



Roj: STSJ PV 4214/2013 - ECLI:ES:TSJPV:2013:4214
Id Cendoj: 48020330012013100871
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 482/2010
Nº de Resolución: 66/2013
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA
Tipo de Resolución: Sentencia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 482/2010**

DE Ordinario

SENTENCIA NÚMERO 66/2013

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En Bilbao, a cuatro de febrero de dos mil trece.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 482/2010 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 12-2-10 DEL ORGANISMO JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE ÁLAVA DESESTIMATORIA DE LA RECLAMACIÓN 304/07 CONTRA RESOLUCIÓN QUE APRUEBA LIQUIDACIONES PARA EJECUTAR LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS RELATIVA A RECUPERACIÓN DE AYUDAS DE ESTADO APLICADAS A AUTOLIQUIDAR EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. EJERCICIOS 1996 A 2005. j.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : COMERCIALIZADORA LA RIOJA ALTA S.L.U., representada por el Procurador D. ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA y dirigida por la Letrado D. IÑAKI ARMENDIA FERNÁNDEZ DE VIANA.

- **DEMANDADA** : DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, representada por la Procuradora D^a. MARÍA ASUNCIÓN LACHA OTAÑES y dirigida por el Letrado D. JESÚS MARÍA CIGANDA IRIARTE.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26-4-2010 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA, actuando en nombre y representación de COMERCIALIZADORA LA RIOJA ALTA S.L.U., interpuso recurso contencioso- administrativo contra el Acuerdo del Organismo Jurídico Administrativo de Álava de 12 de Febrero de 2.010, que desestimó la reclamación nº 304/2.007, seguida contra la Resolución del Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava número 1.947/2007, de 19 de Octubre, dictada en

ejecución de la Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2002/820/ CE, de 11 de Julio de 2.001, por la que se ordenaba recuperar las cantidades obtenidas a cuenta de la aplicación del crédito fiscal del 45 por 100 en la cuota del Impuesto sobre Sociedades prevista en la Disposición Adicional Undécima de la Norma Foral alavesa 33/1997, de 19 de Diciembre, y otras, con comunicación de diez liquidaciones resultantes por los ejercicios de 1.996 a 2.005, por importe a ingresar de 927.098,23 # de principal, más 49,856,45 # de intereses de demora; quedando registrado dicho recurso con el número 482/2010.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estime el recurso y se condene en costas a la demandada.

TERCERO .- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime el recurso y se condene en costas a la actora.

CUARTO.- Por Auto de 19-5-2011 se fijó como cuantía del presente recurso la de 976.954'68 #.

QUINTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEXTO .- Por resolución de fecha 28-1-2013 se señaló el pasado día 31-1-2013 para la votación y fallo del presente recurso.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se formula frente al Acuerdo del Organismo Jurídico Administrativo de Álava de 12 de Febrero de 2.010, que desestimó la reclamación nº 304/2.007, seguida contra la Resolución del Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava número 1.947/2007, de 19 de Octubre, dictada en ejecución de la Decisión de la Comisión de la Unión Europea 2002/820/ CE, de 11 de Julio de 2.001, por la que se ordenaba recuperar las cantidades obtenidas a cuenta de la aplicación del crédito fiscal del 45 por 100 en la cuota del Impuesto sobre Sociedades prevista en la Disposición Adicional Undécima de la Norma Foral alavesa 33/1997, de 19 de Diciembre, y otras, con comunicación de diez liquidaciones resultantes por los ejercicios de 1.996 a 2.005, por importe a ingresar de **927.098,23 Euros** de principal, más **49,856,45 Euros** de intereses de demora.

El recurso jurisdiccional, tras los antecedentes a que se irá haciendo ocasional alusión, se articula en función de dos diferentes grupos de planteamientos impugnatorios que han necesariamente de sintetizarse:

-El primero se centra en el Acuerdo del O.J.A.A combatido, al que se reprocha **incongruencia omisiva y falta de motivación**, en tanto no resolvería la plenitud de cuestiones suscitadas en vía económico-administrativa. Se viene a recoger en esta división del escrito alegatorio principal que el citado organismo se remite a la motivación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 9 de Setiembre de 2.009 en asunto T-227/01 y acumulados, cuando dicha sentencia resuelve un litigio entre la DFA y la Comisión europea, en el que los beneficiarios no han podido intervenir, siendo su interés distinto, y cuando ni la Decisión de la Comisión ni la Sentencia excluyen la posibilidad de que el crédito fiscal se considere total o parcialmente compatible con el mercado común en función del caso concreto: siguen diversas citas jurisprudenciales sobre la incongruencia y deber de motivación, concluyendo en que el Acuerdo infringe los artículos 244.2 y 221.1 de la Norma Foral General Tributaria .

