

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS ESTATALES POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA COMPETENCIA DEL JUEZ NACIONAL EN MATERIA DE AYUDAS.
 1. EL MARCO DESCRIPTIVO DE LA COMPETENCIA.
 - A. *El fundamento de la competencia: el efecto directo del artículo 108.3.*
 - B. *La delimitación de la competencia del juez nacional.*
 - a. Competencias paralelas e independientes.
 - b. Competencias complementarias.
 - C. *El juez nacional frente a los retos y riesgos que se le pueden plantear.*
 - a. El juez y la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales.
 - b. Los medios de colaboración con las instituciones de la Unión Europea.
 2. EL ALCANCE DE LA AYUDA ILEGAL.
 - A. *La calificación de la medida en cuestión como ayuda estatal.*
 - a. El concepto de ayuda estatal.
 - b. Reflexiones sobre las distintas formas de ayudas que pueden ventilarse en un procedimiento judicial nacional.
 - B. *La sujeción de la ayuda a la obligación de notificación.*
 - a. La calificación de una medida como ayuda nueva.
 - b. La problemática relativa a los regímenes de ayudas ya aprobados.
 - c. Las excepciones: ayudas *de minimis* y las exenciones por categoría.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España; dirección de correo electrónico: juan.perezrivares@uria.com. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación y Desarrollo titulado *El ejercicio de las competencias comunitarias entre la EU y sus Estados miembros: técnicas jurídicas de coordinación*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2011-23492).

- III. LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES NACIONALES.
 1. LAS CONSECUENCIAS DE LA AYUDA ILEGAL EN EL DERECHO NACIONAL.
 - A. *Derecho sustantivo: nulidad y obligación de devolución.*
 - B. *Derecho procesal: medidas cautelares.*
 2. LOS DIFERENTES TIPOS DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES.
 - A. *El Estado contra el beneficiario de la ayuda (y viceversa).*
 - B. *Un competidor del beneficiario contra el Estado.*
 - a. La responsabilidad del Estado por los daños causados.
 - b. Los procedimientos para la anulación de medidas estatales.
 - C. *Un competidor contra el beneficiario de la ayuda.*
 - D. *Los litigios entre Administraciones.*
- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Al abordar este estudio, conviene ponerse en el lugar de un juez nacional que conoce de un litigio entre dos o más partes que alegan que su discrepancia atañe a ayudas estatales concedidas en contravención de las reglas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹. Antes de entrar a valorar el fondo del asunto, el juez nacional se planteará, sin duda, si es competente para conocer del litigio. El propósito de este estudio es ofrecer algunas indicaciones claras que puedan ser de utilidad para un juez nacional que tenga que conocer de un litigio en el cual las partes invoquen la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE².

¿Cuál es el lugar de los órganos jurisdiccionales nacionales en la estructura jurídica de la Unión Europea? De conformidad con el principio de subsidiariedad, el sistema de control judicial en la Unión Europea está descentralizado y fundamentado en el papel activo de los órganos jurisdiccionales nacionales³. Por otra parte, una ayuda estatal es algo bastante usual en la vida

¹ En este trabajo se emplean indistintamente los términos «ayudas de Estado» o «ayudas estatales» (habitualmente utilizados en la práctica de la UE) y el término «ayudas públicas», por cuya utilización ha optado mayoritariamente la doctrina española. Por otra parte, cuando se emplean los términos «juez» o «juez nacional», deben entenderse referidos al «órgano jurisdiccional nacional» competente.

² Los artículos del TFUE se citan en este trabajo siguiendo el formato «artículo 107.1» (antiguo artículo 87.1 del TCE), con arreglo a la numeración introducida por el Tratado de Lisboa, incluso cuando van referidos a asuntos anteriores a la entrada en vigor de este Tratado.

³ Esta responsabilidad compartida se halla positivizada en el artículo 19.1 del TUE: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la

de las empresas. Como las normas relativas a las ayudas estatales tienen por objetivo evitar cualquier discriminación en el mercado, las empresas, especialmente cuando son competidoras del beneficiario de una ayuda, pueden solicitar la protección de los derechos derivados de estos objetivos (*private enforcement*). Los jueces nacionales constituyen un foro más cercano que la Comisión Europea a tal efecto. Por otra parte, los jueces nacionales ayudan a las autoridades estatales en la ejecución de las decisiones de la Comisión en lo que se refiere a la devolución de las ayudas ilegalmente concedidas (*public enforcement*)⁴.

¿Por qué involucrar a los jueces nacionales en el *private enforcement*? Es cierto que las empresas pueden denunciar ante la Comisión que sus competidores se han beneficiado de una ayuda ilegal. Sin embargo, la Comisión decide discrecionalmente hacerse cargo o no de un asunto. Siendo esto así, la tutela efectiva del derecho de las empresas en esta sede es relativa. En cambio, el juez nacional debe examinar el asunto y pronunciarse. Además, los

tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Véase CCBE, *Papers from the Colloquium on the Judicial Architecture of the European Union*, 2004, disponible en <http://www.ccbe.org/>; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dirs.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993; RUIZ-JARABO Y COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993; RUIZ-JARABO Y COLOMER, D., «El juez nacional y la adopción de medidas provisionales en virtud del Derecho comunitario», en *III Jornadas sobre Sentencias Fundamentales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Comunidad de Madrid, 1994, pp. 9-66; TRIDIMAS, G. y TRIDIMAS, T., «National courts and the European Court of Justice. A public choice analysis of the preliminary reference procedure», 2001, disponible en <http://polis.unipmn.it/>; SCHERMERS, H. G. y WAELBROECK, D., *Judicial Protection in the European Communities*, Kluwer, Deventer, 2002; ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Díez-Hochleitner Rodríguez, J., «El Derecho comunitario europeo: un ordenamiento al servicio de un modelo de integración descentralizada», en PÉREZ TREMPs, P. (coord.), *Integración política y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 271-334; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Algunas reflexiones sobre la evolución del sistema judicial en la Unión Europea», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2003, nº 6, pp. 11-20; y BOURGEOIS, J. H. J. y BAUME, T., «Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law», en DEMARET, P., GOVAERE, I. y HANF, D. (eds.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe. Liber Professorum*, P.I.E.-Peter Lang, Bruselas, 2005, pp. 387 y ss.

⁴ FLYNN, J., «The Role of National Courts», en BIONDI, A., ECKHOUT, P. y FLYNN, J. (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 323.

jueces nacionales pueden ofrecer a las empresas remedios muy eficaces en caso de infracción de las normas sobre ayudas estatales, según se indica en el apartado 5 de la *Comunicación sobre Aplicación*⁵, y disponen mejores medios que la Comisión para garantizar la tutela cautelar. Todo ello tiene por efecto proporcionar al justiciable mayores garantías procesales⁶.

En este contexto, la Comisión incita a las empresas a que ventilen sus litigios en materia de ayudas estatales ante los jueces nacionales⁷. La Comisión dictó su *Comunicación sobre Aplicación* en abril de 2009 con la finalidad de informar tanto a los jueces nacionales como a terceros sobre los remedios disponibles en caso de infracción de las normas sobre ayudas estatales, y con la de desarrollar la cooperación de la Comisión con los órganos jurisdiccionales nacionales, introduciendo herramientas prácticas para prestar asistencia a los jueces nacionales en su actividad diaria (apartado 1.6 de la *Comunicación sobre Aplicación*).

Aunque el *private enforcement* de los artículos 101 y 102 (antiguos 81 y 82) del TFUE es un tema de máxima actualidad⁸, no parece ser el caso en la

⁵ *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (DO n° C 85, de 09.04.2009, p. 1). Esta *Comunicación sobre Aplicación* sustituyó a la anterior *Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado* (DO n° C 312, de 23.11.1995, p. 8).

⁶ El factor tiempo resulta fundamental. No obstante, este factor no siempre juega en favor de la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales. En función de la complejidad de la materia, el juez nacional puede aplicar el procedimiento del artículo 267 del TFUE, lo que puede alargar la duración del procedimiento de manera considerable (véase SINNAEVE, A., «What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid?», *European State Aid Law Quarterly*, 2005, n° 1, p. 1).

⁷ La Comisión considera que el número de acciones judiciales destinadas a velar por el cumplimiento de las normas sobre ayudas estatales es relativamente pequeño, y que los procedimientos incoados por particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales destinados a velar por el cumplimiento de tales normas ha desempeñado, hasta el momento, un papel relativamente limitado (apartados 1.4 y 1.5 de la *Comunicación sobre Aplicación*) y, por tanto, insuficiente.

⁸ Véase JONES, A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, Oxford, 1999; CREUS, A., «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 200, 1999, pp. 55-56; CIENFUEGOS MATEO, M., «L'application de la nullité de l'article 85.2 du Traité CEE par les juridictions nationales (avec un examen particulier du domaine des transports aériens). Conséquences dans l'ordre juridique interne», *Cahiers de droit européen*, 1991, n° 3/4, pp. 317-353; MARTÍNEZ LAGE, S., «La aplicación judicial de los artículos 81 y 82 del CE a partir del 1 de mayo de 2004», *Gaceta jurídica de la Unión*

misma medida por lo que se refiere a las ayudas estatales. Sería lamentable que el *private enforcement* quedara al margen de las normas de ayudas estatales, ya que es una herramienta eficaz de control del cumplimiento de las normas⁹, que ofrece considerables beneficios para la política de ayudas estatales (apartado 1.5 de la *Comunicación sobre Aplicación*)¹⁰.

En el debate relativo al *private enforcement* de los artículos 101 y 102 del TFUE¹¹, la doctrina ha identificado como problema que la independencia de los jueces puede conducir a una práctica decisoria no coherente, e incluso contradictoria, que puede actuar en detrimento de la seguridad jurídica¹². Dichos problemas son susceptibles de plantearse asimismo en materia de ayudas estatales. Es difícil considerar que un juez que, por primera vez (y, quizá, por última vez) en su carrera, tenga que pronunciarse sobre una ayuda estatal, pueda resolver el asunto sin asistencia¹³.

En este contexto, este trabajo pretende aportar una perspectiva práctica del *private enforcement* en la aplicación del régimen de ayudas de Estado en línea con los recientes desarrollos del Derecho de la competencia y apuntar los principales problemas prácticos que se plantean. No se trata, por tanto, de

Europea y de la competencia, nº 231, 2004, pp. 4-11; FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B., «Las normas de defensa de la competencia: medidas cautelares en su aplicación judicial directa», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs.), *El Derecho de la competencia y los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2007; y ORTIZ BAQUERO, I. S., «La aplicación privada del derecho *antitrust* y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia», *Revista e-mercatoria*, 2008, nº 1.

⁹ MONTI, M., «EU gets new competition powers for the 21st century», *CPN Special Edition*, 2004, nº 1, p. 1.

¹⁰ Los competidores conocen bien la situación en su propio mercado y, así, se hallan en mejor posición que las autoridades de control para averiguar si existe una infracción de la Ley, en particular cuando supone un perjuicio para sus intereses.

¹¹ El razonamiento en relación con la importancia del *private enforcement* con relación con los 101 y 102 artículos es el siguiente: dado que los jueces nacionales son competentes para pronunciarse sobre las consecuencias en materia civil de la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE (y, en particular, en lo que atañe a la validez de los contratos o a los daños y perjuicios), pueden contribuir de manera significativa a la preservación de una competencia eficiente dentro de la Unión Europea, con el fin de disuadir a las empresas de acordar o introducir prácticas anticompetitivas (LENAERTS, K. y GERARD, D., «Decentralisation of EC Competition Law, Enforcement: Judges in the Frontline», *World Competition*, 2004, p. 316). Este argumento es plenamente válido también por lo que se refiere a las ayudas estatales.

¹² LENAERTS, K. y GERARD, D., «Decentralisation of EC Competition Law...», *loc. cit.*, p. 317.

