

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



El final de las «vacaciones vascas»

Rafael Fernández Valverde

Magistrado de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Resumen

A las diputaciones forales vascas no les es exigible responsabilidad patrimonial como consecuencia de la recuperación (y consiguiente devolución empresarial, con sus intereses legales) de las subvenciones otorgadas en su día, y declaradas nulas por la unión europea al ser consideradas ayudas de estado contrarias al mercado común.

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

[Sentencia de la Sala Tercera \(Contencioso-administrativo\) del Tribunal Supremo 1361/2018, de 5 de septiembre](#), Sección Quinta (RC 839/2017).

Ponente D. Rafael Fernández Valverde.

RESUMEN DEL FALLO

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, declaró no haber lugar al recurso de casación (RC 839/2017) formulado por una entidad empresarial domiciliada en el Territorio Foral de Álava contra la [STSJPV 561/2016, de 22 de noviembre](#), dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, desestimatoria del seguido contra la sentencia 224/2015, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Vitoria-Gasteiz (RCA 45/2011), denegatoria de la responsabilidad patrimonial solicitada por la entidad recurrente como consecuencia de la aplicación de exenciones en las liquidaciones del Impuesto de Sociedades, y que había sido rechazada por Acuerdos del Consejo de Diputados de la Diputación Foral 768/2010, de 23 de noviembre y 540/2010, de 7 de septiembre.

DISPOSICIONES APLICADAS

[Constitución Española, artículo 106.](#)

[Tratado de la Unión Europea \(Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007\)](#) —TUE—, [artículo 88.3](#).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), [artículos 3](#) y [139](#)

[Reglamento CEE 659/1999, artículo 14.3.](#)

[Reglamento CE 794/2004, artículos 11](#) y [13](#)

[Decisión 2002/820/CE](#), de fecha 11 de julio.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PRETENDIDA

Por [ATS de la Sección Primera \(Admisión\) de fecha 28 de abril de 2017](#), fue admitido el recurso de casación preparado en la instancia declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar si concurren los requisitos legales para que la Administración Foral (en este caso, la Diputación Foral de Álava) responda, en concepto de responsabilidad patrimonial, frente a los afectados que en su día fueron beneficiarios de ayudas fiscales y que se vieron obligados a su reintegro, con abono de intereses, en ejecución de la correspondiente Decisión de la Comisión Europea que, ante la ilegalidad de las mismas, dispuso su devolución.

Por otra parte, el ATS señala como normas que deberían ser objeto de interpretación los [artículos 3](#) y [139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre](#), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) y el [artículo 106.2 de la Constitución](#) en relación con el [artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea](#) y el [artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999](#).

ANTECEDENTES DE HECHO

1º. La entidad empresarial recurrente formuló de la Diputación Foral de Álava **reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador** en materia de Impuesto de Sociedades, derivada de la anulación de la Disposición Adicional 6ª de la Norma Foral 24/1994, de 20 de diciembre y de su declaración como ayuda de Estado incompatible con el mercado común por parte de la Comisión Europea mediante [Decisión 2002/820/CE](#), de fecha 11 de julio.

Tal denegación fue llevada a cabo por el Acuerdo del Consejo de Diputados de la citada Diputación 768/2010, de 23 de noviembre, por el que se desestima el recurso de reposición, que presentara, la misma entidad recurrente, contra el anterior Acuerdo del mismo Consejo de Diputados 540/2010, de 7 de septiembre, por el que se desestimaba la solicitud de responsabilidad patrimonial.

2º. En el ámbito jurisdiccional los dos **Acuerdos impugnados serían confirmados**, rechazando la existencia de responsabilidad patrimonial, mediante sentencia 224/2015, de 27 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Vitoria-Gasteiz (RCA 45/2011), que sería confirmada en apelación por la [STSJPV 561/2016, de 22 de noviembre](#), dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

3º. En síntesis, la **STSJPV** se basó en los siguientes argumentos:

a) Reiteración de **doctrina anterior** de la misma Sala, tanto respecto de la pretensión relativa al reintegro en concepto de responsabilidad patrimonial tanto del principal como de los intereses satisfechos.

b) Como argumento añadido al anterior —pero igualmente susceptible por si solo de dar lugar a la desestimación del recurso de apelación, según se expone— la sentencia agrega el argumento de que **no se reúnen algunos de los presupuestos esenciales** de la responsabilidad patrimonial.

c) La quien **falta de cuestionamiento por la entidad apelante de que haya sido la propia Comisión** estableció los términos de la devolución, pues siendo ello así no puede resultar la apelada responsable de la resolución de otro ente distinto cuyas resoluciones se limita a llevar a la práctica, señalando que era frente a la Comisión en tanto que poder decisor ante quien debía plantearse la dimensión que debía tener la devolución de las ayudas atendiendo a las posibles circunstancias concurrentes que pudiesen justificar una moderación en materia de intereses.

d) En relación con la reclamación subsidiaria relacionada con el abono de intereses la STSJPV **rechaza que la apelante no tuviese el deber jurídico de soportar los intereses** acordados por la Comisión, considerando su obligación que le concernía el tener que aguardar el tiempo transcurrido desde que se resuelve inicialmente la ilicitud de las ayudas y se comunica a la demandada hasta que por esta se da inicio a la subsiguiente devolución, una vez resueltos todos los litigios judiciales que fue preciso resolver, ya que los mismos fueron razonable y necesariamente interpuestos. En suma, la apelante tenía del deber jurídico de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional y entre ellas el transcurso del tiempo necesario pues todas las reclamaciones tenían por finalidad el cuestionar que se tratase de ayudas de estado y la devolución en los términos en que se había acordado, en suma, estaban ordenadas a tutelar un interés coincidente con el suyo sino el mismo en un gran número de ocasiones.

e) En relación, también, con el abono de intereses, la STSJPV apela a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citando al respecto la [STJUE de 3 de septiembre de 2015](#) (C-89/2014).

f) Y, por último rechaza la vulneración de los **principios de confianza legítima y buena fe**.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS desestima el Recurso Contencioso administrativo con base en las siguientes argumentaciones:

1º. El TS comienza perfilando la cuestión casacional planteada, a la vista del contenido del recurso de casación; en síntesis la entidad **recurrente discrepa de la interpretación realizada, por la Sala de instancia**, de los [artículos 3 y 139 de la LRJPA](#), así como el [artículo 106.2 de la Constitución](#), en relación con el [artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea](#) y el [14.3 del Reglamento CEE 659/1999](#), considerando que la sentencia ha infringido la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la **procedencia del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial** ([SSTS de 5 de marzo de 1993](#) y [27 de junio de 1994](#)). En concreto, la recurrente considera que el citado [artículo 3 de la LRJPA](#) es vulnerado por la sentencia por cuanto el mismo proclama, entre otros, los principios de confianza legítima y buena fe como principios generales de actuación de las Administraciones Públicas. Más en concreto, la STS reseña que la recurrente mantuvo que la actuación la Administración Foral trasladó a la recurrente la confianza y seguridad de la validez de la Norma Foral 22/1994 (Disposición Adicional Sexta) —que constituía el fundamento de los incentivos—, a través de las sucesivas Órdenes Forales de reconocimiento de los citados incentivos (Orden Foral 1087/1999, de fecha 26 de julio, ejercicio 1998, y Orden Foral 723/2000, de 11 de octubre, ejercicio 1999), que fueron notificadas, respectivamente, en los meses de julio de 1999 y octubre de 2000. Pese a ello (pese a tales reconocimientos fiscales de conformidad con la normativa aprobada), la misma Diputación Foral en octubre de 2007 exigiría la recuperación de tales incentivos con sus correspondientes intereses calculados desde el año 2001.

2º. A continuación, la STS recoge todo el **largo proceso seguido**, haciendo referencia al procedimiento de investigación que sobre las ayudas fiscales iniciara la Comisión Europea (DOUE de 11 de marzo de 2000); procedimiento que concluiría con la [Decisión 2002/820, de 11 de julio de 2001](#), de la Comisión Europea que declaraba ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de las inversiones, y que ordenaba la recuperación de las citadas ayudas, disponiendo para ello —de conformidad con el [artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999](#)— de un plazo máximo de dos meses desde su notificación. La Decisión sería impugnada por la Diputación Foral, habiendo optado la recurrente por no recurrir la Decisión de la Comisión, ni comparecer en el procedimiento, acometiendo, sin embargo, sus inversiones, formulando declaraciones-liquidaciones y acogiéndose al beneficio fiscal, sin instar la rectificación de las mismas con posterioridad a la decisión de la Comisión anulatoria de 11 de julio de 2001.

3º. Recurrida, pues, la Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) fue anulada por la [STPIUE de 9 de septiembre de 2009](#) (Recurso de anulación T-227/2001), que sería confirmada en casación por la posterior [STJUE de 28 de julio de 2011 \(C-471/09\)](#). A esta, incluso, seguiría la [STJUE de 13 de mayo de 2014](#), dictada en el Recurso de Incumplimiento C-184/2011, así como la [STJUE de 14 de diciembre de 2006](#), que estimó la demanda de ejecución formulada por la Comisión Europea, en diciembre de 2003, confirmando la ejecución inmediata, condenando a la Diputación Foral e imponiendo una serie de sanciones al Reino de España (y/o a la Diputación Foral) por el retraso en el cumplimiento.

4º. En primer término la STS **rechaza la vulneración del principio de confianza legítima**, como fundamento de la responsabilidad patrimonial, confirmando la doctrina que se contenía en las dos sentencias de instancia, que negaron la concurrencia de los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial **por incumplimiento del Derecho europeo**; las sentencias rechazan el primero requisito (que la norma vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares). Esto es: «*En consecuencia, el art. 88.3 del Tratado, que es norma de Derecho de la Unión cuya infracción se invoca en el presente caso como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado*

Legislador, no confiere derechos a los beneficiarios de las ayudas de Estado declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión».

A tal fin la STS deja constancia de la síntesis llevada a cabo por el TS (SSTS de 17 de septiembre de 2010 —tres SSTS similares de la misma fecha— ([RCA 149/2007](#), ECLI:ES:TS:2010:4976; [RCA 273/2006](#), ECLI:S:TS:2010:4975; y [RCA 153/2007](#), ECLI:ES:TS:2010:4974), y [18 de enero de 2011 \(RCA 478/2007](#), ECLI:ES:TS:2011:49) sobre la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario, con base en la jurisprudencia europea hasta entonces producida; fundamentalmente [STJUE 19 de noviembre de 1991](#) (C-6/90 y C-9/90, asunto Francovich y Bonifachi) y [STJUE de 5 de marzo de 1996](#) (C-46/93 y C-48/93, asunto Brasserie de Pêcheur y Factortame), a la que luego seguirían las [SSTJUE de 8 de octubre de 1996](#) (C-178, 179, 188, y 190/94, asunto Erich Dillenkofer), [4 de julio de 2000](#) (C-424/97, asunto Caso Salomone Haim contra Kassenzahn ärztliche Vereinigung Nordrhein), [24 de marzo de 2009](#) (C-445/06, asunto Danske Slagterier) y [26 de enero de 2010](#) (C-118/08, asunto Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.).

El TS completa la reseña jurisprudencial con lo expuesto en la [STS de 18 de enero de 2012 \(RC 588/2010\)](#) —que citan las sentencias citadas en la de instancia— y en la que, forma expresa, ya se hace referencia a la [STJUE de 26 de enero de 2010 \(Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra Administración del Estado\)](#), dictada en el asunto C-118/08 —y a las que en la misma se citan: [SSTJUE de 30 de septiembre de 2003](#) (C-224/01, asunto Köbler) y de [13 de marzo de 2007](#) (C-524/04, asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*)—.

Concluye la reseña jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial por vulneración del Derecho Europeo con cita y reproducción los pronunciamientos más recientes, contenidos en las [SSTS de 22 de septiembre de 2014 \(RC 390/2012](#), ECLI:ES:TS:2014:3717); [3 de octubre de 2017 \(RCA 427/2015](#), ECLI:ES:TS:2017:3506) —y otras similares— sobre responsabilidad patrimonial derivada del sistema de la ejecución hipotecaria; [20 de octubre de 2017 \(RCA 6/2017\)](#) —y otras similares— sobre responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de la normativa estatal reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones; y [22/2018, de 15 de enero \(RCA 4998/2016](#), ECLI:ES:TS:2018:87), que reitera lo antes expuesto en las [SSTS de 17 de noviembre de 2016 \(RCA 196/2015](#), ECLI:ES:TS:2016:5122) y [20 de febrero de 2017 \(RCA 184/2015\)](#), sobre responsabilidad patrimonial exigida por una entidad local derivada por los gatos, indebidamente soportados, por la Administración, como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la tasa por el uso y aprovechamiento especial del dominio público local exigida a las operadoras de telefonía móvil.

5.- Pues bien, de conformidad con tan consolidada doctrina jurisprudencial —europea y española—, en la sentencia se realizan las siguientes **afirmaciones**:

a) La **Administración Foral —desde una perspectiva subjetiva— no ha de responder como consecuencia de la Decisión adoptada por la Comisión Europea**, procediendo a la declaración de ser contrarios al Derecho de la Unión Europea los beneficios fiscales de la [Norma Foral 24/1996, de 5 de julio](#), luego concedidos por la misma Diputación Foral en las dos Órdenes Forales de precedente cita.