-Los siguientes apartados se centran sucesivamente, en la inexistencia de "ayuda de Estado" (II), con diversas subdivisiones argumentales y tratamientos, con referencia todavía, al parecer, a las cuestiones planteadas en vía económico-administrativa; se aborda luego el deber de motivación de la Comisión y de la Dirección General de Hacienda de la DFA (III); continuando la exposición de la vulneración de los principios generales de Derecho comunitario, referidos a "confianza legítima y seguridad jurídica", "buena fe" "respeto de los derechos de defensa" y "proporcionalidad", en desarrollo conducente a justificar la falta de respuesta del órgano de revisión económico-administrativo del territorio foral alavés.

-Luego, ya en otra dimensión centrada en la actividad administrativa interna de recuperación de las ayudas, en el apartado V se acomete el planteamiento de parte acerca de la **"nulidad del procedimiento de recuperación"**. Se defiende la perspectiva de que el acto administrativo de concesión del crédito fiscal del 45 por 100 no ha sido anulado, limitándose la Decisión de la Comisión a "declarar la ilegalidad de la Norma

Foral 33/1.997" pero no aquel acto ni las Órdenes Forales que lo concretaron, que devinieron firmes, por lo que mientras no sean objeto de revisión seguirán produciendo efectos conforme a la doctrina emanada del artículo 73 LJCA y de la jurisprudencia constitucional, - STC 45/1.989, de 20 de Febrero -, y ordinaria. El procedimiento de revisión y su necesidad han sido reconocidos por la DFA y la propia Comisión (se citan particulares de la demanda interpuesta contra el Reino de España) y los dictámenes del Consejo de Estado alegados han incidido en que la vulneración del artículo 88 TCE no implicaría la nulidad de pleno derecho, sugiriendo la declaración de lesividad de actos anulables lo, que según la Comisión, dificultaría enormemente la recuperación, indicando otras vías o la necesidad de modificarlos, mientras que la Sentencia del TJCE de 14 de Diciembre de 2.006 condena al Estado español sin pronunciarse sobre cuál debe ser el procedimiento interno y, tras haber defendido la DFA el procedimiento del artículo 225 NFGT, la Resolución de recuperación excluye los procedimientos tributarios y se basa en la Norma Foral 53/92, de 18 de Diciembre, de Régimen Económico y Presupuestario de Álava, y el O.J.A.A reconoce la inexistencia de un procedimiento reglado para ejecutar tales decisiones y justifica en ella la validez de dicha resolución, en quiebra del principio de legalidad. Frente a ello mantiene que debe seguirse un procedimiento tributario por no haber perdido el crédito fiscal dicha calificación, debiendo ser alguno de los dispuestos por los artículos 224 y 225 de la Norma Foral General Tributaria , por lo que, se concluye, la ejecución de la Decisión ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, siendo por ello nula de pleno derecho.

-Añadidamente, se invoca la **prescripción de los derechos de la Hacienda Foral de Alava** . (Apartado VI).

Argumenta básicamente la representación de "*Comercializadora La Rioja Alta, S.I.U*" que el crédito fiscal no ha perdido su calificación tributaria, siendo por ello de cuatro años el plazo de prescripción del artículo 65 de la N.F General Tributaria , e igualmente el de la N.F 53/1.992, que no ha sido interrumpido por falta de conocimiento formal de ninguna acción administrativa por parte de la Hacienda Foral ni de la Comisión. Se alude al plazo de 10 años del artículo 15 del Reglamento CEE 659/1.999 , del Consejo, de 22 de Marzo, que debe entenderse aplicable a las relaciones Comisión/Estados y no a los procedimientos de éste contra los administrados.

-Tras otra división de los fundamentos, (VII), destinada a poner de manifiesto los principios del derecho interno vulnerados, se aborda en el capítulo VIII el tema de la legitimación de la sociedad actora para interponer recurso de anulación contra la Decisión de la Comisión europea, sosteniendo que no concurre tal atributo, y parece deducir del referido Reglamento/CEE nº 659/1.999 y de la jurisprudencia comunitaria, -especialmente del Auto de 10 de marzo de 2.005 del TPI-, que no puede oponérsele el carácter definitivo de la Decisión cuando impugna la misma ante el juez nacional, lo que reconduce a los planteamientos de los apartados II y III.1 de su recurso.

Se opone al recurso la representación de la Diputación Foral de Álava, que examina primero los antecedentes procedimentales desde la incoación del procedimiento del artículo 88.2 TCEE en 1.999, así como recapitula normativa y doctrinalmente el concepto de ayuda de Estado en el ámbito comunitario, y la normativa de las Comunidades Europeas en relación con la recuperación de ayudas declaradas ilegales, constituida fundamentalmente por el Reglamento del Consejo 659/1999, de 22 de marzo. Repara después en los pronunciamientos y jurisprudencia en relación con los principios de seguridad y confianza legítima, que en particular refiere el contenido de la propia Decisión de la Comisión y de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la UE de 14 de Enero de 2.006 .

