial, frente a los afectados que en su día fueron beneficiarios de ayudas fiscales y se han visto obligados a su reintegro, con abono de intereses, en ejecución de la correspondiente Decisión de la Comisión Europea que, ante la ilegalidad de las mismas, dispuso su reintegro [y ello] en aplicación e interpretación de los artículos 3 y 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y el artículo 106.2 de la Constitución en relación con el artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999.

El Supremo, en el Auto indicado, es relevante señalarlo, justifica la admisión del recurso de casación en dos circunstancias. En primer lugar, la trascendencia del caso, el número considerable de situaciones que se hallan afectadas dado el amplio alcance de aplicación de las denominadas «vacaciones fiscales vascas». En segundo lugar, el Alto Tribunal indica que «aun tratándose de una reclamación de responsabilidad patrimonial por acto legislativo, materia sobre la que [...] se ha pronunciado en casos concretos este Tribunal», a raíz de los términos de la presente reclamación se hace necesario «examinar cuestiones específicas en relación con la concurrencia de los requisitos necesarios para dar lugar a dicha responsabilidad, como la relación entre la titularidad del acto legislativo y la titularidad del acto que determina la devolución de las ayudas a efectos de imputación de la responsabilidad o las circunstancias a valorar a efectos de apreciar la concurrencia del requisito de la antijuridicidad». Así pues, podemos ver que el TS tratará de situar en qué términos se hace posible el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en este tipo de casos, que siendo ya en este supuesto de indudable amplitud y trascendencia, presenta un interés jurídico general indudable.

III. LOS ANTECEDENTES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

También para situar mejor los términos del debate es adecuado referir de modo concreto cómo el TSJPV había enfocado la cuestión. En la sentencia que es objeto de casación, la 561/2016 (ponente González Sáiz), de mucha menor extensión que la posterior del TS, se procede a desestimar la apelación a par-

tir de cuatro elementos. El primero se refiere a unos precedentes resueltos por el propio TSJPV también desestimatorios de reclamaciones de responsabilidad patrimonial basadas en devolución de ayudas de Estado en términos que se consideran trasladables a nuestro caso. Luego nos referiremos a uno de ellos. El segundo argumenta la falta de concurrencia de algunos presupuestos esenciales de la responsabilidad reclamada, concretamente dos: es la Comisión Europea, y no la apelada (Diputación Foral de Álava), que se limita a llevarla a la práctica, la que estableció los términos de la devolución de la ayuda, y la apelante tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias del transcurso del tiempo generado por la abundante serie de conflictos jurisdiccionales generados por la ejecución de las decisiones en cuestión. El tercero pone de manifiesto una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que fundamenta la exigencia en determinados términos del pago de intereses como instrumento hábil para compensar los efectos negativos que sobre la competencia tiene la concesión de ayudas ilegales. Y el cuarto aborda la alegación de los principios de buena fe y confianza legítima, de modo muy breve. Dice la sentencia del TSJPV en este último punto:

[...] los principios de buena fe y confianza legítima ni impiden el cambio motivado del criterio administrativo anterior ni el dictado de nuevas disposiciones generales ni, desde luego, convierten en debidos los criterios, actuaciones y normas administrativas contrarios a la sujeción de la Administración a la Ley y al principio de jerarquía normativa. Desde tal enfoque la demandada estaba sometida a las resoluciones emanadas de las instituciones europeas en el ejercicio de sus atribuciones y tal sometimiento, derivado del principio de prevalencia, constituye fundamento suficiente para el cambio de criterio.

Sobre ello volveremos, pues se trata de una cuestión fundamental.

Debemos añadir un aspecto que había quedado pendiente, y que ocupaba el primer elemento aportado por la sentencia del TSJPV: los precedentes que considera trasladables al caso. Nos fijamos para ello en la STSJPV 386/2014, de 19 de junio, Rec. 576/2012, ponente Villafáñez Gallego, el primero de los precedentes señalado en la STSJPV de nuestro caso, y que también se produjo en esta serie de episodios de las normas forales en el impuesto sobre sociedades. En aquella sentencia de 2014, lo que el TSJPV hizo fue recordar los términos en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha caracterizado la responsabilidad patrimonial por infracción del derecho de la Unión y en que el Tribunal Supremo ha caracterizado desde la perspectiva del principio de equivalencia las condiciones de exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracciones del derecho de la Unión. A continuación, la sentencia mencionada de 2014 razonó sobre la aplicación al caso concreto de las exigencias para el reconocimiento de la responsabilidad

patrimonial. Es relevante destacar (recordemos que ello se integra por remisión en la sentencia del TSJPV de nuestro caso) que aquí el TSJPV desestima la apelación al considerar que no concurre el primer requisito de la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión: que la norma de derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares. Dado que, en efecto, no es el caso del art. 88.3 del Tratado (actual art. 108.3 TFUE), sino que, al contrario, a quien concede derechos tal precepto no es a los beneficiarios de las ayudas: su efecto directo a lo que va destinado es a que resulte efectiva la prohibición de llevar a cabo los proyectos de ayudas indicados en la normativa comunitaria. De ahí que la jurisprudencia comunitaria, citada en la sentencia del TSJPV, haya remarcado este punto e incluso haya entrado a considerar en qué términos sería imputable y exigible una responsabilidad a las empresas favorecidas. Además, ante las alegaciones de la empresa, la sentencia del TSJPV declara que queda fuera del análisis del proceso un eventual régimen de ayudas que de haberse procedido adecuadamente hubiera podido ser declarado compatible con la normativa europea, y que tampoco es concebible reconocer vía responsabilidad patrimonial un derecho eventual a disfrutar en este caso de un régimen de beneficios fiscales por inversiones o creación de empleo que hubieran sido compatibles con el derecho de la Unión, tratándose así de regímenes «posibles, hipotéticos o eventuales».