¹³ SINNAEVE, A., «What to Expect from National Courts...», *loc. cit.*, p. 2.

realizar un estudio exegético de las fuentes¹⁴ ni una revisión crítica de la literatura existente. A tal efecto, tras ofrecer una sucinta descripción del alcance de la competencia del juez, de su fundamento jurídico y de su delimitación funcional frente a la competencia de la Comisión, se analizarán los retos y las complejas situaciones a los que el juez nacional puede verse abocado a enfrentarse al cumplir su deber de aplicar el Derecho de la Unión Europea sobre ayudas estatales, así como los medios a que puede recurrir en caso de precisar ayuda (apartado II, subapartado 1). Se abordarán las cuestiones sustantivas y procedimentales relativas a la noción de ayuda ilegal sobre las que se puede pronunciar el juez nacional. Así, se tratará de determinar los trámites que debe emprender el juez para establecer si se trata de una ayuda ilegal (apartado II, subapartado 2). Por último, se analizarán las orientaciones del

¹⁴ Sobre este particular, existen excelentes trabajos escritos, a los que me remito. Como obras de referencia, véase PIJNACKER HORDIJK, E., «Judicial Protection of Private Interests under the EEC Competition Rules relating to State Aids», *Legal Issues of Economic Integration*, 1985, pp. 242-256; HANCHER, L., «State Aids and Judicial Control in the European Community», *European Competition Law Review*, 1994, pp. 134-150; NORDBERG, C., «Judicial Remedies for Private Parties under the State Aid Procedure», *Legal Issues of Economic Integration*, 1997, vol. 24, n° 1, pp. 35-77; JESTAEDT, T., OTTERVANGER, T., CUTSEM, J.-P. y PARLAMENTO EUROPEO, *Application of EC State Aid Law by the Member State Courts*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1999; ARHOLD, C., «Suspension Orders in State Aid Cases – Is the Court Closing Pandora’s Box again?», *European State Aid Law Quarterly*, 2003, n° 1, pp. 39-49; STRUYS, M. y ABBOTT, H., «The Role of National Courts in State Aid Litigation», *European Law Review*, 2003, n° 2; MONTI, M., «New Challenges for State Aid Policy», *European State Aid Law Forum*, 19 de junio de 2003, p. 1, disponible en <http://europa.eu.int/>; RODRÍGUEZ CURIEL, J.-W., «El juez nacional en el sistema de control comunitario de las ayudas estatales», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n° 226, 2003, pp. 49-59; RODRÍGUEZ CURIEL, J.-W., «Obligación de devolución de los tributos exacciones parafiscales específicamente recaudados para financiar ayudas estatales ilegales (sentencia *Van Calster*). De nuevo sobre la función del juez nacional», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n° 233, 2004, pp. 77-86; NEMITZ, P. F., *The Effective Application of EU State Aid Procedures: The Role of National Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2007; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La ejecución forzosa de la recuperación y de la devolución de las ayudas de Estado en la Unión Europea y en España», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n° 9, 2009, pp. 75-96; COMISIÓN, *Aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales. Comunicación de la Comisión y otros documentos pertinentes*, Manuales sobre Competencia, Bruselas, 2010; y, más recientemente, el excelente trabajo del Magistrado DA SILVA OCHOA, J. C., «Tribunales nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, n° 324, 2012, pp. 73-90.

Tribunal¹⁵ en cuanto a las consecuencias de la ayuda ilegal en Derecho nacional, y se profundizará en la aplicación de dichas directrices en los diferentes tipos de procedimientos judiciales nacionales en los que puede plantearse (apartado III).

II. LA COMPETENCIA DEL JUEZ NACIONAL EN MATERIA DE AYUDAS

1. EL MARCO DESCRIPTIVO DE LA COMPETENCIA

A. *El fundamento de la competencia: el efecto directo del artículo 108.3*

La competencia del juez en la aplicación del Derecho de la Unión Europea sobre ayudas estatales se fundamenta en el efecto directo de la última frase del artículo 108.3, que conlleva el derecho de los justiciables de poder invocarlo ante los jueces nacionales¹⁶. Dicha frase establece la conocida como obligación de *standstill*, conforme a la cual los Estados miembros no pueden ejecutar medidas de ayuda sin la previa notificación de la medida a la Comisión y la previa aprobación de la medida por la Comisión.

Tras algunos pronunciamientos más o menos tímidos (asuntos *Costa c/ ENEL*¹⁷, *Lorenz*¹⁸ *Steinike y Weinlig*¹⁹ y *Ianelli*²⁰), el efecto directo del artículo 108.3 ha sido reconocido expresamente por las sentencias del TJ recaídas en los asuntos *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits*

¹⁵ En el contexto de este trabajo, los términos «Tribunal» y «TJ» se refieren al Tribunal de Justicia o (cuando la referencia sea anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El término «TG», por su parte, se refiere al Tribunal General (anteriormente denominado Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas). Por último, el término «TJUE» se refiere conjuntamente al TJ y el TG, coherentemente con el artículo 19 del TUE.

¹⁶ STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales dans le contentieux communautaire des aides d'État», en CDVA (ed.), *Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 287.

¹⁷ Sentencia del TJ de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa c/ ENEL*, as. 6/64, *Rec. 1964*, p. 1141.

¹⁸ Sentencia del TJ de 11 de diciembre de 1973, *Lorenz*, as. 120/73, *Rec. 1973*, p. 1471, apartado 8.

¹⁹ Sentencia del TJ de 22 de marzo de 1977, *Steinike y Weinlig*, as. 74/76, *Rec. 1977*, p. 595.

²⁰ Sentencia del TJ de 22 de marzo de 1977, *Ianelli c/ Meroni*, as. 78/76, *Rec. 1977*, p. 557.

*Alimentaires y otros c/ Francia*²¹ y *SFEI*²², y confirmado por la Comisión en su *Comunicación sobre Aplicación*, según la cual la obligación de *standstill* establecida en dicho precepto confiere a las partes interesadas (como los competidores del beneficiario de la ayuda) derechos individuales, que pueden hacer valer interponiendo ante los tribunales nacionales competentes una acción judicial contra el Estado miembro concedente de la ayuda (apartados 22 y 24).

B. La delimitación de la competencia del juez nacional

Las tareas se reparten entre la Comisión y los jueces nacionales. El TJ ha confirmado que tanto la Comisión como los jueces nacionales desempeñan funciones esenciales, pero diferentes, en el contexto de la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales²³ (apartado 19 de la *Comunicación sobre Aplicación*). La Comisión es la autoridad administrativa responsable de examinar cualquier medida de ayuda conforme al artículo 107.1 del TFUE para comprobar su compatibilidad con el mercado interior, basándose en los criterios establecidos en los artículos 107.2 y 107.3. Esta evaluación de la compatibilidad es responsabilidad exclusiva de la Comisión, sujeta a la revisión del TJUE. Según jurisprudencia reiterada, los jueces nacionales no están facultados para declarar una medida de ayuda estatal compatible con los artículos 107.2 ó 107.3 del TFUE²⁴ (apartado 20 de la *Comunicación sobre Aplicación*). Por otro lado, los jueces nacionales deben garantizar los derechos y el cumplimiento de las obligaciones a petición de los particulares. Dado que la competencia del juez es consecuencia del efecto directo del artículo 108.3, los jueces nacionales deben velar por el cumplimiento por los Estados de la

²¹ Sentencia del TJ de 21 de noviembre de 1991, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires y otros c/ Francia*, as. C-354/90, *Rec. 1991*, p. I-5505, apartados 11 y 12.

²² Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros / La Poste y otros*, as. C-39/94, *Rec. 1996*, p. I-3547, apartados 39 y 40.

²³ Sentencia del TJ de 5 de octubre de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH y otros c/ Finanzlandesdirektion für Tirol y otros*, as. C-368/04, *Rec. 2006*, p. I-9957, apartado 37.

²⁴ Sentencia del TJ de 12 de febrero de 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF) y Ministre de la Culture et de la Communication c/ Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, as. C-199/06, *Rec. 2008*, p. I-469, apartado 38.

obligación de notificación de una medida de ayuda a la Comisión y de la obligación de no ejecutarla antes de que recaiga una decisión de esta institución (a lo que nos hemos referido como obligación de *standstill*).

A menudo se solicita a los jueces nacionales que intervengan en caso de que una autoridad de un Estado miembro haya concedido una ayuda sin atenerse a la obligación de *standstill*. Esta situación puede plantearse cuando la ayuda no se ha notificado, o cuando la autoridad la ha ejecutado antes de ser autorizada por la Comisión. En tal caso, el cometido de los jueces es amparar los derechos individuales afectados por la ejecución ilegal de la ayuda. Por otra parte, los jueces también desempeñan una importante función en la ejecución de las decisiones de recuperación adoptadas de conformidad con el artículo 14.1 del *Reglamento de Procedimiento*, cuando la Comisión concluye que una ayuda concedida ilegalmente es incompatible con el mercado interior y obliga al Estado miembro en cuestión a obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda (apartado 21 de la *Comunicación sobre Aplicación*).

A nuestro juicio, las competencias de los jueces se pueden clasificar, en función de la competencia de la Comisión, según se trate (a) de competencias paralelas o (b) de competencias complementarias.

a. Competencias paralelas e independientes

Los jueces nacionales son los más indicados para conocer de una medida de ayuda que no haya sido notificada²⁵ o de una medida que, aunque haya sido notificada, haya sido ejecutada sin la previa autorización de la Comisión (apartado 21 de la *Comunicación sobre Aplicación*). Es precisamente en estos casos en los que un juez nacional dispone de competencia paralela e independiente con relación a la de la Comisión. Las empresas más susceptibles de llevar el asunto ante el juez son las competidoras del beneficiario de la ayuda concedida sin haber sido notificada o aprobada por la Comisión.

Las posibles acciones ante los jueces nacionales constituyen una solución importante para los competidores y otros afectados por la ayuda estatal ilegal, al poder decretar los tribunales nacionales las siguientes medidas: (i) impedir el pago de la ayuda ilegal, (ii) exigir la devolución de la ayuda ilegal (independientemente de su compatibilidad con el mercado interior), (iii) exigir el pago de intereses por el período de la ilegalidad, (iv) imponer una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a competidores y otros

²⁵ FLYNN, J., «The Role of National...», *loc. cit.*, p. 323.

terceros, y (v) dictar medidas cautelares contra la ayuda ilegal (apartado 26 de la *Comunicación sobre Aplicación*)²⁶.

Cabe distinguir tres hipótesis principales en las que los particulares, concededores de que el Estado acaba de conceder una ayuda a su competidor sin notificarla a la Comisión (o sin haber sido autorizada por ésta), pueden recurrir al juez (sin perjuicio de que, a la vez, pueden denunciar los hechos a la Comisión²⁷): (i) el procedimiento entablado ante el juez nacional sigue su curso sin que actúe la Comisión (hipótesis a que nos referiremos en lo sucesivo como *Hipótesis 1*); (ii) se acude al juez antes de que la Comisión incoe su procedimiento y, así, ambos procedimientos (el judicial y el administrativo) avanzan de manera paralela (hipótesis a que nos referiremos en lo sucesivo como *Hipótesis 2*); o (iii) la Comisión incoa el procedimiento relativo a una ayuda que no fue notificada antes de que se interponga la demanda ante el juez, lo que también conlleva que ambos procedimientos (el administrativo y el judicial) avancen de manera paralela (hipótesis a que nos referiremos en lo sucesivo como *Hipótesis 3*).

En cada una de estas tres hipótesis, el órgano jurisdiccional nacional desempeña su propio papel. Tiene que sancionar la irregularidad procedimental a efectos del artículo 108.3 del TFUE. En la *Hipótesis 1*, aunque la Comisión no intervenga (imaginemos, por ejemplo, que el demandado alegue ante el juez que la inacción de la Comisión implica la ausencia de ayuda), el juez debe, sin embargo, examinar la aplicabilidad de las normas relativas a las ayudas estatales al litigio. Así, si el juez llega a la conclusión de que la medida en cuestión no constituye una ayuda (lo que, en efecto, hubiera podido ser la razón de la no intervención de la Comisión), deberá desestimar la demanda interpuesta y dar por concluido el procedimiento. En esta situación, los tribunales nacionales llegan a «sustituir» a la Comisión²⁸.

²⁶ En este sentido se ha pronunciado el TJ en el asunto *FNCEPA* (sentencia del TJ de 21 de noviembre de 1991, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires y otros c/ Francia*, as. C-354/90, *Rec. 1991*, p. I-5505).

²⁷ Véase artículo 20.2 del *Reglamento de Procedimiento*.

²⁸ Las ventajas derivadas de esta situación incluyen (a) la asunción de una parte del trabajo de la Comisión, (b) el hecho de evitar la duplicidad inútil de procedimientos, y (c) el ahorro de tiempo y costes para las partes involucradas. Para llegar a una resolución correcta, el juez quizá precise la cooperación de la Comisión. Desde el punto de vista del beneficiario de la ayuda, puede ser adecuado que conozca del asunto la Comisión, que es la única competente para decidir sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior. Sin embargo, la notificación de la medida a la Comisión únicamente puede hacerse por el Estado concedente de la ayuda.

En las *Hipótesis 2* y *3*, el procedimiento judicial nacional transcurre de manera paralela con la investigación de la Comisión. Esta situación plantea varios problemas. Si la Comisión se encarga del asunto, ¿conserva el órgano jurisdiccional nacional su competencia? ¿O debe suspender el procedimiento hasta que recaiga la decisión de la Comisión? ¿Qué sucede cuando el órgano jurisdiccional nacional se pronuncia en contra de la ayuda en cuestión, si la Comisión la ha declarado conforme a Derecho?