«Debe insistirse en que la responsabilidad patrimonial articulada se fundamenta en la obligación de proceder a la devolución de los beneficios fiscales establecidos y concedidos —indebidamente— por la Administración Foral alavesa, pero declarados, por la Comisión Europea, contrarios al Derecho de la Unión Europea, mediante Decisión que luego sería ratificada por los Tribunales europeos.

Esto es, que la actuación de la Diputación Foral constituye una obligada ejecución de los resuelto por la Comisión y los Tribunales europeos, no siendo, pues, en modo alguno, la citada Diputación Foral —demandada y luego recurrida en el presente litigio—, el órgano que decidió e impuso la devolución, sino, simplemente, el órgano que ejecutaba la Decisión de la Comisión Europea.

Es decir, que el órgano responsable —en su caso— nunca sería la Diputación Foral, sino la Comisión Europea, pues la responsabilidad patrimonial articulada no se exige en relación con la Norma Foral, sino en relación con la imposición de devolución de los beneficios fiscales anulados; devolución, insistimos, impuesta por la Comisión Europea. Dicho de otra forma, que la titularidad del acto normativo ([Norma Foral 24/1996, de 5 de julio](#)) corresponde a la Diputación Foral demandada, pero la titularidad del acto que impone la devolución de lo indebidamente percibido fue dictado por la Comisión Europea: [Decisión 2002/820, de 11 de julio de 2001](#), de la Comisión Europea, que, declarando ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de las inversiones, ordenaba la recuperación de las citadas ayudas, disponiendo para ello —de conformidad con el [artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999](#)— de un plazo máximo de dos meses desde su notificación.

La Diputación Foral demandada no es, pues, responsable de tal actuación».

b) A tal elemento subjetivo debemos añadir que, por otra parte, también, y **desde una perspectiva objetiva, debe rechazarse que la Administración demandada haya realizado un comportamiento lesivo** y que la supresión de la ayuda haya causado un daño efectivo evaluable económicamente, pues la recurrente fue libre para acogerse al beneficio fiscal, luego declarado ilegal por la Comisión, y, de esta forma, se colocó en una posición de ventaja frente a los competidores, y, por ello, la recuperación articulada por la Administración Foral demandada, por mandato de la Comisión Europea, lo que hace es situarlo en la posición en que los citados competidores se encontraron; esto es, la posición de poner en marcha la respectiva actuación empresarial sin contar beneficios fiscales. En la [STJUE de 3 de septiembre de 2015](#) (C-89/14, asunto A2A SpA contra Agenzia delle Entrate), parágrafo 42, se consideraron tales tipos de ayuda como «*la ventaja que, en términos de competencia, se había concedido ilegalmente a las empresas beneficiarias de la Ayuda de Estado mencionadas*».

En consecuencia, la devolución de los importes a que se vio obligada la recurrente, no constituyen un daño que la misma no tuviera el deber de soportar, sino el mecanismo de regreso a la situación de la equidad empresarial y competencial, que no debió ser alterada por la Diputación demandada, y que, por ello, la Comisión Europea y los Tribunales de la Unión, procedieron a la declaración de tales ayudas como contrarias al mercado común; así pues, tal devolución de lo indebidamente percibido, no puede ser calificado, en modo alguno, de daño antijurídico, resultando, pues, inviable —también desde esta perspectiva— la responsabilidad patrimonial pretendida, que, entre sus requisitos, impone la concurrencia de dicho daño antijurídico.

c) Por otra parte, y al margen de lo anterior, **no concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la procedencia de tal responsabilidad patrimonial** derivada de acto legislativo, por vulneración del Derecho de la Unión Europea, que antes hemos expuesto al citar la doctrina jurisprudencial —en relación con la exigencia de tales requisitos— tanto de este Tribunal Supremo, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

d) La sentencia también **rechaza la vulneración alegada de los principios de buena fe y confianza legítima**; confianza que, según la recurrente, fue generada por la Administración Foral demandada, en relación con la confianza y seguridad de la validez de la Norma Foral 22/1994 (Disposición Adicional Sexta), a través de las sucesivas Órdenes Forales de reconocimiento de los incentivos fiscales (29 de julio 1999 y 11 de octubre de 2000), notificada, incluso, la segunda de ellas, una vez abierto un procedimiento de investigación seguido por la Comisión Europea respecto de tales incentivos.

Tras dejar constancia de la reciente [STS 1250/2018, de 17 de julio \(RCA 397/2017, ECLI:ES:TS:2018:2853\)](#), y otras anteriores en los que el TS había reiterado los pronunciamientos de la Sala en relación con el invocado principio de confianza legítima:

«Pues bien, tal vulneración, en atención a las circunstancias concurrentes, no procede acogerla en el supuesto de autos.

Como hemos expresado, los beneficios fiscales, luego obligados a devolver, fueron otorgados por la Administración Foral recurrida mediante las Órdenes Forales 1087/1999, de 26 de julio (para el ejercicio de 1998) y 723/2000, de 11 de octubre (para el ejercicio 1999). Igualmente hemos conocido que las mismas fueron notificadas, respectivamente, en los meses de julio de 1999 y octubre de 2000. Es cierto, sin embargo, que la Diputación Foral no procedería, hasta el mes de octubre de 2007, a la recuperación de tales incentivos, con sus correspondientes intereses calculados desde el año 2001.

Frente a ello, existen unas realidades —incontestables— que impiden aceptar el planteamiento que se nos realiza de existencia de datos y circunstancia de los que pudiera deducirse la generación de un percepción de confianza, por parte de la recurrente, en torno a la legalidad o viabilidad de tales ayudas o incentivos en el marco de la normativa europea.

(...) De todo ello, en modo alguno, puede deducirse la generación de un clima, ambiente, estado, apariencia o situación de seguridad legal en torno a los beneficios fiscales concedidos por la Norma Foral de precedente cita, debiendo recordarse que la existencia de controversias sobre la fiscalidad vasca —en su conjunto considerada— no nace de la Decisión anulatoria de la Comisión, pues, ya con anterioridad se habían producido impugnaciones ante Tribunales e instituciones europeas, debiendo deduciendo, por todo ello, que la recurrente era plenamente consciente de las dificultades con que contaba el régimen de ayuda al que se acogía y, sobre todo, las dudas que el mismo generaba.

e) Por último la sentencia responde a la pretensión subsidiaria, relativa a **la no procedencia del abono de los intereses**, consecuencia de retraso de casi seis años para la exigencia de la recuperación, que fue la causa determinante del incremento de los intereses.

En relación con ello, la sentencia señala que «*el incumplimiento del plazo establecido para la devolución de los beneficios indebidamente percibidos vino determinado por la forma en que se desarrollaron las citadas actuaciones jurisdiccionales, derivadas, a su vez, de las discrepancias sobre la interpretación y viabilidad jurídica de las ayudas que*

—no se olvide— fuera iniciada por la propia Comisión Europea; discrepancias que, igualmente, surgiría ante la ausencia de procedimiento alguno de recuperación de las mismas, una vez declaradas contrarias al mercado europeo.

Como con claridad expone la sentencia de instancia "el asunto distaba muchísimo de poder resolverse rápida y sencillamente y que todos y cada uno de los pleitos fueron razonable y necesariamente interpuestos". Por ello a sentencia concluye con acierto: "... la apelante sí tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional y entre ellas el transcurso del tiempo necesario".

Como continuación de lo anterior, debemos añadir que tal obligación de devolución debe ir acompañada de los correspondientes intereses, pues, el abono de los mismos es la compensación necesaria por haber disfrutado de un beneficio que no le correspondía, que, sin duda, ha reportado a la recurrente —y a otras entidades en la misma situación fiscal— una ventaja financiera que puede ser calculada de forma objetiva.

Por ello tampoco podemos aceptar el planteamiento llevado a cabo por la recurrente —en este particular subsidiario relativo a los intereses generados por las cantidades obligada a devolver— en el sentido de que el retraso de la Diputación Foral en la exigencia de la devolución el causante de los intereses, calculados desde la fecha de la notificación de la Decisión, en julio de 2001, hasta la actuación de recuperación, llevada a cabo en octubre de 2007; a ello añade que si se hubiera llevado a cabo la recuperación antes de 2003, se hubieran calculado con un tipo inferior más beneficioso».



Roj: **STS 3097/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3097**

Id Cendoj: **28079130012018100012**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/09/2018**

Nº de Recurso: **839/2017**

Nº de Resolución: **1361/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R. CASACION/**839/2017**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.361/2018

Fecha de sentencia: 05/09/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **839/2017**

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T. S. J. PAÍS VASCO. SALA C/A. Sección 3ª.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: Ppt Nota:

R. CASACION/**839/2017**

R. CASACION núm.: **839/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta

Sentencia núm. 1361/2018

Excmos. Sres.

D. José Manuel Sieira Míguez,

presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 5 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación **839/2017** interpuesto por la entidad Helados y Postres, S. A., representada por la procuradora doña Myriam García Otero y asistida de la letrada doña María Luisa Zulema Rodríguez de la Plaza, promovido contra la sentencia 561/2016, de 22 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 22 de noviembre, en el recurso de apelación 106/2016, seguido contra la sentencia 224/2015, de 27 de octubre, que dictó el Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz, en el Recurso Contencioso administrativo (procedimiento ordinario) 45/2011, sobre responsabilidad patrimonial del Estado en materia del Impuesto sobre Sociedades.

Ha sido parte recurrida la Excm. Diputación Foral de Álava, representada por la procuradora doña Ana Belén del Olmo López y asistida de la letrada doña María Jesús Ogueta Lana.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz se ha visto el Recurso Contencioso administrativo (procedimiento ordinario) 45/2011, seguido a instancia de la entidad Helados y Postres, S. A., en el que fue parte demandada la Diputación Foral de Álava, contra el Acuerdo del Consejo de Diputados de la citada Diputación 768/2010, de 23 de noviembre, por el que se desestima el recurso de reposición que presentara la misma entidad recurrente contra el anterior Acuerdo del mismo Consejo de Diputados 540/2010, de 7 de septiembre, relativo al expediente de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, mediante el que se desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial por actos legislativos en materia de Impuesto de Sociedades.

En el citado procedimiento se dictó por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz sentencia 224/2015, de 27 de octubre, desestimatoria del recurso interpuesto, en relación con la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/820/CE, de fecha 11 de julio de 2011, declarando la conformidad a derecho de la resolución recurrida, con imposición de las costas causadas en el procedimiento a la parte recurrente.

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz se interpuso, ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recurso de apelación 106/2016 por parte de la misma entidad Helados y Postres, S. A. en el que recayó sentencia 561/2016, de 22 de noviembre, por la que fue desestimado el citado recurso de apelación, confirmando la sentencia apelada.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la entidad Helados y Postres, S. A. formalizó escrito de preparación del recurso de casación, en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa administrativa (LRJCA) ---en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio---, el cual, por auto de 25 de enero de 2017 dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ del País Vasco, se tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la remisión de los autos originales y del expediente administrativo, constandingo en el segundo razonamiento jurídico de dicho auto el informe de la Sala de instancia sobre el interés del objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia.

CUARTO.- En fecha 22 y 23 marzo de 2017 presentaron ante este Tribunal Supremo sus escritos de personación la entidad Helados y Postres, S. A., como parte recurrente, y la Diputación Foral de Navarra, como recurrida, respectivamente.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección primera de esta Sala, se dictó auto de fecha 28 de abril de 2017 admitiendo el recurso de casación preparado y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar si concurren los requisitos legales para que la Administración Foral (en este caso, la Diputación Foral de Álava) responda, en concepto de responsabilidad patrimonial, frente a los afectados que en su día fueron beneficiarios de ayudas fiscales y se han visto obligados a su reintegro, con abono de intereses, en ejecución de la correspondiente Decisión de la Comisión Europea que, ante la ilegalidad de las mismas, dispuso su reintegro.



Por otra parte, el auto señala como norma que deberá ser objeto de interpretación los artículos 3 y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) y el artículo 106.2 de la Constitución en relación con el artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999 .

En el mismo auto se ordena la remisión de las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala para su enjuiciamiento, con arreglo a las normas de reparto de asuntos.

SEXTO.- Por diligencia de 10 de mayo de 2017 se dio traslado por treinta días a la parte recurrente para formalizar la interposición del recurso de casación, presentando su escrito el 26 de junio de 2017, en el que solicita se dicte sentencia que case y anule la recurrida, estimándose plenamente en los términos interesados el presente recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de 5 de julio de 2017 se tiene por interpuesto el recurso de casación y se acuerda dar traslado del escrito de interposición por treinta días a la Diputación Foral de Álava, presentando su escrito de oposición el 25 de septiembre de 2017.

OCTAVO.- Por providencia de 31 de mayo de 2018 se señaló para votación y fallo el día 3 de julio de 2018, continuando la deliberación hasta el 20 de julio siguiente, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia 561/2016, de 22 de noviembre, dictada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que fue desestimado el recurso de apelación 106/2016 , seguido a instancia de la entidad Helados y Postres, S. A., contra la anterior sentencia 224/2015, de 27 de octubre, dictada, a su vez, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz resolviendo el Recurso Contencioso administrativo (procedimiento ordinario) 45/2011, formulado por la recurrente contra el Acuerdo del Consejo de Diputados de la citada Diputación 768/2010, de 23 de noviembre, por el que se desestima el recurso de reposición, que presentara, la misma entidad recurrente, contra el anterior Acuerdo del mismo Consejo de Diputados 540/2010, de 7 de septiembre, por el que se desestimaba la solicitud de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en materia de Impuesto de Sociedades, derivada de la anulación de la Disposición Adicional 6ª de la Norma Foral 24/1994, de 20 de diciembre y su declaración como ayuda de Estado incompatible con el mercado común por parte de la Comisión Europea mediante Decisión 2002/820/CE , de fecha 11 de julio.