IV. ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL DERECHO DE AYUDAS DE LA UNIÓN QUE HAY QUE RECORDAR

Desde luego hay que tener muy presentes algunos aspectos que en parte ya han sido insinuados anteriormente y que pertenecen al muy consolidado acervo comunitario del derecho de ayudas de Estado. Es muy abundante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el tema⁴, y muy prolifera

⁴ Esta jurisprudencia vive continuamente nuevos episodios. Así, una Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-622/16 P a C-624/16 P) acaba de examinar como novedad la cuestión de la admisibilidad de los recursos directos (art. 263 TFUE) interpuestos por parte de competidores de beneficiarios de un régimen de ayudas contra una decisión de la Comisión en la que se declara, entre otros aspectos, la imposibilidad de recuperación de unas ayudas concedidas en virtud de un régimen ilegal. Además, en el aspecto referido a la renuncia a ordenar la recuperación, recuerda que la adopción de un requerimiento de recuperación es la consecuencia lógica y normal de la declaración de ilegalidad y resuelve que en este caso la Comisión, para no ordenar la recuperación de la ayuda ilegal, no demostró la imposibilidad absoluta de recuperación, ya que no examinó métodos alternativos que la hicieran posible.

la normativa y los documentos y directrices de la Comisión al respecto. Nos limitaremos aquí a recordar los siguientes aspectos.

La constatación de esa densidad normativa y aplicativa del régimen europeo de ayudas es un primer elemento a recordar, como muestra por ejemplo recientemente el nuevo «Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales»⁵. Más concretamente, la preocupación por el tema de la devolución de las ayudas ilegales e incompatibles quedó puesta de manifiesto en la Comunicación de la Comisión «Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles»⁶. En ella se dedica especial atención a explicar el objetivo y los principios de la recuperación de ayudas y el régimen de sus excepciones, con un particular cuidado en analizar los roles que ocupan en este escenario la Comisión y los Estados miembros a la hora de ejecutar las decisiones de recuperación, así como los conflictos que se pueden plantear.

Posteriormente otra Comunicación de la Comisión abordó diversos aspectos relevantes, «relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales»⁷. En ella se retoman algunas de las cuestiones de la anterior y se presentan aspectos tan relevantes para nuestro caso como son las circunstancias excepcionales en que resulte improcedente la recuperación de una ayuda estatal ilegal (§ 32), la obligación absoluta de notificar que resulta relevante para el requisito de la violación suficientemente caracterizada (§ 47) o las acciones de reparación de daños y perjuicios contra el beneficiario (§§ 53-55).

Valgan, pues, las referencias a las dos comunicaciones indicadas de la Comisión, que contienen abundantes citas de jurisprudencia europea, para poner de relieve el grado de desarrollo de esta parcela del derecho de la Unión, así como la determinación en el objetivo de conseguir resultados materiales que eviten cualquier conducta encaminada a abortar los mismos. Nos permitimos recoger a continuación de un modo muy breve algunos puntos esenciales que son relevantes en nuestro asunto.

En primer lugar: «El TJCE ha sostenido en varias ocasiones que el objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda. Ello es necesario para garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior [...] En este contexto, el TJCE subrayó que la recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles no

⁵ 2018/C 253/05, publicada el 19 de julio de 2018.

⁶ 2007/C 272/05, publicada el 15 de noviembre de 2007.

⁷ 2009/C 85/01, publicada el 9 de abril de 2009.

constituye una sanción, sino la consecuencia lógica de su ilegalidad»⁸. Esto pone de relieve la naturaleza y el objetivo material de la política de recuperación de las ayudas de Estado, y es algo que hay que tener muy presente a la hora de tratar cualquier conflicto que se pueda dar en este ámbito.

En segundo lugar es importante recordar, como hace la Comunicación indicada de 2009 (en sus apdos. 45 y 46), que:

Con independencia de la posibilidad de solicitar la reparación de daños y perjuicios conforme al Derecho nacional, las infracciones de la obligación de suspensión tienen consecuencias directas y vinculantes conforme al Derecho comunitario. Esto se debe a que, de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE, [actual art. 108.3 TFUE] la obligación de suspensión es una norma de Derecho comunitario directamente aplicable que es vinculante para todas las autoridades de los Estados miembros. Por lo tanto, las infracciones de la obligación de suspensión pueden dar lugar en principio a acciones de reparación de daños y perjuicios basadas en las sentencias «Francovich» y «Brasserie du Pêcheur» del TJCE. Esta jurisprudencia confirma que los Estados miembros están obligados a compensar los daños y perjuicios causados a los particulares por las infracciones del Derecho comunitario cuya responsabilidad recaiga sobre el Estado. Esta responsabilidad existe cuando: i) el objeto de la norma jurídica infringida sea conferir derechos a los particulares; ii) la infracción sea suficientemente grave; y iii) exista un nexo causal directo entre la infracción de la obligación del Estado miembro y el daño sufrido por las partes. Las infracciones del artículo 88, apartado 3, del Tratado cumplen el primer requisito (obligación de Derecho comunitario dirigida a proteger derechos individuales). El TJCE no sólo ha confirmado en varias ocasiones la existencia de derechos individuales de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE, sino que también ha aclarado que la protección de estos derechos individuales es la verdadera función de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Esto es muy importante y se vincula con lo que se comentaba antes sobre la STJPV en nuestro caso: a propósito del efecto directo y de los derechos a particulares generados por el actual art. 108.3 TFUE, lo que contempla el desarrollo comunitario son las acciones de responsabilidad a que puede dar lugar su infracción para los perjudicados por las ayudas ilegales como las del caso que comentamos. Es muy claro el primer párrafo (§ 43) del apdo. «Acciones de reparación de daños y perjuicios» al que pertenecen las frases anteriores: «Como parte de su función con arreglo al artículo 88, apartado 3, del Tratado CE, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden verse obligados a estimar las acciones de indemnización de los perjuicios causados a competidores del beneficiario y a otros terceros por la ayuda estatal ilegal».

⁸ Apdo. 13 de la Comunicación citada de 2007.

En tercer lugar, recuerda la Comunicación de 2007 que:

El Reglamento de procedimiento impone dos límites al poder de la Comisión de ordenar la recuperación de la ayuda ilegal e incompatible. El artículo 14, apartado 1, del Reglamento de procedimiento establece que la Comisión no requerirá la recuperación de la ayuda si ello es contrario a un principio general del Derecho comunitario. Los principios generales del Derecho comunitario más a menudo invocados en este contexto son los principios de la confianza legítima y de la seguridad jurídica. Es importante observar que el TJCE ha dado una interpretación muy restrictiva a estos principios en el contexto de la recuperación. El artículo 15 del Reglamento de procedimiento establece que los poderes de la Comisión de recuperar la ayuda estarán sujetos a un plazo de prescripción de 10 años (el denominado «plazo de prescripción»).