En primer lugar, ¿conserva su competencia del juez cuando la Comisión se encarga del asunto? Es, sobre todo, en la *Hipótesis 3* (en la que el juez se encarga del asunto cuando la Comisión ya está investigando la medida) cuando el juez se puede plantear (a la vista de los argumentos que, en su caso, pueda plantearle el demandado a tal efecto²⁹) si debe declararse incompetente (a la vista de la duplicidad de los procedimientos administrativo y judicial) o suspender el procedimiento judicial hasta que la Comisión haya adoptado su decisión en cuanto a la calificación de la medida. La situación es comparable cuando el juez se encuentra en la *Hipótesis 2* (sobre todo, por lo que se refiere a la suspensión del procedimiento).

Pese a algunas reticencias de la doctrina³⁰, el TJ ha sentado en su sentencia *SFEI*³¹ que la existencia de una investigación en curso de la Comisión no dispensa al juez nacional de su obligación de amparar los derechos individuales de conformidad con el artículo 108.3 del TFUE³². El enfoque del TJ en el asunto *SFEI* es coherente con el seguido en la sentencia *FNCEPA*, de la que se desprende que el TJ concibe el procedimiento judicial nacional y el procedimiento ante la Comisión como distintos, cada uno desempeñando su propio papel.

Sigamos con la hipótesis en la cual la Comisión dicta su decisión, bien durante el curso del procedimiento judicial nacional, bien cuando el procedimiento ante el juez nacional ya ha finalizado. Conviene distinguir diferentes supuestos: (i) si la Comisión adopta una decisión que concluye la incompatibilidad de una ayuda no notificada, el juez no tendrá problemas para resol-

²⁹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros / La Poste y otros*, as. C-39/91, *Rec. 1996*, p. I-3547, apartado 14.

³⁰ STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 294.

³¹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros / La Poste y otros*, as. C-39/91, *Rec. 1996*, p. I-3547, apartado 14.

³² Así lo ha confirmado también la *Comunicación sobre Aplicación* en su apartado 62.

ver el litigio: la decisión de la Comisión deberá ser determinante (y, en determinados casos, preceptiva, según las normas procesales nacionales) en cuanto al análisis del juez relativo a la medida en cuestión. El motivo es que, en este caso, la ilegalidad de fondo se suma a la irregularidad procedimental. Como estas dos resoluciones son conciliables, el hecho de que el procedimiento nacional haya acabado no plantea ningún problema; (ii) la Comisión concluye en su decisión que la medida es compatible, la situación se complica: el juez debe resolver sobre la irregularidad procedimental, sabiendo que la medida es válida en cuanto al fondo.

A pesar de lo que ha sugerido la doctrina³³, de manera excesiva a nuestro entender, el TJ no parece indicar (en *FNCEPA*) que la decisión de la Comisión que autoriza una ayuda tenga consecuencia alguna en su irregularidad procedimental. Así, a nuestro juicio, la decisión de la Comisión que concluya la compatibilidad no debería constituir un obstáculo (empleando el lenguaje del TJ, a efectos de la regularización de los actos de ejecución), ni a la resolución definitiva del juez ya dictada antes de la decisión de la Comisión, ni al examen, por parte del juez, en el marco del procedimiento en curso. Pese a las dudas que había planteado la doctrina³⁴, este planteamiento ha sido confirmado por la publicación de la *Comunicación sobre Aplicación*, que reconoce que los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de suspender su procedimiento hasta que la Comisión adopte su decisión, pero no la obligación de hacerlo.

Sin embargo, como se indica con acierto en la referida comunicación, en caso de que el juez decida suspender su propio procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie, no puede limitarse a hacerlo sin más, dejando entretanto sin protección los derechos del demandante de conformidad con el artículo 108.3 del TFUE. Cuando el juez decida esperar al resultado de la evaluación de la compatibilidad por parte de la Comisión antes de dictar una orden de recuperación definitiva e irreversible, deberá adoptar las medidas cautelares oportunas. En tal caso, la orden de ingresar los fondos en una cuenta bancaria bloqueada (*escrow*) parece una solución adecuada. En caso de que la Comisión declare la ayuda incompatible, el juez deberá ordenar que los fondos ingresados en la cuenta bloqueada se devuelvan a la autoridad que concedió la ayuda (tanto el importe de la ayuda como el interés por el período de la ilegalidad). Por el contrario, en caso de que la Comisión declare la

³³ STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 293.

³⁴ FLYNN, J., «The Role of National...», *loc. cit.*, p. 333.

ayuda compatible, el juez quedará exonerado de su obligación de Derecho de la Unión Europea de proceder a la recuperación de la ayuda (apartado 62 de la *Comunicación sobre Aplicación*).

b. Competencias complementarias

Los jueces nacionales están obligados a garantizar la ejecución de una decisión de la Comisión, mediante la que ésta decide que una ayuda ya concedida es incompatible y ordena su devolución³⁵ (apartado 63 de la *Comunicación sobre Aplicación*). Dado que, en este supuesto, el juez nacional únicamente interviene con fundamento en la decisión de la Comisión, cabe calificar su competencia de complementaria, y al juez nacional de órgano jurisdiccional de ejecución.

En este contexto, el juez nacional deberá pronunciarse en caso de que el beneficiario de la ayuda ejercite una acción de anulación de una orden de recuperación nacional (apartados 64 a 68 de la *Comunicación sobre Aplicación*) o de que los terceros soliciten a las autoridades nacionales la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de una decisión de recuperación de la Comisión (apartado 69 de la *Comunicación sobre Aplicación*).

El Estado debe ejecutar las decisiones de recuperación de la Comisión «sin dilación» (artículo 14.3 del *Reglamento de Procedimiento*³⁶). La recuperación debe efectuarse según el procedimiento previsto por el Derecho nacional, siempre que —según reiterada jurisprudencia³⁷— el procedimiento permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de recuperación de la Comisión. Cuando una norma procesal nacional impida la recuperación inmediata o efectiva, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicar dicha norma³⁸ (apartado 64 de la *Comunicación sobre Aplicación*).

Según cabe deducir del asunto *TWD*³⁹ (aunque el TJ se haya pronunciado

³⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales». Especial referencia a la recuperación de ayudas», *Revista española de derecho europeo*, nº 1, 2002, pp. 101-135.

³⁶ Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, *sobre especiales disposiciones para la aplicación del artículo 93 TCE* (DO nº L 83, de 27.03.1999, p. 1).

³⁷ Sentencia del TJ de 2 de febrero de 1989, *Comisión c/ Alemania*, as. C-94/87, *Rec. 1989*, p. 175.

³⁸ En este sentido se había pronunciado la doctrina. Véase STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 308.

³⁹ Sentencia del TJ de 9 de marzo de 1994, *TWD*, as. C-188/92, *Rec. 1994*, p. I-833, apartado 18.

en un contexto distinto), el órgano jurisdiccional nacional debe respetar la decisión de la Comisión, y la decisión tiene carácter definitivo⁴⁰. El juez nacional, al igual que acaecería en el marco del procedimiento correspondiente en Derecho nacional, no examinaría el fondo del asunto, pero debería asegurar el cumplimiento de la obligación de devolución impuesta por la decisión de la Comisión cuya ejecución se solicita por el Estado demandante.

A nivel español, la *Ley General de Subvenciones*⁴¹ (artículo 37.1.h) dota de fundamento jurídico a la recuperación, en el marco de un procedimiento administrativo, de subvenciones ya desembolsadas declaradas incompatibles por la Comisión. La saga jurisprudencial relativa a las vacaciones fiscales de las Diputaciones forales vascas⁴² ilustra que, pese a existir decisiones de incompatibilidad dictadas por la Comisión y de sentencias confirmatorias dictadas por los Tribunales de la Unión Europea (cuyo episodio más reciente es la sentencia del TJ de 28 de julio de 2011⁴³), y aún siguiéndose procedimientos judiciales ante las más altas instancias jurisdiccionales nacionales (incluidos el Tribunal Supremo⁴⁴ y el Tribunal Constitucional⁴⁵), la plena recuperación de las ayudas incompatibles puede resultar, en algunas ocasiones, problemática⁴⁶.

⁴⁰ *Comunicación de Cooperación*, apartado 22.

⁴¹ Ley 38/2003, de 17 de noviembre (*BOE* de 18 de noviembre de 2003, nº 276, p. 40505).

⁴² Para un análisis de algunos de los pronunciamientos más relevantes, véase ALONSO ARCE, I., «Las normas fiscales vascas y el Derecho europeo de la competencia», *Ekonomia: Revista vasca de economía*, nº 61, 2006, pp. 254-277.

⁴³ La sentencia del TJ de 28 de julio de 2011, *Diputación Foral de Vizcaya y otros c/ Comisión* (as. C-474/09, no publicada aún en la Recopilación de jurisprudencia), confirmó en casación el pronunciamiento del TG por el que se denegó la anulación de las decisiones de la Comisión relativas a determinados regímenes de ayudas estatales aplicados en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya, Álava y Guipúzcoa.

⁴⁴ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 22 de noviembre de 2001, RJ 2002\4170, relativa a la impugnación por la Comunidad Autónoma de La Rioja de normas forales de los Territorios Históricos del País Vasco.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) de 25 de abril de 2002, nº 96/2002, RTC 2002\96, conforme a la cual el sistema de distribución constitucional de competencias rige también para la ejecución del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales.

⁴⁶ RUIZ GARIJO, M., «Un nuevo capítulo de las vacaciones fiscales en los Territorios Históricos del País Vasco: las dificultades procedimentales para la recuperación de las ayudas concedidas y declaradas ilegales en virtud del Derecho Comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, nº 324, 2012, pp. 121-128.

C. El juez nacional frente a los retos y riesgos que se le pueden plantear

Conviene plantearse si el juez nacional está obligado a aplicar de oficio el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, y quién está legitimado para invocarlo. En este contexto, es necesario tener en cuenta los diferentes medios de colaboración con las instituciones de la Unión Europea a que puede recurrir al juez.

a. El juez y la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales

En el curso del procedimiento judicial nacional en materia de ayudas estatales, pueden plantearse dos cuestiones distintas: por una parte, el problema de la aplicación de oficio y a instancia de parte del Derecho de la Unión Europea; y, por otra, la cuestión relativa a la legitimación de los competidores e incluso de terceros para invocarlo.

Los jueces nacionales están obligados a hacer cumplir la obligación de *standstill* y a proteger los derechos individuales contra las ayudas estatales ilegales. En principio, el juez debería aplicar a tales procedimientos las normas procesales nacionales⁴⁷ (apartado 70 de la *Comunicación sobre Aplicación*). Ello obedece al conocido principio de autonomía procedimental, conforme al cual el juez debe seguir el procedimiento aplicando las normas procesales nacionales. Sin embargo, en virtud de los principios generales del Derecho de la Unión Europea, el principio de autonomía procedimental se ve limitado por dos condiciones esenciales: el principio de equivalencia y el principio de eficacia⁴⁸. Cuando el Derecho nacional no permite resolver el litigio o impide examinar las alegaciones de las partes, el juez nacional debe tener estos dos principios presentes al objeto de evitar que el incumplimiento de las reglas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales quede al margen del control judicial⁴⁹.

⁴⁷ Sentencia del TJ de 5 de octubre de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH y otros c/ Finanzlandesdirektion für Tirol y otros*, as. C-368/04, *Rec. 2006*, p. I-9957, apartado 51.

⁴⁸ Sentencia del TJ de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel*, as. C-430/93, *Rec. 1995*, p. I-4705, apartados 17 y 18; sentencia del TJ de 5 de octubre de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH y otros c/ Finanzlandesdirektion für Tirol y otros*, as. C-368/04, *Rec. 2006*, p. I-9957, apartado 45; y sentencia del TJ de 20 de septiembre de 1990, *Comisión c/ Alemania - BUG-Alutechnik*, as. C-5/89, *Rec. 1990*, p. I-3437, apartado 18.

