

... ○ ...

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala segunda) De 20 de septiembre de 2007

■ **Asunto:** C-177/06

■ **Partes:** Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España

■ **Síntesis:** «Ayudas de Estado – Régimen de ayudas – Incompatibilidad con el mercado común – Decisión de la Comisión – Ejecución – Supresión del régimen de ayudas – Suspensión de las ayudas pendientes de pago – Recuperación de las ayudas ya otorgadas – Incumplimiento – Motivos de defensa – Ilegalidad de la decisión – Imposibilidad absoluta de ejecución»

I. Comentario

La sentencia resuelve un **recurso por incumplimiento** contra España interpuesto por la Comisión por ayudas fiscales en el País Vasco. Se condena a España y no es la primera vez. En efecto, un caso similar al que comentamos fue resuelto por Sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C485/03 a C490/03. También se trataba de ayudas fiscales concedidas por las tres diputaciones forales de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa. Aquella sentencia fue también desestimatoria de las pretensiones de España y objeto de condena en costas. Allí se trataba de seis Decisiones respecto a seis ayudas estatales ilegalmente ejecutadas por España en las tres provincias del País Vasco, dos en

cada una de ellas, una en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones y otra en forma de reducción de la base imponible. Aquí se trata de la exención durante diez años del Impuesto sobre Sociedades que se implantó por las tres provincias vascas para favorecer la creación de empresas.

Las tres Decisiones que se declaran incumplidas decretaron que España suprimiría el régimen, adoptaría todas las medidas necesarias para obtener de los beneficiarios la recuperación de las ayudas puestas a su disposición ilegalmente, e informaría a la Comisión en un plazo de las medidas adoptadas en cumplimiento de la misma.

En efecto, conforme al Derecho comunitario, cuando la Comisión (a quien el artículo 88 Tratado CE atribuye la competencia para decidir acerca de la compatibilidad de una medida con el mercado común o de su autorización) compruebe que unas ayudas no son compatibles con el mercado común, puede ordenar al Estado miembro que recupere dichas ayudas de los beneficiarios.

Como es sabido, los Estados miembros deben notificar a la Comisión todo proyecto de concesión de una nueva ayuda, que no podrá llevarse a efecto antes de que la Comisión adopte una decisión autorizándola; la ausencia de notificación determinará la calificación de la ayuda como ilegal, y si es declarada incompatible con el mercado común, la obligación del Estado miembro de adoptar todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda con los correspondientes intereses desde la fecha en que la ayuda estuvo a disposición del beneficiario. Sólo si el incentivo es calificado por la Comisión como *ayuda existente*, la Comisión tiene el poder de exigir a los Estados miembros una mera modificación del régimen de ayudas, la fijación de requisitos de procedimiento o la supresión del régimen; la diferencia entre *ayuda existente* y *ayuda ilegal* es, pues, que si se trata de esta última, hay obligación de recuperar la ayuda exigiendo su reintegro a quien se benefició de la misma. A este respecto, el período de prescripción aplicable no es el de cuatro años de nuestra Ley General Tributaria sino el de diez años que fijan las normas comunitarias.

La supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad y tiene por objeto restablecer la situación anterior a su otorgamiento. Este objetivo sólo se logra una vez que las ayudas de que se trata, más, en su caso, los intereses de demora, han sido devueltas por el beneficiario o por las empresas que las han disfrutado efectivamente. En efecto, a través de la devolución, el beneficiario pierde la ventaja de que había disfrutado en el mercado respecto a sus competidores, y así queda restablecida la situación anterior a la concesión de la ayuda. El principal objetivo del reembolso de una ayuda de Estado pagada ilegalmente es, por tanto, eliminar la distorsión de la competencia provocada por la ventaja competitiva procurada por la ayuda ilegal.

Dos son las cuestiones básicas que se tratan. Se dictamina sobre si ha habido incumplimiento, primero con base en la excepción puesta por España de que en realidad no hay incumplimiento porque las Decisiones, al ser ilegales, no debían cumplirse; y luego, porque se niega no haber suprimido las ayudas y no haber intentado la recuperación de las ayudas ya dadas.

