

AYUDAS PÚBLICAS. PROCEDIMIENTOS DE RECUPERACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS ESTADOS POR INCUMPLIMIENTO*

IGNACIO ZAPATA BENITO**

Resumen: La Comisión Europea, en diversas Comunicaciones dictadas desde 2007, muestra su preocupación sobre la aplicación efectiva del régimen jurídico de control de ayudas públicas por los Estados miembros. Pone el acento especialmente sobre dos puntos de quiebra: la necesidad de un procedimiento de recuperación de la ayuda pública declarada a nivel comunitario como ilegal; el fomento de acciones de reparación de daños y perjuicios por terceros frente a los Estados incumplidores del régimen de concesión. En este trabajo se expone el estado de la cuestión para dichos problemas en el caso español, dadas las constantes sentencias del TJUE condenando al Estado español por incumplimiento de sus obligaciones. Por un lado, se propondrá una mejora en los procedimientos internos de recuperación; por otro, se compararán los requisitos comunitarios y nacionales necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado.

Palabras clave: Ayudas públicas ilegales, procedimientos de recuperación, nulidad, responsabilidad patrimonial del Estado legislador, infracción «suficientemente caracterizada».

Abstract: The European Commission, in diverse Communications drafted since 2007, shows preoccupation about the effective application of the legal regime of state aid control by member states. The EC stress two key points of failure: the need of a recovery procedure of the state aid declared unlawful; the promotion of the use of damages claims by third parties before States that do not accomplish the concession regime. This paper presents the status of the issue for the Spanish case, given the constant sentences of the EUCJ condemning the Spanish State because of the breach of its obligations. On one hand, it will be proposed an achievement of the internal recovery procedures; on the other, it will be compared the European and national necessary requisites for the existence of State liability.

Key words: Unlawful state aid, recovery procedures, invalidity, nullity, state liability for legislative injustice, sufficiently serious breach.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. RECUPERACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN; 1. Tesis de la revisión de oficio; 2. Tesis de la eficacia revisora de la Decisión; 3. Tesis del procedimiento interno de recuperación de ayudas; III. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LAS TRES VÍAS Y PROPUESTA DE REFORMA; 1. Cuestiones problemáticas; a) Ayudas públicas concedidas mediante normas con rango legal o disposiciones reglamentarias; b) Ayudas públicas concedidas mediante contratos; IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLA-

* Fecha de recepción: 15 de junio de 2015.

Fecha de aceptación: 29 de junio de 2015.

** Graduado en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública y estudiante del Master Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado en la Universidad Autónoma de Madrid.

Email: ignacio.zapat@estudiante.uam.es

DOR POR INCUMPLIMIENTO EN MATERIA DE AYUDAS ESTATALES; 1. Cuestiones procedimentales; 2. Cuestiones de fondo; a) Requisitos: La norma jurídica debe conferir derechos a los particulares; b) Requisitos: Infracción «suficientemente caracterizada»; c) Requisitos: Nexo causal directo entre la infracción de la obligación del Estado Miembro y el daño sufrido por las partes. Individualización y cuantificación del daño; V. CONCLUSIÓN; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Europea se pronunciaba en los siguientes términos ya en 2007 sobre la importancia del régimen de recuperación de ayudas públicas: «El TJCE ha sostenido en varias ocasiones que el objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda. Ello es necesario para garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior». Y continuaba en dicha Comunicación señalando la gran importancia que tiene en este segmento normativo la devolución sin demora de las mismas¹.

Aunque la normatividad de este tipo de «actos» en el Derecho de la UE (DUE) es una cuestión controvertida, considerándose de forma general las comunicaciones de la Comisión como ejemplos de «soft law» europeo, en realidad debemos tenerla en cuenta como una vía para tomar el pulso a la práctica en esta materia. El incumplimiento por parte de los Estados miembros (EEMM) de las decisiones de recuperación dictadas por la Comisión tras declarar las ayudas públicas como ilegales o incompatibles socava la efectividad de todo un sector del Ordenamiento dirigido a garantizar una efectiva economía de mercado. Y este incumplimiento no ha quedado, por desgracia, como algo anecdótico en el caso español.

Esta situación no se solucionó en 2007 con dicha declaración de la Comisión. El problema se ha mantenido, respondiendo la Comisión de nuevo con variadas comunicaciones recordando el deber de cumplimiento de los EEMM. Así, en 2009 reiteró de nuevo su visión, sobre todo frente a los órganos jurisdiccionales nacionales (girando su posición hacia un sistema de control descentralizado que descansase sobre el nivel nacional). En esta nueva Comunicación sobre la cooperación, coordinación y actuación de los tribunales nacionales², creemos que focaliza erróneamente el problema. Por lo menos para el caso español.

Esto es, el punto problemático en el caso español no se sitúa en la actuación de los tribunales. No se le puede reprochar al poder judicial lo que no queda en su ámbito competencial. El verdadero problema reside en la errática evolución de la actuación del poder legislativo. El incumplimiento del mandato de recuperación, o más bien de la forma en que dicha recuperación se materializa, no es imputable a una actuación irregular de los órganos

¹ Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05, de 15 de noviembre de 2007, «Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles».

² Comunicación de la Comisión 2009/C 85/01, de 9 de abril de 2009, «relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales».

jurisdiccionales. Residiendo la cuestión clave en la no configuración de un procedimiento especial para cumplir el mandato establecido en los Tratados fundacionales europeos, Derecho primario, los tribunales simplemente se han visto en muchos casos sin instrumentos jurídicos adecuados para la resolución de graves problemas procedimentales. Porque ese es el problema esencial: la inexistencia de un procedimiento de recuperación específico.

Nuestro Ordenamiento, en materia de ayudas públicas, puede considerarse como entramado normativo muy disperso. No existe un tratamiento conjunto de esta temática, teniendo que recurrir a diferentes normas legales en función del aspecto que se quiera tratar. La Ley de Defensa de la Competencia (LDC), la LRJPAC, la Ley General Tributaria (LGT), la Ley General de Subvenciones (LGS) son, entre otras, leyes que van tratando parcialmente esta cuestión.

Entrando ya a plantear el problema, el artículo 14.3 del Reglamento 659/1999, de aplicación del antiguo artículo 93 del Tratado CE (actual art. 108 TFUE), establece que «la recuperación (de una ayuda declarada ilegal o incompatible) se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión». Este precepto no es más que un reflejo del principio de autonomía procedimental de los EEMM. Por tanto, en el caso español, corresponde al Estado, como único responsable dentro del DUE, recuperar mediante los procedimientos internos dichas ayudas.

Sin embargo, nuestro ordenamiento no regula un procedimiento específico para llevar a cabo esta actuación. Este silencio (que ya veremos después cómo se ha intentado solucionar) no es más que otro ejemplo de una característica propia de la regulación de la materia de ayudas públicas en España. No solo encontramos que el legislador guarda silencio para este procedimiento, sino también para un aspecto todavía más importante, la propia definición legal de «ayuda pública». Sin embargo, ambas omisiones responden a motivos distintos.

La vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, solo prevé un artículo relativo al régimen de ayudas públicas. Además, su contenido únicamente se refiere a deberes de la Comisión Nacional de la Competencia (actualmente Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, CNMC) relativos a la emisión de informes y propuestas sobre la materia. A diferencia de la anterior Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, donde sí se preveía una definición legal³, la actual norma guarda silencio⁴.

³ Dicha definición legal se introdujo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En el Preámbulo de esta Ley 52/1999 solo se explica que la reforma del art. 19 de la LDC 1989 se debía a la necesidad de hacer más efectivo el control de la concesión de ayudas públicas. No se hizo explícita la justificación concreta de introducir una definición legal. Solo acudiendo al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia conocemos que dicha reforma se debió a un reforzamiento de la actuación asesora, a través de dictámenes, por parte del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁴ Sin embargo, esta ausencia de definición legal debe entenderse como un intento por parte del legislador español de coordinar mejor el control de ayudas con el ordenamiento comunitario. Al contrario de alguna opinión

Debemos precisar ya que aquí solo se estudiará la recuperación de las ayudas estatales, concedidas por los Estados miembros, y no las ayudas de carácter comunitario⁵.

Queremos analizar en un primer momento las distintas vías utilizadas por los poderes públicos para la recuperación de las ayudas públicas declaradas por una Decisión negativa como ilegales o incompatibles. Además, con el fin de dar un tratamiento completo a esta materia, se hace necesario explicar la posible existencia de responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del DUE al conceder ayudas públicas mediante normas con rango de Ley, responsabilidad que, por lo general, se circunscribirá a supuestos de ayudas públicas de carácter fiscal.

II. RECUPERACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La amplitud del término «ayuda pública» en el DUE⁶ y la inexistencia de una definición legal a nivel interno hacen que aparezcan una gran variedad de formas en las que la ayuda

doctrinal (SORIANO GARCÍA, J. E., *La defensa de la competencia en España*, 1.ª edición, Iustel, Madrid, 2007, p. 115 y ss) que ve en este silencio una tentativa del legislador para rebajar el nivel de control sobre la concesión de ayudas públicas, creemos que su causa tiene por objetivo la coordinación entre ordenamientos. En puridad, este es uno de los puntos en los que mayor coordinación en Derecho de la Competencia europeo existe. Al contrario de la regulación sobre conductas colusorias y prácticas de abuso de posición de dominio, donde existen diferencias normativas entre el nivel nacional y el comunitario, con las ayudas públicas el legislador nacional ha dado entrada completa al concepto comunitario en el ordenamiento español. Sin embargo, no hubiera estado de más una definición legal por remisión a lo establecido en el Derecho UE (sobre todo teniendo en cuenta el enfoque adoptado por la Comisión, haciendo hincapié en un control descentralizado de las ayudas desde el nivel nacional).