En contestación a las concretas alegaciones realizadas por la actora, expone:

1.- Que el OJAA no ha debido pronunciarse, y menos contradecir, aspectos referidos la falta de motivación de la Decisión comunitaria ni de las Sentencias recaídas en ese ámbito sobre la declaración de "*ayuda de Estado*" y su recuperación, ratificadas, en cuanto a su inmediatez, por la citada del TJCE de 14 de Enero de 2.006 , y en cuanto a su naturaleza, por la de 9 de Setiembre de 2.009 del TPI, ni cabe por ello tener por nulo el acuerdo por causa de incongruencia y falta de motivación en la medida en que hace remisión a dichas decisiones y pronunciamientos de las instituciones comunitarias.

2.- Queda fuera de toda duda la legitimación de la Diputación Foral puesto que si bien las decisiones, por la naturaleza de la propia Comunidad Europea, se refieren a España en cuanto a tal, ésta en orden a tal recuperación, no se identifica con el Estado, entendiendo como Administración estatal, sino con la Administración Foral otorgante de las ayudas, por otra parte, la Diputación Foral de Álava fue la interlocutora ante los funcionarios y autoridades comunitarias a lo largo de todo el procedimiento.

3.- Sobre la naturaleza de las cantidades exigidas, aunque tuvieran su origen en un beneficio fiscal, tras ser declaradas ayudas incompatibles con el mercado común, han sufrido una novación radical y no se exigen como cuotas tributarias derivadas de créditos fiscales anulados, sino como tales ayudas ilegales según el Derecho comunitario.

4.- Se remite al Acuerdo recurrido respecto a que no se cumplen las condiciones establecidas para la apreciación de una vulneración del principio de seguridad jurídica y confianza legítima; además no se puede negar de contrario que se tenía pleno conocimiento del procedimiento instruido por la Comisión Europea en orden a la declaración de los beneficios fiscales como ayudas ilegales, de la Decisión Final adoptada y de las actuaciones posteriores.

5.- Tampoco resulta admisible que el procedimiento a seguir para la recuperación deba partir de la declaración de nulidad de pleno derecho, y se invoca, respecto de un supuesto similar, y de múltiples cuestiones ahora planteadas, la Sentencia del TSJ de Navarra de 4 de Mayo de 2.005 . (JT. 858).

Finalmente se argumenta que no procede utilizar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración de los artículos 139 y siguientes LRJ-PAC .

SEGUNDO.- La coincidencia plena de las fundamentaciones y del supuesto de hecho del presente asunto con el decidido en el R.C- A nº 483/2.010, mediante Sentencia de esta Sala y Sección de 21 de Noviembre de 2.011 , nos lleva a remitirnos a ella y reproducir ahora el fundamento íntegro de dicha Sentencia, que es del siguiente tenor:

"En respuesta a dichos interrogantes, tomamos como premisa introductoria el esquema adaptado de las consideraciones que esta Sala ya hizo, inicialmente, en la Sentencia de 27 de Diciembre de 2.010, RCA nº 1.575/2.008 y sus acumulados, acerca de que el proceso tiene como base los términos siguientes, indiscutidos y reflejados en los distintos documentos que forman los expedientes administrativos:

En diversas Normas Forales alavesas sucesivas, 22/1.994, de 20 de Diciembre; 33/1.995, de 20 de Diciembre, 31/1.996, de 18 de Diciembre; y posteriormente, en la Norma Foral 33/1.997, de 19 de Diciembre, y 36/1.998, de 17 de Diciembre, se crearon y prorrogaron ayudas consistentes en un crédito fiscal del 45% del importe de las inversiones aplicable a la cuota del impuesto personal a pagar por el destinatario.

Tras la denuncia de determinadas organizaciones, y por la información recabada, la Comisión de las Comunidades Europeas, inicia en el año 1.999 el procedimiento previsto en el entonces numerado como artículo 88.2 del Tratado por considerar los beneficios fiscales expresados como ayudas de Estado; procedimiento que concluye con la Decisión de la Comisión Europea 2002/820/CE , de 11 de Julio de 2.001 que tras calificar como ayudas de Estado contrarias al Tratado aquellas medidas de bonificación impositiva, acuerda que debe procederse por las autoridades españolas, según los procedimientos internos que procedan, a recuperar las cantidades correspondientes.

Esta Decisión, -confirmado su incumplimiento por Sentencia de 14 de Diciembre de 2.006 del TJCE , (folios 185 a 196 del expediente)-, fue objeto de recurso de anulación ante el TPI en asuntos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, desestimándose todos ellos en Sentencia de 9 de Septiembre de 2.009 , (folios 199 a 247), resultando posteriormente recurrida en casación, también desestimada al día de la fecha por la Sentencia del TJUE de 28 de Julio de 2.011 . (Referencia TJCE 239/2.011).

La parte recurrente conoció el procedimiento de la Comisión y no compareció como parte interesada, no la recurrió ante el tribunal ni instó ante él la suspensión de la misma.

Con posteridad, la Comisión realiza diversos requerimientos exigiendo la recuperación de las ayudas sin demora, apercibiendo de la imposición de sanciones en caso contrario.