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de instancia, por lo que aquí interesa, se expresó en los siguientes términos en relación con la legalidad de la resolución impugnada:

A) La sentencia de instancia comienza concretando la sentencia del Juzgado objeto del recurso de apelación que se resolvía:

"Se impugna la Sentencia nº 224-2015 dictada el 27 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Vitoria en el Procedimiento Ordinario nº 45-2011".

B) A continuación, la sentencia sintetiza el contenido de la citada sentencia del Juzgado de Contencioso administrativo y los argumentos utilizados en su contra en el recurso de apelación:

"La Sentencia de instancia, en los términos que constan en autos, desestima el recurso frente a la negativa administrativa a reconocer responsabilidad patrimonial que se decía producida por las acciones y omisiones derivadas de la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/820/CE.

En la Apelación se razona básicamente que los principios de confianza legítima, buena fe y la diligencia y premura con que la demandada debió ejecutar la Decisión desde el momento en que se le comunicó su dictado dan lugar a que ni hubiese debido la actora tener que restituir los beneficios fiscales disfrutados y reconocidos en su día ni hubiera debido abonar los intereses reclamados.

La apelada opone la propia actuación desplegada por la apelante y la ausencia de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial".

C) Luego, en contestación a tales argumentaciones, la sentencia expone los siguientes motivos por los que se rechazan los criterios expuestos por la apelante, dejando constancia de que los mismos son los que la Sala de instancia ya había expuesto en los recursos de apelación 106 y 306 de 2005, resueltos con anterioridad:



1. En primer lugar la sentencia insiste en otros precedentes, como son las respuestas dadas a los recursos de apelación 576/2012, y 382 y 568/2013 que desestimaron las reclamaciones de responsabilidad patrimonial fundamentadas en la devolución de las ayudas de estado en términos trasladables al caso en estudio:

"Se trata —expone la sentencia de instancia— en ellas tanto la pretensión relativa al reintegro en concepto de responsabilidad patrimonial del principal como de los intereses satisfechos y las tenemos por reproducidas ya que sus términos están transcritos en la Sentencia de instancia".

2. A continuación, la Sala de instancia añade un nuevo argumento: "Se observa, además, como argumento añadido al anterior pero igualmente susceptible por si solo de dar lugar a la desestimación del recurso de Apelación, que no se reúnen algunos de los presupuestos esenciales de la responsabilidad patrimonial.

De un lado no se cuestiona por la apelante que haya sido la propia Comisión quien estableció los términos de la devolución. Siendo esto así no puede resultar la apelada responsable de la resolución de otro ente distinto cuyas resoluciones se limita a llevar a la práctica; era frente a la Comisión en tanto que poder decisor ante quien debía plantearse la dimensión que debía tener la devolución de las ayudas atendiendo a las posibles circunstancias concurrentes que pudiesen justificar una moderación en materia de intereses.

Y, en segundo término, uno de los presupuestos esenciales para poder imponer a la apelada la responsabilidad patrimonial exigida es que la apelante no tuviese el deber jurídico de soportar los intereses acordados por la Comisión, esto es, concretándolo al supuesto de autos, que no haya razón alguna que impusiera a la recurrente el tener que aguardar el tiempo transcurrido desde que se resuelve inicialmente la ilicitud de las ayudas y se comunica a la demandada hasta que por esta se da inicio a la subsiguiente devolución.

Ha de tenerse en cuenta que se trata de un número importante de asuntos que se pueden a su vez agrupar en diferentes modalidades de beneficios tributarios distintos que han dado lugar a varias Decisiones de la Comisión Europea y a múltiples pleitos.

Concretamente en cuanto los casos derivados de la Decisión aplicada a la apelante se ha dictado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 9 de septiembre de 2009- recurso de anulación T-227/2001 a la que ha seguido la Sentencia de 13 de mayo de 2014, esta vez en el recurso por incumplimiento C-184/2011. En el año 2009 pendía aún un recurso sobre la propia validez de la Decisión.

Y en la fase de ejecución de la Decisión también han sido muy numerosos los recursos ordinarios resueltos por la Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso que a su vez han dado lugar a Sentencias dictadas en Casación por nuestro Tribunal Supremo, Sentencias estas que han dado lugar en la mayoría de los casos a la retroacción de actuaciones para que la demandada oyese a la beneficiaria de las ayudas de estado previamente a resolver.

En las Sentencias del Tribunal Supremo aludidas, y gr por citar algunas las dictadas el 25 y el 5 de septiembre de 2015 en los recursos nº 893 y 895/2013, se recoge que le compete a la Administración ejecutora el determinar la modalidad procedimental para hacer efectivo el reintegro de las ayudas percibidas -téngase en cuenta que en la dictadas por esta Sala precisamente quien actúa de Ponente en ésta que ahora se dicta emitió un Voto Particular en el que se razonaba que debía ser el procedimiento tributario y no otro el que se aplicase a la recuperación, criterio éste que ha sido igualmente asumido por el Legislador y plasmado en los arts. 260 y siguientes de la LGT modificados por la recentísima reforma llevada a cabo por la Ley 34/2015-

Todo lo anterior, y más exactamente a la vista del contenido concreto de todas las resoluciones jurisdiccionales referidas a cuyo tenor nos remitimos, evidencia que el asunto distaba muchísimo de poder resolverse rápida y sencillamente y que todos y cada uno de los pleitos fueron razonable y necesariamente interpuestos, en suma, la apelante sí tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional y entre ellas el transcurso del tiempo necesario pues no se olvide además que todas las reclamaciones tenían por finalidad el cuestionar que se tratase de ayudas de estado y la devolución en los términos en que se había acordado, en suma, estaban ordenadas a tutelar un interés coincidente con el suyo sino el mismo en un gran número de ocasiones".

3. En tercer lugar, la sentencia responde a la cuestión relativa a la devolución de los intereses denegados:

"Recordemos también que en la Sentencia de 3 de septiembre de 2015 -recurso C 89/2014- el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a dos cuestiones en términos perfectamente trasladables al caso en estudio, de un lado, que el interés compuesto sobre las cantidades calificadas como ayudas ilegales a devolver es un instrumento adecuado para solventar los efectos perversos causados sobre la competencia por tal ayuda (de donde colegimos que la actora sí tiene el deber jurídico de soportarlos) y, de otro, que tales intereses se podían imponer bien por el propio estado -durante la vigencia del Reglamento CE 659/1999- o bien por la Comisión o por el propio estado -tras la Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2003 en un primer momento y tras la vigencia del Reglamento CE 794/2004 después en los que se estableció dicho



interés bastando con especificarlo, como ha ocurrido en el supuesto en estudio, antes de que se liquidase la cantidad a devolver como principal pues de hacerlo con posterioridad se estaría actuando, intolerablemente, de forma retroactiva.

El texto más destacable de dicha Sentencia reza así:

"42. Asimismo, dado el transcurso de un período de tiempo considerable entre la adopción, el 5 de junio de 2002, de la Decisión 2003/193, por la que la Comisión solicitaba la recuperación de la ayuda de Estado controvertida en el litigio principal, y la emisión, a lo largo del año 2009, de las liquidaciones para la recuperación efectiva de dicha ayuda, debe considerarse que la aplicación de intereses compuestos es un medio particularmente adecuado para contrarrestar la ventaja que, en términos de competencia, se había concedido ilegalmente a las empresas beneficiarias de la ayuda de Estado mencionada...

48. Habida cuenta de todas las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 14 del Reglamento n° 659/1999 y los artículos 11 y 13 del Reglamento n° 794/2004 no se oponen a una normativa nacional, como la contenida en el artículo ... que prevé, mediante la remisión al Reglamento n° 794/2004, la aplicación de intereses compuestos a la recuperación de una ayuda de Estado, aun cuando la decisión en la que se haya declarado la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común y se haya ordenado su recuperación se haya adoptado y notificado al Estado miembro en cuestión antes de que entrara en vigor el mencionado Reglamento".

4. Para concluir, la sentencia responde a las argumentaciones basadas en la vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, los cuales, según se expresa:

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

Por todo ello, la Sala de instancia procede a la desestimación del recurso de apelación que le había sido formulado.

TERCERO.- La representación procesal de la recurrente discrepa de la interpretación realizada, por la Sala de instancia, de los artículos 3 y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), así como el artículo 106.2 de la Constitución , en relación con el artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea y el 14.3 del Reglamento CEE 659/1999 . Igualmente considera que la sentencia de instancia ha infringido la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la procedencia del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial contenida, entre otras en las SSTS de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994 .

Más en concreto, la recurrente considera que el citado artículo 3 de la LRJPA es vulnerado por la sentencia por cuanto el mismo proclama, entre otros, los principios de confianza legítima y buena fe como principios generales de actuación de las Administraciones Públicas. En el terreno de los hechos, la recurrente recuerda las decisiones empresariales de inversión que determinaron que la Diputación Foral recurrida le reconociera de forma expresa una serie de incentivos fiscales que fueron declarados en las correspondientes declaraciones del Impuesto sobre Sociedades; incentivos que fueron reconocidos por la Diputación Foral de Álava a partir de año 1997, trasladando, así, a la recurrente la confianza y seguridad de la validez de la Norma Foral 22/1994 (Disposición Adicional Sexta), a través de las sucesivas Órdenes Forales de reconocimiento de los citados incentivos (29 de julio 1999 y 11 de octubre de 2000), notificada, incluso, la segunda de ellas, una vez abierto un procedimiento de investigación seguido por la Comisión Europea respecto de tales incentivos. Añade la recurrente que, años después, la Administración recurrida exigió a la recurrente la recuperación de los incentivos con los intereses calculados desde mediados de 2001.

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



La recurrente reclama, pues, el reconocimiento y declaración de tal responsabilidad patrimonial dada, según expresa, la manifiesta infracción del principio de confianza legítima, así como del de seguridad jurídica, derivados de la confianza creada, con el reconocimiento de incentivos, por parte de la Administración Foral. Cita y reproduce la doctrina jurisprudencial respecto de dicho principio contenida en las SSTs de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994; principio que considera de aplicación a la actuación de la recurrente por cuanto (1) se ha producido un comportamiento lesivo por parte de la Diputación Foral al dejar sin efecto un beneficio fiscal previamente reconocido,

(2) se ha producido a la recurrente un daño efectivo y evaluable económicamente, y (3) ha mediado una relación de causalidad entre el comportamiento lesivo y el daño. La recurrente rechaza que la sentencia no haya aceptado tal planteamiento y que, adicionalmente, añade que la Administración aquí recurrida pueda resultar responsable de las resoluciones que emita otro ente distinto como es la Comisión Europea, limitándose sólo a llevarla a la práctica.

Con carácter subsidiario, la recurrente también formuló reclamación de responsabilidad patrimonial —que igualmente rechaza la Administración recurrida— derivada de la exigencia de los intereses que tuvieron que ser satisfechos (por importe de 327.819,59 euros) a pesar de concurrir un retraso de cerca de seis años, imputable a la Administración Foral. Recuerda que la Decisión de la Comisión Europea que ordenaba la recuperación de las ayudas fue de 11 de julio de 2001, disponiendo para ello —de conformidad con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999— de un plazo máximo de dos meses desde su notificación; obligación de recuperación de la que la Diputación Foral tuvo conocimiento (por cuanto el 25 de septiembre de 2001 formuló demanda de anulación de la Decisión, sin que la demanda tuviera carácter suspensivo). Por otra parte, en fecha de 14 de diciembre de 2006, fue estimada la demanda de ejecución formulada por la Comisión Europea en diciembre de 2003, mediante STJUE que confirmaba la ejecución inmediata, que condenaba a la Diputación Foral y que imponía una serie de sanciones al Reino de España (y/o a la Diputación Foral) por el retraso en el cumplimiento. Pues bien, la recurrente considera que fue dicho retraso el causante de los intereses —calculados desde la fecha de la notificación de la Decisión, en julio de 2001, hasta la actuación de recuperación, en octubre de 2007— cuya devolución ha tenido que realizar; intereses, además, calculados mediante un interés compuesto, y que, si se hubiera llevado a cabo la recuperación antes de 2003, se hubieran calculado con un tipo inferior más beneficioso. A tal efecto, cita y reproduce los artículos 3 y 4 de la Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001, negando su responsabilidad por el retraso en la recuperación, y derivando de ello la responsabilidad patrimonial de la Diputación por el elevado montante de intereses que debió abonar. Rechaza, por ello, el razonamiento de la Sala de instancia sobre la obligación de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional y entre ellas el transcurso del tiempo necesario. Considera que ello no es acorde con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999, que dispone el plazo de dos meses para la recuperación, y que procede la responsabilidad patrimonial por cuanto ha existido —también en esta petición subsidiaria— un comportamiento lesivo de la Diputación Foral (retraso en el recuperación), un daño efectivo (incremento de los intereses) y una relación de causalidad.