⁵ La justificación de esta opción es sencilla. No les es aplicable a las ayudas europeas la normativa de los arts. 107 y 108 TFUE. Como dijo el TJCE en Sentencia 13/10/1982, Asuntos acumulados 213-215/81, *Norddeutsches Viehund Fleischkontor Herbert Will, Trawako, Transit-Warenhandels-Kontor GmbH & Co., and Gedelfi, Großein Kauf GmbH & Co., v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, haciendo una interpretación restrictiva de la literalidad de los antiguos arts. 92 a 94 TCE, «aunque el término «ayuda concedida a través de fondos estatales», el primer término (hacía referencia a la expresión inglesa «state aid») presupone que los recursos a través de los que la ayuda es concedida provienen de un Estado miembro» (apartado 22). Esta exclusión en la aplicación de la normativa de control de ayudas públicas persiste, incluso, cuando las ayudas comunitarias sean canalizadas o gestionadas por los propios Estados miembros. Sin embargo, sí se aplicarán los arts. 107 y 108 TFUE a los programas de ayudas públicas cofinanciados por los EEMM y la UE. En este sentido, la terminología anglosajona se adecúa mejor a los anteriores preceptos. Mientras que en nuestro ordenamiento utilizamos la expresión «ayuda pública», en inglés el término utilizado es el de «state aid», que trae implícitos dos rasgos de la ayuda: que consiste en recursos públicos y que se concede por un Estado, y no por la UE.

⁶ Sentencia TJCE, 24/7/2003, Asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH & Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*. En este caso el Tribunal de Justicia reitera su definición de «ayuda pública», requiriendo los siguientes elementos para su apreciación: «en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en Segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario; y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia» (apartado 75).

cristaliza. No hay una tipología cerrada. En consecuencia, la acción de recuperación de las ayudas ha variado en función de su forma de concesión.

Desde una perspectiva doctrinal se ha pretendido presentar de forma uniforme las distintas vías de recuperación. Y la clasificación más aceptada ha venido siendo la planteada por Linares Gil⁷, distinguiendo las siguientes vías: vía de la revisión de oficio; vía de la eficacia revisora de la Decisión; y vía del procedimiento interno de recuperación de ayudas. Un análisis crítico de cada una, a la vista de distintas soluciones jurisprudenciales, se hace totalmente necesario.

1. Tesis de la revisión de oficio

Desde este planteamiento doctrinal se defiende que la ayuda ilegal supondría prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido, lo que viciaría de nulidad de pleno derecho el acto administrativo de concesión de la ayuda por mor del artículo 62.1 LRJPAC. En el caso de que fuesen ayudas de carácter fiscal, el vicio de nulidad se sustentaría en el artículo 153.1.c) LGT. De este modo se detectaría el acto nulo de pleno derecho de concesión de la ayuda, procediendo a su revisión de oficio.

Uno de los problemas de esta vía es que, al centrar su atención en el incumplimiento procedimental durante la concesión, no señala nada sobre la posibilidad de que la Decisión de recuperación no declare la ayuda ilegal, sino únicamente incompatible. En este caso el procedimiento se respetaría, y la recuperación de la ayuda no podría basarse en el antedicho vicio de nulidad.

Asimismo, la articulación procedimental de esta vía no es del todo satisfactoria. Niega de pleno la eficacia directa de la Decisión sobre el plano del ordenamiento nacional (lo que de «lege lata» parece obvio teniendo en cuenta que la obligación de recuperación solo se impone al Estado que concede la ayuda), siendo necesario un nuevo procedimiento interno. Así, presenta la revisión de oficio interna como la vía idónea. Sin embargo, esta adecuación se ve socavada por el hecho de que en el procedimiento de revisión el resultado está prefijado por la Decisión comunitaria. Y esta previa determinación supone un déficit de eficiencia en el procedimiento que puede quebrar el mandato de ejecución inmediata y efectiva prescrito en el artículo 14 del ya citado Reglamento 659/1999.

2. Tesis de la eficacia revisora de la Decisión

Probablemente sea esta la vía más heterodoxa doctrinalmente hablando. Sin embargo, ha sido aplicada para la recuperación de diversas ayudas en nuestro ámbito interno. Se

⁷ LINARES GIL, M., «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196, Wolters Kluwer, España, 2001, p. 45 y ss.

defiende el carácter revisor de la propia Decisión comunitaria, surtiendo plenos efectos sobre el ámbito nacional, siendo innecesaria la articulación de un procedimiento interno. La Decisión tendría efectos similares a la resolución en la revisión de oficio, solo siendo necesario un acto de notificación de la misma frente al particular beneficiario de la ayuda.

El salto cualitativo de esta vía es evidente. Así, a primera vista, vacía de contenido el artículo 14 del Reglamento 659/1999. Además, contradice la regla comunitaria según la cual solo es responsable de la recuperación el Estado miembro concedente, pues entra a imponer obligaciones de restitución al particular.

Un caso ilustrativo de esta vía de recuperación es el de las comúnmente llamadas «vacaciones fiscales» vascas y navarras⁸. A la vista de los diversos fallos dictados por los TSJ de País Vasco (TSJ PV) y Navarra y por el propio TS, simplemente traemos a colación aquellos que de mejor manera resumen las distintas posiciones sobre esta vía.

En un primer momento es el TSJ del País Vasco el que analiza la adecuación de esta vía⁹, la cual había sido utilizada por el Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava. El procedimiento utilizado consistió en la emisión por el Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Álava de una resolución para la recuperación de las ayudas, resolución que amparó en la Norma Foral 53/1992, de Régimen Económico y Presupuestario del Territorio Histórico de Álava. Lo que vino a hacer la Diputación Foral fue considerar la Decisión como un auténtico título ejecutivo. Amparándose en la Norma Foral antedicha, considera la «ayuda fiscal» como un ingreso público de carácter no tributario¹⁰ que procede recuperar.

⁸ En el caso navarro, la ayuda se encontraba regulada en la Ley Foral 24/1996, de 31 de diciembre, del Impuesto de Sociedades (modificada por la Ley Foral 8/2001, de 10 de abril, por la que se derogaban determinados preceptos de la Ley 24/1996, que es la norma que introduce la ayuda pública). En el caso vasco, o mejor dicho, en el alavés, que es el que aquí se va a exponer (ya que en el País Vasco son las Juntas Generales de cada Territorio Histórico las que tienen la competencia sobre normas tributarias), la ayuda pública se encontraba regulada en la Norma Foral 24/1996, de 5 de Julio, del Impuesto sobre Sociedades, modificada por la Norma Foral 7/2000, de 29 de marzo.

⁹ Decisión de la Comisión, 11/7/2001, C(2001) 1760, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava. La Comisión considera ilegal e incompatible una ayuda de carácter fiscal establecida en el artículo 26 de la citada Norma Foral 24/1996, del Impuesto de Sociedades. La ayuda consistía en una reducción del 99 %, del 75 %, del 50 % y del 25 % respectivamente de la base imponible positiva de los cuatro ejercicios fiscales siguientes al primero en el que dicha base hubiese sido positiva durante cuatro años tras el inicio de las actividades, teniendo destinatarios específicos en el territorio de Álava cuya principal competencia se encontraba en otros países comunitarios.

¹⁰ Sentencia TSJ País Vasco 229/2011, 11/5/2011, Rec. 1576/2008. Una de las cuestiones que se trató en dicha sentencia fue la de si la naturaleza de la ayuda concedida condicionaba necesariamente el procedimiento para su recuperación. Esto es, la empresa beneficiaria argumentó que dado que la ayuda era de carácter tributario, el procedimiento debido para su recuperación debía ser de la misma naturaleza, no pudiendo acudir a la vía de ingresos públicos no tributarios. A este respecto el TSJ PV dice: «No cabe duda de que, entre todos los instrumentos de recuperación disponibles en el derecho nacional, uno de ellos podría ser el que determina la naturaleza de la medida que constituye la base de la concesión de la ayuda, de ser efectivo y producir un resultado concreto en términos de recuperación, no se trata de poner piedras en el camino; pero ni los Reglamentos comunitarios ni la jurisprudencia que los aplica descartan procedimientos distintos si con

El TSJ PV admitió como válida esta vía de recuperación. Las alegaciones hechas por la parte recurrente (beneficiaria de la ayuda) en cuanto a su indefensión al carecer de una fase de audiencia en el procedimiento son rechazadas por el Tribunal. Consideró que no se veía comprometido el derecho de defensa del beneficiario en cuanto que contra la resolución administrativa cabe acudir a la vía de recurso. Veremos después cómo este argumento es rechazado por el TS.

Esta línea de eficacia directa de la Decisión fue también seguida por la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Foral de Navarra. En cumplimiento de la Decisión de la Comisión¹¹ que declaraba ilegal e incompatible una bonificación tributaria similar a la vista en el caso de Álava, la Consejería de Hacienda de Navarra dictó la Orden Foral 53/2003, para la recuperación de las bonificaciones.

Impugnada esta Orden ante el TSJ de Navarra¹², el Tribunal Superior concede validez a la vía utilizada por la Consejería de Hacienda. Hace explícita la asunción de la teoría de la eficacia revisora de la Decisión en términos muy claros. Alegando la parte recurrente (beneficiario de la ayuda) la necesidad de articular la recuperación por las vías de revisión de oficio o declaración de nulidad de la LRJPAC o de revisión de actos nulos del artículo 140 de la Ley Foral General Tributaria 13/2000, el Tribunal señala que:

«No son de aplicación estos procedimientos, por cuanto con independencia de que a la Decisión pueda o no atribuírsele la naturaleza jurídica de un título ejecutivo, sin embargo su efecto es el mismo. Se trata de un acto administrativo comunitario que obliga al Estado miembro a que va dirigido. No existe un procedimiento específico para ejecutar las decisiones comunitarias dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, lo cual no quiere decir que haya de acudirse a la revisión del acto frente al que se dirige la decisión, por cuanto es en el ámbito del DUE donde se visa o revisa el acto del estado miembro, o en este caso la Orden Foral 11/1999, teniendo eficacia ejecutiva directa la Decisión, sin merodeos ni escapatoria jurídica alguna posible» (FJ. 2.º).