En cumplimiento obligado y ejecutivo de la Decisión de la Comisión Europea, el Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Álava en fecha 19 de Octubre de 2.007 dicta resolución para la recuperación de las ayudas disfrutadas en los ejercicios 1.999 a 2.004 en aplicación de los beneficios fiscales establecidos en aquellas Normas Forales, con base en la Norma Foral 53/1992, de 18 de diciembre de Régimen Económico y Presupuestario del Territorio Histórico de Álava se exige el pago de suma, con intereses demora, según lo establecido en el artículo 14 del Reglamento (CE) 794/2004, de 21 de abril de 2.004, de la Comisión Europea.

Lo expuesto sitúa, *prima facie* , los actos de recuperación de ayudas discutidos en el ámbito de la ejecución de una decisión comunitaria definitiva, ejecutiva y firme y, por tanto, -como seguidamente examinaremos al filo de las pretensiones impugnatorias de la sociedad mercantil recurrente en este litigio-,

vinculante para la jurisdicción interna, cuyo obligado cumplimiento por España, como Estado miembro implicado, se ha visto expresamente refrendado por las Sentencias de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, en sus diversos grados e instancias, y directamente exigido por la Comisión Europea.

El TJCE ha sostenido en varias ocasiones que el objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda, subrayando que la recuperación no constituye una sanción, sino la consecuencia lógica de la ilegalidad de la ayuda (Asunto C-75/97 Bélgica contra Comisión y C-183/91 Comisión contra Grecia).

Las normas básicas sobre las recuperaciones de ayudas ilegales constan en el Reglamento (CE) 659/1999, Reglamento de procedimiento; y en el Reglamento (CE) 794/2004, Reglamento de aplicación.

El artículo 14, apartado 1, del Reglamento de procedimiento establece la obligación de la Comisión de ordenar la recuperación de la ayuda ilegal e incompatible a menos que ello sea contrario a un principio general del Derecho comunitario. Dicho artículo dispone también que el Estado miembro afectado adopte todas las medidas necesarias para recuperar la ayuda ilegal que se considere incompatible. El apartado 2, señala que se debe recuperar la ayuda, incluidos los intereses desde la fecha en la que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación efectiva; el Reglamento de aplicación regula los métodos que deberán utilizarse para el cálculo de los intereses de recuperación. Finalmente, el artículo 14, apartado 3, del Reglamento de procedimiento establece que esa, *"recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión"*.

En torno a la prescripción, el plazo establecido para la recuperación de las ayudas en el Reglamento ya mencionado es de diez años -Art. 15.1-, sin que pueda ser de aplicación el de cuatro años de la normativa foral interna. En el reglamento se prevén además los hitos y situaciones que cuentan con fuerza interruptiva de su cómputo.

Tras esa general descripción del ámbito en el que se producen los actos impugnados, comenzamos a dar respuesta a los motivos y cuestiones precisas que plantea la mercantil recurrente.

(TERCERO.-) Una primera incógnita se centra en la supuesta incongruencia y déficit motivador del Acuerdo del O.J.A.A, que lo que implica realmente es la aspiración de la reclamante de impugnar ante dicho organismo de la Administración tributaria foral la Decisión comunitaria misma, y el rechazo de aquel con respecto a ese examen que, a través de sus diferentes consideraciones, queda deferido a las Sentencias de los Tribunales de la UE, apreciando el O.J.A.A que la Resolución en sí no vulnera derecho interno ni comunitario. La noción nuclear empleada, -Fundamento de Derecho Primero, es que aun mediante una Cuestión Prejudicial, y fuese cual fuese su respuesta, *"la estimación de la presente reclamación siempre estaría condicionada a la validez de la Decisión, invalidez que, en último término, depende del propio Tribunal, como consecuencia del recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Álava"*.

Presupuesto esto último, la crucial tesis de incongruencia que se formula en contra de dicho Acuerdo de 12 de Febrero de 2.010, no va a llevar en el caso a ninguna consecuencia efectiva sobre la suerte de este proceso, en función de lo que sigue:

-Este orden jurisdiccional revisor lo es en el sentido que se ha venido decantado desde la Exposición de Motivos de la ya remota y derogada Ley de 27 de Diciembre de 1.956, cuando rechazó que este recurso fuese un *"proceso al acto"* administrativo o un a modo de Recurso de Alzada en vía jurisdiccional.

Como dijo la STS de 31 de marzo de 1.997 , entre otras, (RJ. 2.439), *"...es necesario tener en cuenta que la naturaleza revisora de esta Jurisdicción exige, como presupuesto procesal, la existencia de un acto expreso, o de una presunción o ficción de acto, emanado o relacionado con el ejercicio de potestades administrativas de cualquier ente que merezca la calificación de Administración Pública o pertenezca a alguna de las mencionadas en el apartado 2.º del art. 1.º de su Ley reguladora, con el aditamento de la Administración autonómica - art. 1.º de la Ley 34/1981, de 5 octubre - ya establecido por el art. 153, c) de la Constitución . Así lo recogió la luminosa Exposición de Motivos de la citada Ley -la de 27 diciembre 1956, se entiende en sus apartados II.2) y IV.2). Pero **no es el contenido de ese acto el que determina la extensión y límites de esta Jurisdicción, sino las peticiones hechas en la demanda en relación con el acto de que se trate, que son las que acotan, cuantitativa y cualitativamente, el contenido de la pretensión impugnatoria, conforme se desprende del art. 1.1 de la Ley al configurar como objeto del proceso no el acto en sí, sino las pretensiones que en relación al mismo se deduzcan. En este sentido, una consolidada Jurisprudencia de esta Sala, concretada, entre muchas más, en las -Sentencias de 12 junio 1989***