⁴⁹ PRECHAL, S. y SCHELKOPLYAS, N., «National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond», *European Review of Private Law*, 2004, nº 12, pp. 590.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la aplicación de oficio del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, debe tenerse en cuenta que, en el caso de que las partes ignoren la aplicabilidad de tales reglas, la actuación de oficio del juez permitiría garantizar un control más eficaz del cumplimiento de dichas reglas. Según el asunto *Van Schijndel*, aun cuando la parte interesada no haya invocado la aplicación de tales reglas, el juez debe aplicarlas de oficio si el Derecho nacional le faculta a aplicar de oficio normas imperativas⁵⁰. La aplicación de oficio sólo se justifica, según el TJ, si el juez no sobrepasa los límites del objeto del litigio y fundamenta su decisión en los hechos que han sido sometidos a su consideración (tal y como fue el caso en el asunto *Schijndel*⁵¹), en aplicación del principio de justicia rogada.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el principio de efecto directo implica la legitimación de los posibles demandantes ante los jueces de conformidad con el artículo 108.3 del TFUE. A este respecto, el Derecho de la Unión Europea exige que las normas nacionales que rigen la legitimación no menoscaben el derecho a la tutela judicial efectiva⁵². En consecuencia, aunque se trata de una materia regulada por el Derecho nacional, éste no puede circunscribir la legitimación activa únicamente a los competidores del beneficiario⁵³. Los terceros no afectados por el falseamiento de la competencia que resulta de la medida de ayuda también pueden tener un interés jurídico suficiente de distinta naturaleza (tal como se ha reconocido en asuntos fiscales) en interponer una acción ante un órgano jurisdiccional nacional⁵⁴ (apartado 72 de la *Comunicación sobre Aplicación*). A nivel español, los competidores del beneficiario e incluso cualquier titular de derechos o intereses legítimos tiene la consideración de interesado en el procedimiento administrativo (artículo 31 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*⁵⁵) y está legitimado

⁵⁰ Sentencia del TJ de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel*, *op. cit.*, apartados 14 y 15. Ello es así al objeto de respetar el principio de equivalencia (PRECHAL, S. y SCHELKOPLYAS, N., «National Procedures...», *loc. cit.*, p. 595).

⁵¹ *Ibid.*, apartados 20 y 21.

⁵² Sentencia del TJ de 13 de enero de 2005, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c/ Staatssecretaris van Financiën*, as. C-174/02, *Rec. 2005*, p. I-85, apartado 18.

⁵³ *Ibid.*, apartados 14 a 21.

⁵⁴ *Ibid.*, apartado 19. En doctrina alemana, véase el reciente trabajo de ARNO PETZOLD, H., «German State aid private enforcement: The problem of access to the Courts», *e-Competitions*, nº 30187, 10 de enero de 2010, disponible en: www.concurrences.com.

⁵⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre (*BOE* de 27 de noviembre de 1992, nº 285, p. 40300).

ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 19.1 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*⁵⁶).

b. Los medios de colaboración con las instituciones de la Unión Europea

Si es bien conocido que para aplicar el Derecho de la Unión Europea el juez nacional puede requerir la ayuda del TJ mediante el planteamiento en una cuestión prejudicial, a menudo no se tiene tan presente que el juez también puede solicitar asistencia a la Comisión. Dado el papel clave que desempeñan los jueces en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales, la Comisión está decidida a asistir a los órganos jurisdiccionales nacionales cuando éstos lo consideren necesario para resolver un asunto pendiente⁵⁷. La Comisión debe ayudar a los jueces nacionales cuando éstos apliquen el Derecho de la Unión Europea con arreglo al artículo 4.3 del TUE (antiguo artículo 10 del TCE), que consagra el principio de cooperación permanente y leal entre las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros⁵⁸.

En efecto, los jueces pueden (a) solicitar a la Comisión que les transmita la información pertinente que obre en su poder o (b) solicitar a la Comisión que se pronuncie sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales⁵⁹. Estas modalidades de asistencia se ofrecen a los órganos jurisdiccionales sin perjuicio de su facultad u obligación de plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial relativa a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión Europea⁶⁰.

El deber de la Comisión de ayudar a los jueces nacionales en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales incluye, en primer lugar, la obligación de transmitirles la información pertinente que obre en su poder⁶¹. Un juez nacional puede solicitar a la Comisión, entre otras cosas, información relativa a un procedimiento pendiente ante la Comisión, sobre aspectos tales como si está pendiente ante la Comisión un procedimiento relativo a una determinada medida de ayuda, si se ha notificado debidamente cierta medida

⁵⁶ Ley 29/1998, de 13 de julio (BOE de 14 de julio de 1998, nº 167, p. 23516).

⁵⁷ *Comunicación sobre Asistencia*, apartado 78.

⁵⁸ *Ibid.*, apartado 77.

⁵⁹ *Ibid.*, apartado 79.

⁶⁰ *Ibid.*, apartado 81.

⁶¹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros / La Poste y otros*, as. C-39/91, *Rec. 1996*, p. I-3547, apartado 13.

de ayuda de conformidad con el artículo 108.3 del TFUE, si la Comisión ha iniciado una investigación formal, o si ha adoptado ya una decisión⁶².

En segundo lugar, los jueces tienen la facultad de solicitar a la Comisión que emita un dictamen sobre cualesquiera aspectos económicos, fácticos o jurídicos que se planteen en el contexto de un procedimiento nacional⁶³. Ello obedece a que la Comisión reconoce que, cuando los jueces nacionales deban aplicar las normas sobre ayudas estatales, su propio análisis de las normas y práctica europeas pueden no ofrecerles la orientación necesaria⁶⁴. El dictamen que, en este contexto, emita la Comisión, puede versar sobre aspectos tales como (i) si cierta medida se considera ayuda estatal en el sentido del artículo 107 del TFUE, (ii) si una medida de ayuda concreta cumple determinado requisito del *Reglamento general de exención por categorías*⁶⁵, de tal modo que no sea necesaria la notificación individual y no se aplique la obligación de *standstill*, o (iii) si cierta medida de ayuda corresponde a un régimen de ayudas concreto que ha sido notificado y aprobado por la Comisión con anterioridad, de modo que tampoco sea de aplicación la obligación de *standstill*⁶⁶.

¿Qué cabe esperar de tal dictamen? Dado que los jueces nacionales no son competentes para evaluar la compatibilidad de una medida de ayuda con el mercado interior de conformidad con los artículos 107.2 y 107.3 del TFUE, el dictamen de la Comisión no puede versar sobre la compatibilidad. No obstante, ello no es óbice para que el juez nacional solicite información procedimental relativa a si la Comisión está evaluando ya la compatibilidad de cierta medida de ayuda (o si se propone hacerlo) y, en caso afirmativo, sobre la fecha en que probablemente adoptará su decisión⁶⁷.

Por otra parte, el dictamen de la Comisión se limitará a facilitar al juez la información sobre los hechos o la aclaración económica o jurídica que

⁶² *Comunicación sobre Asistencia*, apartado 83.

⁶³ *Ibid.*, apartado 90.

⁶⁴ *Ibid.*, apartado 89. En efecto, dado el elevado número de asuntos y las escasas diferencias entre los hechos planteados en cada uno de ellos (que obliga no obstante a menudo a la Comisión a dictar una decisión *ad hoc* en cada caso concreto), no es labor fácil, a nuestro juicio, para un juez no especializado en la materia, conseguir orientarse correcta y eficazmente.

⁶⁵ Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, *por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías)* (DO n° L 214, de 09.08.2008, p. 3).

⁶⁶ *Comunicación sobre Asistencia*, apartado 91.

⁶⁷ *Ibid.*, apartado 92.

haya sido solicitada, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional. A esto hay que añadir que la respuesta de la Comisión no es jurídicamente vinculante para el juez⁶⁸, lo que es lógico, si se tiene en cuenta que en este supuesto la Comisión no dicta resolución administrativa alguna. En lo que concierne al desarrollo de este procedimiento «informal», la *Comunicación sobre Aplicación* indica que la Comisión deberá esforzarse por facilitar el dictamen al juez en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud⁶⁹.

A diferencia de la solicitud de asistencia a la Comisión, que es facultativa para el juez, el planteamiento de la cuestión prejudicial puede ser obligatorio cuando conoce del procedimiento judicial el órgano jurisdiccional de última instancia, cuyas resoluciones no son susceptibles de recurso. Como ha quedado dicho, la solicitud de asistencia a la Comisión y el planteamiento de la cuestión prejudicial no se excluyen mutuamente⁷⁰. Por tanto, el hecho de haber pedido asistencia a la Comisión no impide al juez plantear una cuestión prejudicial. Ello es lógico, si se tiene en cuenta que la información intercambiada entre un juez y la Comisión sólo tiene carácter informal, por lo que dicho ejercicio no puede liberar al juez de su obligación de plantear cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 267 del TFUE.

El Tribunal debería aplicarse con diligencia para despejar las dudas que le planteen los jueces nacionales mediante cuestiones prejudiciales, y la Comisión debería concentrar sus esfuerzos en orientar a los jueces nacionales que soliciten su ayuda en la tarea de aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de conformidad con el principio de cooperación leal.

A nivel español, conviene traer a colación el 15bis.1 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*⁷¹, que prevé la intervención como *amici curiae*, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial competente, de la Comisión (además de la Comisión Nacional de la Competencia⁷² y de los órganos compe-

⁶⁸ *Ibid.*, apartado 93.

⁶⁹ *Ibid.*, apartado 94.

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 81.

⁷¹ Introducido por disposición adicional 2.1 de la *Ley de Defensa de la Competencia* (Ley 15/2007, de 3 de julio, *BOE* 4 julio 2007, n° 159, p. 28848).

⁷² Ello es sin perjuicio de que, según el artículo 11.1 de la *Ley de Defensa de la Competencia* (Ley 15/2007, de 3 de julio, *BOE* 4 julio 2007, n° 159, p. 28848), la Comisión Nacional de la Competencia puede emitir informes y dirigir recomendaciones en materia de ayudas estatales a los poderes públicos.

tentes de las Comunidades Autónomas) en los distintos procedimientos judiciales relativos a la aplicación de los artículos 101 y 102 (antiguos 81 y 82) del TFUE. No parece que debiera plantear mayores problemas la aplicación analógica de este precepto legal en materia de ayudas de Estado.

2. EL ALCANCE DE LA AYUDA ILEGAL

Según ha quedado indicado, el juez nacional dispone de poderes únicamente en caso de incumplimiento del artículo 108.3 del TFUE. Así, antes de proceder al análisis del fondo del asunto, el juez debe establecer, en primer lugar, si la medida en cuestión constituye efectivamente una ayuda estatal ilegal⁷³; es decir, debe determinar si la medida entra en el concepto de ayuda en el sentido del artículo 107.1 del TFUE y, en tal caso, si estaba sujeta o no a la obligación de *standstill*⁷⁴. Se entiende por ayuda ilegal cualquier ayuda nueva que se lleve a efecto contraviniendo lo dispuesto en el artículo 108.3 *in fine*⁷⁵; es decir, una ayuda concedida (con independencia de que haya devenido efectiva) que no ha sido notificada a la Comisión y aprobada por ésta.

A. La calificación de la medida en cuestión como ayuda estatal

a. El concepto de ayuda estatal

Como es sabido, el artículo 107.1 del TFUE prohíbe las ayudas estatales, cualquiera que sea la forma que revistan. Ello conduce a interpretar de manera extensiva el concepto de ayuda estatal, que no se limita a las subvenciones, sino que incluye medidas de lo más variopinto⁷⁶, siempre que favorezcan a determinadas empresas o producciones (selectividad), en contraposición con las medidas generales⁷⁷. Además, el juez debe analizar si la ayuda en cuestión puede falsear la competencia y afectar al comercio entre los Estados miembros.

⁷³ *Comunicación sobre Aplicación*, apartado 8.

⁷⁴ STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 297.

⁷⁵ Véase artículo 1-f del *Reglamento de Procedimiento*.

⁷⁶ Tales como ventajas fiscales o inversiones procedentes de fondos públicos realizadas en circunstancias en las que un inversor privado hubiera denegado su apoyo.

⁷⁷ La Comisión ha resumido con acierto esta interpretación extensiva en el apartado 11 de su *Comunicación sobre Aplicación*.

A continuación se identifican algunas cuestiones que pueden dar lugar a importantes dificultades de interpretación⁷⁸, a las que a veces sólo se encuentra respuesta gracias a un dictamen a la Comisión, a un pronunciamiento del TJ a resultas del planteamiento de una cuestión prejudicial⁷⁹ o a un inmenso trabajo de búsqueda de la jurisprudencia y de la práctica administrativa de la Comisión a cargo del juez.

A este respecto, conviene traer a colación la distinción propuesta por P. NICOLAIDES, que ha clasificado en tres categorías las ayudas susceptibles de plantear dificultades de calificación: (i) ayudas que se hallan en una zona gris de definiciones (tales como, por ejemplo, la cuestión de la afectación de los intercambios comerciales entre los Estados en caso de ayudas a las pymes que no se refieren al transporte con respecto a empresas de transporte de otros Estados miembros); (ii) ayudas que todavía no han sido objeto de *soft law* de la Comisión⁸⁰; o (iii) ayudas cuyo examen requiere un análisis de mercado (tales como, por ejemplo, las que exigen la aplicación del principio del inversor privado para determinar si una determinada medida pública constituye una ayuda estatal o si, por el contrario, obedece a condiciones de mercado)⁸¹.