En efecto, en el caso que analizamos, **España ha incumplido su obligación de adoptar las medidas necesarias para que los regímenes de ayudas no sigan produciendo efectos y de efectuar sin dilación la recuperación de las ya otorgadas.** Es más, España no niega haber incumplido, y lejos de basar su defensa en *imposibilidad absoluta* de cumplir con las Decisiones controvertidas (único argumento que, según la Comisión, podría oponerse), **excepciona el incumplimiento con base en una pretendida ilegalidad de las Decisiones** en cuestión. **Subsidiariamente, alega que en realidad no hay incumplimiento.**

Como puede verse por ejemplo en la Sentencia del mismo Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2005, en el asunto C415/03, apartado 35, ello no es motivo suficiente. En aquella ocasión, el Tribunal dijo que «el Gobierno griego no ha proporcionado explicación alguna dirigida a demostrar la existencia de una eventual imposibilidad absoluta de proceder a la recuperación de dicha deuda» y que «conforme a reiterada jurisprudencia, **el único motivo de defensa que un Estado miembro puede alegar contra un recurso por incumplimiento, interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión** en la que se ordena la recuperación». El Tribunal se remitió entonces a las sentencias de 29 de enero de 1998, Comisión/Italia, C280/95, apartado 13, y de 3 de julio de 2001, Comisión/Bélgica, C378/98, apartado 30).

También en el caso del incumplimiento de Grecia se había alegado imposibilidad de ejecutar una Decisión, y el Tribunal allí también afirmó que «según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la condición de la imposibilidad absoluta de ejecución no se cumple cuando el Gobierno demandado se limita a comunicar a la Comisión las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión, *sin emprender actuación real alguna* ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda y sin proponer a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de dicha decisión que permitieran superar tales dificultades». Todos los «esfuerzos» de las autoridades griegas para recuperar las ayudas fueron considerados insuficientes, pues se limitaron a gestiones procedimentales y administrativas, a acuerdos parciales de pago de deudas y a operaciones de compensación, que además fueron «bien tardías, bien incompletas o carentes de fuerza vinculante, y que, en cualquier caso, no consiguieron la recuperación efectiva de las cantidades debidas».

También en la Sentencia de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-209/00, Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Federal de Alemania, el Tribunal recordó que el único motivo que un Estado miembro puede invocar en su defensa contra un recurso por incumplimiento, interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la Decisión (remitiéndose a su vez a la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2001, Comisión/Francia, C-261/99, apartado 23).

Como advierte el Tribunal, **contra un recurso por incumplimiento de una Decisión no puede oponerse la excepción de que las Decisiones son ilegales**, máxime cuando España no ha presentado recurso de anulación contra la mismas, pero también por el mero hecho de que **las Decisiones gozan de presunción de legalidad**; por tanto, **aunque existan recur-**

sos de anulación contra las mismas ante el Tribunal de Primera Instancia, siguen siendo obligatorias en todos sus elementos. Sólo podría oponerse que las Decisiones en cuestión adolecen de un vicio que ponga en cuestión la propia existencia del acto, y España no ha alegado esto en sus escritos.

Entiendo lógico, por tanto, con arreglo a esta jurisprudencia y argumentos, que se condene a España, que no ha llevado a cabo ninguna medida, ni siquiera parcial o administrativa, tendente a cumplir con lo dispuesto en las Decisiones de la Comisión.

En segundo lugar, se alega por el Reino de España que en realidad no ha habido incumplimiento respecto de las ayudas ya otorgadas, porque los regímenes fiscales de que se trata han dejado de producir efectos. El Tribunal dice que incumbía a España garantizar la derogación de las ayudas y suspender la exención a los que aún no la hubieran disfrutado, cosa que nuestro país no demuestra haber hecho, por lo que son fundadas las imputaciones de la Comisión.

Respecto de la recuperación de las ayudas otorgadas, que debe hacerse sin dilación y con arreglo al procedimiento interno establecido en el Estado miembro de que se trate, el Tribunal recuerda que sólo cabe oponer imposibilidad absoluta de obtener dicho reintegro, alegación que tampoco ha sido invocada por España, que se limitó a alegar que el procedimiento utilizado (a saber, el de declaración de lesividad de actos anulables) es el adecuado. Es decir, **España ni siquiera ha alegado dificultades para obtener la devolución de las ayudas**. Al no haber aportado ni un solo documento que acredite quiénes son los beneficiarios de las ayudas, cuál es su cuantía y qué procedimiento efectivamente se ha incoado para obtener la devolución, España no demuestra haber cumplido, de lo que se deduce lógicamente que el recurso está fundado.

En otras ocasiones, el Tribunal de Justicia ha tenido que enfrentarse a «dificultades» de diversa índole planteadas por los Estados miembros que manifestaban «imposibilidad» de llevar a cabo la recuperación. Se trataba de dificultades concretas y a todas ellas el Tribunal ha encontrado solución, impidiendo que se consolidaran las ayudas ilegales.