En definitiva, estos Tribunales Superiores ven como válida la aplicación directa de la Decisión. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial será casada por el Tribunal Supremo¹³.

El Alto Tribunal, para analizar la adecuación de este tipo de recuperación, se fija en criterios distintos a los utilizados por los TSJ. No tiene tanto en cuenta la validez del procedimiento seguido desde el plano interno, esto es, valorando si debe seguirse la vía de la revisión de actos nulos o de la declaración de lesividad de actos anulables, sino que

ellos se consigue una recuperación en derecho inmediata y efectiva» (FJ. 5º). Por tanto, admite la posibilidad de utilizar procedimientos no tributarios para la recuperación de ayudas fiscales.

¹¹ Decisión de la Comisión, 11/7/2001, C(2001) 1762, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en la comunidad autónoma de Navarra.

¹² Sentencia TSJ Navarra 446/2005, 4/5/2005, Rec. 1260/2003.

¹³ Sentencia TS 14/10/2013, Rec. 361/2012 (ver principalmente FJ. 3º), que casa la Sentencia TSJ Navarra 11/11/2011.

presta más atención a la validez de la vía de recuperación utilizada de conformidad con los principios comunitarios. Recuerda en un primer momento que el principio de audiencia es un principio general de nuestro ordenamiento (incluido en nuestro texto constitucional por vía del artículo 105.c). Sin embargo, pasa rápidamente a exponer las obligaciones europeas en materia de procedimiento, incluso en el nivel interno. Haciendo referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴, afirma que la audiencia como trámite necesario no solo lo impone nuestro ordenamiento, sino también el propio comunitario al más alto nivel. El TS resuelve que la omisión del trámite de audiencia causa indefensión en el beneficiario de la ayuda.

En realidad al Tribunal Supremo no le habría hecho falta acudir al ordenamiento comunitario para llegar a la misma conclusión. Si bien es cierto que la competencia para regular los distintos procedimientos administrativos tiene naturaleza «conexa» o «adjetiva» a las competencias materiales que el Estado o las CCAA ostentan, la regulación del procedimiento administrativo común por el legislador estatal en la LRJPAC hace de observancia necesaria el trámite de audiencia, especialmente en supuestos de actos administrativos desfavorables para el destinatario. La inexistencia de un procedimiento especial en materia de recuperación de ayudas públicas no supone que se pueda omitir la observancia de los trámites procedimentales elementales que el Legislador estatal establece como «comunes»¹⁵.

3. Tesis del procedimiento interno de recuperación de ayudas

Esta tercera vía, desde el punto de vista del DUE, debería ser la utilizada para recuperar las ayudas. Es más, ya ha sido incorporada al ordenamiento interno para el caso concreto de la recuperación de subvenciones.

Esta tesis no niega la validez del acto de concesión de la ayuda dentro del plano interno, sino que simplemente señala que la Decisión comunitaria tiene supremacía y eficacia directa sobre el nuestro ordenamiento. Pero esto no significa que no sea necesario un procedimiento interno, sino que no se necesita del procedimiento interno de revisión de oficio establecido en la LRJPAC. Es indiferente la subsistencia en el ordenamiento nacional de un acto (el de concesión de la ayuda) que se entiende como nulo de pleno derecho. Se ve en la Decisión un título ejecutivo en que basar la recuperación.

¹⁴ Art. 41.2 DOUE, Serie C, no 326, de 26 de octubre de 2012. P. 391.

¹⁵ No queremos dar a entender aquí que la LRJPAC establezca un procedimiento común aplicable a cualquier actuación administrativa. Se debe seguir lo apuntado por el TC en diversas sentencias (61/1997, 23/1993, 17/1990...), según el cual «el adjetivo «común» que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que... definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración» (Sentencia TC 227/1988, 29/11/1988, Rec. 824/1985, 944/1985, 977/1985, 987/1985, 988/1985, 512/1987, 955/1986 y 1208/1987, FJ. 32°).

Pero, ¿cómo se ha articulado esta tesis en la LGS? Los artículos 36 y 37¹⁶ son los pilares fundamentales de este régimen.

Respecto del artículo 36, este se refiere a los supuestos de invalidez de la resolución de concesión. Simplemente señala que, si el acto de concesión adoleciera de una causa de nulidad (art. 62.1 LRJPAC) o anulabilidad (art. 63 LRJPAC) el órgano concedente deberá acudir a los procedimientos de revisión de oficio o de declaración de nulidad para eliminarlos del ordenamiento. En principio, ante una Decisión negativa por incumplimiento del procedimiento de concesión, dado que incurriría en causa de nulidad de pleno derecho por haberse prescindido totalmente del procedimiento o de sus trámites esenciales, parecería que se debería acudir a la revisión de oficio del artículo 102 LRJPAC.

Sin embargo, siguiendo esta tesis del procedimiento interno de recuperación, el legislador, en la letra h) del artículo 37, introdujo como supuesto o causa de reintegro «la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro». Se ha optado por eliminar la necesidad de un procedimiento de revisión de oficio en aras de cumplir los requisitos de celeridad, inmediatez y efectividad. Simplemente, si existe Decisión negativa de la Comisión que exija la recuperación de una subvención se deberá acudir al procedimiento de reintegro establecido en la propia LGS.

Como han señalado algunos autores¹⁷, la coordinación entre ambos artículos es problemática. En especial porque el artículo 37 establece como causas de reintegro verdaderas causas de nulidad o anulabilidad del acto de concesión, como las expresadas en las letras a) (falseamiento de las condiciones requeridas para obtener la subvención) y f) (Decisión de recuperación de la Comisión). Sin embargo, para evitar que en estos casos exista conflicto entre los supuestos de hecho de ambos artículos que pudiese llevar a una doble vía de recuperación, el artículo 36, en su último apartado, ha procurado excluir del supuesto de hecho del mismo precepto aquellas situaciones que sean, de conformidad con el artículo 37, causa de reintegro en sentido estricto. Obviamente el siguiente problema que surge es claro, la subsistencia de un acto nulo (el de concesión de la subvención) en el ordenamiento. Sin embargo, es verdad que este puede ser más bien un problema teórico que práctico, por cuanto que en última instancia lo que se procura con el artículo 36.5 es que se recupere la subvención indebidamente conseguida.

Con respecto al artículo 37.h), con anterioridad a la LGS de 2003, nuestro Derecho no ofrecía un cauce específico para hacer efectiva la recuperación ordenada por una autoridad comunitaria. Se utilizaba la tesis de la revisión de oficio, por vía del artículo 102 LRJPAC.

¹⁶ Simplemente anotar aquí que el título del «Título II», «*Del reintegro de las subvenciones*», lleva a equívoco, puesto que en el mismo, en el art. 36, se incluyen causas no relativas al reintegro, sino a la invalidez del acto de concesión.

¹⁷ REBOLLO PUIG, M. y BUENO ARMIJO, A., «El reintegro de las subvenciones», *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, 1.ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 508 y ss.

Se puede concluir así que, aunque en materias muy concretas, el legislador ha tendido a introducir en nuestro ordenamiento un procedimiento especial de recuperación de ayudas ilegales o incompatibles. Ante una Decisión negativa se deberá iniciar el procedimiento de reintegro de los artículos 41 y ss. LGS.

III. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LAS TRES VÍAS Y PROPUESTA DE REFORMA

1. Cuestiones problemáticas

No creemos satisfactoria la anterior clasificación doctrinal, pues siguiendo una clasificación clásica sobre las categorías primarias en el sistema general de actos jurídico-públicos¹⁸, las tres tesis anteriores se olvidan de todas aquellas ayudas públicas concedidas mediante norma jurídica o disposición o mediante contrato. Y dicha omisión supone no dar respuesta a la recuperación de ayudas ilegales de gran relevancia. Se hace obligatoria una muy rápida referencia a estas dos categorías de las que no se ha hablado.

A. *Ayudas públicas concedidas mediante normas con rango legal o disposiciones reglamentarias*

Normalmente dentro de esta categoría se engloban las ayudas de carácter fiscal, aunque no necesariamente tiene por qué reducirse a las mismas. A pesar de que la anterior trilogía no prevé expresamente este supuesto, el hecho de que la aplicación de la norma se instrumente mediante actos administrativos (ej. liquidaciones tributarias) hace que ya hayamos hablado de su forma de recuperación al explicar la evolución de las «vacaciones fiscales» vascas y navarras.

Sin embargo, sí hay que señalar que se han utilizado otras vías para la recuperación de este tipo de ayudas. Dado que en muchos casos la revisión de los actos administrativos de aplicación de la norma fiscal es dificultosa, normalmente se ha acudido a otra vía para dar cumplimiento a la Decisión. Estamos haciendo referencia a los casos en los que el legislador, sobretodo nacional, ha optado por dictar con rango legal una norma que permitiese la recuperación de las ayudas de naturaleza fiscal.

Este es el supuesto, por ejemplo, de la recuperación de las ayudas declaradas ilegales en el conocido asunto del «Tax Lease» español¹⁹. En este caso, el legislador nacional modificó

¹⁸ GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., *Acto y procedimiento administrativo*, 1.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 27 y ss.

¹⁹ Decisión de la Comisión, 17/7/2013, C(2013) 4426, sobre el régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como Sistema español de arrendamiento fiscal. El Tax Lease o «sistema de arrendamiento financiero» consistía en la combinación de varias normas jurídicas del Impuesto de Sociedades español que, a través la participación de varios sujetos, permitía que los buques

la redacción de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en la que se regulaba el polémico incentivo fiscal a través de la Disposición Final 5.^a del Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, introduciendo la nueva Disposición Transitoria 42.^{a20}.