Al margen de la referida saga relativa a las vacaciones fiscales vascas, la práctica judicial española se ha enfrentado al deslinde de diferentes medidas susceptibles de plantear dificultades de calificación, concluyendo la existencia de ayudas estatales en algunos casos⁸² y llegando a la conclusión opuesta, por distintos motivos, en otros⁸³.

⁷⁸ STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 297.

⁷⁹ *Comunicación sobre Aplicación*, apartado 13.

⁸⁰ Véase ALONSO GARCÍA, R., «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, enero-abril 2001, nº 154, p. 79 y, más específicamente, PÉREZ RIVARÉS, J. A., «Los efectos jurídicos de las directrices de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 21, 2011.

⁸¹ NICOLAIDES, P., «Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?», *World Competition*, 2003, p. 271.

⁸² Véase, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 24 de noviembre de 1998, RJ 1998\8941, relativa a ciertas subvenciones autonómicas gallegas para la modernización de la flota pesquera.

⁸³ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 11 de junio de 2001, RJ 2002\6075, relativa a tarifas eléctricas, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 25 de noviembre de 2002, RJ 2002\10562, relativa a la impugnación del Real Decreto 1955/2000, de 1 diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, o la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Con-

b. Reflexión sobre las distintas formas de ayudas que pueden ventilarse en un procedimiento judicial nacional

Dado que las ayudas estatales se conciben como ventajas, es decir, de manera muy extensiva, pueden revestir varias formas. El concepto de ayuda sugiere, de alguna manera, la existencia de prestaciones económicas que alimentan el presupuesto de una empresa de manera positiva. Conforme a este planteamiento, probablemente el juez no dudará en aplicar las normas de la Unión Europea relativas a las ayudas estatales a las medidas que otorgan una ventaja «a primera vista»⁸⁴. Sin embargo, el juez puede verse abocado a examinar medidas más complejas⁸⁵, en supuestos como ventajas fiscales que discriminen entre categorías de empresas (asunto *Lunn Poly*⁸⁶), ventas por los poderes públicos de inmuebles en condiciones distintas a las de mercado⁸⁷, privatizaciones en que alguna empresa haya sido apartada por cualquier motivo del procedimiento de licitación o se haya visto privada de acceso a la información que le hubiera permitido valorar los activos en cuestión⁸⁸ o medidas de asistencia logística y comercial (sin contraprestación de mercado) por parte de empresas públicas en favor de sus filiales de Derecho privado que ejerzan actividades liberalizadas (asunto *SFEI*⁸⁹).

tencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 19 diciembre 2001, JUR 2002\143844, relativa a la impugnación de la Orden de 4 de marzo de 1998 para la financiación del sector exportador mediante el asociacionismo.

⁸⁴ Tal era el caso, por ejemplo, en el asunto francés *Ryanair*, en el cual el Tribunal Administrativo de Estrasburgo calificó de ayuda estatal el compromiso de un organismo público de pagar un determinado importe, mientras que la contrapartida no era suficiente, a criterio del Tribunal (sentencia del *Tribunal administratif* de Estrasburgo, de 24 de julio de 2003, *Société Brit Air c/ Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin et Société Ryanair*, as. n° 01-04641).

⁸⁵ BACON, K., «State Aids in the English Courts: Definition and Other Problems», en BIONDI, A., EECKHOUT, P. y FLYNN, J. (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 337.

⁸⁶ Sentencia de la *Supreme Court of Judicature*, *R.v. Commissioners of Customs and Excise ex parte Lunn Poly Limited*, [1999], *EuLR*, 653 a 622.

⁸⁷ Comunicación de la Comisión *relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos*, DO n° C 209, de 10.07.1997, p. 3.

⁸⁸ Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2001, 2002/286/CE, CECA, *relativa a la medida que Alemania tiene previsto ejecutar en favor de la empresa siderúrgica Georgsmarienhütte Holding GmbH*, DO n° L 105, de 20.04.2002, p. 3, apartado 27.

⁸⁹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)*..., *op. cit.*, apartado 13.

B. La sujeción de la ayuda a la obligación de notificación

Una vez concluida por el juez la existencia de ayuda, a continuación debe comprobar si se trata de una ayuda ilegal: es decir, si ha sido concedida en infracción de la obligación de previa notificación⁹⁰. A tal efecto, el juez (i) debe tener en cuenta que únicamente están sujetas a esta obligación las ayudas nuevas, (ii) debe examinar si la ayuda ha sido concedida en el marco de un régimen de ayudas ya aprobado previamente por la Comisión, y (iii) debe analizar si se beneficia de una exención por categoría o de la excepción *de minimis* (ya que este tipo de ayudas constituyen excepciones a la obligación de notificación).

a. La calificación de una medida como ayuda nueva

Por ayuda *nueva* se entiende toda ayuda que no sea ayuda *existente*, incluidas las modificaciones de ayudas existentes⁹¹. Las ayudas existentes no han sido definidas⁹² de manera exhaustiva. Asimismo, si el Estado modifica los requisitos de concesión de una ayuda existente, ésta se convierte en una nueva ayuda. Los principios que deben aplicarse para distinguir entre una nueva ayuda de una ayuda existente son evidentes. En cambio, puede plantear dificultades a los jueces determinar si una ayuda existente (sobre todo, las desembolsadas por tramos a largo plazo) está concedida de conformidad con las condiciones con las que la Comisión la aprobó. En este caso, la ayuda de la Comisión puede ser útil para que el juez distinga entre estos tipos de ayudas.

b. La problemática relativa a los regímenes de ayudas ya aprobados

En el marco del examen de si el Estado ha cumplido con su obligación de notificación o de *standstill* en relación con la pretendida *nueva* medida, el juez debe también comprobar si la medida se concedió con arreglo a un régimen de ayudas estatales⁹³ ya aprobado previamente por la Comisión. Un ré-

⁹⁰ Según el Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre (*BOE* de 22 de enero de 1988, nº 19, p. 2274), las Administraciones autonómicas deben notificar sus proyectos de ayudas a través del órgano competente de la Administración central.

⁹¹ Véase artículo 1(c) del *Reglamento de Procedimiento*.

⁹² Véase artículo 1(b) del *Reglamento de Procedimiento*.

⁹³ Véase artículo 1(d) del *Reglamento de Procedimiento*.

gimen de ayudas es un programa general que prevé las condiciones (relativas *inter alia* a la finalidad de la ayuda, a sus destinatarios o a sus porcentajes de intensidad) de concesión de ayudas por el Estado a las empresas. Una vez un régimen de ayudas haya sido aprobado por la Comisión, el Estado puede conceder ayudas individuales conforme a las condiciones aprobadas, sin obligación de notificarlas. En este contexto, una ayuda concedida con arreglo a dicho régimen constituye una ayuda existente no sometida a la obligación de notificación, salvo si, por ejemplo, la Comisión impone en el régimen de ayudas aprobado la condición de proceder a notificaciones individuales⁹⁴.

Sin embargo, existen tres situaciones excepcionales en que –pese a existir un régimen de ayudas aprobado– existe obligación de notificación, cuyo cumplimiento compete al juez comprobar: (a) cuando un Estado concede una ayuda individual sin observar las condiciones establecidas por la Comisión al aprobar el régimen (así, una ayuda existente se convierte en una ayuda nueva); (b) cuando el beneficiario utiliza la ayuda de manera abusiva (infringiendo las condiciones aprobadas por la Comisión); y (c) cuando una medida controvertida no entra en la categoría de medidas específicas (hipótesis prevista en el *soft law* de la Comisión⁹⁵) que deben ser notificadas, a pesar de que estén concedidas con arreglo al régimen de ayudas aprobado. En cualquiera de estas hipótesis de ayuda ilegal, el juez recupera su competencia para verificar si la ayuda individual ha sido notificada y aprobada por la Comisión.

b. Las excepciones: ayudas *de minimis* y las exenciones por categoría

Las ayudas que cumplen con los criterios indicados en los reglamentos relativos a las ayudas *de minimis* (que no tienen efecto significativo en la competencia siempre que no excedan de 200.000 euros en un periodo de tres años) y a las exenciones por categoría (ayudas en beneficio de las pymes, de la formación y del empleo), se consideran autorizadas de manera automática y no están sometidas al procedimiento de notificación⁹⁶. Un sistema funda-

⁹⁴ Sentencia del TG de 6 de julio de 1995, *AITEC c/ Comisión*, as. T-447/93, *Rec. 1995*, p. II-1971, apartado 129.

⁹⁵ Véase por ejemplo las Directrices comunitarias sobre *ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis*, DO n° C 244, de 01.10.2004, p. 2, apartado 70.

⁹⁶ Véase el Reglamento (CE) n° 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a *la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis*, DO n° L 379, de 28.12.2006, p. 5; y el Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comi-

mentado en dichas excepciones sustituye de manera parcial la práctica según la cual la Comisión decide sobre la aprobación de la exención individual con respecto a cada ayuda notificada.

En el marco de un procedimiento judicial nacional, el juez puede tener que pronunciarse sobre si una medida ha sido concedida conforme al conjunto de los criterios previstos por la exención por categoría en cuestión⁹⁷ (es decir, *inter alia*, el importe, el porcentaje de intensidad, el objetivo perseguido o el período de aplicación). La aplicación incorrecta de los reglamentos implica la existencia de una ayuda ilegal, ya que la ayuda hubiera debido ser notificada. Según indica la *Comunicación sobre Aplicación*, la interpretación de las exenciones por categoría constituye un cometido de los jueces (apartado 16); y —como ha observado J. FLYNN— cabe la posibilidad de que los jueces y la Comisión opinen de manera distinta con respecto a la interpretación de una exención⁹⁸. No obstante, el juez nacional puede solicitar a la Comisión que se pronuncie si tiene dudas sobre la aplicabilidad de un Reglamento de exención por categorías o de un régimen de ayudas existente o autorizado⁹⁹; y como ha indicado el TJ, la Comisión no puede cuestionar la resolución del juez nacional¹⁰⁰. Desde luego, las decisiones contradictorias son poco deseables, aunque a veces son inevitables.

III. LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES NACIONALES

Una vez el juez concluya que es competente para conocer del asunto que se le plantea, deberá examinar el fondo del asunto. ¿Cómo deberá proceder para determinar si es procedente el argumento de alguna de las partes alegando que existe una ayuda y ésta no ha sido notificada?

sión, de 6 de agosto de 2008, *por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías)*, DO n° L 214, de 09.08.2008, p. 3.

⁹⁷ Véase Comisión, *XXVIII Informe sobre la política de competencia 1998*, SEC (1999) final, p. 110, apartado 185; y REHBINDER, M., «Recent Developments in Commission Policy and Practice», *EC State Aid Conference*, 2001, disponible en <http://www.europa.eu.int/>.

⁹⁸ FLYNN, J., «The Role of National...», *loc. cit.*, p. 327.

⁹⁹ *Comunicación sobre Aplicación*, apartado 18.

¹⁰⁰ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)...*, *op. cit.*, apartado 60.

1. LAS CONSECUENCIAS DE LA AYUDA ILEGAL EN EL DERECHO NACIONAL

A. Derecho sustantivo: nulidad y obligación de devolución

Superando antiguos posicionamientos (asunto *Lorenz*¹⁰¹), el TJ tiene establecido que los jueces nacionales deben garantizar a los justiciables que van a extraer todas las consecuencias que se deriven de una infracción del artículo 108.3 del TFUE con arreglo al Derecho nacional. El TJ nombró, en concreto, dos de ellas: la nulidad de los actos nacionales por los que se concede la ayuda estatal ilegal¹⁰² y la devolución de las ayudas ilegales, salvo que concurren circunstancias excepcionales que impliquen que la devolución no sea precisa¹⁰³.

En cuanto al Derecho sustantivo, las consecuencias del incumplimiento del artículo 108.3 del TFUE son la nulidad de los actos (administrativos o privados) de concesión de la ayuda y la obligación de devolución¹⁰⁴. Por tanto, el juez deberá identificar la medida con base en la cual la ayuda ilegal se concede (por ejemplo, en el asunto *GEMO*¹⁰⁵, un acto administrativo adoptado con arreglo a la legislación vigente) y, a continuación, declarará su nulidad y determinará las consecuencias oportunas, lo que llevará, en la mayoría de los casos, a la devolución de la ayuda.