De aquí resulta especialmente relevante retener el protagonismo del principio de la protección de la confianza legítima y sobre todo de ese carácter restrictivo con el que se aplica en el tema de las excepciones a la recuperación de ayudas, en consonancia con la importancia de sus objetivos. El Reglamento al que se hace referencia es el núm. 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE. Esta norma fue derogada por el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del art. 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión codificada), que dispone lo mismo en sus arts. 16 y 17. También la Comunicación de 2009 incide en esta cuestión, recordando en sus apdos. 32 y 33 que:

[...] el TJCE ha sostenido reiteradamente que, en principio, el beneficiario de una ayuda concedida ilegalmente no puede alegar el principio de confianza legítima contra una orden de recuperación de la Comisión. En efecto, un agente económico diligente habría podido comprobar si la ayuda que recibió se había notificado o no. Así pues, para justificar que el órgano jurisdiccional nacional no ha ordenado la recuperación de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE, debe haber existido un hecho específico y concreto que haya generado la confianza legítima del beneficiario. Esto puede ocurrir si la propia Comisión ofrece garantías concretas de que la medida en cuestión no constituye ayuda estatal o que no está sujeta a la obligación de suspensión.

Se acota así mucho, pues, el tipo de circunstancia que se puede alegar para no dar lugar a la recuperación de la ayuda en base a este principio⁹.

⁹ Recuerda también el carácter estricto de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito, en contraste con el supuesto que el autor analiza sobre recuperación de ayudas con cargo a

Y en cuarto lugar, la Comunicación de 2007 recuerda asimismo que:

[E]l TJCE ha dictaminado que el beneficiario de una ayuda que hubiera podido sin duda alguna impugnar una decisión de recuperación de la Comisión de conformidad con el artículo 230 del tratado CE ante un tribunal europeo no podrá impugnar la validez de la decisión en un procedimiento ante un tribunal nacional debido a que la decisión era ilegal [y que] de ello se deduce que el beneficiario de una ayuda que pudiendo hacerlo no haya solicitado medidas provisionales ante los tribunales comunitarios de conformidad con los artículos 242 y 243 del Tratado CE, no podrá solicitar la suspensión de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales para ejecutar esa decisión por motivos vinculados a la validez de la decisión (apdo. 57).

Algo que, como veremos, aparece en la sentencia que comentamos a propósito de la alegación de los principios de confianza legítima y buena fe. En consonancia con estos aspectos reiterados en la documentación de la Comisión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, se ha señalado en nuestra doctrina la importancia de tener en cuenta la ejecutividad de las decisiones de la Comisión, solo revisables por el tribunal de la Unión, debiendo el Estado y el beneficiario de la ayuda llevar a efecto el cumplimiento de esas decisiones firmes, y también la relevancia del especial deber de diligencia de las empresas destinatarias de las ayudas a la hora de evaluar su legalidad¹⁰.

V. LA COMPATIBILIDAD DE UNA INDEMNIZACIÓN VÍA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CON LA EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO DE AYUDAS

La cuestión de mayor problemática de fondo que plantean casos como el aquí comentado es cómo por la vía del eventual reconocimiento de la responsabilidad patrimonial se puede llegar a interferir claramente con la efectividad de

fondos de la Unión —lo que no deja de indicar la relevancia de los intereses perseguidos en los casos que comentamos—, A. Bueno Armijo (2011), *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la política agrícola común*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública (págs. 396-398, 486-488, 511-521). Puede verse también un recordatorio del carácter estricto de la jurisprudencia comunitaria, en el contexto de un caso de expediente de reclamación de responsabilidad del Estado legislador en el Dictamen del Consejo de Estado 128/2013, de 25 de abril.

¹⁰ Así se puede ver, por ejemplo, en J. García Luengo (2010), *El reintegro de subvenciones*, Madrid: Civitas (págs. 61 ss.)

unas decisiones europeas que exigen con claridad un resultado que restablezca las condiciones de competencia. Los aspectos sustantivos definidores del sistema antes señalados pueden quedar en entredicho gravemente si por esa vía se altera el resultado material obligatorio. Algo parecido se tuvo ocasión de plantear en la nota relativa al asunto *Ría de Vigo* en el número 199 de esta revista. De ahí la importancia de acotar y ceñir el fundamento y el objeto de toda reclamación de responsabilidad en estos casos. La aportación de la sentencia que comentamos puede ser relevante en esta dirección especialmente en cuanto analiza las condiciones en las que se alega la confianza legítima y la buena fe. Así, es importante ver cómo se centra el objeto de debate de la siguiente manera:

La cuestión, pues, no es la relativa a la procedencia de la recuperación en sí —con sus intereses— de las subvenciones recibidas, cuya contrariedad al derecho de la Unión ha sido jurisdiccionalmente declarada, sino la procedencia de indemnización de daños y perjuicios a la recurrente, articulada mediante una exigencia de responsabilidad patrimonial, por cuanto, según expresa, la misma no tenía la obligación de soportar tales perjuicios, consistentes en la devolución. Reclamación de responsabilidad patrimonial, como decimos, asentada en la vulneración del citado principio de confianza legítima reconocido en el artículo 3 de la LRJPA y jurisprudencia ya citada, y que, la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha desestimado, confirmando la anterior sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo (FJ 3).

Evidentemente, si esa reclamación de responsabilidad a lo que va dirigida sin más es a recuperar lo que se tuvo que devolver por ilegal e incompatible, se estaría produciendo el efecto antes indicado de incumplimiento material, que además podría ser considerado a su vez una ayuda de Estado. Y si es otro el contenido concreto del fundamento y el alcance de lo pedido, debería especificarse. Veamos.

Se ha puesto de relieve precisamente cómo esa indicación de la Comisión de que son los competidores o perjudicados los legitimados para utilizar las acciones de daños tiene que ver con evitar que esas acciones las utilicen los beneficiarios obligados a devolver la ayuda, concluyéndose que «si las acciones de responsabilidad al Estado concedente se estiman, la recuperación de la ayuda se ve socavada por la concesión de una indemnización de reparación de daños a los beneficiarios. Lo cual puede considerarse de nuevo como una ayuda ilegal por incumplimiento del procedimiento de notificación»¹¹. El mismo autor que

¹¹ Palabras de I. Zapata Benito (2015), «Ayudas públicas, procedimientos de recuperación y responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 32, págs. 297-324 (pág. 310).

así lo enuncia señala el caso ilustrativo *Micula*, en que la Comisión trata en esta línea este tipo de supuestos, con la cita de la Decisión de la Comisión de inicio de procedimiento de investigación en 2013. Por nuestra parte comprobamos en efecto la relevancia de algunas precisiones que hace la Comisión en este caso, contenidas en su Decisión (UE) 2015/1470, de 30 de marzo de 2015, «relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013». Se trataba de un tratado bilateral de inversión (TBI), celebrado entre Rumanía y Suecia en 2003, que, según recoge la Decisión (en su apdo. 22):

[...] concedía a los inversores de cada país determinadas medidas de protección al invertir en el otro país [...] El TBI garantizaba, entre otras cosas, un trato justo y equitativo de las inversiones cubiertas en el Estado receptor. Se interpretaba que este concepto incluía también la protección de la confianza legítima de los inversores. También permitía a los inversores interponer un recurso ante un tribunal de arbitraje internacional en el caso de que consideraran que sus derechos en virtud del TBI habían sido infringidos por el Estado receptor.