Entre ellas puede destacarse la planteada en los asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, República Italiana y SIM 2 Multimedia SpA, resuelta por Sentencia de 8 de mayo de 2003. En aquel caso, como alegó la Comisión ante el Tribunal de Justicia, si se le permitiera, sin más, a una empresa que se encuentre en dificultades y a punto de declararse en quiebra crear, durante el procedimiento de investigación formal sobre las ayudas que le afectan individualmente, una filial para transferirle, antes de concluir el procedimiento de investigación, sus activos más rentables, se admitiría la posibilidad de que cualquier sociedad sustrajese dichos activos del patrimonio de la empresa matriz en el momento de la recuperación de las ayudas, lo que amenazaría con privar de efectos a dicha recuperación en todo o en parte. Por ello, y para evitar que la Decisión de recuperación de las ayudas pierda su eficacia práctica y que continúe el falseamiento del mercado, la Comisión puede verse obligada a exigir que la acción de recuperación no se limite a la empresa originaria sino que se amplíe a aquella que continúe su actividad utilizando los medios de producción cedidos, cuando determinados elementos de la cesión permitan constatar que existe una continuidad económica entre las dos empresas.

También es interesante el caso resuelto por Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de mayo de 2005, en los asuntos acumulados T111/01 y T133/01, Saxonia Edelmetalle GmbH, y J. Riedemann. En aquella ocasión, el importe de las ayudas se encontraba en las cuentas de la sociedad holding, y el Tribunal sostuvo que la Comisión no puede legítimamente imputar de forma automática la obligación de devolución de las ayudas controvertidas a las empresas designadas como beneficiarias iniciales de las ayudas autorizadas, pues ese planteamiento ignora la regla según la cual corresponde a la empresa que ha *disfrutado efectivamente* de las ayudas utilizadas de manera abusiva restituir la ventaja de la que se ha beneficiado. Y en aquel caso, resulta que una parte de las ayudas debía imputarse a las filiales, por corresponder a la utilización efectiva de las ayudas. Para demostrar este extremo las autoridades alemanas aportaron informe de un auditor de cuentas. Las autoridades alemanas añadieron también que el importe imputable a las filiales había sido notificado a la Comisión en el marco de la segunda privatización de las empresas de que se trata.

Vista la jurisprudencia comunitaria al respecto y vistos los problemas que plantean otros Estados miembros, la alegación de España de tener previsto un procedimiento de lesividad de actos anulables que entiende adecuado, parece fuera de lugar.

Una medida que puede adoptarse para dar solución a este problema es la elaboración de una ley con carácter urgente. La sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, en el asunto C-148/04, revela cómo, por ejemplo, la República italiana, para dar cumplimiento a una Decisión que consideró incompatible una ventaja fiscal concedida a los bancos (consistente en una reducción del tipo impositivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas, para los bancos que realizasen una operación de fusión o una reestructuración similar, durante los cinco períodos impositivos siguientes, a condición de que los beneficios se ingresaran en una reserva especial sometida a un período de no distribución), lo que hizo fue suspender esta reducción impositiva mediante un Decreto-Ley de medidas fiscales y financieras urgentes. Este Decreto-Ley, convertido posteriormente en Ley, obligó a los bancos beneficiarios de las ayudas a devolver, con una fecha límite, los impuestos no ingresados como consecuencia de la aplicación del régimen de ayudas más los correspondientes intereses de demora. Nada impide al Gobierno español promover también un Decreto ley, que tiene el mismo carácter de urgencia que el italiano, para ordenar la devolución.

Llegados a este punto, viene a la mente **la pregunta de si puede el beneficiario de una de estas ayudas fiscales, posteriormente declaradas incompatibles con el Ordenamiento comunitario, y que se ve obligado a devolverlas y con intereses, plantear algún tipo de demanda o recurso basándose en una vulneración de los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica.** Este problema ya fue planteado por alguna empresa del País Vasco por otras ayudas fiscales concedidas en algunos Territorios Históricos, y el Tribunal de Justicia vino a contestar que *todo agente económico diligente* debe, a fin de depositar su confianza legítima en la legalidad de la concesión de una ayuda, poder comprobar si se ha observado el procedimiento previsto en el artículo 88 CE (esto es, el de notificación previa a la Comisión, para que ésta efectúe el control de las ayudas que pretenden concederse).

Tanto en aquella ocasión (Sentencia de 11 de noviembre de 2004, Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión, asuntos acumulados C-183/02 P y C-187/02) como en alguna otra posterior (Sentencia de 15 de diciembre de 2005, asunto C-148/04, Unicredito Italiano SpA y Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova I), el Tribunal ha sostenido que, habida cuenta el carácter imperativo del control de las ayudas estatales que con arreglo al artículo 88CE efectúa la Comisión, **las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden depositar una confianza legítima en la validez de una ayuda cuando ésta se concede con observancia del procedimiento que prevé dicho artículo, y que todo agente diligente debe poder realizar esta comprobación.** Es más, la recuperación de una ayuda otorgada al margen del procedimiento del artículo 88CE constituye un riesgo previsible para el operador beneficiario de la misma. Y dado que el reintegro es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad, no puede en ningún caso considerarse una medida desproporcionada respecto a los objetivos de las disposiciones del Tratado.