B. Ayudas públicas concedidas mediante contratos

Nos encontraríamos aquí con una problemática un poco diferente a la vista en los apartados anteriores. Si bien la recuperación de una ayuda cuya concesión ha sido instrumentada a través de un acto administrativo sí ha sido tratada por la doctrina, no encontramos la misma atención a la recuperación de las instrumentadas mediante contratos públicos. Se veía en esta recuperación como dificultad casi insalvable el que fueran concedidas a través de, se decía, «actos privados», los cuales no podían ser atacados mediante los remedios administrativos. Se confundía lo que llamaban «actos privados» de empresas públicas que actuaban bajo el régimen de Derecho Privado con lo que, a nuestro parecer, ya tiene solución en el propio Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

El hecho de que el ámbito de aplicación del TRLCSP sea muy amplio (Administraciones Públicas, Poderes Adjudicadores y los restantes entes del sector público) hace que a la ayuda ilegal concedida mediante un contrato público que no ha seguido los procedimientos de concesión establecidos en dicha Ley se le apliquen los remedios establecidos en el Capítulo V, relativo al régimen de invalidez.

De este modo, la concesión de un contrato público sin el requisito de información a la Comisión en el caso de que se considere ayuda pública haría que estuviese incurso en causa de nulidad del artículo 62.1 LRJPAC (art. 32.a) TRLCP), aplicándose el artículo 35 de la Ley, declaración de nulidad que conllevaría la entrada en fase de liquidación del contrato.

fabricados en España y sometidos a dicho sistema pudieran ser adquiridos por las empresas navieras por un precio menor al del mercado.

²⁰ El principal problema que surge en esta vía es el de la retroactividad de la ley de naturaleza tributaria. En este sentido, el TC, en sentencia 173/1996, 31/10/1996, Rec. 3.563/1993, 3.564/1993, 3.565/1993 y 100/1994, expresó que el «límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el art. 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales... No cabe considerar, pues, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que se refiere expresamente el citado art. 9.3...» (FJ. 3^o). Sin embargo, es verdad que el propio Tribunal ha diferenciado entre retroactividad auténtica de grado máximo (retroactividad sobre situaciones de hecho producidas y ya consumadas) e impropia o de grado medio (retroactividad sobre situaciones jurídicas actuales no concluidas), pudiendo darse el caso de que para este tipo de recuperación se considerase que estamos ante un supuesto de retroactividad auténtica que no pudiese ser justificada sobre un argumento de interés general, en aras de la defensa del principio de seguridad jurídica.

2. Propuesta de reforma

Como ya hemos visto, el silencio procedimental de nuestro ordenamiento provoca serios problemas de seguridad jurídica. Esta preocupación viene siendo constante desde finales de la década de 1990. Y el principal protagonista ha sido el Consejo de Estado. Ya en su Dictamen 5356/1997, de 22 de enero de 1998, sobre el Anteproyecto de reforma de la LRJPAC, mostraba así su inquietud sobre el tema: «Podría ser conveniente incluir una previsión legal sobre la revisión de oficio de los actos como consecuencia de una Decisión comunitaria que así lo imponga a fin de facilitar el cumplimiento interno de tal Decisión».

El Consejo había considerado en ocasiones que la infracción del procedimiento de notificación que derivaba en una Decisión de recuperación, no suponía la nulidad de pleno derecho del acto administrativo de concesión, sino su mera anulabilidad. Con la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, LRJPAC, se eliminaba del artículo 102 la posibilidad de revisión de oficio de actos favorables anulables. De este modo, entendía que se vetaba la posibilidad de revisar de oficio los actos administrativos de concesión de la ayuda, entendiendo que necesariamente se debería acudir a la declaración de lesividad de actos anulables. Por esto el Consejo de Estado defendía la creación de un supuesto especial de revisión de oficio para el caso de Decisiones de recuperación comunitarias.

Como se puede observar, el Consejo se decantaba por la tesis de la revisión de oficio. Aunque también es cierto que, en aquel entonces, todavía no existía en el ordenamiento un ejemplo de procedimiento interno de recuperación de ayudas, pues el previsto en la vigente LGS se incorporó en 2003.

A nuestro parecer, y en un primer momento, creímos que la solución más adecuada sería la de articular un procedimiento interno similar al establecido por la LGS pero cuyo supuesto de hecho abarcara la recuperación de todo tipo de ayudas públicas. Y que el lugar idóneo sería la LDC, incluyendo su regulación en el Capítulo III del Título I, relativo a las ayudas públicas. Tras un repaso de la jurisprudencia constitucional, esta pretensión de reforma debe ser matizada. La inclusión en la LDC de un procedimiento de recuperación de este tipo solo sería jurídicamente válida si a dicho procedimiento se le da naturaleza de legislación común o básica. Como ha señalado el TC en su reciente Sentencia 130/2013²¹, la competencia sobre procedimientos es adjetiva de las competencias materiales que correspondan a cada nivel competencial. Si cada nivel de gobierno tiene competencia para otorgar distintos tipos de ayudas públicas, su procedimiento de recuperación debería quedar también en su ámbito competencial, por su carácter conexo. Por lo tanto, se puede discutir si el nuevo procedimiento de recuperación debe establecerse en la LDC o en una ley procedimental pura, pero sobre lo que no cabe duda es que dicho procedimiento no puede pasar de establecer un mero conjunto de normas básicas, en el sentido que el TC otorga a este concepto.

²¹ Sentencia TC 130/2013, 4/6/2013, Rec. 931/2004, FJ 7.º.

Y asumiendo esta solución además se podría solventar otro problema señalado más arriba. Con este procedimiento de reintegro que se iniciase con una Decisión de recuperación de la Comisión se evitaría la problemática jurídica de discernir si el vicio en el procedimiento derivaría en causa de nulidad o anulabilidad.

Y para finalizar, somos conscientes de los dos principales puntos críticos de nuestra propuesta. Primero, la existencia en la actualidad de un procedimiento de este tipo para subvenciones, que a nivel comunitario se encuadran dentro del concepto genérico de «ayuda pública» (pudiendo derivar en un conflicto de leyes). Y, segundo, la pervivencia del acto administrativo nulo o anulable «vivo» en el ordenamiento, puesto que no sería objeto de revisión de oficio.

IV. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR EN MATERIA DE AYUDAS ESTATALES

Siguiendo la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales²², a partir del párrafo 43 se incluye un apartado referente a acciones de reparación de daños y perjuicios. El hecho de que se incluya un apartado relativo a la posible responsabilidad del Estado concedente de la ayuda ilegal o incompatible hace ver cuál es el enfoque utilizado desde el ámbito europeo. Siguiendo los desarrollos más recientes en Derecho de la Competencia²³, la Comisión está intentando introducir un sistema de «private enforcement» en el control de ayudas públicas²⁴.

Tenemos que mostrar necesariamente nuestro escepticismo sobre este enfoque²⁵. Si bien es cierto que la aplicación privada del Derecho de la Competencia no plantea dema-

²² Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales, 2009/C 85/01.

²³ V. gr., Directiva 2014/104/UE, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Esta Directiva es un claro ejemplo de asunción de un sistema de control basado en el «private enforcement». Señala que «para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de la competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia» (considerando 6^o). Busca completar el «public enforcement» realizado por la Comisión con un «private enforcement» de los propios privados afectados.

²⁴ HEIDENHAIN, M., *European State Aid Law*, 1.ª edición, C. H. Beck – Hart Publishers, Munich, Oxford, 2010, p. 777-778.

²⁵ Nuestro recelo a considerar el uso de acciones de responsabilidad como vía adecuada del control del régimen de ayudas públicas viene fundado en dos razones. En primer lugar, este sistema de «private enforcement» supone un control «ex post» de la ayuda que no tiene, por tanto, un objetivo preventivo (ver en este sentido la crítica realizada por SÁNCHEZ GRAELLS sobre el proceso de modernización de las ayudas de Estado que impulsa la descentralización en su control, en «Digging itself out of the hole? A critical assessment of the European Commission's attempt to revitalise State aid enforcement after the crisis», *University of Leicester*

siados problemas en el control de conductas colusorias y de abuso de posición de dominio (ya que dichas situaciones se dan entre privados y su control tiene naturaleza «ex post»), no creemos que se mejore el control de la concesión de ayudas públicas admitiendo expresamente acciones de reparación de daños a terceros perjudicados. Puede ser una medida correcta, y así lo entendemos aquí, para restituir al perjudicado en la situación anterior a la producción del daño, pero no creemos que sirva para el control «ex ante» de la concesión de la ayuda (el art. 108.3 TFUE, al imponer la obligación de notificación, piensa fundamentalmente en un control preventivo)²⁶.

La Comisión en dicha Comunicación considera como únicos sujetos legitimados para utilizar las acciones de daños a los competidores del beneficiario o a otros terceros perjudicados. Con tal precisión la Comisión quiere rechazar la posibilidad de que tales acciones sean utilizadas por el beneficiario obligado a devolver la ayuda ilegal o incompatible. Se quiere eliminar una práctica que ha venido dándose en los últimos años en el ámbito de los órdenes jurisdiccionales nacionales, sobretodo en casos de ayudas fiscales. Lo que ha ocurrido es lo siguiente. Un Estado miembro establece un régimen fiscal determinado que, finalmente, es considerado por la Comisión como ayuda ilegal o incompatible (normalmente es ilegal por cuanto que no se cumple con el procedimiento de información de la ayuda a la Comisión). Ante la obligación de devolución, el beneficiario opta por reclamar daños al Estado infractor del régimen de concesión de ayudas públicas.