En este marco, al ser reclamada una indemnización por haber sido derogados los regímenes de incentivos en Rumanía de acuerdo con sus obligaciones derivadas de su adhesión a la Unión Europea, la Comisión ya indicó en el marco de dicha reclamación que:

[...] cualquier laudo que restituyera los privilegios abolidos por Rumanía o compensara a los demandantes por la pérdida de dichos privilegios, sería considerado como concesión de nueva ayuda, incompatible con el Tratado CE. Asimismo, advirtió al Tribunal [Tribunal arbitral formado de acuerdo con el TBI] de que no podría llevarse a cabo, por tanto, la ejecución de ningún laudo arbitral que exigiera a Rumanía restituir los planes de inversión que habían sido considerados incompatibles con el mercado interior durante las negociaciones de adhesión si dicha ejecución infringía las normas de la política de la UE en materia de ayudas estatales (§ 25).

La medida indemnizatoria fue finalmente acordada por el Tribunal arbitral. La Comisión recordaba que, según ya había indicado en su Decisión de incoación, dicha medida es constitutiva de ayuda estatal, basándose entre otras cosas en que «la existencia de una ventaja no queda excluida por el hecho de que la compensación concedida por el Tribunal se denomine indemnización en concepto de daños y perjuicios, puesto que el laudo arbitral no entra en el ámbito de la jurisprudencia *Asteris*, que distingue los daños y perjuicios de la ayuda estatal». En el apdo. 95 la Comisión realiza unas consideraciones que resultan clave; para empezar:

[...] es obvio que mediante la aplicación o ejecución del laudo arbitral, Rumanía concede a los demandantes una cantidad que se corresponde exactamente con las ventajas previstas en virtud del programa del Decreto de Urgencia 24 derogado [que contenía los incentivos en cuestión], desde el momento en que fue derogado (22 de febrero de 2005) hasta su expiración prevista (1 de abril de 2009) [...] Además, con el fin de garantizar que los demandantes se beneficien plenamente de una cantidad similar a la del programa derogado y que se les vuelve a situar en la posición en la que habrían estado «con toda probabilidad», el Tribunal también concedió intereses y compensación por la oportunidad supuestamente perdida y el lucro cesante. En realidad, la aplicación o ejecución del laudo arbitral restablece la situación que los demandantes habrían tenido, con toda probabilidad, si el programa del Decreto de Urgencia 24 no hubiera sido derogado.

Queda claro, y así se detalla en la Decisión, que «la aplicación o ejecución del laudo arbitral concede a los demandantes una ventaja económica de la que, de otra forma, no dispondrían en el mercado». «De hecho», se recuerda, «al derogar el programa del Decreto de Urgencia 24, Rumanía restableció las condiciones normales de la competencia en el mercado en el que los demandantes operan y cualquier intento de compensar a los demandantes por las consecuencias de la derogación de los incentivos del Decreto en cuestión concede una ventaja de la que no dispondrían en dichas condiciones normales de mercado», siendo así que «[L]os intentos de los demandantes de separar la concesión de la indemnización respecto de la derogación de los incentivos del Decreto de Urgencia 24 no resultan convincentes». Es cierto que este supuesto presenta la peculiaridad de darse como consecuencia de un tratado bilateral y sus correspondientes mecanismos de resolución de conflictos, marco en el que la Comisión afirma la incompatibilidad de dicho acuerdo con los Tratados de la Unión, conforme a la ordenación de fuentes del derecho de la UE. Sin embargo, parece difícil de obviar la trascendencia general de estas apreciaciones. Y en este sentido cabe destacar una afirmación más de la Comisión en el apdo. 104 de la Decisión que indicamos: «[...] el derecho nacional, incluidas las disposiciones de responsabilidad en virtud del mismo, no puede aplicarse cuando, al hacerlo, impediría la aplicación del Derecho de la UE en materia de ayudas estatales y, por tanto, daría lugar en última instancia a la concesión de una ayuda estatal ilegal. En este sentido, en el asunto Asteris no se exceptúan los daños y perjuicios concedidos como indemnización para la recuperación de ayuda estatal ilegal o por el incumplimiento de la recepción de la misma». Es más, lo que reafirma la importancia del enfoque general es que la Comisión «considera que el mismo principio es aplicable cuando la responsabilidad se deriva de un tratado de Derecho internacional concluido

entre dos Estados miembros (como un TBI dentro de la UE) cuya aplicación dé lugar a la concesión de una ayuda estatal».

Es esta consideración material de los efectos de una determinada acción que pueda interferir en las consecuencias sustantivas de una decisión europea de recuperación de ayudas a lo que nos referíamos al principio de este comentario cuando hablábamos de la necesidad de poner en perspectiva todo el caso con todas sus etapas e implicaciones, de igual manera que se comentaba en el asunto *Ría de Vigo*.

Es útil en este mismo sentido recordar alguna jurisprudencia europea citada en la Decisión que acabamos de indicar. Así, la Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2011 (T-384/08) desestimó un recurso contra la Decisión de la Comisión que había considerado ayuda un supuesto de establecimiento de cláusulas para inversores de garantía de indemnización ante la eventualidad de la recuperación de ayudas. Asimismo, en la Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2013 (C-111/10), se dice que:

[...] el Tribunal de Justicia ha destacado que, según jurisprudencia consolidada, admitir que un Estado miembro pueda conceder a los beneficiarios de dicha ayuda ilegal una nueva ayuda por un importe equivalente al de la ayuda ilegal, destinada a neutralizar el impacto de las devoluciones a las que estos últimos están obligados con arreglo a dicha decisión, equivaldría evidentemente a privar de eficacia a las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud de los artículos 107 TFUE y 108 TFUE (§ 44).