2. Antecedentes

En 1993 las tres provincias vascas de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa adoptaron medidas fiscales para favorecer la creación de empresas, en concreto, la exención durante diez años del Impuesto sobre Sociedades.

La Comisión inició en el año 2000 procedimientos formales de investigación de acuerdo con el artículo 88 CE apartado 2.

Las tres diputaciones incoaron Recursos de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia contra las decisiones que les concernían.

La Comisión adoptó, al término de los procedimientos de investigación, las Decisiones controvertidas, calificando de ayuda estatal el régimen fiscal de que se trata y declarándolo incompatible con el mercado común. Se daba un plazo de dos meses para que España comunicase la adopción de medidas de ejecución de las mismas.

Las Decisiones fueron notificadas a España y el plazo expiró sin comunicación alguna por parte de nuestro país.

Las tres Diputaciones forales interpusieron recursos contra las Decisiones negativas, asuntos que se encuentran pendientes ante el Tribunal de Primera Instancia.

La Comisión decide, a la vista de la correspondencia y recordatorios inatendidos, interponer recurso por incumplimiento, por considerar que España sigue sin informar acerca de la ejecución de las Decisiones controvertidas.

3. Cuestiones planteadas

Estamos ante un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, el 4 de abril de 2006, por la Comisión de las Comunidades Europeas, como parte demandante, contra el Reino de España, como demandada. Mediante su recurso, la

Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que, al no haber adoptado en el plazo previsto todas las medidas necesarias para cumplir con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 las Decisiones:

- 2003/28/CE de la Comisión, de 20 diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Álava (España) (DO 2003, L 17, p. 20),
- 2003/86/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya (España) (DO 2003, L 40, p. 11), y
- 2003/192/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa (España) (DO 2003, L 77, p. 1) (en lo sucesivo, en su conjunto, «Decisiones controvertidas»),

o, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de dichas Decisiones, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dichas disposiciones.

4. Fallo

El Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de las Decisiones:

- 2003/28/CE de la Comisión, de 20 diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Álava (España),
- 2003/86/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya (España), y
- 2003/192/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa (España),

al no haber adoptado en el plazo previsto todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a dichas disposiciones.

2) Condenar en costas al Reino de España.

5. Fundamentos de la sentencia

Sobre la excepción de ilegalidad de las Decisiones:

- 33 (...) el Reino de España no ha alegado en sus escritos que las Decisiones controvertidas adolecieran de un vicio que pudiera poner en cuestión la propia existencia de dichos actos.
- 34 En cualquier caso, el Gobierno español no puede invocar de modo eficaz, remitiéndose a la sentencia Comisión/Italia, antes citada, los recursos de anulación pendientes ante el Tribunal de Primera Instancia, formulados por las Diputaciones Forales interesadas.
- 36 (...) las Decisiones controvertidas gozan de presunción de legalidad y que, a pesar de la existencia de los recursos de anulación, siguen siendo obligatorias en todos sus elementos para el Reino de España (véase la sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartado 26).
- (...) no es admisible que un Estado miembro oponga la ilegalidad de una decisión negativa de la Comisión cuando está pendiente ante el juez comunitario un recurso de anulación contra dicha decisión (véanse, en asuntos en que estaban pendientes recursos de anulación, las sentencias de 27 de junio de 2000, Comisión/Portugal, C404/97, Rec. p. 14897, y de 1 de junio de 2006, Comisión/Italia, C207/05, no publicada en la Recopilación).

Sobre el incumplimiento en sí mismo

- 43 El Gobierno español no niega que no se hayan derogado los regímenes de ayuda ni que no se hayan suspendido los derechos de exención fiscal a los que aún no se había dado curso.
- 44 Por lo tanto, están fundadas las imputaciones de la Comisión relativas a los artículos 2 y 3, apartado 1, segunda frase, de cada una de las Decisiones controvertidas.

Sobre las imputaciones relativas a las obligaciones de recuperación de las ayudas ya otorgadas

- 46 Es jurisprudencia reiterada que el único motivo que un Estado miembro puede invocar en su defensa contra un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 CE, apartado 2, es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Comisión/Francia, apartado 23, y Comisión/España, apartado 45, y la sentencia de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia, C415/03, Rec. p. 13875, apartado 35).
- 48 El Reino de España no invoca la imposibilidad absoluta de ejecutar estas disposiciones.

... O ...