CUARTO.- Frente a ello, las Administración Foral recurrida comienza ampliando los antecedentes acaecidos, dejando constancia de la apertura (en agosto de 1999) de un procedimiento de investigación del régimen de ayudas fiscales a la inversión, por parte de la Comisión Europea, que fuera publicada en el DOUE de 11 de marzo de 2000, con advertencia de poder ser exigida, a los beneficiarios de las ayudas, la devolución del importe recibido, según se deduce de la STPIUE de 9 de septiembre de 1999, por lo que la Administración Foral recurrida considera que la recurrente tuvo perfecto conocimiento, desde 1999, de que la Comisión Europea albergaba serias dudas acerca de que el beneficio fiscal no constituyera una ayuda de estado ilegal e incompatible con el mercado común sobre la que podía establecerse la obligación de recuperación. Pese a ello, la recurrente optó por no recurrir la Decisión de la Comisión, ni comparecer en el procedimiento, acometiendo sus inversiones, formulando declaraciones-liquidaciones acogiéndose al beneficio fiscal, sin instar la rectificación de las mismas con posterioridad a la decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001, que declaró ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de la inversión. Recurrida la Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) fue anulada por la citada STPIUE de 9 de septiembre de 1999, confirmada en casación por la posterior STJUE de 28 de julio de 2011.

La Administración recurrida recuerda que se está ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por acto legislativo derivada de la infracción del Ordenamiento comunitario, supuesto sobre el que se ha pronunciado en diversas ocasiones esta Sala, señalando que los presupuestos para el acceso a la responsabilidad patrimonial son los establecidos por la jurisprudencia del TJUE; a tal efecto, cita y reproduce la STS de 18 de enero de 2012 (RC 588/2010), cuyos criterios fueron ratificados por la posterior STS de 22 de septiembre de 2014. Pues bien, la tesis de la sentencia de instancia es que no concurre el primero de los requisitos exigidos (esto es, que la norma jurídica vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares); en concreto, que el artículo objeto de violación fue el 88.3 del Tratado, que, según la sentencia de instancia, no confiere derechos, pues



va dirigido a hacer efectiva la prohibición de la ejecución de proyectos de ayuda establecida en el indicado precepto. A tal efecto, la sentencia cita la STJUE de 11 de julio de 1996 (C-39/94 , ESFEI) en la que se reconoce que el derecho lesionado no sería el de los beneficiarios de las ayudas ilegales, sino el de los competidores que se encontrarían en una situación de desventaja.

Por otra parte, la Administración recurrida niega la vulneración del principio de confianza proclamado en las SSTS que citara la recurrente, cuyo objeto difiere del de autos, pues allí existían unos derechos e intereses legítimos, que fueron interrumpidos por voluntad de los órganos estatales, y aquí la interrupción de los beneficios fiscales vino impuesta por ser "la consecuencia lógica de su ilegalidad". Y niega tal vulneración tanto desde el ámbito del ordenamiento comunitario como desde el del derecho nacional, citando abundante jurisprudencia de los Tribunales europeos y del Tribunal Supremo (STS de 22 de noviembre de 2013), recordando que la controversia sobre la fiscalidad vasca no nace de la Decisión anulatoria de la Comisión, pues, con anterioridad se habían producido impugnaciones ante Tribunales e instituciones europeas, deduciendo, por ello, que la recurrente era plenamente consciente de las dificultades con que contaba el régimen de ayuda al que se acogía, sin que le sea de aplicación la doctrina comunitaria del "*agente diligente*", ni la doctrina interna de los "*signos externos*". A tal efecto recuerda las SSTS de 27 de febrero y 23 de junio de 2015 (sobre calificación de ayudas de estado).

Rechaza, por otra parte, que la Administración recurrida haya realizado un comportamiento lesivo y que la supresión de la ayuda haya causado un daño efectivo evaluable económicamente, pues la recurrente fue libre para acogerse al beneficio fiscal, una vez declarado ilegal por la Comisión, se colocó en una posición de ventaja frente a los competidores y la recuperación lo que hace es situarlo en la posición en que estos se encontraron; en consecuencia, la devolución de los importes a que se vio obligada no constituyen un daño que la recurrente no tuviera el deber de soportar, por los que no puede ser calificado de daño antijurídico.

Por último, en relación con la petición subsidiaria de indemnización por los intereses satisfechos, se opone a la tesis de la recurrente de que la demora en la exigencia de la devolución, determinante de los intereses, se debiera a la falta de ejecución de la Decisión (en el plazo establecido en el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999), pues el incumplimiento del plazo establecido en dicho precepto viene determinado por la forma en que se desarrollaron los acontecimientos, que ponen de manifiesto las dificultades en que se encontró la Administración Foral para llevar a cabo la recuperación de las ayudas declaradas ilegales, al no estar regulado el procedimiento de recuperación y existir discrepancias sobre las cantidades a recuperar, correspondiendo, pues, a la recurrente la obligación de soportarlas consecuencias del debate jurisdiccional. Por ello, considera que la sentencia de instancia acierta cuando entiende que no existió antijuridicidad ni efectividad del daño, siendo el carácter compuesto de los intereses introducido por el Ordenamiento comunitario, y encontrándose --mientras no se produjera la devolución-- en la situación de ventaja derivada de la tenencia de las subvenciones que tenían que haber sido devueltos de forma inmediata. Por otra parte, el abono de los intereses es la compensación necesaria por haber disfrutado de un dinero que no le correspondía y que le ha reportado una ventaja financiera calculada de forma objetiva.

QUINTO.- Como ha podido observarse, por lo hasta ahora expuesto, nos encontramos ante la resolución de un recurso de casación que ha sido tramitado de conformidad con la Modificación introducida en la LRJCA de 1998 por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (Disposición Final Tercera, Uno), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

Los últimos párrafos de su Preámbulo (Apartado XII) dejan constancia del significado de esta reforma:

"En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo".

Pues bien, en el supuesto de autos, la Sección Primera de la Sala, mediante Auto de fecha 28 de abril de 2017 --como ya hemos expuesto-- procedió a la admisión del recurso de casación preparado, declarando que la



cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar:

"si concurren los requisitos legales para que la Administración Foral (en este caso la Diputación Foral de Álava) responda, en concepto de responsabilidad patrimonial, frente a los afectados que en su día fueron beneficiarios de ayudas fiscales y se han visto obligados a su reintegro, con abono de intereses, en ejecución de la correspondiente Decisión de la Comisión Europea que, ante la ilegalidad de las mismas, dispuso su reintegro".

Por otra parte, el auto identifica como normas jurídicas que, en principio, deberían ser objeto de interpretación:

"los artículos 3 y 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y el artículo 106.2 de la Constitución en relación con el artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999".

SEXTO.- Como sabemos, la recurrente discrepa de la interpretación realizada, por la Sala de instancia, de los artículos 3 y 139 de la LRJPA, así como el artículo 106.2 de la Constitución, en relación con el artículo 88.3 del Tratado de la Unión Europea y el 14.3 del Reglamento CEE 659/1999, considerando que la misma sentencia de instancia ha infringido la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la procedencia del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial contenida, entre otras, en las SSTS de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994. En concreto, la recurrente considera que el citado artículo 3 de la LRJPA es vulnerado por la sentencia por cuanto el mismo proclama, entre otros, los principios de confianza legítima y buena fe como principios generales de actuación de las Administraciones Públicas.

Igualmente conocemos que Diputación Foral recurrida reconoció de forma expresa una serie de incentivos fiscales —que fueron declarados por la entidad recurrente en las correspondientes declaraciones del Impuesto sobre Sociedades— a partir de año 1997. Por ello, la interpretación que se nos solicita consiste en determinar —en primer término— si con tal actuación la Administración Foral trasladó a la recurrente la confianza y seguridad de la validez de la Norma Foral 22/1994 (Disposición Adicional Sexta) —que constituía el fundamento de los incentivos—, a través de las sucesivas Órdenes Forales de reconocimiento de los citados incentivos (Orden Foral 1087/1999, de fechas 26 de julio, ejercicio 1998, y Orden Foral 723/2000, de 11 de octubre, ejercicio 1999), que fueron notificadas, respectivamente, en los meses de julio de 1999 y octubre de 2000. Pese a ello (pese a tales reconocimientos fiscales de conformidad con la normativa aprobada), la misma Diputación Foral en octubre de 2007 exigiría la recuperación de tales incentivos con sus correspondientes intereses calculados desde el año 2001.

Para nuestro pronunciamiento sobre la expresada vulneración del principio de confianza legítima (artículo 3 de la LRJPA) debemos tener en cuenta, entre otros, los siguientes datos:

- a) La apertura (en agosto de 1999) de un procedimiento de investigación del régimen de ayudas fiscales a la inversión, por parte de la Comisión Europea, que fuera publicada en el DOUE de 11 de marzo de 2000, con advertencia de poder ser exigida, a los beneficiarios de las ayudas, la devolución del importe recibido.
- b) La Decisión 2002/820, de 11 de julio de 2001, de la Comisión Europea que, declarando ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de las inversiones, ordenaba la recuperación de las citadas ayudas, disponiendo para ello —de conformidad con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999— de un plazo máximo de dos meses desde su notificación. En concreto, con fecha de 12 de julio siguiente la Comisión formuló requerimiento para ante las autoridades nacionales españolas solicitando, para antes del 10 de septiembre de 2001, la comunicación de las medidas necesarias a adoptar para adaptarse a la Decisión.
- c) El conocimiento, por parte de la Diputación Foral, de tal Decisión de recuperación (por cuanto el 25 de septiembre de 2001 formuló demanda de anulación de la Decisión, sin que la demanda tuviera carácter suspensivo).
- d) La recurrente, por su parte, optó por no recurrir la Decisión de la Comisión, ni comparecer en el procedimiento, acometiendo sus inversiones, formulando declaraciones-liquidaciones acogiendo al beneficio fiscal, sin instar la rectificación de las mismas con posterioridad a la decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001, que declaró ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de la inversión.
- e) Recurrida, pues, la Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia (TPI) fue anulada por la STPIUE de 9 de septiembre de 2009 (Recurso de anulación T-227/2001), confirmada en casación por la posterior STJUE de 28 de julio de 2011 (C-471/09 P a 473/09 P). A esta siguió la STJUE de 13 de mayo de 2014, dictada en el Recurso de Incumplimiento C-184/2011.



f) Igualmente debe destacarse la estimación, mediante STJUE de 14 de diciembre de 2006, de la demanda de ejecución formulada por la Comisión Europea, en diciembre de 2003, que confirmaba la ejecución inmediata, que condenaba a la Diputación Foral y que imponía una serie de sanciones al Reino de España (y/o a la Diputación Foral) por el retraso en el cumplimiento.

SÉPTIMO.- Pues bien, debemos confirmar la interpretación que, de los preceptos indicados, han realizado los órganos jurisdiccionales de instancia, entendiéndolo que, con la misma, no se ha vulnerado el invocado principio de confianza legítima. Esto es, debemos afirmar que, el citado principio, así como el de buena fe —como principios generales de actuación de las Administraciones Públicas—, no ha resultado vulnerados por la actuación de la Diputación Foral tendente a la recuperación de los incentivos fiscales indebidamente concedidos por la misma, y que, en consecuencia, tal actuación no puede servir de fundamento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial pretendida.

Más en concreto, debemos afirmar, con la Sala y el Juzgado de instancia, que no resulta procedente —y debe rechazarse— la exigencia de responsabilidad patrimonial —por acto legislativo (aprobación y aplicación del régimen fiscal del 45% de las inversiones previsto en el Disposición Adicional Sexta de la Norma Foral 22/1994— articulada y derivada de la devolución, a la que la recurrente se vio obligada, de las cantidades exigidas en cumplimiento de lo resuelto por la Decisión de la Comisión Europea, de fecha 11 de julio de 2001, y que traía causa de la aprobación y aplicación del citado régimen previsto en la Norma Foral de Álava 22/1994, de 20 de diciembre, que había establecido un crédito fiscal del 45% de las inversiones, régimen que, por su parte, había sido declarado contrario al ordenamiento comunitario (artículo 88.3 del TUE); desestimación extensiva a la reclamación subsidiaria del importe de los intereses abonados como consecuencia del retraso en el cumplimiento de la citada Directiva que había exigido la devolución de las ayudas fiscales.

La Sentencia objeto de la presente impugnación —resolutoria de recurso de apelación— contiene la siguiente motivación para proceder a la desestimación de las pretensiones, principal y subsidiaria, de la recurrente:

A) De una parte, la sentencia (apartado 3.1 del Fundamento Jurídico Tercero) da por reproducidas las argumentaciones que, previamente, la misma Sala de instancia, había puesto de manifiesto resolviendo anteriores y similares apelaciones (en concreto, se citan las 576/2012, 382/2013, 586/2013, 106/2015 y 306/2015); en síntesis, lo que la sentencia de instancia lleva a cabo —siguiendo los precedentes que cita— es negar la concurrencia de los requisitos exigidos para la procedencia de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho europeo por parte de la doctrina jurisprudencial comunitaria y nacional —a la que luego haremos referencia—:

a) En relación con dichos requisitos, debemos, desde ahora, advertir que lo que la sentencia apelada del Juzgado de lo Contencioso administrativo realiza —a su vez— es reproducir la dictada, por la Sala de instancia, en el recurso de apelación 576/2012 (STJPV 386/2014, de 19 de junio de 2014 , ECLI:ES:TSJPV:2014:1723); esto es, que el Juzgado de lo Contencioso administrativo, reproduce, en la sentencia apelada (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Victoria- Gasteiz 224/2015, de 27 de octubre (RCA 45/2011), lo que, con anterioridad, ya había resuelto la Sala de instancia en apelación previa. Pues bien, lo que queremos destacar es que, en esta de remisión, la propia Sala sólo hace referencia a la ausencia del primero de los requisitos jurisprudenciales requeridos (esto es, que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares), no entrado a analizar la concurrencia de los otros dos, aunque la sentencia dictada en la instancia en el recurso de apelación 576/2012 (Sentencia de 19 de junio de 2014 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de los de Vitoria-Gasteiz, RCA 35/2011) sí hiciera referencia a ellos, negando la concurrencia de los otros dos requisitos: no tratarse de una infracción suficientemente caracterizada y tener la obligación de soportarla.

b) En síntesis, pues, lo que la sentencia que revisamos realiza es —de forma exclusiva—, por la vía de la remisión expuesta, y en relación con la pretensión principal de exigencia de responsabilidad patrimonial, rechazar el primero requisito (que la norma vulnerada tenga por objeto conferir derechos a los particulares). En concreto, lo que, de forma exclusiva, se dice en la sentencia de remisión es:

"En consecuencia, el art. 88.3 del Tratado, que es norma de Derecho de la Unión cuya infracción se invoca en el presente caso como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, no confiere derechos a los beneficiarios de las ayudas de Estado declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión".