Como se ve, si las acciones de responsabilidad al Estado concedente se estiman, la recuperación de la ayuda se ve socavada por la concesión de una indemnización de reparación de daños a los beneficiarios. Lo cual puede considerarse de nuevo como una ayuda ilegal por incumplimiento del procedimiento de notificación. En estos términos, por ejemplo, está tratando la Comisión el Asunto Micula²⁷. Es más, en la Comunicación es obvia la intención de eliminar la legitimación activa de los beneficiarios, en cuanto que viene a admitir la posibilidad de actuar por daños incluso frente a los mismos²⁸.

School of Law Research Paper, n.º 15, University of Leicester, 2015). En segundo lugar, siguiendo lo que apunta TOBIAS LOCK en «Is private enforcement of EU law through state liability a myth? – An assessment 20 years after Francovich», *Common Market Law Review*, n.º 49, Wolters Kluwer, La Haya (Holanda), 2012, la dificultad de justificar la existencia de los requisitos establecidos por el TJUE relativos a la responsabilidad estatal.

²⁶ Dicho control se debe sustentar mayoritariamente en dos pilares. Uno, la aplicación del principio de transparencia a la actuación administrativa. Dos, la introducción del mecanismo de la denuncia pública ante la Comisión. En este sentido, aunque no lo denomina propiamente «denuncia pública», el art. 10 de la Directiva 659/1999 admite expresamente el inicio de procedimiento de examen por potenciales ayudas ilegales mediante la llegada a la Comisión de «cualquier información, sea cual sea su origen, referente a una presunta ayuda ilegal». Solo mediante estos dos mecanismos se va a poder realizar un verdadero control preventivo de la ayuda.

²⁷ Decisión de la Comisión de inicio de procedimiento de investigación art. 108.2 TFUE, 11/12/2013, C(2014) 6848, Romania Implementation of Arbitral award Micula v Romania.

²⁸ Es necesario dejar claro que el objeto de estudio de este apartado IV es la posible existencia de responsabilidad patrimonial del Estado frente a los competidores del beneficiario receptor de la ayuda ilegal o incompatible. La anterior explicación sobre la exclusión como legitimados de los propios beneficiarios la

Una vez hechas estas primeras consideraciones, nuestra intención es articular un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por concesión de ayuda ilegal en el caso español. Y nos referimos expresamente a responsabilidad del Estado legislador por un motivo importante. Atendiendo a la Comunicación, el supuesto de responsabilidad más difícil de construir sería el relativo a ayudas públicas concedidas a través de normas con rango legal (que generalmente suelen ser ayudas de carácter fiscal introducidas en leyes tributarias). Y su mayor problemática reside en dos puntos: primero, la existencia o no en el ordenamiento de una responsabilidad del Legislador; y segundo, la difícil determinación del daño. Solventado el primer escollo en nuestro ordenamiento con el reconocimiento jurisprudencial de la existencia de una responsabilidad del Legislador²⁹, creemos necesario profundizar en la articulación de esta responsabilidad en el caso español. Pero antes, haremos breve referencia a cuestiones procedimentales que influyen de forma decisiva en la construcción de esta responsabilidad.

1. Cuestiones procedimentales

¿Qué órganos jurisdiccionales tienen competencia para declarar este supuesto especial de responsabilidad del legislador? El problema fue planteado de forma muy clara por el profesor García de Enterría³⁰. Siguiendo su tesis, lo que se enjuicia en un proceso de responsabilidad del Estado legislador es la adecuación de una Ley a la Constitución o a normas supranacionales. Y este acto de enjuiciamiento queda fuera del alcance del orden jurisdiccional contencioso administrativo (jurisdicción CA), pues la constitucionalidad de las leyes solo puede ser juzgada por el TC. Solo el TC puede juzgar si una ley es materialmente expropiatoria o no y, si no lo es, si procede indemnización por cumplimiento de todos los requisitos constitutivos de responsabilidad patrimonial³¹.

hemos realizado al considerarla necesaria a la vista de los trabajos existentes en esta materia. Esto es, no encontramos trabajo alguno sobre responsabilidad frente a competidores mientras que, sobre responsabilidad frente a beneficiarios, se pueden encontrar varios. A modo de ejemplo, DE JUAN CASADEVALL, J., *Ayudas de Estado e imposición directa en la Unión Europea*, 1.ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011; PIÑA GARRIDO, L., "Recuperación de ayudas de estado consistentes en medidas fiscales contrarias a Derecho comunitario", *Crónica Tributaria*, n.º 149, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013; MORENO GONZÁLEZ, S., «La recuperación de las ayudas de Estado de carácter tributario. Panorama actual y propuestas de futuro», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 6, Aranzadi, Pamplona, 2015. En todos estos trabajos prima la búsqueda de una responsabilidad para el beneficiario, enfoque que, a la vista de la Comunicación de la Comisión, debe ser desechado.

²⁹ Desde el inicio de la década de 2000, el TS ha ido asumiendo de forma normalizada la doctrina sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales. Se deben destacar las Sentencias del TS 18/5/2000, Rec. 559/1996 y de 25/2/2011, Rec. 4376/2006.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, 1.ª edición, Thompson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 116 y ss.

³¹ Esta afirmación la realizamos aun conociendo la opinión del propio TC sobre qué jurisdicción es competente para enjuiciar este tipo de supuestos. Somos conscientes de que, pesar de nuestra opinión doctrinal, el TC, en sentencia 70/1988, 19/4/1988, Rec. 51/1986, señala que «ahora bien, la constitucionalidad de la nueva

Sin embargo, esta inexistencia de jurisdicción para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador tiene excepciones. Y una de las mismas es la violación del DUE. En estos casos en los que el Legislador dicta normas con rango de ley contrarias al ordenamiento comunitario y produce un perjuicio sobre un particular que no tiene la obligación de soportar, la jurisdicción CA sí sería competente para enjuiciar el asunto. Dado que en estos supuestos el perjuicio no deriva de una ley inconstitucional sino de una ley contraria al DUE, en virtud del principio de eficacia directa y supremacía del ordenamiento comunitario, será de aplicación inmediata en el ordenamiento interno por los tribunales nacionales. En palabras de García de Enterría, esta situación «coloca a los jueces nacionales respecto de las leyes en una situación análoga a la que tienen con las normas reglamentarias»³².

De este modo se salva el primer problema procedimental para declarar este tipo de responsabilidad. Aunque no lo hemos señalado, obviamente la responsabilidad patrimonial en este caso concreto de ayudas ilegales se deriva claramente de un incumplimiento por el Legislador nacional del DUE, por cuanto que mediante una norma legal se concede una ayuda sin cumplir con el requisito de información previa necesario ante la Comisión.

Avanzando en este apartado procedimental, surge un nuevo problema el relativo al agotamiento previo o no de todas las instancias de recurso para declarar por el orden jurisdiccional CA la responsabilidad del Legislador. Y para su resolución debemos traer a colación la muy comentada Sentencia del TS de 17 de septiembre de 2010³³.

Hacemos especial referencia a dicha sentencia porque creemos que su interpretación desde la doctrina no ha sido la adecuada. Algunos autores han llegado a decir de la misma que «desde un punto de vista sustantivo, la sentencia supone el reconocimiento de un nuevo título de imputación de responsabilidad patrimonial: la infracción del Derecho comunitario»³⁴. No estamos de acuerdo con esta afirmación.

Para un correcto entendimiento debemos retrotraernos a la doctrina jurisprudencial anterior. Dado que la institución de la responsabilidad del Estado legislador en nuestro ordenamiento ha sido construida con base en la declaración de inconstitucionalidad de una

regulación de la edad de jubilación, acortando la vida activa de los funcionarios sin más matizaciones que la previsión de un calendario escalonado para su entrada en vigor y unas ayudas mínimas para suavizar sus efectos, no impide que se pueda apreciar en el marco de la legalidad ordinaria, como ya se dijo en la STC 108/1986, de 29 de julio, y se reitera en la 99/1987, de 11 de junio, cuya doctrina estamos siguiendo, que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y, en determinados casos, perjuicios económicos que puedan merecer algún género de compensación» (FJ. 3^o). Esto es, deja en manos de los tribunales ordinarios el enjuiciamiento sobre la existencia de este tipo de responsabilidad. Nuestra discrepancia en este punto es absoluta.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, 1.ª edición, Thompson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 135.

³³ Sentencia TS 17/9/2010, Rec. 153/2007.

³⁴ DE JUAN CASADEVALL, J., «La responsabilidad patrimonial del estado-legislador por la infracción del derecho de la Unión en material tributaria: la Sentencia del TS de 17 de septiembre de 2010», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 9/11, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 9.

norma legal, la extensión de dicha responsabilidad a los supuestos de infracción del DUE fue en cierto sentido algo errática.

En el caso de la responsabilidad derivada de una ley inconstitucional, el principal problema al que se enfrentaba la parte perjudicada que exigía la responsabilidad era que para declaración era necesaria previa sentencia de inconstitucionalidad de la ley. Y a dicha sentencia solo se podría llegar o bien mediante recurso de constitucionalidad (para el cual el art. 32 de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, no legitima activamente al particular perjudicado) o mediante una cuestión de inconstitucionalidad cuya disposición queda al arbitrio del juez o tribunal pertinente. Sentencia de inconstitucionalidad que habría de recaer tras la impugnación del acto administrativo que se consideraba dictado al amparo de una ley inconstitucional. Así, era muy difícil para el perjudicado llegar a una sentencia de inconstitucionalidad que fuese la base jurídica de su reclamación de responsabilidad, en especial por la prescripción de los plazos de impugnación del acto administrativo litigioso.

El TS, con el fin de no hacer imposibles las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, admitió como jurisprudencia consolidada la no exigencia del requisito del agotamiento previo. Eliminó como requisito la impugnación del acto administrativo dictado al amparo de una ley inconstitucional.