Como los jueces nacionales deben ordenar la recuperación íntegra de la ayuda ilegal independientemente de su compatibilidad (cuya valoración compete exclusivamente a la Comisión), la devolución puede ser más rápida si se solicita (por el competidor) ante un juez nacional que si se solicita a través de una denuncia a la Comisión¹⁰⁶. Esta obligación es independiente de que la

¹⁰¹ Véase sentencia del TJ de 11 de diciembre de 1973, *Lorenz*, as. 120/73, *Rec. 1973*, p. 1471, apartados 7 y 9; y STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 292.

¹⁰² Sentencia del TJ de 21 de noviembre de 1991, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur...*, *op. cit.*, apartados 5 y 12.

¹⁰³ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)...*, *op. cit.*, apartados 15 y 70.

¹⁰⁴ Véase, al respecto, las Conclusiones del Abogado General F. JACOBS, de 30 de abril de 2002, as. C-126/01, *Rec. 2002*, p. I-13769, puntos 43 y 44.

¹⁰⁵ Sentencia del TJ de 20 de noviembre de 2003, *GEMO*, as. C-126/01, *Rec. 2003*, p. I-13769.

¹⁰⁶ En este sentido, en el asunto *CELF II*, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el objeto de la misión de los órganos jurisdiccionales es adoptar las medidas adecuadas para remediar la ilegalidad de la ejecución de las ayudas, con el fin de que el beneficiario no conserve la libre disposición de éstas por el tiempo que quede hasta la Decisión

ayuda sea o no compatible con el mercado interior según el Tratado, dado que, a diferencia de lo que ocurre con la Comisión, el órgano jurisdiccional nacional debe limitarse a determinar si la medida constituye una ayuda estatal y si le es aplicable la obligación de *standstill*¹⁰⁷.

Las obligaciones de los jueces nacionales no se limitan a exigir la devolución de la ayuda ilegal ya desembolsada. También abarcan aquellos casos en los que está a punto de efectuarse un pago ilegal. En tales casos, el juez deberá evitar que tenga lugar el pago, en cumplimiento de sus deberes derivados del artículo 108.3 del TFUE¹⁰⁸. Como ha quedado dicho, las posibles acciones judiciales que pueden interponer los competidores y otros afectados por la ayuda estatal pueden pretender también el abono de los intereses devengados durante el período de la ilegalidad, o la indemnización por los daños y perjuicios irrogados a los competidores por la autoridad que concedió la ayuda o por el propio beneficiario¹⁰⁹.

B. Derecho procesal: medidas cautelares

Según la jurisprudencia *Lorenz*, el juez debe aplicar el artículo 108.3 del TFUE, sin que se pueda alegar la aplicación de las normas nacionales. En teoría, el ordenamiento jurídico nacional debe proporcionar los recursos adecuados en previsión de hipotéticas infracciones de ese artículo¹¹⁰. En el asunto *SFEI*, el TJ abordó el tema de la tutela cautelar, al declarar que incumbe al juez apreciar la necesidad de acordar medidas cautelares, tales como la suspensión de las medidas de ayuda a fin de salvaguardar los intereses de las partes¹¹¹. En efecto, la obligación de los jueces de deducir las consecuencias legales pertinentes de las infracciones de la obligación de *standstill* no se li-

de la Comisión». Sentencia del TJ de 11 de marzo de 2010, *Centre d'exportation du livre français (CELF)* y *Ministre de la Culture et de la Communication c/ Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, as. C-1/09, *Rec. 2010*, p. I-2099. Deben tenerse en cuenta, no obstante, las excepciones a esta obligación que se derivan de las sentencias *SFEI* y *CELF I* referidas en el apartado 2.A. siguiente.

¹⁰⁷ *Comunicación sobre Aplicación*, apartado 31.

¹⁰⁸ *Ibid.*, apartado 28.

¹⁰⁹ *Ibid.*, apartados 37-55.

¹¹⁰ Es interesante señalar que el Abogado General F. JACOBS iba más allá en sus conclusiones en el asunto GEMO de 30 de abril de 2002, as. C-126/01 (*Rec. 2002*, p. I-13769, punto 39).

¹¹¹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)*..., *op. cit.*, apartado 52.

mita a sus sentencias finales. En aplicación del artículo 108.3 del TFUE, los jueces también están obligados a dictar medidas cautelares cuando ello sea necesario para salvaguardar los derechos individuales y la eficacia del artículo 108.3 del TFUE¹¹². A nivel español, el artículo 129 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* fundamenta la adopción de las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la eficacia del artículo 108.3 del TFUE, si bien esas medidas no podrán implicar el embargo de bienes demaniales ni de bienes patrimoniales materialmente afectos a un uso o servicio público¹¹³.

La facultad de los jueces nacionales de adoptar medidas cautelares cuando el tiempo apremia puede ser de fundamental importancia para las partes. Los jueces están en situación adecuada para adoptar medidas cautelares cuando la ayuda ilegal ya se ha pagado (supuesto en que las medidas cautelares tienen por objeto la recuperación provisional) o cuando está a punto de abonarse (supuesto en que las medidas cautelares tienen por objeto impedir el desembolso hasta que se resuelva el fondo del asunto)¹¹⁴. Como ha quedado dicho, la recuperación provisional puede ser un instrumento muy eficaz cuando el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional transcurre simultáneamente a una investigación de la Comisión¹¹⁵, si bien la adopción de medidas cautelares también procede una vez declarada la ilegalidad de fondo por la Comisión mediante una decisión que declare su incompatibilidad con el mercado interior.

2. LOS DIFERENTES TIPOS DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Se analizarán a continuación los distintos tipos de procedimientos judiciales que pueden ventilarse ante los jueces nacionales, en los que las partes afectadas aleguen la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales,

¹¹² *Comunicación sobre Aplicación*, apartado 56.

¹¹³ En este sentido, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 166/1998, de 15 de julio (166/1998), recogida con mayor o menor acierto por el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de *Patrimonio de las Administraciones Públicas* (BOE de 4 de noviembre de 2003, nº 264, p. 38924) y otras disposiciones autonómicas, son inembargables los bienes demaniales y, de entre los bienes patrimoniales, únicamente aquellos que se hallen «afectados materialmente a un uso o servicio público».

¹¹⁴ *Comunicación sobre Aplicación*, apartados 57 a 61.

¹¹⁵ *Ibid.*, apartado 62.

o bien invoquen la improcedencia de su aplicación. Las partes en este tipo de procedimientos judiciales son habitualmente el Estado, la empresa beneficiaria de la ayuda y el competidor del beneficiario (empresa perjudicada por la medida estatal concedida a la empresa beneficiaria)¹¹⁶. A ello cabe añadir el supuesto de los litigios entre Administraciones, ilustrado por la práctica francesa, italiana y española.

A. *El Estado contra el beneficiario de la ayuda (y viceversa)*

En el marco de las relaciones entre el Estado y el beneficiario, dos razones pueden llevar al litigio: por un lado, la obligación del Estado (impuesta por la Comisión) de requerir al beneficiario la devolución de la ayuda ilegal; y, por otro, la solicitud dirigida al Estado, por parte del beneficiario, del desembolso de la ayuda comprometida.

Nos referiremos en primer lugar a la segunda de estas dos hipótesis. Imaginemos, por ejemplo, que un beneficiario alegue que ha cumplido con las condiciones del régimen de ayudas estatales para prevalerse de la ayuda. Sin embargo, el Estado se niega a concedérsela. La respuesta es sencilla: las normas de la Unión Europea en materia de control de ayudas estatales son irrelevantes a los efectos de fundamentar dicha demanda. El beneficiario deberá fundamentar su pretensión en el Derecho nacional, especialmente en materia de la prohibición de discriminación¹¹⁷. Sin embargo, tales normas son relevantes en la contestación a la demanda, dado que el Estado probablemente se resistirá a desembolsar la ayuda fundándose precisamente en el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales.

Consideraremos ahora la primera de las dos hipótesis enunciadas. Imaginemos una situación en la que el Estado exija la devolución de la ayuda pagada al beneficiario, como consecuencia de la nulidad de la medida por infracción del artículo 108.3 del TFUE, pese a haber sido posteriormente

¹¹⁶ Por tanto, uno de los rasgos característicos de los litigios relativos a las normas en materia de ayudas estatales es que se trata de una situación triangular. Para un estudio muy completo de Derecho comparado, véase JESTAEDT, T., DERENNE, J. y OTTERVANGER, T., *Study on the enforcement of State aid law at national level*, marzo de 2006, elaborado para la Comisión y disponible en <http://www.concurrences.com/> (Parte I, cuyo apartado dedicado a España (pp. 421 y ss.), a cargo de Pedro Callol García, ofrece particular interés) y en <http://www.berliner-gespraechskreis.eu/> (Parte II).

¹¹⁷ FLYNN, J., «The Role of National...», *loc. cit.*, p. 335.

declarada compatible por la Comisión. Cabría considerar que la posterior decisión positiva de la Comisión sobre su compatibilidad es susceptible de justificar la no recuperación de la ayuda¹¹⁸, como circunstancia excepcional a efectos del asunto *SFEI*. A primera vista, el contenido «más bien rígido» de la jurisprudencia recaída en el asunto *FNCEPA* (los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de garantizar que extraerán todas las consecuencias necesarias) no parece fácilmente conciliable con esta posibilidad¹¹⁹.

Esta cuestión, pertinente también en los litigios que se plantean entre el beneficiario y el competidor, requiere respuesta por parte del TJ. Por su parte, la Comisión ha confirmado que la obligación de exigir la recuperación de la ayuda ilegal que pesa sobre los jueces nacionales desaparece si, cuando el juez dicta su sentencia, la Comisión ya ha decidido que la ayuda es compatible con el mercado interior, según la sentencia *CELF I*¹²⁰ (apartado 34 de la *Comunicación sobre Aplicación*).

La obligación de recuperación de los jueces nacionales no es absoluta. Según la jurisprudencia *SFEI*¹²¹, pueden existir circunstancias excepcionales en que la recuperación de una ayuda estatal sea improcedente¹²². No obstante, dado el carácter preceptivo del control de las ayudas¹²³, el alcance de los medios de defensa en manos del beneficiario (tales como la imposibilidad absoluta, la confianza legítima y la seguridad jurídica) es limitado. El único medio de defensa del Estado (en un procedimiento con arreglo al artículo 108.2 del TFUE) que justificaría no proceder a la ejecución de la decisión negativa (por analogía con la devolución de la ayuda ilegal) es la imposibilidad absoluta de ejecutarla¹²⁴. El TJ se ha pronunciado en varias ocasiones de manera muy restrictiva en relación con el alcance de esta imposibilidad, de

¹¹⁸ STRUYS, M., «Le rôle des juridictions nationales...», *loc. cit.*, p. 294.

¹¹⁹ FLYNN, J., «The Role of National...», *loc. cit.*, p. 333.

¹²⁰ Sentencia del TJ de 12 de febrero de 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF) y Ministre de la Culture et de la Communication c/ Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, as. C-199/06, *Rec. 2008*, p. I-469, apartados 45, 46 y 55.

¹²¹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros / La Poste y otros*, as. C-39/91, *Rec. 1996*, p. I-3547, apartados 70 y 71.

¹²² *Comunicación sobre Aplicación*, apartado 32.

¹²³ Sentencia del TJ de 20 de septiembre de 1990, *Comisión c/ Alemania - BUG-Alutechnik*, as. C-5/89, *Rec. 1990*, p. I-3437, apartado 14; y sentencia del *Bundesgerichtshof* alemán, de 4 de abril de 2003, as. n° V ZR 314/02.

¹²⁴ Sentencia del TJ de 27 de junio de 2000, *Comisión c/ Portugal - EPAC*, as. C-404/97, *Rec. 2000*, p. I-4897, apartado 39.

modo que ha reconocido, por ejemplo, la situación de las empresas en situaciones concursales¹²⁵.

El TJ invita al juez a valorar las circunstancias excepcionales en las que el beneficiario puede construir su defensa para oponerse a la devolución de la ayuda solicitada¹²⁶. Aunque el Derecho de la Unión Europea no impide el respeto a los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica a nivel nacional, el alcance de estos principios se ve limitado, en la medida en que el beneficiario debe «comprobar» que el Estado actúa de conformidad con sus obligaciones, en particular con su obligación de notificación. Según la jurisprudencia, para apreciar que se ha creado una confianza legítima en la legalidad de la ayuda que merece ser protegida es necesaria la concurrencia de circunstancias excepcionales¹²⁷. Cuando se alega que dicha confianza se fundamenta en una actuación de la Comisión, debe tratarse de una actuación positiva y la Comisión que debe haber dado garantías concretas, precisas e incondicionales acerca de la legalidad de la ayuda¹²⁸.