, 29 noviembre 1996 (R.J. 8490), 6 febrero 1997 (R.J. 781) y demás en ellas citadas - tiene declarado que, una vez producido el acto, cualesquiera fueren sus pronunciamientos, inclusive los meramente procedimentales o interlocutorios, **quedan abiertas en su plenitud las facultades para el enjuiciamiento de todas las cuestiones planteadas**, sin que al contenido del acto impugnado pueda dársele la relevancia de condicionar el ámbito en que pueda desenvolverse la potestad jurisdiccional, puesto que ello equivaldría a que quedara al arbitrio de la Administración la posibilidad de limitar, demorar o incluso impedir el ejercicio de aquella potestad respecto de la actividad cuyo control le atribuye, precisamente, el art. 106 de la Constitución. *Lo único que la expresada naturaleza revisora precisa es que la Administración, -y en su caso la Sala- haya tenido la oportunidad de resolver sobre las cuestiones planteadas por haber, a su vez, dispuesto de los elementos de juicio necesarios para hacerlo*".

-Y trasladada esa doctrina a los planteamientos de estos autos, significa tanto como que lo que debe ahora prevalecer no es la determinación de si el órgano foral de reclamación ha incurrido en un defecto procedimental en la formulación del acuerdo, (lo que no resultando en modo alguno evidente, dista de provocar consecuencia alguna sobre la posibilidad de plena defensa en el proceso al punto de que los pedimentos no se limitan finalmente a la invalidez radical o no del mismo Acuerdo), sino la cuestión de fondo misma que la actora autónomamente deja replanteada en el proceso, que es la de si la jurisdicción interna debe revisar en el presente caso la Decisión de la Comisión Europea de cuya ejecución se trata en la Resolución de la Dirección de Hacienda 1.948/2.007, del 19 de Octubre, que es la directamente impugnada en el proceso, pues, de ser de otro modo, el contenido de este proceso se agotaría -en claro perjuicio de la posición del litigante activo-, en la mera constatación de que el Organismo de Álava, como cualquier instancia revisora de actuaciones administrativas, no debe seguir el guion ciego y temario inevitable que en cada caso le propongan las partes, al margen de cuales sean los límites intrínsecos y extrínsecos de sus facultades revisoras, ni debe examinar y decidir, so capa de incongruencia, las actuaciones o decisiones ajenas al cometido que le da razón de ser, refutando a Tribunales comunitarios europeos o sustituyendo sus pronunciamientos sin la menor competencia ni atribución para ello.

En función de lo anterior lo que prioritariamente requiere de esclarecimiento es si procede enjuiciar en sede de la jurisdicción interna los puntos que la recurrente orienta a la desautorización de la Decisión de la Comisión Europea de 11 de Julio de 2.001, (folios 165 y siguientes del expediente), como base de su imposibilidad de ejecución por la Hacienda alavesa, y que viene primeramente a proclamar frente a aquella que no se dan las notas definitorias de la Ayuda de Estado a través de los parámetros que la actora identifica, (*transferencia de fondos estatales, afectación a los intercambios comerciales entre Estados miembros, favorecimiento de determinadas empresas o producciones*, etc....) o sobre la motivación que la actividad de la Comisión contiene. -Apartado III.1-, páginas 22 a 24-, lo que se extiende asimismo a las impugnaciones del apartado IV, (páginas 26 a 47), referidas a cuantas vulneraciones de los principios del Derecho comunitario considera producidas la parte actora en el procedimiento comunitario que se plasma en la referida Decisión.

A este aspecto fundamental nos vamos a referir seguidamente.

(CUARTO .-) La premisa mayor, -obvia, pero que no parece ser debidamente considerada por la mercantil recurrente-, es que la jurisdicción administrativa nacional de los Estados miembros de la UE es manifiestamente incompetente para confirmar o anular los actos, disposiciones y actuaciones de los poderes e instituciones comunitarias, ya provengan de su Comisión o de los órganos jurisdiccionales de los que Unión se dota. Basta para verificarlo en el caso del Reino de España con acudir al artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor; " En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas Españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las Leyes". Tampoco el Tratado de la UE les reserva la menor facultad revisora o enjuiciadora de las actuaciones comunitarias.