Así, con anterioridad a dicha sentencia de 2010, nos encontrábamos con un tratamiento diferenciado por parte del TS de la responsabilidad patrimonial en función de que se basase en inconstitucionalidad de la ley en función de la cual se dicta el acto administrativo o en infracción del DUE³⁵. Mientras que en el primer caso no se exigía previa impugnación del acto lesivo por el particular, en el segundo caso sí. Esta diferenciación llevaba a que en el supuesto de la infracción comunitaria, dado que las acciones de responsabilidad normalmente se interponían cuando se dictaba sentencia por el TJUE en la que observaba incumplimiento del DUE por una ley española, el plazo de prescripción de la acción de recurso ya había sido superado. Y ante dicha situación, se hacía muy difícil conseguir que se declarase la responsabilidad patrimonial.

Este diferente tratamiento era sustentado por el TS con base en la distinta naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la declaración por el TJUE de la infracción del DUE por parte de una norma legal. Dos argumentos justificaban esta diferenciación:

³⁵ Ejemplo de esta anterior doctrina son las sentencias del TS 29/1/2004, Rec. 52/2002 y 24/5/2005, Rec. 73/2003. En esta última, el TS basa la diferenciación en dos argumentos. En primer lugar (FJ. 2.º), porque la contradicción entre el ordenamiento interno y el comunitario «es directamente invocable ante los tribunales españoles y por tanto la recurrente pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después al acta de liquidación y tanto la administración como la jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el ordenamiento comunitario». Y en segundo lugar (FJ. 2.º), porque la infracción comunitaria «es apreciada en sentencia que resuelve una cuestión prejudicial y que por tanto no acarrea per se la desaparición ex tunc de la norma del ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre con una sentencia de inconstitucionalidad, ello con independencia de que los efectos de la nulidad de la Ley inconstitucional normalmente sean ex nunc correspondiendo al Tribunal apreciar su alcance en cada caso».

que las leyes estatales gozan de presunción de constitucionalidad pero no de adecuación a DUE; y que la declaración del TJUE de infracción del DUE no tenía los mismos efectos que las sentencias de inconstitucionalidad³⁶.

Sin embargo, debido a que esta doctrina podía comprometer los principios de efectividad y equivalencia, el TS planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre su adecuación al ordenamiento comunitario.

La sentencia³⁷ dictada por el TJUE debe entenderse como un paso más en la coordinación entre el Derecho nacional y el comunitario. Se pasa por el tamiz de los principios de equivalencia y efectividad la jurisprudencia del TS. Ya era doctrina arraigada del TJUE que los requisitos establecidos en las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños por incumplimiento del DUE no podían ser menos favorables que los que se aplicaban a las reclamaciones de semejante naturaleza a nivel interno (principio de equivalencia) y que no podían articularse de manera que hiciesen imposible o excesivamente difícil la obtención de dicha indemnización (principio de efectividad)³⁸.

Pues bien, realmente el razonamiento del TJUE sobre el principio de equivalencia no es muy satisfactorio. No es que defendamos una diferenciación en función de si la responsabilidad se basa en la inconstitucionalidad de una ley o en un incumplimiento comunitario. Sino más bien que el TJUE da por hecho que los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad y de una sentencia comunitaria que declare el incumplimiento son los mismos. Pero ni tan siquiera se para a señalar cuáles son esos efectos³⁹.

No queremos entrar aquí tampoco a hacer un análisis en profundidad de dicha sentencia. Lo que nos importa a efectos de este trabajo es que prejudicialmente el TJUE consideró incompatible la jurisprudencia del TS⁴⁰.

³⁶ Sentencias TS 29/1/2004, Rec.52/2002, FJ. 1.º y 24/5/2005, Rec. 73/2003, FJ. 2.º

³⁷ Sentencia TJUE, 26/1/2010, Asunto C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v Administración del Estado.

³⁸ Hemos de señalar que el Tribunal, finalmente, solo entra a valorar la adecuación de la jurisprudencia del TS respecto del principio de equivalencia. No le es necesario valorar el cumplimiento del principio de efectividad tan siquiera.

³⁹ ⁴⁰ En este punto, mucho más clarificadoras son las Conclusiones del Abogado General M. POIARES MADURO, de 9/7/2009, Asunto C-118/08 (ya indicado anteriormente). Este sí entra a comparar los efectos de los dos tipos de sentencias. Analiza dos puntos. Primero, los efectos, llegando a la conclusión de que son similares (nulidad con efectos «ex tunc» y no revisión automática de los actos administrativos dictados a su amparo). Sin embargo, esta similitud por efectos no es suficiente para declarar incumplido el principio de equivalencia. Añade que, además, se deben tener en cuenta los requisitos necesarios para llegar a obtener una declaración de inconstitucionalidad y una sentencia prejudicial declarativa de inadecuación del derecho interno. Admite que la posibilidad de discutir la constitucionalidad de una ley es menor, debido a la presunción de constitucionalidad de la que disfruta. Sin embargo, no cree que sea motivo suficiente para eliminar el requisito del agotamiento previo.

⁴⁰ Otro punto que se discutió en dicha sentencia fue si la jurisprudencia debía estar sujeta a los principios comunitarios del mismo modo que la legislación positiva. A este respecto el TJUE mantiene una posición poco

Y a raíz de esta cuestión prejudicial el TS varió su jurisprudencia. Ya no sería necesario haber agotado previamente todas las posibilidades de impugnación del acto administrativo dictado al amparo de una ley contraria al DUE. Se eliminaba de este modo el principal obstáculo para la creación de una verdadera responsabilidad en esta materia, el de la prescripción de los recursos frente al acto litigioso.

Aunque no podemos ahondar más en esta cuestión procedimental, no podemos dejar de hacer mención a un punto curioso de la sentencia del TJUE. Resulta un poco llamativo lo que afirma. Según el Tribunal, «la reparación del daño causado no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción»⁴¹. Este argumento del TJUE fue desarrollado más a fondo en el Asunto «Brasserie du pecheur»⁴². En dicho caso señaló que, en aras del efecto directo de las normas comunitarias sobre los ordenamientos nacionales, no era requisito necesario para declarar la responsabilidad por un tribunal nacional la existencia de una declaración previa por parte del TJUE, en tanto en cuanto los tribunales nacionales tienen la facultad de no aplicar la normativa nacional si contraviene lo establecido a nivel comunitario. En este sentido, la responsabilidad del Estado basada en un incumplimiento comunitario es mucho menos restrictiva que la basada en la inconstitucionalidad de una ley. Pues en este último caso, dado que los tribunales nacionales no pueden no aplicar simplemente una ley sobre la que tienen dudas de inconstitucionalidad (se suspende el proceso hasta que el TC se pronuncie sobre la cuestión de inconstitucionalidad), siempre será necesaria previa declaración de inconstitucionalidad.

Con base en todo lo antedicho, no damos la relevancia que da cierta parte de la doctrina a la STS 17/9/2010. O, mejor dicho, se la damos por otros motivos. La afirmación según la cual, al amparo de las sentencias del TJUE y del TS, surge un nuevo título de imputación, creemos es incorrecta. De hecho, con anterioridad a dicha sentencia de 2010, el TS ya había reconocido⁴³ el incumplimiento del DUE como título de imputación de responsabilidad. Lo

restrictiva del art. 267 TFUE, siéndole indiferente el origen legislativo, administrativo o judicial de las normas nacionales.

⁴¹ Sentencia TJUE, 26/1/2010, Asunto C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v Administración del Estado, apartado 38.

⁴² Sentencia TJUE, 5/3/1996, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport; 8/10/1996, Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 and C-190/94, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v Bundesrepublik Deutschland.

⁴³ Sentencia TS 12/6/2003, Rec. 46/1999. En esta sentencia, el TS observa existencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del DUE a favor de Canal Satélite Digital. Las normas que habrían dado lugar al daño fueron el RD-Ley 1/1997 y la Ley 17/1997 (que viene a convalidarlo) por la que se incorporó al Derecho español la Directiva 95/47/CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector. Dicho conjunto normativo contradecía lo establecido en la Directiva que decía trasponer. Creaba un registro de operadores de inscripción obligatoria, sometiendo la actividad a autorización previa y estableciendo el uso de un modelo de decodificador determinado (diferente al comercializado por Canal Satélite Digital). Argumentado el TS la violación por dicha normativa del principio de libre circulación de mercancías y prestación de servicios y de

único que se introduce a partir de 2010, es la exención del requisito del agotamiento previo de las vías de impugnación.

2. Cuestiones de fondo

Argumentar jurídicamente la existencia de una responsabilidad del Estado legislador por infracción del DUE en materia de ayudas públicas no es una cuestión muy tratada por la doctrina. Solo podemos señalar que en este ámbito se ha venido discutiendo un posible efecto provocado sobre la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por lo que en algunas ocasiones el TS ha dado en llamar proceso de «comunitarización» del Derecho nacional⁴⁴.

La posición del Tribunal de Justicia ante los incumplimientos por parte de los Estados del Derecho UE está ya bastante clara. Según el mismo, los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: Que la norma europea confiera derechos a los particulares; que la violación del Derecho UE sea suficientemente caracterizada; que exista relación de causalidad directa entre la violación del Derecho UE y el perjuicio sufrido por los particulares.

Sin embargo, el principal problema resulta del juego de tales requisitos con el sistema de responsabilidad a nivel interno. En principio, los requisitos comunitarios solo se aplican con carácter subsidiario a los nacionales. Solo se aplicarán los requisitos comunitarios si las condiciones establecidas en el derecho interno son más restrictivas que las establecidas a nivel europeo. El problema de establecer un régimen de subsidiariedad de este tipo radica en conocer si deben valorarse los requisitos individualmente o, por el contrario, en bloques (interno y comunitario). Creemos que la respuesta debe seguir la segunda opción.