Por esta razón, los contratos de transmisión de activos, en casos de privatización, contienen generalmente una cláusula que sujeta su efectividad a la obtención de la autorización de la Comisión. En caso contrario, el beneficiario no debería sucumbir a la tentación de aceptar la ayuda¹²⁹.

B. *Un competidor del beneficiario contra el Estado*

Hay dos tipos de acciones que un tercero (que se sienta perjudicado por una medida estatal susceptible de ser calificada de ayuda) puede incoar contra el Estado, fundamentadas en la aplicación de las normas comunitarias en materia de control de ayudas estatales: la acción de indemnización de daños

¹²⁵ Sentencia del TJ de 17 de junio de 1999, *Comisión c/ Bélgica - Maribel*, as. C-75/97, *Rec. 1999*, p. I-3671, apartado 89.

¹²⁶ Sentencia del TJ de 20 de septiembre de 1990, *Comisión c/ Alemania - BUG-Alutechnik*, as. C-5/89, *Rec. 1990*, p. I-3437.

¹²⁷ Sentencia del TJ de 24 de noviembre de 1987, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV c/ Comisión*, as. C-223/85, *Rec. 1987*, p. 4617.

¹²⁸ Sentencia del TG de 30 de noviembre de 2009, *República Francesa y France Télécom SA c/ Comisión*, asuntos acumulados T-427/04 y T-17/05, *Rec. 2009*, p. II-4315, apartados 260 y 261.

¹²⁹ Así, la doctrina sugiere que se le reconozca también al beneficiario el derecho de notificación. Véase POWER, V., «A Proposal of State Aid Reform: Beneficiaries of Potential State Aid Should Be Able To Notify the European Commission of the Proposed Aid», *European Competition Law Review*, 2005, nº 26, p. 1.

y perjuicios y la acción de anulación de la medida que constituye una desventaja para el competidor.

a. La responsabilidad del Estado por los daños causados

Si el Estado concede una ayuda al beneficiario, sin notificarla a la Comisión, el competidor del beneficiario y otros terceros pueden reclamar indemnización de los daños y perjuicios que le haya irrogado la infracción del Derecho de la Unión Europea, con fundamento en el Derecho nacional y en la jurisprudencia *Francovich*¹³⁰/*Brasserie du Pêcheur*¹³¹ (aplicada por el TJ en materia de Derecho europeo de la competencia en el asunto *GT-Link*¹³²) con sujeción al principio de equivalencia¹³³, dado que el artículo 108.3 del TFUE es una norma que otorga derechos a los particulares (el derecho de que cualquier ayuda concedida por las autoridades estatales esté aprobada por la Comisión).

A nivel español, dado que la responsabilidad por el desembolso de la ayuda corresponde a la Administración que la ha concedido, la acción normalmente debe interponerse contra ella, es decir, mediante el proceso contencioso administrativo. Dicha la responsabilidad puede fundamentarse en la referida jurisprudencia *Francovich* o en el artículo 139 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* cuando concurren determinados requisitos, consistentes básicamente en la existencia de una lesión efectiva, que han sido precisados por la ju-

¹³⁰ Sentencia del TJ de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci c/ Italia*, asuntos acumulados C-6/91 y C-9/91, *Rec. 1991*, p. I-5357.

¹³¹ Sentencia del TJ de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland y The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd y otros*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Rec. 1996*, p. I-1029.

¹³² Sentencia del TJ de 17 de julio de 1997, *GT-Link A/S c/ De Danske Statsbaner (DSB)*, as. C-242/95, *Rec. 1997*, p. I-4449.

¹³³ Sentencia del TJ de 26 de enero de 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL c/ Administración del Estado*, as. C-118/08, *Rec. 2010*, p. I-635. Sobre la controvertida aplicación del principio de equivalencia por el Tribunal Supremo español, véase PEDRAZ, M., «Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *La Ley*, n.º 19, nueva época, enero-febrero 2011, pp. 29 a 44, e IBÁÑEZ GARCÍA, I., «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la infracción del Derecho comunitario y otras cuestiones recurrentes relativas a la denominada Justicia Administrativa», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 315, 2011, pp. 29-54.

risprudencia nacional. La reclamación de responsabilidad podría sustanciarse en el mismo procedimiento judicial en que se ventile la pretensión de anulación de la ayuda conforme al artículo 31 de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dado que los artículos 34 y 35 de dicha Ley permiten la acumulación de acciones¹³⁴.

No obstante, conviene mencionar algunos de los problemas relacionados con este tipo de procedimientos: (a) la fijación del *quantum* del daño o de los ingresos dejados de percibir, que es un problema que no se limita al ámbito del Derecho de la Unión Europea¹³⁵, y (b) la carga de la prueba, que recae en la parte demandante del resarcimiento en lo que concierne al *quantum* del daño y a la relación causal. Ello determina que se conozcan pocos procedimientos de este tipo, dado que los problemas que se plantean dificultan el fin exitoso de este tipo de procedimientos¹³⁶.

En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de 15 de febrero de 2005¹³⁷ por la que la Audiencia Nacional concluyó la improcedencia de atender a la petición de responsabilidad formulada por Fred Olsen, S.A., pese a haberse reconocido la concesión en favor de su competidor Trasmediterránea, S.A. de medidas constitutivas de ayudas en contravención del Derecho de la Unión Europea¹³⁸.

b. Los procedimientos para la anulación de medidas estatales

Esta es una práctica frecuente en algunos Estados miembros. Los ejem-

¹³⁴ En efecto, la pretensión de indemnización del competidor se fundamenta en unos mismos hechos: la adopción de la medida de ayuda en cuestión.

¹³⁵ *Comunicación sobre Aplicación*, apartados 48-52.

¹³⁶ MÜLLER-RAPPARD, A., BOUSIN, J. *et al.*, «The Effective Application of EU State Aid Procedures, Chapter 10: France», en NEMITZ, P. F. (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures - The Role of National Law and Practice*, International Competition Law Series, vol. 29, Kluwer Law International, La Haya, 2007, pp. 179-202.

¹³⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 15 de febrero de 2005, *RJCA* 2005\693, relativa a daños y perjuicios por la concesión a Trasmediterránea, S.A. de ayudas contrarias al Derecho de la Unión Europea.

¹³⁸ Mediante su sentencia de 19 de julio de 2007, *Bouychou (en nombre de Stardust Marine) c/ Comisión* (as. T-344/04, *Rec. 2007*, p. II-91), el TJ desestimó un recurso por responsabilidad por no haberse demostrado el vínculo causal. Para un análisis de esta sentencia, véase CASTILLO DE LA TORRE, F. y URRACA CAVIEDES, C., «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2007», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n° 3, mayo-junio 2008, p. 39.

plos franceses (asunto *GEMO*¹³⁹), británicos (asunto *Lunn Poly*¹⁴⁰) y belgas (asunto *Van Lornoy en Zonen*¹⁴¹) lo atestiguan. Así, las empresas discuten la legalidad de las medidas adoptadas por el Estado, que les impone tasas parafiscales y fiscales de manera discriminatoria y constituyen, por tanto, ayudas ilegales.

Una vez el juez nacional haya determinado que tal legislación impone una medida que debe ser calificada de ayuda (la carga de la prueba recae, a nuestro juicio, en las empresas), el juez nacional debe anularla. Los competidores pueden interponer la acción de anulación de la medida que constituye para ellos una desventaja, en la jurisdicción contencioso-administrativa o en la jurisdicción civil, según el caso.

En efecto, los competidores pueden interponer un recurso de anulación de un acto administrativo cuyo destinatario se beneficia de una ayuda estatal ilegal. El asunto francés *Ryanair*¹⁴², desencadenado por la acción interpuesta por una compañía aérea competidora ante el Tribunal Administrativo francés que decretó la nulidad de la medida, suspendió futuros desembolsos y exigió la restitución de los importes desembolsados, sirve de ejemplo. El hecho de que el intervalo temporal entre la decisión de conceder una ayuda (en junio de 2002) y la sentencia del Tribunal General (en julio de 2003) fuera bastante breve confirma que los recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden ser eficaces.

Parece indudable la legitimidad activa de los competidores para ejercitar una acción relativa a la legalidad de las medidas de las que no son destinatarios, dado que siempre se ven afectados por la concesión de una ayuda ilegal, lo que fundamenta su interés en acudir al juez nacional. Dicha legitimidad no se negó al demandante en el asunto *SFEI*¹⁴³, y ha sido expresamente formulada por la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* alemán¹⁴⁴. Los tribu-

¹³⁹ Sentencia del TJ de 20 de noviembre de 2003, *GEMO*, as. C-126/01, *Rec. 2003*, p. I-13769.

¹⁴⁰ Sentencia de la *Supreme Court of Judicature*, *R.v. Commissioners of Customs and Excise ex parte Lunn Poly Limited*, [1999], *EuLR*, 653 a 622G.

¹⁴¹ Sentencia de la *Cour de cassation* (Sección 1ª), Bélgica, de 19 de enero de 2000, as. C960091N.

¹⁴² Sentencia del *Tribunal administratif* de Estrasburgo, de 24 de julio de 2003, *Société Brit Air c/ Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin et Société Ryanair*, as. n° 01-04641.

¹⁴³ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros / La Poste y otros*, as. C-39/91, *Rec. 1996*, p. I-3547.

¹⁴⁴ Sentencia del *Bundesgerichtshof* alemán, de 4 de abril de 2003, as. n° V ZR 314/02.

nales holandeses incluso han reconocido explícitamente la legitimación de los competidores potenciales (es decir, de aquellos que todavía no se hallaban en el mercado) para acudir a los tribunales¹⁴⁵.

En el caso español, los competidores están legitimados para interponer recurso ordinario y recurso contencioso administrativo¹⁴⁶, así como para ejercitar la acción ante los Juzgados de lo Mercantil, con fundamento en el artículo 22 de la *Ley de Competencia Desleal*¹⁴⁷. La práctica judicial española ha lidiado con este tipo de procedimientos a instancia de competidores, con fundamento en el efecto directo de la prohibición contenida en el artículo 108.3 del TFUE y con resultados diversos: en algunos casos, con relativo éxito del competidor¹⁴⁸; y, en otros sin éxito, por concluir el tribunal competente que las medidas cuestionadas no eran constitutivas de ayudas¹⁴⁹ o que no existía presunción de ilegalidad, al hallarse en curso el procedimiento administrativo ante la Comisión¹⁵⁰.

C. Un competidor contra el beneficiario de la ayuda

Como ha quedado dicho, los competidores pueden interponer acciones de reparación de daños y perjuicios contra la autoridad otorgante de la ayuda estatal. Sin embargo, en determinadas circunstancias, el competidor puede

¹⁴⁵ AEA, «Study on the Application of EC State Aid Law...», *loc. cit.*, p. 243.

¹⁴⁶ La sentencia que se dicte será, en su caso, susceptible de apelación e incluso de casación en interés de la ley.

¹⁴⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero (*BOE* de 11 de enero de 1991, nº 10, p. 959).

¹⁴⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 21 de mayo de 2002, *RJCA* 2002\1209, por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Fletamentos de Baleares, S.A. contra la resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes (Ministerio de Fomento) de 16 de diciembre de 1997, por la que se había convocado la contratación de servicios de determinadas líneas de interés público de pasajeros y vehículos en régimen de equipaje, que fue anulada por no ser ajustada a Derecho.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 22 de febrero de 1999, *RJ* 1999\887, relativo al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Agrupación de Escuelas de Formación Aeronáutica contra el Real Decreto 990/1992, de 31 julio, por el que se aprobó la estructura orgánica de la Dirección General de la Aviación Civil.

¹⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 11 de abril de 2000, *JUR* 2000\204240, relativo a la impugnación por la Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares de un concurso convocado para la contratación de servicios de líneas de interés público.

optar por reclamar la reparación de daños y perjuicios directamente al beneficiario.

En la sentencia *SFEI*, el TJ abordó explícitamente la cuestión relativa a si cabe interponer acciones directas de reparación de daños y perjuicios contra el beneficiario conforme al Derecho de la Unión Europea. El TJ concluyó que, puesto que el artículo 108.3 del TFUE no impone ninguna obligación directa al beneficiario, no existe fundamento suficiente en el Derecho de la Unión Europea para ejercitar tales acciones¹⁵¹. Sin embargo, en principio, parece que ello no debería ser óbice para que el competidor interponga una reclamación de daños y perjuicios contra el beneficiario de la ayuda fundamentada en el Derecho nacional sustantivo en materia de responsabilidad extracontractual (o, en el caso español, en la *Ley de Competencia Desleal*), por percibir una ayuda sin previa notificación a la Comisión en infracción del artículo 108.3 del TFUE, si dicha infracción le ha causado un daño¹⁵².