Y, a continuación, ante la ausencia de tal primer requisito, lo que la sentencia de remisión —reproducida por la inicial del Juzgado— señala, es lo siguiente:

"Descartada la concurrencia del primer requisito, no hace falta abordar el resto de las cuestiones planteadas, pues los tres requisitos que exige el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ... son todos ellos necesarios para que pueda prosperar una pretensión de dicha naturaleza".



B) Por otra parte (apartado 3.2 del citado Fundamento Jurídico Tercero, párrafos 1º y 2º), se esgrime el que la sentencia considera "como argumento añadido al anterior": "que no se reúnen algunos de los presupuestos esenciales de la responsabilidad patrimonial".

En relación con esta segunda argumentación la sentencia destaca y concreta la circunstancia de que, en el recurso de apelación, no se impugna la circunstancia de que fue la Comisión europea —y no la Diputación Foral demandada— quien estableció los términos de la devolución. Por ello, la sentencia niega que la Diputación Foral pueda resultar responsable por la resolución de otro ente distinto, ya que el órgano foral se limita a llevar a la práctica lo decidido por la Comisión, que era —como poder decisor— frente a quien tenía que haber sido formulada la solicitud de devolución de las ayudas indebidamente recibidas.

C) Por lo que se refiere, en concreto, a la pretensión subsidiaria referida a la devolución de los intereses (apartado 3.2 del Fundamento Jurídico Tercero, párrafo tercero y siguientes) la sentencia de instancia responde a otro presupuesto esencial para la exigencia de la responsabilidad patrimonial pretendida, cual es que la entidad recurrente no tuviese el deber jurídico de soportar los intereses acordados por la Comisión, derivados del tiempo transcurrido entre el momento de la resolución sobre la ilegalidad de las ayudas y el del inicio de la devolución. En tal sentido, la sentencia de instancia recuerda los conflictos jurisdiccionales seguidos ante los distintos Tribunales europeos —en relación con la legalidad de las ayudas—, de cuyas sentencias hemos dejado constancia, y, por otra parte, igualmente recuerda los litigios, luego seguidos, ante los tribunales españoles, en la fase de ejecución de la Decisión y en los que, en síntesis, se ordenaba la retroacción de actuaciones al objeto de que, para la recuperación de las ayudas indebidamente percibidas, se siguiera el procedimiento tributario. De todo ello la sentencia deduce que el apelante "sí tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional".

La sentencia apoya, además, el rechazo de la pretensión subsidiaria referida a los intereses (apartado 3.3 del Fundamento Jurídico Tercero), con la cita que realiza de la STUE de 3 de septiembre de 2015 (C-89/2014), cuyos párrafos 42 y 48 reproduce.

D) Por último, la sentencia (apartado 3.4 del Fundamento Jurídico Tercero) —que, en realidad, como veremos, es el único argumento esgrimido en relación con la pretensión principal— rechaza la vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima.

OCTAVO.- En nuestras SSTs de 17 de septiembre de 2010 —tres SSTs similares de la misma fecha— (RCA 149/2007, ECLI:ES:TS:2010:4976 ; RCA 273/2006, ECLI:ES:TS:2010:4975 ; y RCA 153/2007, ECLI:ES:TS:2010:4974), y 18 de enero de 2011 (RCA 478/2007, ECLI:ES:TS:2011:49) sintetizamos nuestra doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario, con base en la jurisprudencia europea hasta entonces producida; fundamentalmente STJUE 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90, asunto Francovich y Bonifachi) y STJUE de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93, asunto Brasserie de Pêcheur y Factortame), a la que luego seguirían las SSTJUE de 8 de octubre de 1996 (C-178, 179, 188, y 190/94, asunto Erich Dillenkofer), 4 de julio de 2000 (C-424/97, asunto Caso Salomone Haim contra Kassenzahn ärztliche Vereinigung Nordrhein), 24 de marzo de 2009 (C-445/06, asunto Danske Slagterier) y 26 de enero de 2010 (C-118/08, asunto Transportes Urbanos y Servicios Generales S.A.L.):

"En el ámbito de la Unión Europea ha sido el propio Tribunal de Justicia, a partir de su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifachi, el que ha establecido el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario, al indicar "que el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputable", principio que se fundamenta en el hecho de que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado miembro.

Añade esta sentencia que la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho Comunitario.

Tal planteamiento es válido ya se trate de normas invocables o no directamente por los ciudadanos ante los tribunales, como se precisó por el Tribunal en sentencia de 5 de marzo de 1996, Basserie du Pêcheur y Factortame, señalando que "así sucede también en el caso de lesión de un derecho directamente conferido por una norma comunitaria que los justiciables tienen precisamente derecho a invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales" y añadiendo como fundamento, que "en este supuesto, el derecho a



reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado".

Por lo demás el propio Tribunal justifica la elaboración de este régimen de responsabilidad, señalando en dicha sentencia, que a falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho Comunitario por parte de los Estados miembros, corresponde al Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la misión que le confiere el artículo 164 del Tratado, consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciarse sobre tal cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

El principio, así establecido expresamente en el artículo 215 del Tratado, de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, no es sino una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esta disposición pone de manifiesto también la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, debe señalarse que, en gran número de sistemas jurídicos nacionales, el régimen jurídico de la responsabilidad del Estado ha sido elaborado de modo determinante por vía jurisprudencial.

En la sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II, el Tribunal de Justicia proclama con carácter general que la responsabilidad por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario imputables a una autoridad pública nacional constituye un principio, inherente al sistema del Tratado, que genera obligaciones a cargo de los Estados miembros (véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 31; de 26 de marzo de 1996, British Telecommunications, C-392/93, Rec. p. I-1631, apartado 38; de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553, apartado 24; de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. p. I-4845, apartado 20, y de 2 de abril de 1998, Norbrook Laboratories, C-127/95, Rec. p. I-1531, apartado 106).

La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario, con independencia del órgano del mismo autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional, como ha establecido el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du Pêcheur y Factortame, al señalar que "el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional".

En tal sentido, señala el Tribunal de Justicia en la citada sentencia de 4 de julio de 2000, Haim II, que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho Comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación (sentencia de 1 de junio de 1999, Konle, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 62).

Por tanto, los Estados miembros no pueden liberarse de la mencionada responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del Derecho Comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios.

En cuanto a los requisitos exigidos para dar lugar a indemnización en virtud de dicha responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina desde esa inicial sentencia (Francovich y Bonifachi), señalando que dependen de la naturaleza de la violación del Derecho Comunitario que origine el perjuicio causado, precisando que cuando un Estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una Directiva, la plena eficacia de esa norma de Derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurren tres requisitos: que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares; que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva; y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.



Este planteamiento inicial se desarrolla en la sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, según la cual "el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

En efecto, estos requisitos satisfacen, en primer lugar, las exigencias de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la tutela efectiva de los derechos que éstas reconocen.

En segundo lugar, estos requisitos se corresponden, sustancialmente, con los establecidos sobre la base del artículo 215 por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a la responsabilidad de la Comunidad por daños causados a particulares debido a actos normativos ilegales de sus Instituciones".

De los tres requisitos es el segundo el que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso, de manera que el propio Tribunal viene a indicar los elementos que pueden valorarse al efecto, señalando que el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.

A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o 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 al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho Comunitario.

En cualquier caso, una violación del Derecho Comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.

La infracción del deber de transposición de una Directiva en el plazo establecido se viene considerando, "per se", una infracción manifiesta y grave, por lo que dará lugar a indemnización.

La obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario. En efecto, imponer un requisito suplementario de tal naturaleza equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico comunitario.

La sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim II*, refleja de una forma casi completa la doctrina del Tribunal de Justicia respecto de este segundo requisito, señalando que:

"... por una parte, una violación está suficientemente caracterizada cuando un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, ha vulnerado, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las sentencias, antes citadas, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, apartado 55; *British Telecommunications*, apartado 42, y *Dillenkofer*, apartado 25), y que, por otra parte, si el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, sólo disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véanse las sentencias, antes citadas, *Hedley Lomas*, apartado 28, y *Dillekofer*, apartado 25).

39. A este respecto, procede recordar que la obligación de reparar los daños causados a los particulares no puede supeditarse a un requisito, basado en el concepto de culpa, que vaya más allá de la violación suficientemente caracterizada del Derecho comunitario (sentencia *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, antes citada, apartado 79).

40. Pues bien, el margen de apreciación mencionado en el apartado 38 de la presente sentencia es el margen de que dispone el Estado miembro considerado. Su existencia y amplitud se determinan en relación con el Derecho comunitario, y no con el Derecho nacional. Por consiguiente, el margen de apreciación que el Derecho nacional, en su caso, confiera al funcionario o a la Institución que haya violado el Derecho comunitario carece de importancia a este respecto.

41. De la jurisprudencia citada en ese mismo apartado 38 se desprende también que una mera infracción del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro puede constituir una violación suficientemente caracterizada, pero no la constituye necesariamente.



42. Para determinar si una infracción del Derecho comunitario constituye una violación suficientemente caracterizada, el Juez nacional que conozca de una demanda de indemnización de daños y perjuicios deberá tener en cuenta todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido.

43. Entre los elementos que acaban de mencionarse, figuran el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario (véase la sentencia *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, antes citada, apartado 56, sobre los requisitos para que el Estado incurra en responsabilidad como consecuencia de los actos y omisiones del legislador nacional contrarios al Derecho comunitario)".

La garantía del derecho de indemnización de los particulares y el conocimiento de las oportunas reclamaciones corresponde a los jueces y tribunales nacionales, como ya se indicaba en la inicial sentencia de 19 de noviembre de 1991, "encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones de Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, principalmente, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, *Factortame*, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19)", señalándose en la de 5 de marzo de 1996 que "el Tribunal de Justicia no puede sustituir la apreciación de los órganos jurisdiccionales nacionales, únicos competentes para determinar los hechos de los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho comunitario de que se trata, por la suya propia", añadiendo que "corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas".

En el mismo sentido se expresa la sentencia de 4 de julio de 2000.

En lo que atañe al procedimiento y marco normativo en que han de desarrollarse las correspondientes reclamaciones de responsabilidad por incumplimiento del Derecho Comunitario, señala el Tribunal de Justicia (S.19-11-1991) que:

"El Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 22 de enero de 1976, *Russo*, 60/75, Rec. p. 45; de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, 33/76, Rec. p. 1989, y de 7 de julio de 1981, *Rewe*, 158/80, Rec. p. 1805).

43.- Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (véase, en lo que respecta a la materia análoga del reembolso de gravámenes percibidos en contra de lo dispuesto por el Derecho comunitario, especialmente la sentencia de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, 199/82, Rec. p. 3595)".

Precisa el Tribunal de Justicia (S.5-3-2006) que:

"...en los casos en que una violación del Derecho comunitario por un Estado miembro sea imputable al legislador nacional que ha actuado en un ámbito en el que dispone de un margen de apreciación amplio para adoptar opciones normativas, los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares. Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario que le es imputable, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación nacional aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y que no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación".

Igualmente y por lo que atañe la determinación de la reparación del daño, establece el Tribunal de Justicia (S. 5-3-1996, *Brasserie du Pêcheur* y *Factortame*), que:

"la reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por éstos sufrido. A falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización, que no pueden ser menos favorables que los



que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el Derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación. No es conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. Por otra parte, en el marco de reclamaciones o acciones basadas en el Derecho comunitario, debe poder concederse una indemnización de daños y perjuicios particulares, como son los daños y perjuicios "disuasorios" previstos por el Derecho inglés, si el derecho a dicha indemnización puede ser reconocido en el marco de reclamaciones o acciones similares basadas en el Derecho interno".

En cuanto al ámbito temporal de la responsabilidad del Estado miembro, el Tribunal de Justicia señala en la sentencia de 5 de marzo de 1996, que:

"la obligación, a cargo de los Estados miembros, de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de Derecho comunitario que les son imputables no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado", pero en la misma sentencia, ante la solicitud de limitación de la indemnización a los daños producidos después de que se dicte la sentencia, en la medida en que los perjudicados no hubieren iniciado previamente un procedimiento judicial o una reclamación equivalente, el Tribunal de Justicia señala que "procede recordar que, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado, en el marco del Derecho nacional sobre responsabilidad. Los requisitos de fondo y de forma, fijados por las distintas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños, pueden tener en cuenta las exigencias del principio de seguridad jurídica".