VI. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO, LA CUESTIÓN CLAVE DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

En la Sentencia 1361/2018, aquí comentada, el Supremo descarta la posibilidad de obtener una indemnización por responsabilidad patrimonial por parte de la empresa beneficiaria. Dado que por parte de la recurrente se argumenta en base a la aplicación de los principios de confianza legítima y buena fe, en el FJ 6 (tras recordar lo dicho por la sala de instancia y los argumentos de las partes, así como la cuestión de interés casacional), es relevante observar que el TS pone en primera línea una serie de datos, que hacen todos ellos referencia al recorrido de las decisiones europeas: apertura de procedimiento de investigación por parte de la Comisión en 1999; Decisión (2002/820) de declaración de ayuda ilegal e incompatible con exigencia de recuperación; demanda de anulación de tal Decisión por parte de la Diputación Foral en 2001; inactividad procesal de la recurrente para impugnar dicha Decisión o para comparecer en el procedimiento; sentencias del Tribunal de Primera Instancia

y del Tribunal de Justicia confirmando la Decisión de la Comisión en 2009 y 2011 y sentencia de 2006 del Tribunal de Justicia estimando los recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión. Sobre esta base fáctica, el Supremo entiende que cabe confirmar la respuesta de los tribunales en este litigio desestimando que se haya vulnerado el principio de confianza legítima y de buena fe. Se sitúa el foco así en el comportamiento de la Diputación Foral que tenía como objetivo la recuperación de las ayudas. De este modo, dice el Supremo (primer párrafo del FJ 7):

Esto es, debemos afirmar que, el citado principio [confianza legítima], así como el de buena fe —como principios generales de actuación de las Administraciones Públicas—, no han resultado vulnerados por la actuación de la Diputación Foral tendente a la recuperación de los incentivos fiscales indebidamente concedidos por la misma, y que, en consecuencia, tal actuación no puede servir de fundamento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial pretendida.

A continuación, la sentencia del Supremo reitera el recordatorio de la sentencia de instancia (FJ 7) y reitera asimismo de modo muy extenso jurisprudencia general relativa a la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho de la Unión (FJ 8). Este FJ 8 finaliza dando cuenta de casos recientes de responsabilidad por este concepto en asuntos como el sistema de ejecución hipotecaria, la normativa fiscal de sucesiones y donaciones y la tasa por el uso y aprovechamiento especial del dominio público local exigida a las operadoras de telefonía móvil. Es en el FJ 9 cuando el TS recupera la senda de centrar cuál es el punto exacto en el que parece centrarse la reclamación patrimonial, y lo hace presentándolo como la perspectiva subjetiva del problema. Dice así el Supremo:

Debe insistirse en que la responsabilidad patrimonial articulada se fundamenta en la obligación de proceder a la devolución de los beneficios fiscales establecidos y concedidos —indebidamente— por la Administración Foral alavesa, pero declarados, por la Comisión Europea, contrarios al Derecho de la Unión Europea, mediante Decisión que luego sería ratificada por los Tribunales europeos. Esto es, que la actuación de la Diputación Foral constituye una obligada ejecución de lo resuelto por la Comisión y los Tribunales europeos, no siendo, pues, en modo alguno, la citada Diputación Foral —demandada y luego recurrida en el presente litigio—, el órgano que decidió e impuso la devolución, sino, simplemente, el órgano que ejecutaba la Decisión de la Comisión Europea. Es decir, que el órgano responsable —en su caso— nunca sería la Diputación Foral, sino la Comisión Europea, pues la responsabilidad patrimonial articulada no se exige en relación con la Norma Foral, sino en relación con la imposición de devolución de los beneficios fiscales anulados; devolución, insistimos, impuesta

por la Comisión Europea. Dicho de otra forma, que la titularidad del acto normativo (Norma Foral 24/1996, de 5 de julio) corresponde a la Diputación Foral demandada, pero la titularidad del acto que impone la devolución de lo indebidamente percibido fue dictado por la Comisión Europea: Decisión 2002/820, de 11 de julio de 2001, de la Comisión Europea, que, declarando ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de las inversiones, ordenaba la recuperación de las citadas ayudas, disponiendo para ello —de conformidad con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999— de un plazo máximo de dos meses desde su notificación. La Diputación Foral demandada no es, pues, responsable de tal actuación.

Desde esta perspectiva subjetiva, pues, se ciñe el alcance de a quién corresponde cada responsabilidad decisoria, teniendo en cuenta la firmeza y el obligado cumplimiento de las decisiones de los órganos europeos. A lo cual añade la sentencia un elemento «objetivo», que consiste en decir que la Administración demandada no ha realizado ningún comportamiento lesivo, siendo la recuperación algo que simplemente restablece la «equidad empresarial y competencial», razón por la cual se estima que no hay daño antijurídico, no ha habido daño que la recurrente no tuviera obligación de soportar. Este segundo elemento se relacionaría con el aspecto antes indicado de cuál es la naturaleza y el objetivo de la recuperación de ayudas ilegales.

Sin embargo, en el mismo FJ 9 (introduciéndolo con la entrada «por otra parte y al margen de lo anterior», dada la delimitación que se había hecho un momento antes sobre qué era con precisión contra lo que se reclamaba) se vuelve a hacer una incursión en la perspectiva de los requisitos de la responsabilidad derivada de acto legislativo por vulneración del derecho de la Unión. Y en este punto se reitera que el art. 88.3 del Tratado (108.3 TFUE) no concede derechos a los beneficiarios de las ayudas, con lo cual faltaría el primer requisito consolidado en la jurisprudencia del TJUE.