Ciertamente no ha llegado a pretender la recurrente la anulación o revocación de ninguna Decisión ni Sentencia comunitaria en sentido de directa y efectiva interferencia en la actividad de tales instituciones, sino que el objeto explícito e inmediato de sus pretensiones anulatorias sería el acuerdo del O.J.A.A y "*la Resolución de Ejecución de la Decisión*" emanada de la Diputación Foral de Álava, no obstante lo cual el fundamento mediato o indirecto de su pedimento radicaría en las infracciones de procedimiento y fondo en que las instituciones europeas habrían incurrido, y para apreciar la justificación que el litigante asigna a su acción impugnatoria hay que remitirse a la parte última de su escrito de demanda (ya citado Apartado VIII), en que la sustenta en su pretendida falta de legitimación para interponer el Recurso de Anulación ante el

Tribunal de Primera Instancia de la UE, de la que resultaría, como reverso, la viabilidad de impugnarla ante los Tribunales internos.

Así enunciada la posibilidad de excepcionar en esta vía contencioso-administrativa interna contra la legalidad de la Decisión, merecería un rotundo y pronto rechazo por simplemente absurda, pues carece de todo sentido que un sistema de legitimación procesal deniegue *en todo caso* esa facultad litigatoria por vía de acción a determinados sujetos por los cauces y ante los órganos jurisdiccionales llamados a enjuiciar, y la reconozca, en cambio, ante los que no lo están, por vía de excepción ejecutiva.

En principio, la legitimación para promover el Recurso de Anulación está contemplada actualmente por el Artículo 263 del vigente Tratado de Funcionamiento de la U.E, (antiguo artículo 230 TCE) conforme al cual, *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros."*

Según él, *"Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o **que la afecten directa e individualmente** y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución."*

La exclusión en este caso de legitimación propia que la parte actora sostiene, no queda suficientemente explicada por esa formulación, ni por las previsiones alegadamente restrictivas que el Reglamento 659/1.999, establecería en su artículo 16 , más bien referidas a la intervención en los procedimientos seguidos por ayudas estatales, y no atinentes, por tanto, a la legitimación procesal definida en el Tratado.

Por lo demás, el Auto del TPI de 10 de Marzo de 2.005 que la recurrente invoca, está, según la perspectiva de esta Sala, lejos de referirse a un supuesto como el presente y de reconocer legitimación para impugnar la legalidad de las Decisiones ente los Tribunales nacionales a quienes el artículo 230, (hoy 263), se la deniega.

Se basa, en cambio, en el supuesto de empresas demandantes que no justifican ante el TPI *" un interés vigente y actual"* en que se anule la Decisión impugnada, *"en la medida en que, en el presente caso, tan sólo una futura e incierta Decisión de la Comisión que cuestionara la decisión de ejecución de la República Italiana podría influir en la situación jurídica de dichas empresas."*

Es en ese supuesto, cuando, *"dado que las citadas empresas carecen de legitimación para instar la anulación de la Decisión impugnada) (...), dicha Decisión no puede vincular en principio al juez nacional, por lo que a ellas respecta. Por lo tanto, en el presente caso, las partes demandantes pueden interponer, llegado el caso, un recurso ante el juez nacional contra las posibles resoluciones de la Autoridad competente que les obliguen a devolver las ayudas en cuestión, así como invocar, ante dicho juez, por vía de excepción, la ilegalidad de la Decisión impugnada."*

Se precisa luego, que *"conviene señalar que, en la línea de la referida jurisprudencia, y conforme al principio de recta administración de la justicia, a los beneficiarios de un régimen de ayudas que no hayan impugnado directamente la Decisión de la Comisión dentro del plazo señalado no se les puede oponer que haya prescrito su derecho a invocar por vía de excepción la ilegalidad de dicha decisión ante el juez nacional, cuando, habida cuenta de las especiales circunstancias del caso de autos o de la complejidad de los criterios a los cuales la Decisión de la Comisión supeditaba la obligación de recuperación, la cuestión de si tales beneficiarios se hallaban o no obligados a devolver las citadas ayudas, en cumplimiento de la decisión de la Comisión, hubiera podido razonablemente suscitar algunas dudas en un primer momento, de forma que **no resultara manifiesto su interés** en ejercitar la acción contra la mencionada Decisión."*

Además, ***en el supuesto anteriormente citado*** , *la circunstancia de que la Decisión de la Comisión en la que se declare la incompatibilidad de un régimen de ayudas y se ordene, con sujeción a determinados requisitos, la recuperación de las ayudas concedidas haya sido objeto de un recurso de anulación o de varios recursos de anulación conexos ante el Tribunal de Primera Instancia no tiene entidad suficiente para menoscabar la tutela judicial efectiva de los beneficiarios del citado régimen, quienes, de la misma forma que las partes demandantes en el presente asunto , **no justifican un interés en ejercitar la acción debido a la decisión de las autoridades nacionales de excluirlos del procedimiento de recuperación.** En efecto,*

aunque dichos beneficiarios llegaran a ser objeto de una decisión de las autoridades nacionales que les obligara a devolver la ayuda recibida a raíz de un control de la Comisión, podrían, llegado el caso, interponer ante el juez nacional un recurso de anulación contra esa posible decisión nacional, así como invocar, por vía de excepción, la ilegalidad de la referida Decisión de la Comisión."