En particular y por lo que se refiere a la labor que desempeñan los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en este ámbito, en dos sentencias fundamentales para la construcción y efectividad del Derecho comunitario (Sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978 , y Sentencia Factortame III, de 5 de marzo de 1996), el TJCE recordó expresamente que los Jueces nacionales deben garantizar la eficacia del Derecho Comunitario y la protección de los derechos que confiere a los particulares, garantía que expresamente se extiende a la posibilidad de obtener una reparación en aquellos casos en que sus derechos son vulnerados como consecuencia de una violación del Derecho Comunitario".

Con posterioridad, el Tribunal Supremo dictó la STS de 18 de enero de 2012 (RC 588/2010) --que citan las sentencias citadas en la de instancia-- y en la que, forma expresa, ya se hace referencia a la STJUE de 26 de enero de 2010 (Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL contra Administración del Estado), dictada en el asunto C-118/08 --y a las que en la misma se citan: SSTJUE de 30 de septiembre de 2003 (C-224/01 , asunto Köbler) y de 13 de marzo de 2007, (C-524/04 , asunto Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation)--. En concreto, en su apartado 31 la STUE reproducida, señalaba:

"El Tribunal de Justicia ha tenido también ocasión de precisar que, sin perjuicio del derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho de la Unión desde el momento en que se reúnen estos tres requisitos, incumbe al Estado, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01 , Rec. p. I-10239, apartado 58, y de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04 , Rec. p. I-2107, apartado 123)".

En la misma STJUE de 26 de enero de 2010 se añadía:

"La jurisprudencia comunitaria a la que se refiere el primero de dichos argumentos, incluida la que refleja aquella sentencia de 26 de enero de 2010, dictada en el asunto C-118/08 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo , debe ser entendida en el sentido que resulta de las siguientes precisiones: A) Los presupuestos de procedibilidad aplicables a los recursos en los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del Derecho de la Unión y otros en la del Derecho interno. B) Puede éste, sin que a ello se oponga aquél, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurran requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial. Y C) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del Derecho de la Unión, sí son requisitos sustantivos o materiales necesarios y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación



esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por estos".

A la anterior, seguirían la STS de 22 de septiembre de 2014 (RC 390/2012 , ECLI:ES:TS:2014:3717), que reiteró la anterior doctrina en los siguientes términos:

"Es sabido que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, corresponde al juez nacional, valorando las circunstancias de cada caso, determinar si la violación normativa es suficientemente caracterizada; y es igualmente conocido que la expresión "suficientemente caracterizada" equivale a "manifiesta y grave". El criterio jurisprudencial, claramente expuesto en la sentencia Brasserie du Pêcheur (C-46/93 y C- 48/93) de 5 de marzo de 1996 (párrafos 55 y siguientes) y luego reiterado de manera constante, es que existen una serie de indicios o señales de que una violación del derecho de la Unión Europea es suficientemente caracterizada, como son destacadamente el grado de claridad de la norma violada, el margen de discrecionalidad del Estado miembro, o el carácter intencional de la infracción".

Más recientemente, se han dictado por este Tribunal Supremo la STS de 29 de septiembre de 2017 (RCA 427/2015 , ECLI:ES:TS:2017:3506) —y otras similares— sobre responsabilidad patrimonial derivada del sistema de la ejecución hipotecaria; la STS de 20 de octubre de 2017 (RCA 6/2017) —y otras similares— sobre responsabilidad patrimonial derivada de la aplicación de la normativa estatal reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones; y la STS 22/2018, de 15 de enero (RCA 4998/2016 , ECLI:ES:TS:2018:87), que reitera lo antes expuesto en las SSTs de 17 de noviembre de 2016 (RCA 196/2015, ECLI ES:TS:2016:5122) y 20 de febrero de 2017 (RCA 184/2015), sobre responsabilidad patrimonial exigida por una entidad local derivada por los gatos, indebidamente soportados, por la Administración, como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la tasa por el uso y aprovechamiento especial del dominio público local exigida a las operadoras de telefonía móvil.

NOVENO.- Son varias las afirmaciones que debemos realizar, en nuestra función interpretativa, en consonancia con las cuestiones que se nos plantean, y a las que ha dado repuesta la sentencia de la Sala de instancia, cuya argumentación antes hemos pormenorizado:

1º. La Administración Foral —desde una perspectiva subjetiva— no ha de responder como consecuencia de la Decisión adoptada por la Comisión Europea, procediendo a la declaración de ser contrarios al Derecho de la Unión Europea los beneficios fiscales de la Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, luego concedidos por la misma Diputación Foral en las dos Órdenes Forales de precedente cita.

Debe insistirse en que la responsabilidad patrimonial articulada se fundamenta en la obligación de proceder a la devolución de los beneficios fiscales establecidos y concedidos —indebidamente— por la Administración Foral alavesa, pero declarados, por la Comisión Europea, contrarios al Derecho de la Unión Europea, mediante Decisión que luego sería ratificada por los Tribunales europeos.

Esto es, que la actuación de la Diputación Foral constituye una obligada ejecución de los resuelto por la Comisión y los Tribunales europeos, no siendo, pues, en modo alguno, la citada Diputación Foral —demandada y luego recurrida en el presente litigio—, el órgano que decidió e impuso la devolución, sino, simplemente, el órgano que ejecutaba la Decisión de la Comisión Europea.

Es decir, que el órgano responsable —en su caso— nunca sería la Diputación Foral, sino la Comisión Europea, pues la responsabilidad patrimonial articulada no se exige en relación con la Norma Foral, sino en relación con la imposición de devolución de los beneficios fiscales anulados; devolución, insistimos, impuesta por la Comisión Europea. Dicho de otra forma, que la titularidad del acto normativo (Norma Foral 24/1996, de 5 de julio) corresponde a la Diputación Foral demandada, pero la titularidad del acto que impone la devolución de lo indebidamente percibido fue dictado por la Comisión Europea: Decisión 2002/820, de 11 de julio de 2001, de la Comisión Europea, que, declarando ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de las inversiones, ordenaba la recuperación de las citadas ayudas, disponiendo para ello —de conformidad con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999 — de un plazo máximo de dos meses desde su notificación.

La Diputación Foral demandada no es, pues, responsable de tal actuación.

A tal elemento subjetivo debemos añadir que, por otra parte, también, y desde una perspectiva objetiva, debe rechazarse que la Administración demandada haya realizado un comportamiento lesivo y que la supresión de la ayuda haya causado un daño efectivo evaluable económicamente, pues la recurrente fue libre para acogerse al beneficio fiscal, luego declarado ilegal por la Comisión, y, de esta forma, se colocó en una posición de ventaja frente a los competidores, y, por ello, la recuperación articulada por la Administración Foral demandada, por mandato de la Comisión Europea, lo que hace es situarlo en la posición en que los citados competidores se encontraron; esto es, la posición de poner en marcha la respectiva actuación empresarial sin contar beneficios



fiscales. En la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-89/14 , asunto A2A SpA contra Agenzia delle Entrate), párrafo 42, se consideraron tales tipos de ayuda como "la ventaja que, en términos de competencia, se había concedido ilegalmente a las empresas beneficiarias de la Ayuda de Estado mencionadas".

En consecuencia, la devolución de los importes a que se vio obligada la recurrente, no constituyen un daño que la misma no tuviera el deber de soportar, sino el mecanismo de regreso a la situación de la equidad empresarial y competencial, que no debió ser alterada por la Diputación demandada, y que, por ello, la Comisión Europea y los Tribunales de la Unión, procedieron a la declaración de tales ayudas como contrarias al mercado común; así pues, tal devolución de lo indebidamente percibido, no puede ser calificado, en modo alguno, de daño antijurídico, resultando, pues, inviable — también desde esta perspectiva— la responsabilidad patrimonial pretendida, que, entre sus requisitos, impone la concurrencia de dicho daño antijurídico.

2º. Por otra parte, y al margen de lo anterior, no concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la procedencia de tal responsabilidad patrimonial derivada de acto legislativo, por vulneración del Derecho de la Unión Europea, que antes hemos expuesto al citar la doctrina jurisprudencial —en relación con la exigencia de tales requisitos— tanto de este Tribunal Supremo, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Realmente, si bien se observa, la sentencia de instancia no analiza, en concreto, la concurrencia de los citados requisitos; pero la misma —como primer argumento— se remite a los pronunciamientos anteriores de la propia Sala resolviendo otros recursos de apelación; en particular, se remite, entre otras, a la sentencia dictada, por la Sala, en el recurso de apelación 576/2012 (STJPV 386/2014, de 19 de junio de 2014 , ECLI:ES:TSJPV:2014:1723), que, justamente, es la sentencia que reproduce el Juzgado de lo Contencioso administrativo en la sentencia apelada (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Victoria-Gasteiz 224/2015, de 27 de octubre, RCA 45/2011). Pues bien, en esta de remisión, la propia Sala sólo hace referencia a la ausencia del primero de los requisitos jurisprudenciales requeridos (esto es, que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares), no entrado a analizar la concurrencia de los otros dos, aunque la sentencia dictada en la instancia en el recurso de apelación 576/2012 (Sentencia de 19 de junio de 2014 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de los de Vitoria-Gasteiz, RCA 35/2011) sí hiciera referencia a ellos, negando la concurrencia de los otros dos requisitos: no tratarse de una infracción suficientemente caracterizada y tener la obligación de soportarla.

La afirmación —exclusiva— que en las sentencias de instancia se contiene —su única "*ratio decidendi*" —, en relación con el primero de los requisitos exigidos, señala, como sabemos:

"En consecuencia, el art. 88.3 del Tratado, que es norma de Derecho de la Unión cuya infracción se invoca en el presente caso como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, no confiere derechos a los beneficiarios de las ayudas de Estado declaradas incompatibles con el Derecho de la Unión".

Pues bien, tal afirmación debe de ser confirmada en esta sentencia, que, por su parte, ratifica la expresión contenida en la sentencia que reproduce la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo, en el sentido de que "no es el artículo 88.3 del Tratado el que confiere derechos a los particulares, sino la Norma Foral 24/96, de 5 de julio". Incluso, en las sentencias de instancia se insinúa -

—y así procede ratificarlo— que si el artículo 88.3 del Tratado concediera algún beneficio, este no sería para los que percibieron indebidamente las ayudas de Estado, pues lo que el precepto impone —con efecto directo— es la prohibición de ejecución de los proyectos de ayuda a los que el precepto se refiere. En consecuencia, el 88.3 del Tratado, no confiere derecho alguno, pues, en realidad, cuenta con la exclusiva finalidad de hacer efectiva la prohibición de la ejecución de proyectos de ayuda establecida en el indicado precepto.

A tal efecto, la sentencia cita la STJUE de 11 de julio de 1996 (C-39/94 , asunto Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros contra La Poste y otros), reconoce que el derecho lesionado no sería el de los beneficiarios de las ayudas ilegales, sino el de los competidores que se encontrarían en una situación de desventaja:

"39 La intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales, por su parte, se debe al efecto directo reconocido a la prohibición de ejecución de los proyectos de ayuda establecida por la última frase del apartado 3 del artículo 93. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que el carácter inmediatamente aplicable de la prohibición de ejecución prevista en este artículo alcanza a toda ayuda que haya sido ejecutada sin haber sido notificada y que, en caso de que las ayudas hayan sido notificadas, se produce durante la fase preliminar y, si la Comisión incoa el procedimiento contradictorio, hasta la decisión definitiva (sentencias Lorenz, antes citada, apartado 8 , y de 21 de noviembre de 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90 , Rec. p. I-5505, apartado 11; en lo sucesivo, "sentencia FNCE").



40 Los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar a los justiciables que se extraerán todas las consecuencias de una infracción de la última frase del apartado 3 del artículo 93 del Tratado, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o posibles medidas provisionales (véase la sentencia FNCE, antes citada, apartado 12).

41 En el marco del control del cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les imponen los artículos 92 y 93 del Tratado, los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión desempeñan funciones complementarias y distintas.

42 Cuando deducen las consecuencias por estimar que existe una infracción de la última frase del apartado 3 del artículo 93, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden pronunciarse sobre la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común, dado que esta apreciación es de exclusiva competencia de la Comisión, sujeta al control del Tribunal de Justicia (véase la sentencia FNCE, antes citada, apartado 14).

43 La Comisión, por su parte, no puede, contrariamente a los órganos jurisdiccionales nacionales, exigir la devolución de una ayuda de Estado por el mero hecho de que no se le ha notificado de acuerdo con el apartado 3 del artículo 93 del Tratado (véanse las sentencias Boussac, antes citada, apartados 19 a 22; de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, C- 142/87 , Rec. p. I-959, apartados 15 a 20, y FNCE, antes citada, apartado 13). La Comisión debe, en primer lugar, después de haber requerido al Estado miembro interesado para que presente sus observaciones al respecto, ordenarle, por medio de una decisión provisional, y en espera del resultado del examen de la ayuda, que suspenda inmediatamente su concesión y que facilite a la Comisión, en el plazo que ésta determine, todos los documentos, informaciones y datos precisos para examinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común. Sólo si el Estado miembro no facilita, a pesar de la orden de la Comisión, las informaciones solicitadas, ésta tiene la facultad de poner fin al procedimiento, adoptar la decisión que declare la compatibilidad o la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común basándose en los elementos de que dispone y, en su caso, exigir la restitución del importe de la ayuda ya abonada (véase la sentencia Boussac, antes citada, apartados 19 y 21).