Y es en una tercera parte del FJ 9 donde se vuelve a la perspectiva de la alegación de vulneración de los principios de confianza legítima y de buena fe, generada por la Administración Foral, en relación con la validez de las normas que disponían las ayudas, «a través de las sucesivas Órdenes Forales de reconocimiento de los incentivos fiscales (29 de julio 1999 y 11 de octubre de 2000) notificada, incluso, la segunda de ellas, una vez abierto un procedimiento de investigación seguido por la Comisión Europea respecto de tales incentivos». Ahí la sentencia vuelve a realizar una cita extensa de jurisprudencia precedente de modo general sobre dichos principios, para concluir que lo decisivo es, como no, el examen de las circunstancias concretas del caso. Y entonces el TS anuncia de nuevo que no se puede concordar con la afirmación de que se generó una confianza sobre la legalidad o

viabilidad de las ayudas en cuestión, y lo argumenta recurriendo de nuevo a una serie de datos que muchos de ellos se reiteran, porque ya habían sido objeto de referencias unas páginas antes: la apertura por parte de la Comisión del procedimiento de investigación en 1999; su publicación en el *DOUE* en 2000 —con la advertencia de poder ser exigida la devolución—; la Decisión 2002/820; su impugnación por parte de la Diputación Foral; la aceptación por la recurrente de la legalidad de la Decisión de la Comisión al no recurrirla ni comparecer en el procedimiento; y la confirmación por parte de los tribunales europeos, de Primera Instancia y de Justicia, así como otra sentencia de 2014 en recurso de incumplimiento. Todo ello en la línea de descartar la concurrencia de una confianza legítima generada en este supuesto. Concluye así el Supremo: «De todo ello, en modo alguno, puede deducirse la generación de un clima, ambiente, estado, apariencia o situación de seguridad legal en torno a los beneficios fiscales concedidos por la Norma Foral de precedente cita, debiendo recordarse que la existencia de controversias sobre la fiscalidad vasca —en su conjunto considerada— no nace de la Decisión anulatoria de la Comisión, pues, ya con anterioridad se habían producido impugnaciones ante Tribunales e instituciones europeas», de todo lo cual se deduce que «la recurrente era plenamente consciente de las dificultades con que contaba el régimen de ayuda al que se acogía y, sobre todo, las dudas que el mismo generaba». Este sería el punto culminante de esta resolución del Supremo, en cuanto que la reclamación de responsabilidad se articulaba en torno al juego de los principios de confianza legítima y de buena fe, tal como se había hecho explícito en la formulación de la cuestión de interés casacional. El Supremo viene así a dar más fuerza a la notoriedad de las actuaciones de investigación europeas y a la debida diligencia de la empresa en relación con tales actuaciones que a las posibles repercusiones de ciertas actuaciones de las autoridades nacionales que pudieran generar una expectativa en sentido contrario, como también se había planteado en la sentencia de instancia, dada la obligatoriedad del derecho europeo. El último punto lo dedica la sentencia a la pretensión subsidiaria de no procedencia del abono de los intereses, tema que merecería un tratamiento individualizado que aquí no realizaremos. Digamos simplemente que se entiende normal ese abono, a la vista de la cantidad de litigios generados ante tribunales europeos y españoles, dado que dicho abono lo que compensa también es el hecho de haber disfrutado de un beneficio que no correspondía, de acuerdo con la finalidad de protección de la competencia de las medidas de recuperación, para lo cual se reitera también extensamente alguna jurisprudencia europea.

Pero el TS no deja de añadir un último aspecto relevante. Se señala hacia el final de este extenso FJ 9:

Por otra parte, nos remitimos a lo expuesto [...] en la sentencia del TJPIUE de 9 de septiembre de 2009, de la que traen causa todas las actuaciones que nos ocupan (asunto T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01), de la que puede deducirse que sólo cabe invocar una confianza legítima en la regularidad de una ayuda si dicha ayuda fue concedida respetando el procedimiento establecido en el artículo 88 CE. Por ello en la STJPI se considera que toda autoridad regional y todo agente económico diligentes están normalmente en condiciones de verificar si se ha respetado tal procedimiento sin que concurran circunstancias excepcionales que puedan justificar su confianza legítima en la regularidad de dicha ayuda, con objeto de oponerse a la devolución de la misma (apartados 310 a 314 de la sentencia).

A lo que únicamente se añade que obviamente tratándose de instituciones y recursos públicos el supuesto entra en el ámbito de aplicación del régimen de ayudas de Estado. Esta importante acotación del alcance del principio de confianza legítima es algo que en efecto está en la línea de aquella interpretación restrictiva a la que hemos hecho mención en este comentario, y lo había formulado así la Comisión en su Decisión antes comentada del caso *Micula/Rumanía*:

Según la jurisprudencia del TJUE, salvo en circunstancias excepcionales, las empresas a las que se concede una ayuda solo podrán, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando esta se conceda de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 108, apartado 3, del Tratado. El TJUE, en su jurisprudencia más reciente, ha declarado que en ausencia de garantías suficientemente precisas, resultantes de una acción positiva emprendida por la Comisión (la cual tiene la competencia exclusiva de autorizar la concesión de ayuda estatal por los Estados miembros de la Unión) que dé lugar a que el beneficiario crea que la medida no constituye ayuda estatal, ninguna circunstancia excepcional puede justificar la aplicación del principio de la protección de la confianza legítima para impedir la recuperación si dicha medida de ayuda no ha sido notificada a la Comisión. De hecho, es jurisprudencia reiterada que el principio de la confianza legítima no puede invocarse contra una disposición concreta del Derecho de la UE y que la conducta de una autoridad nacional responsable de aplicar este Derecho que actúe en incumplimiento del mismo no puede generar una confianza legítima en un operador económico de que se beneficiará de un trato contrario a dicho Derecho. Debe presuponerse que todo agente económico diligente estará normalmente en condiciones de comprobar si el referido procedimiento ha sido observado.

Hay que precisar que esta doctrina europea que acota el alcance del juego de la alegación de la confianza legítima se produce en el marco de concretar la excepción al establecimiento de la obligación de recuperación, cuando lo que

aquí sucede es que se utiliza este principio en el marco de una reclamación de responsabilidad patrimonial, tras haberse exigido ya la recuperación de la ayuda. Evidentemente son cuestiones conectadas, si no se quiere incurrir en un resultado que defraude el objetivo del derecho europeo de ayudas; pero convendría plantearse cuál es el espacio propio del recorrido del principio en el segundo caso. Se ha comentado (y haciendo alusión también al caso de las ayudas fiscales vascas), que no se pueden descartar casos excepcionales en que podría ser procedente la indemnización vía responsabilidad patrimonial¹². Cabría entender que ello debería ceñirse, en esa excepcionalidad, a los términos en que el daño producido se concretara autónomamente, al margen de la idea de recuperar por esta vía la devolución efectuada. Porque, en efecto, lo que queda muy claro de la doctrina europea en este punto es que, como se ha dicho: «[E]s evidente que una interpretación amplia del principio [de confianza legítima] hubiera socavado la prohibición de las ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. En efecto, para la plena efectividad de un elemento central de la Constitución económica de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia no puede dejar impune la falta de notificación a la Comisión de las ayudas nuevas por los Estados miembros»¹³. En el caso comentado de la STSJPV de 2014, que sirvió de contenido por remisión a las que se ocuparon de nuestro caso, la posición de la Diputación Foral de Álava precisamente destacó que:

[...] la jurisprudencia, nacional y comunitaria, parte en orden a determinar la existencia de responsabilidad del Estado de la existencia de violaciones de la normativa comunitaria por la legislación nacional que ha impedido a los particulares aplicar beneficios o exenciones previstas en el Derecho Comunitario. En cambio, en el presente caso, se trata del supuesto opuesto, al exigirse a determinadas mercantiles entre otras, la apelante, la devolución o imposibilidad de deducción a futuro de los beneficios que la Comisión Europea consideraba ayudas de Estado contrarias al art. 88 del Tratado. A juicio de la parte apelada, otro entendimiento de la cuestión conduciría a vulnerar, a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, la decisión de la Comisión. No puede considerarse, argumenta el escrito de oposición, que exista un daño real y efectivo, es decir, un perjuicio individualizado para la empresa al no aplicar las ayudas concedidas ya que, en base a ellas, tendría una situación de ventaja en el merca-

¹² Véase en este sentido L. Piña Garrido (2013), «Recuperación de ayudas de Estado consistentes en medidas fiscales contrarias a Derecho Comunitario», *Crónica Tributaria*, 149, págs. 129-151 (pág. 143)

¹³ Así lo dice X. Arzo Santisteban (2013), *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho Administrativo europeo*, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas-IVAP (pág. 53).

do frente al resto de sus competidoras, ni tampoco concluir que la actuación de la Administración Foral exigiendo el reintegro o la suspensión de la aplicación de las ayudas, en ejecución de la decisión de la Comisión, pueda considerarse antijurídica (FJ 1).

No cabe duda, pues, de que en el marco de estos principios la aplicación del derecho nacional no puede implicar una imposibilidad práctica de llevar a cabo la recuperación de ayudas dispuestas por los órganos europeos (ni la posibilidad, añadiríamos, de *cortocircuitar* o de privar de sentido *a posteriori* la recuperación ya dispuesta), lo cual ha sido ya tenido en cuenta en la exposición del principio de confianza legítima en la ejecución por los Estados miembros del derecho de la Unión¹⁴. De ahí lo acotado o limitado que hemos visto que queda su aplicación para los casos de devolución de ayudas ilegales. De hecho, sobre los espacios respectivos que pueda tener el recorrido de la aplicación del principio de confianza legítima en el derecho de la Unión y en el derecho nacional, se ha puesto de relieve que la jurisprudencia más reciente, frente a una postura anterior que parecía menos restrictiva, ha sustraído la apreciación del principio de confianza legítima al juez interno, al menos en la medida, como se ha comentado aquí también al hablar de la firmeza de las decisiones europeas y del reparto de roles entre autoridades europeas y nacionales, en que no es posible para el beneficiario que no ha impugnado la Decisión de la Comisión cuestionar la misma ante el juez nacional al impugnar las medidas de ejecución de tal Decisión, del mismo modo que las autoridades internas deberían solucionar sus dudas utilizando el mecanismo prejudicial¹⁵. Del mismo modo que es, como hemos visto en el Reglamento europeo, la Comisión la que debe tener en consideración este principio, de manera que su decisión de recuperación ya implica haber tenido en cuenta el factor de la confianza legítima, y que su presencia generaría un obstáculo a la recuperación, pero no un derecho de indemnización, factores que son importantes a la hora de calibrar la viabilidad de una pretensión de responsabilidad patrimonial ante el juez nacional por parte del beneficiario¹⁶.

La sentencia objeto de este comentario reafirmaría en ese sentido un escenario coherente en su resultado final con estas exigencias del sistema europeo de ayudas. Su postura de cerrar la puerta a cualquier apreciación singular o general de la entrada de la confianza legítima, combinada con la confirma-

¹⁴ Puede verse F. A. Castillo Blanco (1998), *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons (págs. 231-250).

¹⁵ Véase sobre todo ello Arzo Santisteban (2013: 56-59).

¹⁶ Véanse los aspectos indicados en Arzo Santisteban (2013: 56-59) y las referencias allí comentadas.

ción de hacia quién se reconocen derechos en el precepto del Tratado aplicado, conduce al resultado de la desestimación del recurso de casación. La improcedencia del reconocimiento de una indemnización por responsabilidad patrimonial de las autoridades nacionales, desde las perspectivas sucesivas y superpuestas del Estado legislador y de la actuación de ejecución interna de las decisiones europeas, queda afirmada a partir de la no apreciación de circunstancias objetivas para una confianza legítima de la empresa beneficiaria de la ayuda. En la medida en que parece que por las cantidades objeto de reclamación se pretendía volver a obtener aquello que fue ordenado reintegrar —se identifican los perjuicios con la devolución de las ayudas, con haber dejado sin efecto un beneficio fiscal previamente reconocido—, la negativa es claramente formulada. Hay que indicar los términos en que se formulaba cuantitativamente la reclamación, que vemos en el Auto citado del TS de 28 de abril de 2017 (hecho segundo):

En dicha sentencia [de primera instancia] se desestiman las pretensiones de anulación de los acuerdos impugnados, declaración de responsabilidad patrimonial de la Diputación Foral de Álava y reconocimiento del derecho a una indemnización, de forma principal, por el importe de 730718,47 € (importe que tuvo que ser pagado en noviembre de 2007) así como el importe de 2027808,76 € (importe de los créditos fiscales que fueron eliminados como consecuencia de la actividad de recuperación) y, de forma subsidiaria, el importe de 327819,59 € (importe de los intereses que ha tenido que abonar en la recuperación) aplicando el criterio sostenido por la Sala del TSJ del País Vasco en sentencia de 19 de junio de 2014, que confirma sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz por la que se desestimó recurso en el que, como en este caso, se solicitaba la responsabilidad patrimonial de la Diputación Foral de Álava por incumplimiento del derecho comunitario derivado de la exigencia de devolución de los beneficios fiscales otorgados previamente a las empresas afectadas.