En ese caso, el juez nacional podría suspender el procedimiento, bien con el fin de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE sobre la validez de la referida Decisión de la Comisión, **bien, en aras de una recta administración de la justicia, a la espera de que se resolviera el fondo del asunto pendiente ante el juez comunitario** (véase, en este sentido, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio de 2002, B/Comisión, T- 34/02 R, Rec. pg. II-2803, apartado 92). Aunque el juez nacional llegara a comprobar que determinados motivos serios invocados por las partes demandantes en apoyo de su excepción de ilegalidad no se habían expuesto ante el Tribunal de Primera Instancia para fundamentar uno o varios de los referidos recursos de anulación, tendría en todo momento la posibilidad de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de apreciación de validez en relación con dichos motivos, de forma que las partes demandantes disfrutarían en cualquier caso de una tutela judicial plena y completa."

Desde la percepción de esta Sala, por tanto, lo que arbitra el Tribunal de Primera Instancia, para el devenir procesal futuro del asunto que examina, es un mecanismo subsidiario de garantía de tutela judicial efectiva que presupone, no que falte en abstracto la legitimación del recurrente ante el Tribunal comunitario para combatir la Decisión sobre ayudas, sino que por no ser apreciable en el momento el interés en hacerlo, y poder en cambio manifestarse más tarde, (por haber sido excluido y luego incluido en fase o a raíz del control de la ejecución realizada por la autoridad nacional, o porque la complejidad de los criterios de la Decisión para determinar la recuperación no hiciesen manifiesto aquel interés), el juez nacional no quedará vinculado a la Decisión de la Comisión respecto de los interesados implicados en tales casos y situaciones. Y hasta en esos supuestos, la opción conforme a la tutela judicial efectiva de los órganos jurisdiccionales internos podría ser la de suspender el procedimiento a la espera de la decisión del Tribunal comunitario, (ciclo que, como se ha visto, se ha completado ya en el presente caso), o, de apreciar *motivos serios no expuestos* por otros litigantes ante el TPI, suscitar la Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de justicia de la UE.

En suma, no comprueba esta Sala que en el presente caso concurren tales hipótesis y situaciones de conjunto que conduzcan a la desvinculación de esta Jurisdicción respecto de las claras y terminantes previsiones y criterios de la Decisión mediatamente examinada acerca de la determinación de los beneficiarios, ni acerca de que la sociedad mercantil recurrente resultase plenamente afectada por el procedimiento de recuperación de las ayudas disfrutadas tal y como la Administración Foral ha materializado ejecutivamente sin la menor controversia ni oposición de parte, y, en consecuencia, ha de rechazar el examen y replanteamiento prejudicial por vía de excepción de los argumentos, cuestiones y razones de Derecho comunitario sustancial y adjetivo que se esgrimen en contra de la validez de la referida actuación declarativa y recuperatoria de la Comisión Europea, estándose a su ejecutividad y firmeza.

(QUINTO.-) En cuanto a la forma de proceder para la recuperación, el Derecho comunitario no cierra la opción por el procedimiento que debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación, y sólo le exige el empleo del que permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión; es decir, se deja en manos de las autoridades nacionales la selección del procedimiento con la única condición de que garantice la ejecución inmediata, lo que descarta los procedimientos que puedan hacer imposible o excesivamente difícil la recuperación.

No cabe duda de que, entre todos los instrumentos de recuperación tipificados en el derecho nacional (cuya entrada en escena el Reglamento y la Decisión no descartan, pero tampoco requieren), uno de ellos podría ser el que determina la naturaleza de la medida que constituye la base de la concesión de la ayuda, de ser efectivo y producir un resultado concreto en términos de recuperación; pero ni los Reglamentos comunitarios ni la jurisprudencia que los aplica descartan procedimientos distintos (y hasta atípicos), cuando son ellos los que garantizan la recuperación inmediata y efectiva.

Baste considerar que la expresión que se maneja es, textualmente, "**con arreglo a los procedimientos de Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva**". (foliodel expediente). La utilización del procedimiento nacional queda, por tanto, condicionada a la efectividad e inmediatez de su resultado, y ello, por la fuerza y primacía del derecho comunitario.

Desde esta paladina constatación carecen de toda trascendencia y viabilidad las prolijas consideraciones procedimentales que la parte recurrente suscita en el presente caso desde una lógica

artificiosa y ajena a las verdaderas coordinadas en que esa determinación comunitaria a favor del restablecimiento de la competencia se plasma. Y ello, por más que las opciones procedimentales más complejas del derecho interno hayan sido también abanderadas, discutidas y contradichas, como litigantes en los procesos comunitarios, por la misma DFA y la Comisión europea, en el ejercicio de su legítima actividad procesal en defensa o ataque de las disposiciones tributarias cuestionadas, pues nunca esa toma de posición *parcial* podría enervar ni ser contrapuesta a su actividad de ejecución, debida y preordenada por la normativa comunitaria y bajo directriz de sus instituciones, a título de sometimiento al principio de los *actos propios*.