44 En estas circunstancias, el hecho de que la Comisión inicie un procedimiento de examen preliminar con arreglo al apartado 3 del artículo 93, o el procedimiento de examen contradictorio previsto en el apartado 2 del artículo 93, no puede dispensar a los órganos jurisdiccionales nacionales de su obligación de salvaguardar los derechos de los justiciables en caso de incumplimiento de la obligación de notificación previa.

45 Cualquier otra interpretación llevaría a favorecer la inobservancia por parte de los Estados miembros de la prohibición de ejecución de los proyectos de ayuda. Dado que la Comisión sólo puede ordenar la suspensión de los pagos adicionales mientras no haya adoptado su decisión definitiva sobre el fondo, el efecto útil del apartado 3 del artículo 93 del Tratado quedaría menoscabado si el hecho de someter el asunto a la Comisión impidiera a los órganos jurisdiccionales nacionales sacar todas las consecuencias de la infracción de esta disposición".

3º. En tercer lugar, hemos de responder a la vulneración que se dice producida de los principios de buena fe y confianza legítima; confianza que, según la recurrente, fue generada por la Administración Foral demandada, en relación con la confianza y seguridad de la validez de la Norma Foral 22/1994 (Disposición Adicional Sexta), a través de las sucesivas Órdenes Forales de reconocimiento de los incentivos fiscales (29 de julio 1999 y 11 de octubre de 2000), notificada, incluso, la segunda de ellas, una vez abierto un procedimiento de investigación seguido por la Comisión Europea respecto de tales incentivos.

En nuestra reciente STS 1250/2018, de 17 de julio (RCA 397/2017 , ECLI:ES:TS:2018:2853), hemos reiterado los pronunciamientos de la Sala en relación con el invocado principio de confianza legítima:

"Efectivamente, dicho principio es tomado en consideración, con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por todas, y relacionada con la materia, citamos la STS de 6 de julio de 2012 (RCA 288/2011) según la cual:

"Con arreglo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, el principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, artículo 3.1.2).

Así, las SSTS de 10 de mayo de 1999 y la de 26 de abril de 2012 recuerdan que «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la



doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy de la Unión Europea- y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento» y este criterio se reitera en la STS de 16 de mayo de 2012, al resolver el recurso de casación nº 4003/2008".

Por su parte, en la STS de 22 de noviembre de 2013 (RC 4830/2010 , ECLI:ES:TS:2013:6164) habíamos señalado:

"En el ámbito comunitario el principio de confianza legítima se aplicó en las sentencias del Tribunal de Justicia resolutorias de los casos TOMADINI de 16 de mayo de 1.979 , UNIFREX de 12 de abril de 1.984 , y HAUPTZOLLAMT HAMBURG- JONAS/P.KRÜCKEN de 26 de abril de 1,988, y sobre todo en la "doctrina Leclerc" recogida en las sentencias de 16 de noviembre de 1.977 , 21 de septiembre de 1.988 , y 10 y 29 de enero de 1.985 .

Según Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2.009 "El principio de confianza legítima fue recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 , y ha sido aplicado posteriormente por el mismo Alto Tribunal en el ámbito del derecho de la competencia, así en STS de 28 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000 . De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse "... cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le ... (al particular beneficiado) ... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa".

(...) En la Sentencia de 23 de febrero de 2.000, el Tribunal Supremo , expuso "en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1.989 , y reproducida después en su última de enero de 1.990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar ...".

Lo que sí es patente es que, en esta, y en otra jurisprudencia, el Tribunal Supremo coincide en señalar que la posible aplicación del principio de confianza legítima se asienta sobre el necesario examen de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto, esencialmente en el examen del comportamiento de la Administración y la conducta sancionada .

Pues bien, tal vulneración, en atención a las circunstancias concurrentes, no procede acogerla en el supuesto de autos.

Como hemos expresado, los beneficios fiscales, luego obligados a devolver, fueron otorgados por la Administración Foral recurrida mediante las Órdenes Forales 1087/1999, de 26 de julio (para el ejercicio de 1998) y 723/2000, de 11 de octubre (para el ejercicio 1999). Igualmente hemos conocido que las mismas fueron notificadas, respectivamente, en los meses de julio de 1999 y octubre de 2000. Es cierto, sin embargo, que la Diputación Foral no procedería, hasta el mes de octubre de 2007, a la recuperación de tales incentivos, con sus correspondientes intereses calculados desde el año 2001.

Frente a ello, existen unas realidades ---incontestables--- que impiden aceptar el planteamiento que se nos realiza de existencia de datos y circunstancia de los que pudiera deducirse la generación de un percepción de confianza, por parte de la recurrente, en torno a la legalidad o viabilidad de tales ayudas o incentivos en el marco de la normativa europea.

Pues lo cierto es:



- a) Que en el mes de agosto de 1999 la Comisión procedió a la apertura de un procedimiento de investigación del régimen de ayudas fiscales a la inversión; cualquier generación de confianza quedaba, pues en entredicho.
- b) Que, por otra parte, lo que constituye una realidad incontestable es que, en el DOUE de 11 de marzo de 2000, fue hecha pública la apertura de tal investigación, con advertencia de poder ser exigida, a los beneficiarios de las ayudas, la devolución del importe recibido.
- c) Luego sería la Decisión 2002/820, de 11 de julio de 2001, de la Comisión Europea la que, declarando ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de las inversiones, ordenaba la recuperación de las citadas ayudas, disponiendo para ello —de conformidad con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999— de un plazo máximo de dos meses desde su notificación. En concreto, con fecha de 12 de julio siguiente la Comisión formuló requerimiento para ante las autoridades nacionales españolas solicitando, para antes del 10 de septiembre de 2001, la comunicación de las medidas necesarias a adoptar para adaptarse a la Decisión.
- d) La impugnación, por parte de la Diputación Foral, de tal Decisión de recuperación con fecha de 25 de septiembre de 2001, mediante la formulación demanda de anulación de la Decisión.
- e) La aceptación, por parte de la recurrente, de la legalidad de la Decisión de la Comisión, por cuanto optó por no recurrir la misa, ni comparecer en el procedimiento, continuando con sus inversiones, formulando declaraciones-liquidaciones acogiendo al beneficio fiscal, y sin instar la rectificación —o complemento— de las mismas con posterioridad a la decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001, que declaró ilegal e incompatible con el mercado común la ayuda en forma de crédito del 45% de la inversión.
- f) La anulación por la STPIUE de 9 de septiembre de 2009 (Recurso de anulación T-227/2001), confirmada en casación por la posterior STJUE de 28 de julio de 2011 (C-471/09 P a 473/09 P), a la que seguiría la STJUE de 13 de mayo de 2014, dictada en el Recurso de Incumplimiento C-184/2011.

De todo ello, en modo alguno, puede deducirse la generación de un clima, ambiente, estado, apariencia o situación de seguridad legal en torno a los beneficios fiscales concedidos por la Norma Foral de precedente cita, debiendo recordarse que la existencia de controversias sobre la fiscalidad vasca —en su conjunto considerada— no nace de la Decisión anulatoria de la Comisión, pues, ya con anterioridad se habían producido impugnaciones ante Tribunales e instituciones europeas, debiendo deduciendo, por todo ello, que la recurrente era plenamente consciente de las dificultades con que contaba el régimen de ayuda al que se acogía y, sobre todo, las dudas que el mismo generaba.

4º. Por último debemos responder a la que hemos calificado de pretensión subsidiaria, relativa a la no procedencia del abono de los intereses, consecuencia de retraso de casi seis años para la exigencia de la recuperación, que fue la causa determinante del incremento de los intereses.

Como hemos expuesto, la Decisión establecía, de conformidad con el artículo 14.3 del Reglamento CEE 659/1999, el plazo de dos meses para proceder a la devolución de lo indebidamente percibido; y, en concreto, el requerimiento formulado por la Comisión, en tal sentido, lo era para antes del 10 de septiembre de 2001 siguiente. Como bien expone la sentencia, sobre esta situación incidieron —dicho sea en síntesis— dos niveles de conflictividad jurisdiccional: Los ya citados litigios mantenidos ante los Tribunales europeos de Luxemburgo, con el resultado ya expuesto y conocido, y, luego, los seguidos en el ámbito de nuestro país en torno a la legalidad de las devoluciones reclamadas por los Órganos forales, y, en concreto, sobre el procedimiento adecuado para tal actuación; todo ello, como la sentencia de instancia expone con claridad y precisión, obligaría a pronunciamientos de este Tribunal Supremo, de la que son expresivas las mismas SSTS que en la sentencia de instancia se citan: SSTS de 5 y 25 de septiembre de 2015 (RC 895 y 893/2013).

En consecuencia, que el incumplimiento del plazo establecido para la devolución de los beneficios indebidamente percibidos vino determinado por la forma en que se desarrollaron las citadas actuaciones jurisdiccionales, derivadas, a su vez, de las discrepancias sobre la interpretación y viabilidad jurídica de las ayudas que —no se olvide— fuera iniciada por la propia Comisión Europea; discrepancias que, igualmente, surgiría ante la ausencia de procedimiento alguno de recuperación de las mismas, una vez declaradas contrarias al mercado europeo.

Como con claridad expone la sentencia de instancia "el asunto distaba muchísimo de poder resolverse rápida y sencillamente y que todos y cada uno de los pleitos fueron razonable y necesariamente interpuestos". Por ello a sentencia concluye con acierto: "... la apelante sí tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional y entre ellas el transcurso del tiempo necesario".

Como continuación de lo anterior, debemos añadir que tal obligación de devolución debe ir acompañada de los correspondientes intereses, pues, el abono de los mismos es la compensación necesaria por haber disfrutado



de un beneficio que no le correspondía, que, sin duda, ha reportado a la recurrente —y a otras entidades en la misma situación fiscal— una ventaja financiera que puede ser calculada de forma objetiva.

Por ello tampoco podemos aceptar el planteamiento llevado a cabo por la recurrente —en este particular subsidiario relativo a los intereses generados por las cantidades obligada a devolver— en el sentido de que el retraso de la Diputación Foral en la exigencia de la devolución el causante de los intereses, calculados desde la fecha de la notificación de la Decisión, en julio de 2001, hasta la actuación de recuperación, llevada a cabo en octubre de 2007; a ello añade que si se hubiera llevado a cabo la recuperación antes de 2003, se hubieran calculado con un tipo inferior más beneficioso.

La jurisprudencia del TJUE es bien expresiva. Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-89/14 , asunto A2A SpA contra Agenzia delle Entrate.):

"35 En tercer lugar, debe señalarse que el Decreto-ley 185/2008, al regular las modalidades de cálculo de los intereses que han de incluirse en la recuperación de una ayuda de Estado que se ha declarado incompatible con el mercado común, tiene por objeto, en particular, la ejecución del artículo 3 de la Decisión 2003/193. Por consiguiente, da ejecución al artículo 14, apartado 1, del Reglamento nº 659/1999 . De una reiterada jurisprudencia se desprende que cuando los Estados miembros adopten medidas por las que apliquen el Derecho de la Unión, deben respetar los principios generales de este Derecho (sentencia Ålands Vindkraft, C-573/12 , EU:C:2014:2037 , apartado 125).

36 Entre tales principios generales figuran, en particular, los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

37 A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por un lado, el principio de seguridad jurídica se opone a que un reglamento se aplique retroactivamente, es decir, a una situación existente antes de su entrada en vigor, con independencia de los efectos positivos o negativos que dicha aplicación pueda tener para el interesado, y, por otro, el mismo principio exige que toda situación de hecho sea apreciada, normalmente y salvo indicación expresa en contrario, a la luz de las normas jurídicas que le son contemporáneas. No obstante, aunque la nueva ley sólo rija por tanto para el futuro, también se aplica, salvo disposición contraria, a los efectos futuros de situaciones nacidas durante la vigencia de la ley anterior (véase, en este sentido, la sentencia Bavaria, C-120/08 , EU:C:2010:798 , apartados 40 y 41 y jurisprudencia citada).

38 De igual modo, como se deriva de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el ámbito de aplicación del principio de protección de la confianza legítima no puede extenderse hasta el punto de impedir, de manera general, que una nueva normativa se aplique a los efectos futuros de situaciones nacidas al amparo de la normativa anterior (sentencia Stadt Papenburg, C-226/08 , EU:C:2010:10 , apartado 46 y jurisprudencia citada).

39 En el presente caso, procede recordar que la aplicación de intereses compuestos se estableció en la normativa nacional mencionada en los apartados 24 y 25 de la presente sentencia. Antes de la entrada en vigor de esta normativa, el Derecho italiano aplicaba intereses simples, conforme al artículo 1282 del Código Civil .

40 En la parte en que prevé la aplicación de intereses compuestos para la recuperación de las ayudas que la Decisión 2003/193 había declarado incompatibles con el mercado común, el Decreto-ley 185/2008 no tiene efecto retroactivo, sino que se limita a aplicar una nueva normativa a efectos futuros de situaciones nacidas durante la vigencia de la normativa anterior.

41 Por un lado, el artículo 36 del Decreto-ley 185/2008 fija la entrada en vigor de éste en el día de su publicación en la Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2008, de tal modo que este Decreto-ley no entró en vigor antes de su fecha de publicación. Por otro lado, las liquidaciones que preveían la aplicación de intereses compuestos se notificaron a A2A después de la entrada en vigor del mencionado Decreto-ley.

Dado que la ayuda que se había declarado incompatible con el mercado común y que es objeto del litigio principal no se había recuperado ni se había siquiera girado una liquidación al respecto en la fecha en que entró en vigor dicho Decreto-ley, no puede considerarse que éste afecte a una situación existente anteriormente.