Con el fin de ver qué criterios se adecuan mejor al supuesto de ayudas públicas, lo idóneo sería comparar aquí ambos bloques, requisito a requisito. Sin embargo, ante el escaso espacio que tenemos, creemos que lo mejor será centrarnos en los requisitos del nivel comunitario, sobre todo a la vista de las numerosas sentencias que tratan la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho comunitario, las cuales no suelen tener en cuenta los requisitos nacionales. Los presupuestos de la responsabilidad desde el nivel europeo se encuentran muy bien expuestos en la Sentencia del TJUE, de 13 de junio de 2006, Asunto C-173/03.

la propia Directiva traspuesta, estimó la pretensión de la recurrente sobre la existencia de responsabilidad por infracción del DUE.

⁴⁴ *Ibid.*, FJ. 3.º.

A. La norma jurídica debe conferir derechos a los particulares

Este primer presupuesto puede llevar a equívoco en la construcción de esta responsabilidad patrimonial. Exige que el DUE vulnerado confiera derechos a los particulares. Y para este caso concreto, los artículos 107 y 108 TFUE son aquellos de los que se debe derivar algún derecho para los mismos. Pues bien, el TJUE, con este requisito, no se refiere a que la norma nacional que establece la ayuda ilegal (normalmente ley tributaria) conceda derechos a los particulares. Según el TJUE, en Sentencia de 12 de febrero de 2008, Asunto C-199/06 (Caso CELF), los antedichos preceptos tienen por objetivo proteger «los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento, por parte de las autoridades estatales, de la prohibición establecida en el artículo 88 CE (antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), apartado 3... Es preciso proteger a las partes afectadas por la distorsión de la competencia provocada por la concesión de una ayuda ilegal»⁴⁵.

De este modo el TJUE afirma la existencia de un derecho a la no distorsión de la competencia de los particulares por los poderes públicos (distorsión que se vería provocada por la concesión de la ayuda pública ilegal o incompatible).

B. Infracción «suficientemente caracterizada»

Doctrinalmente, este es el requisito que mayor confrontación provoca entre el nivel interno y el europeo. El principal problema reside en su definición. Cómo se defina su contenido influirá en su comparación con los requisitos nacionales. Pues bien, atendiendo a la ya famosa Sentencia del TJUE en el Asunto Brasserie, para conocer si la infracción del Estado tiene este carácter, se deberá tener en cuenta:

«El grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales y comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario»⁴⁶.

A la vista de estos criterios dados por el Tribunal de Justicia, entendemos que este requisito se incardina dentro de la categoría general de imputación de responsabilidad.

⁴⁵ Sentencia TJUE, 12/2/2008, Asunto C-199/06, Centre d'exportation du livre français (CELF), Ministre de la Culture et de la Communication v Société internationale de diffusion et d'édition, apartado 38.

⁴⁶ Sentencia TJUE, 5/3/1996, Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, apartado 56.

Esto es, en resumidas cuentas, si la responsabilidad del Estado infractor tiene naturaleza objetiva o subjetiva.

Y en este punto es donde parte de la doctrina tiene una opinión contraria a la nuestra. Según esta⁴⁷, la infracción suficientemente caracterizada debe entenderse como un requisito de antijuridicidad cualificada. No lo creemos así.

El requisito de antijuridicidad en nuestro ordenamiento administrativo se encuentra reflejado en el actual artículo 141 LRJPAC. Doctrinalmente, a la vista de dicho precepto, se ha dicho que la antijuridicidad en nuestro sistema de responsabilidad no se predica de la actuación causante del daño, sino del daño en sí mismo. Esto es, la actuación se debe valorar de acuerdo con el principio de responsabilidad objetiva del artículo 139 LRJPAC, mientras que el daño se debe analizar de acuerdo con este principio de antijuridicidad, según el cual, podrá existir responsabilidad si el administrado no tiene el deber jurídico de soportar el daño. Y este es el sentido que ha asumido el TS respecto del principio de antijuridicidad, afirmando que «lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión».⁴⁸ Esta visión de la antijuridicidad relativa al daño fue explicada por García de Enterría⁴⁹. Según su posición, la antijuridicidad en nuestro sistema debe entenderse del siguiente modo. El antiguo artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1956, origen del peculiar sistema de responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento, con el fin de establecer un sistema más garantista, sustituyó el requisito de culpa o dolo en la actuación causante del daño (que es un principio fundamental en el instituto de la responsabilidad civil extracontractual) por el de antijuridicidad del daño. Esto es, nuestro sistema objetivo tiene como límite el requisito de la antijuridicidad del daño, como perjuicio del que no se tiene la obligación de soportar.

Si atendemos ahora al contenido de este requisito comunitario, veremos cómo hace referencia no al daño producido, sino más bien a la conducta del infractor. No se corresponde, por tanto, con nuestra categoría interna de «antijuridicidad», sino con la relativa al comportamiento culpable o no requerido. No entendemos entonces por qué, cuando se compara este requisito con el nivel interno, se hace respecto de la antijuridicidad, si esta en el nivel interno viene referida al daño producido⁵⁰. Aunque quizás este equívoco se deba a

⁴⁷ DE JUAN CASADEVALL, J., «La responsabilidad patrimonial...».

⁴⁸ Sentencia TS 5/2/2007, Rec. 4067/2003, FJ. 3°.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 41-42.

⁵⁰ Aunque la obra básica que tenemos en cuenta, del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, data de 1956 y viene referida respecto del texto original de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la jurisprudencia sigue asumiendo el concepto doctrinal de antijuridicidad propuesto por este autor. Así, por ejemplo, la Sentencia TS 3/12/2002, Rec. 1922/1991, señala que «no es el aspecto subjetivo del actuar jurídico de la Administración, el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo. En definitiva, la antijuridicidad es un elemento objetivo del daño, no una cualificación subjetiva de la actividad dañosa» (FJ. 2.º).

cierta jurisprudencia reciente que se aparta ligeramente de la teoría «totalmente objetiva» de responsabilidad de García de Enterría⁵¹.

Dejando constancia del anterior punto, la antijuridicidad del daño es difícil de determinar en el caso de regulación de carácter fiscal. Todo daño que sufra el particular por una actuación de la Administración es antijurídico salvo en caso de que exista una norma del sistema que juridifique ese daño y haga cargar con él al particular (ej. normas fiscales). El punto clave es ver si para el caso de los competidores de los beneficiarios de ayudas ilegales existe un daño que no deben soportar.

Creemos que el sistema comunitario, en este punto, es menos restrictivo que el nacional⁵². Esto es, a nivel comunitario la responsabilidad es subjetiva, por lo que se ha eliminado nuestro criterio interno de antijuridicidad del daño. Sin embargo, el hecho de que para el caso de ayudas ilegales el TJUE haya entendido que existe siempre culpa del ente concedente en la concesión (por el escaso espacio interpretativo que dejan las normas sobre ayudas públicas) hace que sea más sencillo articular la responsabilidad, pues el requisito de la antijuridicidad no será necesario probarlo.

Siendo prudentes en este análisis, se ha de señalar que el TJUE no se ha pronunciado todavía expresamente sobre esta cuestión. A pesar de este silencio, tanto la Comisión como distintos Abogados Generales han estado realizando una labor de construcción de este requisito⁵³. Dado que el precepto no deja margen de interpretación a las autoridades nacionales

⁵¹ MEDINA ALCÓZ, L., en su obra «La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema», 1.ª edición, Civitas, 2005, Madrid, p. 169, critica la teoría «totalmente objetiva» de GARCÍA DE ENTERRÍA, apostando por «una responsabilidad subjetiva con una antijuridicidad objetiva». Y esta tesis, que rechazada el «mito» de la responsabilidad objetiva, tiene reflejo en cierta jurisprudencia, como ha puesto de manifiesto MUÑOZ GUIJOSA, M.A., en «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 187, CEPC, Madrid, 2012, p. 119 y ss. Y a modo de ejemplo, señala las Sentencias del TS 17/7/2007, Rec. 5535/2003, FJ. 3.º; 26/6/2008, Rec. 4429/2004, FJ. 3.º; 29/6/2010, Rec. 7387/2005, FJ. 2.º.

⁵² Esta conclusión es contraria a lo señalado por cierta parte de la doctrina en referencia al requisito de la infracción suficientemente caracterizada. En este sentido, y para el caso concreto de responsabilidad del Legislador, por ejemplo, COBREROS MENDAZONA señala que «la exigencia de una violación suficientemente caracterizada en las reclamaciones indemnizatorias sustentadas en el Derecho de la Unión Europea va en contra de la regla establecida por el Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de las normas nacionales más favorables». COBREROS MENDAZONA, E., «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento Derecho UE», *Revista de Administración Pública*, n.º 196, CEPC, Madrid, 2015, pp. 11-59.

⁵³ Por parte de la Comisión Europea, en la citada Comunicación sobre la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (apartado 47). Por parte de los Abogados Generales, podemos encontrar Conclusiones que tratan de forma tangencial este tema. A modo de ejemplo, el Abogado General Sr. Giuseppe Tesaurò, en sus Conclusiones de 19/9/1989, Asunto C-142/1987, *Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities*, ya defendió la existencia de este tipo de infracción suficientemente caracterizada ante la violación del entonces art. 93.3 Tratado CEE (actual art. 108.3 TFUE). En el apartado 7 señalaba que «la infracción de la prohibición de ejecución puede dar lugar además a nivel nacional al ejercicio de acciones cautelares (en particular, la suspensión de la ejecución de la ayuda cuya compatibilidad con el

para no notificar las medidas de ayuda estatal conlleva que estas están sujetas a la obligación absoluta de notificar las medidas de esta índole antes de su aplicación⁵⁴.