D. Los litigios entre Administraciones

A los anteriores supuestos procede añadir los litigios entre Administraciones en materia de ayudas estatales, como los planteados en Francia, Italia y España entre la Administración central y las Administraciones territoriales descentralizadas, o entre aquélla y otros entes públicos. En el caso español, ilustra este tipo de pleitos la sentencia del TJ de 21 de julio de 2005, *Administración del Estado c/ Xunta de Galicia*¹⁵³.

IV. CONCLUSIONES

La escasez de resoluciones judiciales dictadas en España en materia de ayudas estatales, y el número decreciente de cuestiones prejudiciales en la materia planteada en el conjunto de la Unión Europea a partir de 2006¹⁵⁴, conduce a

¹⁵¹ Sentencia del TJ de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)*..., *op. cit.*, apartados 72-74.

¹⁵² *Ibid.*, apartado 75.

¹⁵³ Sentencia del TJ de 21 de julio de 2005, *Administración del Estado c/ Xunta de Galicia* (as. C-71/04, *Rec. 2005*, p. I-7419), dictada en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo al hilo de la solicitud de anulación por la Administración del Estado de un régimen de ayudas establecido mediante un decreto autonómico en infracción de la obligación de notificación previa.

¹⁵⁴ BROBERG, M. y FENGER, N., *Preliminary References to the European Court of Justice*, Hart, Oxford, 2010, pp. 22.

constatar la escasa aplicación del Derecho de la Unión Europea de ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁵⁵, que se halla todavía en un estadio embrionario¹⁵⁶. Por lo general, su papel viene quedando relegado, en la mayoría de los casos, a exigir el cumplimiento de la obligación de restitución de las ayudas concedidas en infracción de las normas de la Unión Europea impuesta por las decisiones de la Comisión (*public enforcement*).

Ello es así a pesar de que la experiencia de los tribunales franceses, británicos y belgas demuestra que la intervención del juez nacional, en tanto que aplicador ordinario del Derecho de la Unión Europea, puede garantizar mejor que la propia Comisión los derechos e intereses de las empresas competidoras frente a las beneficiarias de ayudas concedidas en infracción del artículo 108.3 del Tratado (*private enforcement*). El motivo es que los jueces nacionales están facultados para impedir el desembolso u obtener la devolución de las ayudas concedidas en infracción de las normas de procedimiento, sin estar obligados a esperar a que recaiga la decisión de la Comisión, en caso de que ésta haya incoado o decida incoar un procedimiento.

En términos generales, las ventajas y garantías procesales que ofrece a las empresas competidoras el amparo de los órganos jurisdiccionales nacionales incluyen

- (a) la obligación del juez nacional de conocer el asunto que se le plantea —a diferencia de la Comisión, que decide discrecionalmente sobre la apertura del procedimiento—,
- (b) los medios —ajenos a la Comisión— de que disponen los órganos jurisdiccionales nacionales para adoptar medidas cautelares (que les permiten ordenar la devolución inmediata de la ayuda), y
- (c) los amplios poderes de que gozan los órganos jurisdiccionales nacionales, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo o civil (reconocidos por la jurisprudencia del TJ y por el propio Derecho nacional), que les facultan para decretar la nulidad de las medidas y para ordenar la devolución de las ayudas ilegales o impedir su desembolso por el mero hecho de que éstas hayan sido concedidas sin notificación previa a la Comisión o sin haber sido por ella autorizadas; y ello sin

¹⁵⁵ En este sentido, véase JESTAEDT, T., DERENNE, J. y OTTERVANGER, T., *Study on the enforcement of State aid law at national level*, 2006, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ DÍAZ, F.-E., «The Effective Application of EU State Aid Procedures, Chapter 3: Community Report», en NEMITZ, P. F. (ed.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures - The Role of National Law and Practice*, International Competition Law Series, vol. 29, La Haya, Kluwer Law International, 2007, pp. 45-92.

perjuicio de otras medidas que puedan o deban adoptar en aplicación del Derecho nacional, en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental.

Los órganos jurisdiccionales, al aplicar el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, se enfrentan a una materia muy técnica y políticamente sensible, regida por una regulación fragmentaria y en fase de elaboración, inspirada por directrices y comunicaciones constitutivas de *soft law* de controvertido valor jurídico, y a complejas interacciones entre el procedimiento judicial nacional y el proceso administrativo de autorización que, en su caso, se siga ante la Comisión. En consecuencia, tanto las instituciones de la Unión Europea como las administraciones nacionales deberían establecer mecanismos tendentes a propiciar la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales, en tanto que jueces de la Unión, y potenciar el uso de los mecanismos existentes.

Las administraciones nacionales deberían proporcionar a los jueces medios de apoyo técnico, es decir, la formación necesaria para la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas estatales. En este sentido, es encomiable la labor desarrollada por la *Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea* del Consejo General del Poder Judicial —cuya orientación al juez competente para resolver un litigio en materia de ayudas estatales puede resultar clave—, así como los esfuerzos dedicados por la Escuela Judicial a intensificar el conocimiento del Derecho de la Unión Europea por la judicatura española. No menos importante es la especialización mercantil de los jueces civiles operada en nuestro país.

Convendría incrementar el intercambio de experiencias entre jueces de los diferentes Estados miembros por lo que se refiere a la aplicación de la normativa de la Unión Europea en materia de ayudas estatales. Este tipo de medidas, junto a una hipotética mínima armonización de las normas nacionales procesales y sobre legitimación activa en materia de aplicación del artículo 108.3 del TFUE¹⁵⁷, facilitarían la aplicación uniforme de este sector del ordenamiento en todo el territorio de la Unión. Hasta que eso suceda, la publicación por la Comisión de un *vademécum* recopilatorio de las diferentes normas nacionales procesales aplicables en la materia aportaría transparencia y, en definitiva, contribuiría a fomentar el *private enforcement* por lo que se refiere a la normativa de la Unión Europea sobre ayudas estatales.

¹⁵⁷ En este sentido, JESTAEDT, T., DERENNE, J. y OTTERVANGER, T., en su *Study on the enforcement of State aid law at national level*, *op. cit.*, han propugnado la promulgación de una directiva sobre *remedies* en asuntos relativos a ayudas estatales.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS ESTATALES POR LOS TRIBUNALES NACIONALES

RESUMEN: En este trabajo se analizan las cuestiones que plantea la aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales (*private enforcement*) de las normas de la Unión Europea sobre ayudas públicas, incluidas las que atañen a la interacción entre el procedimiento que pueda seguirse ante la Comisión y el procedimiento judicial nacional. Tales cuestiones son de interés para las compañías beneficiarias de ayudas (interesadas en que se sigan escrupulosamente las normas de procedimiento estipuladas en el artículo 108.3 del Tratado), así como para los competidores de las compañías beneficiarias de ayudas que puedan otorgarse sin la previa autorización de la Comisión, cuando ésta sea necesaria. Tales competidores, con fundamento en el efecto directo del artículo 108.3 del Tratado, pueden hallar en los jueces nacionales mayores niveles de seguridad jurídica y un amparo más eficaz que los que les ofrecería la mera denuncia a la Comisión del otorgamiento a un competidor de una ayuda en aparente infracción del artículo 108.3; actuación esta última que no garantiza al denunciante que la Comisión, en el ejercicio de su potestad discrecional, vaya a decidir incoar un procedimiento administrativo encaminado a analizar la regularidad de la ayuda.

En términos generales, las ventajas y garantías procesales que ofrece a las empresas competidoras el amparo de los órganos jurisdiccionales nacionales incluyen (a) la obligación del juez nacional de conocer el asunto que se le plantea —a diferencia de la Comisión, que decide discrecionalmente sobre la apertura del procedimiento—, (b) los medios —ajenos a la Comisión— de que disponen los órganos jurisdiccionales nacionales para adoptar medidas cautelares (que les permiten ordenar la devolución inmediata de la ayuda), y (c) los amplios poderes de que gozan los órganos jurisdiccionales nacionales, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo o civil (reconocidos por la jurisprudencia comunitaria y por el propio Derecho nacional), que les facultan para decretar la nulidad de las medidas y para ordenar la devolución de las ayudas ilegales o impedir su desembolso por el mero hecho de que éstas hayan sido concedidas sin notificación previa a la Comisión o sin haber sido por ella autorizadas; y ello sin perjuicio de otras medidas que puedan o deban adoptarse en aplicación del Derecho nacional, en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Derecho de la competencia, ayudas de Estado, *private enforcement*, órganos jurisdiccionales nacionales.

APPLICATION OF EU STATE AID LAW BY NATIONAL COURTS

ABSTRACT: This paper analyses the issues at stake when national courts apply EU rules on State aid (private enforcement), including the interaction between proceedings before the Commission and proceedings before national courts. These issues are of interest to undertakings in receipt of State aid (which are interested in the procedural rules

laid down in Article 108.3 of the Treaty being strictly complied with), but also the competitors of undertakings in receipt of State aid that has not been cleared by the Commission (when required). Based on the direct effect of Article 108.3 of the Treaty, competitors may obtain greater legal certainty and protection from national courts than that achieved by merely filing a complaint with the Commission, since the Commission has complete discretion as to whether or not to start proceedings aimed at analysing the legality of State aid.

In general terms, the advantages and remedies from which competitors may benefit by pursuing litigation before national courts include: (a) the courts' obligation to deal with State aid matters submitted to them, in contrast to the discretion the Commission enjoys when deciding whether or not to start proceedings; (b) the courts' powers —not held by the Commission— to order precautionary measures and that allow them to order the immediate return of State aid; and (c) the wide powers held by the courts (regardless of whether they deal with public law or private law matters), acknowledged by both the ECJ's case law and national laws, allowing them to order the return of illegal State aid or to prevent illegal State aid being disbursed merely because the Commission has not been notified of it or has not cleared it. Furthermore, the courts may adopt additional measures under national laws pursuant to the principle of procedural and institutional autonomy.

KEY WORDS: EU law, Treaty on the Functioning of the European Union, competition law, State aid, private enforcement, national courts.

L'APPLICATION PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES DU DROIT COMMUNAUTAIRE RELATIF AUX AIDES D'ÉTAT

RÉSUMÉ : ce travail a pour objet l'étude des questions soulevées par l'application, par les organes juridictionnels nationaux, des règles de l'UE relatives aux aides d'État (*private enforcement*), y compris celles relatives à l'interaction entre la procédure qui peut être suivie devant la Commission et la procédure juridictionnelle nationale. Ces questions revêtent une importance particulière pour les entreprises recevant des aides (et dont l'intérêt est de respecter scrupuleusement les règles de procédure prévues à l'article 108.3 du Traité), ainsi que pour les concurrents des bénéficiaires des aides accordées sans l'approbation préalable de la Commission, lorsque celle-ci s'avère nécessaire. Ces concurrents, sur le fondement de l'effet direct de l'article 108.3 du Traité, peuvent trouver auprès des tribunaux nationaux une sécurité juridique renforcée et une protection plus efficace que celles qui leur serait offerte par le dépôt d'une simple plainte auprès de la Commission à l'encontre de l'octroi d'une aide à un concurrent en violation apparente de l'article 108.3, une telle plainte ne garantissant pas au plaignant que la Commission, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, décidera d'engager la procédure administrative destinée à analyser la légalité de l'aide en question.

D'un point de vue général, les avantages et garanties de procédure qu'offre aux entreprises concurrentes la protection des organes juridictionnels nationaux comprennent : a) l'obligation pour le juge national de connaître de l'espèce qui lui est soumise, à l'in-

verse de la Commission qui décide de manière discrétionnaire de l'engagement de la procédure; b) les moyens dont disposent les organes juridictionnels nationaux, et dont la Commission est dépourvue, en vue d'adopter des mesures conservatoires (leur permettant d'ordonner la restitution immédiate de l'aide); et, c) les larges pouvoirs dont bénéficient les organes juridictionnels nationaux, de l'ordre contentieux administratif ou civil (reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et par la législation nationale elle-même) leurs permettant de prononcer l'annulation des mesures et la restitution des aides illégales ou d'interdire leur versement, par le simple fait qu'elles ont été octroyées sans avoir été préalablement notifiées à la Commission ou que celle-ci ne les a pas autorisées, et ce, sans préjudice d'autres mesures que lesdits organes peuvent ou doivent adopter, conformément au droit national, en vertu du principe d'autonomie institutionnelle et de procédure.

MOTS CLÉS: droit de l'UE; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne; droit de la concurrence; aides d'État; *private enforcement*; juridictions nationales.