En el FJ 3 del mismo Auto, en relación con el escrito de preparación del recurso de casación, se habla de «una serie de decisiones de inversión» adoptadas en razón de la normativa aplicable. Recordemos que otras pretensiones alternativas (por eventuales o hipotéticas) fueron desestimadas por el TSJPV en la sentencia de 2014. Y hay que indicar que cuando en el recurso de casación planteado ante el TJUE se esgrimió la vulneración de la proporcionalidad, es decir, con más matices, la medida adecuada de la recuperación, la Sentencia de 28 de julio de 2011 resolvió que:

[...] en el presente asunto, las recurrentes se limitan a alegar que la obligación de recuperación es desproporcionada, porque se aplica a la totalidad de las ayudas

otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos, en vez de afectar únicamente a las ayudas que sobrepasen los límites máximos establecidos para las ayudas de finalidad regional. Formulan además esta alegación, como ha señalado la Comisión y como se indica en el apartado 14 de la presente sentencia y en el apartado 379 de la sentencia recurrida, sin haber aportado en la fase administrativa información que permitiera acreditar que las ayudas otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos eran compatibles con el mercado común en ciertos casos individuales, en particular por haber sido otorgadas respetando los límites máximos regionales aplicables en el País Vasco y por cumplir todos los requisitos exigidos para acogerse a la excepción establecida en el artículo 87 CE, apartado 3, letra c).

Por lo tanto, a falta de cualquier otro planteamiento de reclamación más concretamente fundamentado y articulado, se impone la denegación.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En su sentencia *Lucchini*, de 18 de julio de 2007 (C-119/05), el TJUE, que afirmó con claridad el papel que corresponde a las autoridades europeas y nacionales en el control de las ayudas, y que entre otras cosas acotó las posibilidades de cuestionamiento de la legalidad de las decisiones de la Comisión en los términos antes recordados, estableció claramente que el derecho de la Unión se opone a la aplicación de aquellas disposiciones de derecho nacional «cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión». El reto de articulación entre los ordenamientos nacional y europeo sigue ofreciendo una complejidad destacable. En este comentario hemos puesto especial énfasis en esta cuestión desde la perspectiva de la compatibilidad material y *sucesiva* de ciertas medidas internas con las decisiones europeas. La STS que comentamos hay que contemplarla también desde esta perspectiva. Detectando como cuestión de interés casacional los términos de la procedencia de una responsabilidad patrimonial en favor de los beneficiarios de unas ayudas concedidas y de obligado reintegro por decisión europea, la sentencia aborda el papel del principio de confianza legítima en este contexto y lo conecta claramente a los parámetros restrictivos con que se trata en el derecho europeo, partiendo de la determinación subjetiva y objetiva de las decisiones cuestionadas. A partir de un tratamiento a menudo sucesivo y por remisión acumulativa de jurisprudencia anterior relativa a las diversas perspectivas que se pueden considerar en los casos de reclamaciones derivadas del cumplimiento de de-

cisiones europeas (responsabilidad del Estado legislador, actuación de ejecución, obligación de recuperación dictada por la autoridad europea, posición de la empresa ante dichos escenarios...), la sentencia resulta extensa y a veces reiterativa, lo cual no debería impedir la distinción de planos, enfoques y matices, como hemos pretendido propiciar a través de la exposición en este comentario de los diversos elementos a tener en cuenta. Esperemos que ello permita avanzar en el terreno rico y complejo de la articulación antes indicada. En este caso, la sentencia comentada obtiene un resultado denegatorio de la petición de indemnización por responsabilidad patrimonial, que es una vía sobre cuya viabilidad se ha debatido en escenarios como el de las vacaciones fiscales vascas. A la hora de valorar los incumplimientos que se han sucedido y las conductas de los sujetos implicados (autoridades nacionales y empresas beneficiarias), la sentencia no considera que la confianza legítima se pueda hacer valer en favor de la beneficiaria de las ayudas, ahora afectada por su reintegro. Se hace prevalecer, así, la claridad de las actuaciones de las autoridades europeas, el deber de diligencia de la empresa y su actitud procesal, sobre la eventual apreciación de las consecuencias, en clave de confianza generada, de un comportamiento, normativo y aplicativo, más o menos reiterado durante un tiempo, por parte de las autoridades nacionales. Esa eventual apreciación, en su caso, parece que debería basarse en un planteamiento muy acotado y fundamentado de la dimensión precisa, del origen de los daños que se entienden producidos y de los perjuicios concretos alegados realmente imputables a cada comportamiento cuestionado, y por tanto realmente indemnizables¹⁷, que en este caso no se ha considerado

¹⁷ En este sentido hay que tener muy en cuenta la casuística, la delimitación y los matices que sobre el alcance de la reclamación por responsabilidad patrimonial derivada de la alegación del principio de confianza legítima expone L. Medina Alcoz (2006), «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 130 (págs. 275-326), en particular en lo relativo a la declaración de nulidad de actos administrativos favorables y la limitación a la lesión del interés negativo (págs. 314-318). También puede verse M. Rebollo Puig (2005), «Capítulo X. El reintegro de subvenciones», en G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones* (págs. 407-527), Cizur Menor: Thomson-Civitas, que comenta la posibilidad, a diferenciar de los límites a la revisión de oficio, de que la anulación pueda «en algún caso, si se dan todos los requisitos generales, comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración» por los daños ocasionados, no tanto por la anulación como por la actuación ilegal de la Administración que hubiera conducido a incurrir en gastos que en otro caso no se hubieran afrontado, y que no se podría descartar, añade incluso, que, si se hace la acreditación oportuna, puedan llegar a un importe equivalente al de la subvención perdida (pág. 427).

presente. Tendremos ocasión de comprobar si en el futuro esos respectivos espacios propios encuentran algún elemento adicional que venga a añadir complementos o matices a la presente sentencia.

Son muchos los aspectos problemáticos que siguen planteando las cuestiones vinculadas a la responsabilidad por incumplimiento del derecho de la Unión¹⁸ y por las actuaciones de ejecución de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Casos como el presente ponen de manifiesto las paradojas que se pueden producir en el modo de plantear ciertas reclamaciones, como decíamos en la introducción. Se requiere el ajuste de diversas piezas para el funcionamiento global del sistema, y la lectura de sentencias como la presente muestran la necesidad de seguir avanzando en un tratamiento ordenado y sistemático de unas cuestiones que son esenciales para la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸ Basta con ver la cuestión delicada de la exigibilidad en nuestro sistema de responsabilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada: E. Cobreros Menda-zona (2015), *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Iustel (págs. 197-239).