C. *Nexo causal directo entre la infracción de la obligación del Estado miembro y el daño sufrido por las partes. Individualización y cuantificación del daño*

Estamos ante el requisito cuya existencia es más difícil de justificar. Primero, porque se debe individualizar y cuantificar el daño. Segundo, porque se debe establecer el nexo entre la infracción estatal y el daño producido.

Según el Derecho UE, el daño para el competidor aquí debe entenderse como lucro cesante (la parte del mercado que ha perdido el competidor). El hecho de que el daño se corresponda con una pérdida de cuota de mercado provoca que la valoración del mismo sea compleja. Sin embargo, el daño producido no tiene por qué ser solo en concepto de «lucro cesante», sino que también se pueden encontrar casos de daño efectivo según la Comisión. Esto parece demasiado extremo. El daño en los supuestos en que la Comisión entiende que es efectivo (ej. pérdida de contrato público) en realidad sigue siendo un lucro cesante, solo que el nexo causal es más fácil de establecer (ej. pérdida de adjudicación de contrato público y, por tanto, de cuota de mercado).

Lo realmente difícil será individualizar y cuantificar la «pérdida de mercado». Pero su difícil cuantificación exacta no tiene por qué ser óbice para que exista fundamentación de la responsabilidad patrimonial.

En realidad, la cuantificación no es tan dificultosa, pues el perjuicio directo para el resto de competidores debería aproximarse a la cuantía de la ayuda pública. Así, no será tanto problema la cuantificación, sino la individualización del daño.

Sin embargo, esta dificultad ya ha sido incluso resuelta a nivel comunitario para asuntos de la misma naturaleza. Nos referimos a los mecanismos que establece la Comisión

mercado común no haya sido examinada) y también de acciones de indemnización frente a la Administración pública (puede suponerse o bien la acción de los competidores perjudicados por la puesta en práctica de una ayuda ilegal o bien la acción del beneficiario de la ayuda cuya ejecución haya sido suspendida o anulada por infracción de las normas de procedimiento». Por desgracia, sobre este particular desarrollado por el Abogado General no se pronuncia el TJCE en la sentencia sobre el asunto C-142/87.

⁵⁴ La inexistencia de un margen de apreciación para el Estado ha sido un argumento clave para que el TJUE observase, per se, la existencia de violación suficientemente caracterizada. Como ejemplo de la posición, en la Sentencia TJUE, 17/4/2007, Asunto C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl v Suomen valtio and Tarmo Lehtinen, el Tribunal señala prejudicialmente que «es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando el Estado miembro, en el momento en que cometió la infracción, disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido o incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada» (apartado 81).

en su «Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE»⁵⁵.

Ahora sí, centrando nuestro análisis en el nexo causal, podemos afirmar que este requisito es el menos desarrollado por el TJUE. Lo único que viene exigiendo la jurisprudencia comunitaria es una relación directa e inmediata entre la conducta lesiva y el daño. Pero no se dice nada más, no se acoge ninguna de las teorías clásicas de causalidad.

Por tanto, nos encontramos libres, sin restricciones jurisprudenciales, para dar nuestra opinión. Teniendo en cuenta la distinción entre causalidad e imputación⁵⁶, lo más adecuado sería asumir una teoría de la causalidad que no contenga implícitamente presupuestos sobre imputación. De este modo, siguiendo lo señalado por Roxin⁵⁷, se deben eliminar todas aquellas teorías semejantes a la teoría de la causalidad adecuada. Estas teorías, como se ha puesto de relieve por la doctrina, al comprender un test de previsibilidad, convierten la causalidad en un factor de imputación de consecuencias dañosas que no pueden distinguirse de la culpa. Serían no teorías de la causalidad, sino de la imputación jurídica.

De este modo, si el ordenamiento comunitario ya asume un requisito distinto de imputación subjetiva, solo será coherente utilizar una teoría de la causalidad que no introduzca los mencionados sesgos de imputación. Abogamos por utilizar la teoría de la equivalencia de las condiciones, mucho menos restrictiva, como paso previo al filtro de la culpabilidad. El demandante solamente deberá probar que la concesión de la ayuda fue uno de los factores causantes de la pérdida de mercado. Que posteriormente la responsabilidad patrimonial se module atendiendo al grado de culpabilidad del Estado será cosa distinta. La futura jurisprudencia comunitaria deberá asumir lo antedicho si quiere crear un sistema coherente de requisitos de responsabilidad.

A la vista de los criterios comunitarios parece que, para el supuesto concreto de ayudas ilegales, éstos son más favorables que los establecidos a nivel interno. Los dos primeros presupuestos, derechos de los particulares e infracción suficientemente caracterizada no plantean problemas. Solo el último, como ya hemos señalado, puede ser de más difícil determinación.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión 2013/C 167/07, sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta Comunicación es acompañada por una Guía Práctica C(2013) 3440. En dicha Guía se exponen una gran variedad de métodos: before and after method, cost-based approach, complex calculation methods, etc.

⁵⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario Código Civil (1889-1989)*, vol. I, 1.ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1561 – 1591. En este trabajo, el profesor Pantaleón deja clara la distinción entre ambos niveles, causalidad e imputación, señalando que «la concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente contestable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales». De este modo, el nexo de causalidad como requisito se convierte en un tema de prueba por parte del demandante.

⁵⁷ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 1.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 370.

V. CONCLUSIÓN

En referencia a las vías de recuperación de ayudas, hemos visto cómo desde la doctrina las distintas tesis planteadas no cierran por completo el problema, al no atender de forma exhaustiva a todas las formas de concesión de ayudas. Y pretendiendo completar lo ya dicho por la doctrina, proponemos un nuevo procedimiento específico y general, que cumpla tanto con los requisitos de eficacia y rapidez del Derecho de la UE como con los internos establecidos básicamente en la LRJPAC, especialmente el de audiencia de las partes perjudicadas.

Asimismo, hemos intentado concretar aún más el régimen de responsabilidad del Estado legislador por incumplimientos del Derecho UE para el caso concreto de ayudas ilegales o incompatibles. Pese a que a priori parecía obvio que los requisitos internos serían más laxos que los comunitarios, hemos llegado a la conclusión contraria. Para el caso concreto aquí tratado, los requisitos del nivel europeo son más fáciles de argumentar y probar por parte del demandante, tercero perjudicado. Prueba esta de la comunitarización de nuestro Derecho Administrativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ BARBEITO, P., «La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador: Especial referencia a la vulneración del Derecho comunitario», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2014, p. 61-75.
- ARPÍO SANTACRUZ, J. L., *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, 1.ª edición, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L. & BURLADA ECHEVESTE, I. M., «La revisión de oficio de las disposiciones de carácter general en materia tributaria», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 15/2012 y 16/2012, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 31-49.
- COBREROS MENDAZONA, E., «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento Derecho UE», *Revista de Administración Pública*, n.º 196, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 11-59.
- DE JUAN CASADEVALL, J., «La responsabilidad patrimonial del estado-legislador por la infracción del derecho de la Unión en material tributaria: la Sentencia del TS de 17 de septiembre de 2010», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 9/11, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 103-117;

- *Ayudas de Estado e imposición directa en la Unión Europea*, 1.ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A., *Acto y procedimiento administrativo*, 1.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956;

- *La responsabilidad del Estado legislador en el Derecho español*, 1.ª edición, Thompson Civitas, Cizur Menor, 2005

HEIDENHAIN, M., *European State Aid Law*, 1.ª edición, C. H. Beck – Hart Publishers, Munich, Oxford, 2010.

LINARES GIL, M., «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196, Wolters Kluwer, España, 2001, p. 45-54.

LOCK, T., «Is private enforcement of EU law through state liability a myth? – An assessment 20 years after Francovich», *Common Market Law Review*, n.º 49, Wolters Kluwer, La Haya (Holanda), 2012, o. 1675-1702.

MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, 20.ª edición, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2014.

MARTÍNEZ LOZANO, J. M., *Los procedimientos de recuperación de las ayudas de Estado*, XII Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010.

MEDINAALCÓZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, 1.ª edición, Civitas, 2005, Madrid.

MORENO GONZALEZ, S., «La recuperación de las ayudas de Estado de carácter tributario. Panorama actual y propuestas de futuro», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 6, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 21-76.

MUÑOZ GUIJOSA, M.A., «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 187, CEPC, Madrid, 2012, p. 97-139.

ORDOÑEZ SOLÍS, D., «Jueces nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea y de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 30, EINSA, Alcobendas, 2012, p. 11-25.

- PÉREZ BERNABEU, B., «El incumplimiento de la obligación de recuperación de ayudas de Estado de carácter fiscal: Análisis de la imposición a España de una multa a tanto alzado (Sentencia TJUE de 13 de mayo de 2014, Asunto C-184/11)», *Crónica Tributaria*, n.º 148, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, p. 29-34.
- PÉREZ RIVARÉS, J. A., «La aplicación del Derecho de la Unión Europea sobre ayudas estatales por los tribunales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 477-517.
- PIÑA GARRIDO, L., «Recuperación de ayudas de estado consistentes en medidas fiscales contrarias a Derecho comunitario», *Crónica Tributaria*, n.º 149, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2013, p. 171-194.
- REBOLLO PUIG, M. & BUENO ARMIJO, A., «El reintegro de las subvenciones», *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, 1.ª edición, Thompson-Civitas, Madrid, 2005.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 1.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- RUÍZ LÓPEZ, M. Á., «Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador», *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, n.º 6, UNED, Madrid, 2013, p. 66-95.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., «Digging itself out of the hole? A critical assessment of the European Commission's attempt to revitalise State aid enforcement after the crisis», *University of Leicester School of Law Research Paper*, n.º 15, University of Leicester, 2015.
- SORIANO GARCÍA, J. E., *La defensa de la competencia en España*, 1.ª edición, Iustel, Madrid, 2007.