42 Asimismo, dado el transcurso de un período de tiempo considerable entre la adopción, el 5 de junio de 2002, de la Decisión 2003/193, por la que la Comisión solicitaba la recuperación de la ayuda de Estado controvertida en el litigio principal, y la emisión, a lo largo del año 2009, de las liquidaciones para la recuperación efectiva de dicha ayuda, debe considerarse que la aplicación de intereses compuestos es un medio particularmente adecuado para contrarrestar la ventaja que, en términos de competencia, se había concedido ilegalmente a las empresas beneficiarias de la ayuda de Estado mencionada.



43 Por consiguiente, los principios generales de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no se oponen a una normativa nacional como el Decreto-ley 185/2008, controvertido en el litigio principal.

(...) 48 Habida cuenta de todas las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 14 del Reglamento nº 659/1999 y los artículos 11 y 13 del Reglamento nº 794/2004 no se oponen a una normativa nacional, como la contenida en el artículo 24, apartado 4, del Decreto-ley 185/2008, que prevé, mediante la remisión al Reglamento nº 794/2004, la aplicación de intereses compuestos a la recuperación de una ayuda de Estado, aun cuando la decisión en la que se haya declarado la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común y se haya ordenado su recuperación se haya adoptado y notificado al Estado miembro en cuestión antes de que entrara en vigor el mencionado Reglamento".

A tales pronunciamientos debemos estar.

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

A toda ello debemos recordar lo que en dicha STJPI se dijera:

"178. En primer lugar procede señalar que el hecho de que los Territorios Históricos dispongan de una autonomía fiscal reconocida y protegida por la Constitución española no les dispensa del respeto de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas estatales. Debe recordarse a este respecto que el artículo 87 CE, apartado 1, al mencionar las ayudas otorgadas por «los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma», se refiere a todas las ayudas financiadas con recursos públicos. De ello se deduce que las medidas adoptadas por las entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) de los Estados miembros, cualesquiera que sean su naturaleza jurídica y su denominación, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1, al igual que las medidas adoptadas por el poder federal o central, si se cumplen los requisitos establecidos en dicha disposición (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1987, Alemania/Comisión, 248/84, Rec. p. 4013, apartado 17, y sentencia Ramondín, citada en el apartado 43 *supra*, apartado 57)".

Esta, pues, es la doctrina que resulta procedente establecer, como doctrina jurisprudencial en relación con las cuestiones suscitadas.

DÉCIMO.- La interpretación que se acaba de establecer en relación con los preceptos concretados por la Sección Primera de esta Sala conduce a la desestimación de las pretensiones que la entidad recurrente deduce en el escrito de interposición del recurso.

Todo lo cual lleva a la desestimación del recurso de casación interpuesto, fijando la doctrina expuesta, y, en consecuencia, debiendo procederse a la ratificación de la doctrina establecida por la STSJ del País Vasco objeto del presente recurso.

Por todo ello declaramos ajustado al Ordenamiento jurídico el Acuerdo del Consejo de Diputados de la citada Diputación 768/2010, de 23 de noviembre, por el que se desestima el recurso de reposición que presentara la misma entidad recurrente contra el anterior Acuerdo del mismo Consejo de Diputados 540/2010, de 7 de septiembre, relativo al expediente de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, mediante el que se desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial por actos legislativos en materia de Impuesto de Sociedades.

DÉCIMO PRIMERO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el artículo 93.4 de la LRJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por otra parte, ratificamos las condenas de costas impuestas en la instancia por el Juzgado y la Sala de instancia, de conformidad con el mismo artículo 93.4 de la LRJCA, que se remite al 139.1 de la misma ley.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



1º. Declaramos no haber lugar, y, por tanto, desestimar el Recurso de Casación **839/2017**, interpuesto por la entidad Helados y Postres, S. A., contra la sentencia 561/2016, de 22 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 22 de noviembre, en el recurso de apelación 106/2016, seguido contra la sentencia 224/2015, de 27 de octubre, que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria- Gasteiz, en el Recurso Contencioso administrativo (procedimiento ordinario) 45/2011, sobre responsabilidad patrimonial del Estado en materia del Impuesto sobre Sociedades.

2º. No imponer las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ



Roj: **STSJ PV 3535/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3535**

Id Cendoj: **48020330032016100502**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **22/11/2016**

Nº de Recurso: **106/2016**

Nº de Resolución: **561/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 106/2016

SENTENCIA NUMERO 561/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

D^a. MARIA DEL MAR DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a veintidós de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia Sentencia nº 224-2015 dictada el 27 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Vitoria en el Procedimiento Ordinario nº 45-2011, en el que se impugna, negativa administrativa a reconocer responsabilidad patrimonial que se decía producida por las acciones y omisiones derivadas de la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/820/CE.

Son parte:

- **APELANTE** : HELADOS Y POSTRES S.A., representado por la Procuradora D^a. MYRYAM GARCIA OTERO y dirigido por el Letrado D. JUAN DIEGO AZPIROZ LETAMENDIA.

- **APELADO** : DIPUTACION FORAL DE ALAVA, representada y dirigida por la Letrada-Jefa de sus servicios jurídicos D^a. MARIA JESÚS OGUETA LANA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por HELADOS Y POSTRES S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia revocando y dejando sin efecto la dictada en la instancia y reconociendo a la apelante la procedencia de una indemnización por los importes reseñados en el suplico de su escrito de apelación.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión



a la apelación, verificada la oposición por la apelada, suplicó la desestimación del recurso de apelación con imposición de costas.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 22/11/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución precedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la Sentencia nº 224-2015 dictada el 27 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Vitoria en el Procedimiento Ordinario nº 45-2011.

SEGUNDO.- La Sentencia de instancia, en los términos que constan en autos, desestima el recurso frente a la negativa administrativa a reconocer responsabilidad patrimonial que se decía producida por las acciones y omisiones derivadas de la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/820/CE.

En la Apelación se razona básicamente que los principios de confianza legítima, buena fe y la diligencia y premura con que la demandada debió ejecutar la Decisión desde el momento en que se le comunicó su dictado dan lugar a que ni hubiese debido la actora tener que restituir los beneficios fiscales disfrutados y reconocidos en su día ni hubiera debido abonar los intereses reclamados.

La apelada opone la propia actuación desplegada por la apelante y la ausencia de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial.

TERCERO.- Varios son los motivos por los cuales el criterio de la apelante resulta desestimado, motivos por lo demás similares a los que utilizamos hace escasas fechas en las Apelaciones nº 106 y 306-2015, veamos.

3.1 En primer lugar las Apelaciones 576/2012, 382 y 568/2013 de esta Sala desestimaron las reclamaciones de responsabilidad patrimonial fundamentadas en la devolución de las ayudas de estado en términos trasladables al caso en estudio. Se trata en ellas tanto la pretensión relativa al reintegro en concepto de responsabilidad patrimonial del principal como de los intereses satisfechos y las tenemos por reproducidas ya que sus términos están transcritos en la Sentencia de instancia.

3.2 Se observa, además, como argumento añadido al anterior pero igualmente susceptible por si solo de dar lugar a la desestimación del recurso de Apelación, que no se reúnen algunos de los presupuestos esenciales de la responsabilidad patrimonial.

De un lado no se cuestiona por la apelante que haya sido la propia Comisión quien estableció los términos de la devolución. Siendo esto así no puede resultar la apelada responsable de la resolución de otro ente distinto cuyas resoluciones se limita a llevar a la práctica; era frente a la Comisión en tanto que poder decisor ante quien debía plantearse la dimensión que debía tener la devolución de las ayudas atendiendo a las posibles circunstancias concurrentes que pudiesen justificar una moderación en materia de intereses.

Y, en segundo término, uno de los presupuestos esenciales para poder imponer a la apelada la responsabilidad patrimonial exigida es que la apelante no tuviese el deber jurídico de soportar los intereses acordados por la Comisión, esto es, concretándolo al supuesto de autos, que no haya razón alguna que impusiera a la recurrente el tener que aguardar el tiempo transcurrido desde que se resuelve inicialmente la ilicitud de las ayudas y se comunica a la demandada hasta que por esta se da inicio a la subsiguiente devolución.

Ha de tenerse en cuenta que se trata de un número importante de asuntos que se pueden a su vez agrupar en diferentes modalidades de beneficios tributarios distintos que han dado lugar a varias Decisiones de la Comisión Europea y a múltiples pleitos.

Concretamente en cuanto los casos derivados de la Decisión aplicada a la apelante se ha dictado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 9 de septiembre de 2009-recurso de anulación T-227/2001 a la que ha seguido la Sentencia de 13 de mayo de 2014, esta vez en el recurso por incumplimiento C- 184/2011 . En el año 2009 pendía aún un recurso sobre la propia validez de la Decisión.

Y en la fase de ejecución de la Decisión también han sido muy numerosos los recursos ordinarios resueltos por la Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso que a su vez han dado lugar a Sentencias dictadas en Casación por nuestro Tribunal Supremo, Sentencias estas que han dado lugar en la mayoría de los casos a la retroacción de actuaciones para que la demandada oyese a la beneficiaria de las ayudas de estado previamente a resolver.



En las Sentencias del Tribunal Supremo aludidas, v gr por citar algunas las dictadas el 25 y el 5 de septiembre de 2015 en los recursos nº 893 y 895/2013 , se recoge que le compete a la Administración ejecutora el determinar la modalidad procedimental para hacer efectivo el reintegro de las ayudas percibidas -téngase en cuenta que en la dictadas por esta Sala precisamente quien actúa de Ponente en ésta que ahora se dicta emitió un Voto Particular en el que se razonaba que debía ser el procedimiento tributario y no otro el que se aplicase a la recuperación, criterio éste que ha sido igualmente asumido por el Legislador y plasmado en los arts. 260 y siguientes de la LGT modificados por la recentísima reforma llevada a cabo por la Ley 34/2015-.

Todo lo anterior, y más exactamente a la vista del contenido concreto de todas las resoluciones jurisdiccionales referidas a cuyo tenor nos remitimos, evidencia que el asunto distaba muchísimo de poder resolverse rápida y sencillamente y que todos y cada uno de los pleitos fueron razonable y necesariamente interpuestos, en suma, la apelante sí tenía del deber jurídico de soportar las consecuencias del debate jurisdiccional y entre ellas el transcurso del tiempo necesario pues no se olvide además que todas las reclamaciones tenían por finalidad el cuestionar que se tratase de ayudas de estado y la devolución en los términos en que se había acordado, en suma, estaban ordenadas a tutelar un interés coincidente con el suyo sino el mismo en un gran número de ocasiones.

3.3 Recordemos también que en la Sentencia de 3 de septiembre de 2015-recurso C 89/2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a dos cuestiones en términos perfectamente trasladables al caso en estudio, de un lado, que el interés compuesto sobre las cantidades calificadas como ayudas ilegales a devolver es un instrumento adecuado para solventar los efectos perversos causados sobre la competencia por tal ayuda (de donde colegimos que la actora sí tiene el deber jurídico de soportarlos) y, de otro, que tales intereses se podían imponer bien por el propio estado -durante la vigencia del Reglamento CE 659/1999- o bien por la Comisión o por el propio estado -tras la Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2003 en un primer momento y tras la vigencia del Reglamento CE 794/2004 después en los que se estableció dicho interés- bastando con especificarlo, como ha ocurrido en el supuesto en estudio, antes de que se liquidase la cantidad a devolver como principal pues de hacerlo con posterioridad se estaría actuando, intolerablemente, de forma retroactiva.

El texto más destacable de dicha Sentencia reza así:

"42. Asimismo, dado el transcurso de un período de tiempo considerable entre la adopción, el 5 de junio de 2002, de la Decisión 2003/193, por la que la Comisión solicitaba la recuperación de la ayuda de Estado controvertida en el litigio principal, y la emisión, a lo largo del año 2009, de las liquidaciones para la recuperación efectiva de dicha ayuda, debe considerarse que la aplicación de intereses compuestos es un medio particularmente adecuado para contrarrestar la ventaja que, en términos de competencia, se había concedido ilegalmente a las empresas beneficiarias de la ayuda de Estado mencionada;

48. Habida cuenta de todas las consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 14 del Reglamento nº 659/1999 y los artículos 11 y 13 del Reglamento nº 794/2004 no se oponen a una normativa nacional, como la contenida en el artículo 4 que prevé, mediante la remisión al Reglamento nº 794/2004, la aplicación de intereses compuestos a la recuperación de una ayuda de Estado, aun cuando la decisión en la que se haya declarado la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común y se haya ordenado su recuperación se haya adoptado y notificado al Estado miembro en cuestión antes de que entrara en vigor el mencionado Reglamento".

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

El recurso de Apelación ha de ser desestimado.

CUARTO.- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ se admitirá recurso ordinario de Casación frente a esta Sentencia y se imponen al apelante las costas procesales si bien limitadas a 4000 € de acuerdo con el criterio que en asuntos de naturaleza similar a ésta se ha aplicado por la Sala.

Ante lo expuesto la Sala

FALLA



Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Apelación formulado por HELADOS Y POSTRES S.A. contra la Sentencia nº 224-2015 dictada el 27 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Vitoria en el Procedimiento Ordinario nº 45-2011 y, en consecuencia, la confirmamos.

El apelante soportará las costas procesales devengadas en esta instancia con el límite de 4000 € por todos los conceptos.

Con pérdida del depósito constituido, que deberá ser transferido al Ministerio de Justicia por el Juzgado de origen.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 010616, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.