En este caso, la Diputación Foral ha acudido, con plena coherencia y acomodación a las exigencias del derecho comunitario, a un procedimiento interno de garantías básicas y con grandes rasgos de coincidencia y asimilación, como es el dispuesto por la Norma Foral 53/1992 de 18 de diciembre, de Régimen Económico y Presupuestario del Territorio Histórico de Álava, y mediante su motivada resolución exige un ingreso público que la normativa tributaria ilegal impidió en su momento recaudar; la liquidación y su carta de pago se notifican a los interesados con ofrecimiento de recurso, descartando cualquier atisbo de menoscabo en la defensa de los intereses de las sociedades afectadas, permitiendo por el contrario la recuperación de la ayuda de forma inmediata y efectiva como obliga el Reglamento comunitario, de tal forma que, de considerar esta Sala que la orden de recuperación impugnada debió estar precedida de un procedimiento específico, anulando la ejecución de la Decisión comunitaria y ordenando la retroacción de actuaciones, solo tendría como efecto una demora en la ejecución, manifiestamente proscrita por el artículo 14.3 del Reglamento/CEE 659/1999 .

La sociedad mercantil recurrente presupone en cambio, y sin verdadera justificación, que resultaba imprescindible hacer aplicación de los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho o de lesividad de los artículos 102 y 103 LRJ-PAC o concordantes de la LGT y Norma Foral General Tributaria 6/2.005, pero ya hemos visto que tan enervante y elusiva tesis carece de todo predicamento, no solo por lo que contradice las previsiones normativas comunitarias de eficacia que acaban de exponerse, sino porque el presupuesto de hecho de la aplicabilidad de tales procedimientos nada tiene que ver con la causa del expediente de recuperación, que no pasa en modo alguno por una previa declaración de nulidad de acto administrativo alguno declarativo o de reconocimiento y concesión de un régimen de ayudas, en base a causas de derecho administrativo interno, - artículo 62.1. LPAC o concordantes de la legislación tributaria común o foral-, que no se predica ni sustenta, sino que es una acción ejecutiva y autónoma nacida de decisiones de autoridades e instituciones comunitarias que no se centran ni detienen en el contenido y validez de tales actuaciones conforme al derecho procedimental interno, ni en la adopción de decisiones internas ilegales y lesivas.

Lo que parecería derivarse de la perspectiva actora es que las decisiones comunitarias ejecutivas constituyen simples recomendaciones para que las ayudas se revisen en el marco de los propios procedimientos por los órganos competentes del Estado miembro, como si las concesiones o reconocimientos hubiesen incurrido en una infracción que les privase de validez, pero ese enfoque no tiene base alguna. Más allá de que las Administraciones concernidas decidiesen *per se* acometer tales dilatados procedimientos, (y no seguramente por contradicción con el derecho interno, sino con el Derecho comunitario), el título del que surge el crédito contra los beneficiarios privados no es el derivado de la ejecución de una hipotética declaración de invalidez o de lesividad del acto de otorgamiento de la ayuda fiscal, sino el de un imperativo comunitario de reintegro de ayudas económicas selectivas que no tiene parangón en derecho interno y que no requiere ser recepcionado y adaptado a sus procedimientos y figuras procedimentales arquetípicas y estandarizadas, más allá del eventual empleo instrumental de alguna de éstas, siempre orientada y condicionada por el imperativo de una inmediata y efectiva reintegración que restablezca las condiciones de competencia en el mercado.

En suma, no se predica ni la nulidad de pleno derecho de los actos de reconocimiento ni de las Ordenes Forales de aplicación, ni la lesividad para la Administración foral del otorgamiento de la exención, por lo que las figuras previstas por los artículos 224 y 225 de la N.F 6/2.005, de 28 de Febrero, están plenamente fuera de contexto y todo lo que ocurre es que, por razón de primacía del Derecho comunitario de la competencia, los efectos económicos derivados de aquellas concesiones de ayudas tributarias han de ser revertidos obligatoriamente por parte del Estado miembro bajo el impulso y la dirección coercitiva de las instituciones comunitarias. Sean los que sean los modos en que las exigencias de celeridad y eficacia se traduzcan en el ámbito interno, en modo alguno se trata, -se insiste-, de declarar la nulidad o la lesividad, (por causas muy seguramente inaplicables de acuerdo con los supuestos y configuración interna de dichos procedimientos), pues la Decisión y la orden de recuperación no presuponen, contemplan ni implican tal invalidez radical ni tal lesividad.

(SEXTO.-) En torno a la alegación de prescripción, el plazo establecido para la recuperación de las ayudas en el Reglamento mencionado es, como se ha dicho, de diez años -Art. 15.1-, y en él se prevén además los hitos y situaciones que cuentan con fuerza interruptiva de su cómputo.

Ha sostenido la representación de "(...)" que el crédito fiscal no ha perdido su calificación tributaria, siendo, por ello, de cuatro años el plazo de prescripción del artículo 65 de la N.F General Tributaria , e igualmente el de la N.F 53/1.992, que no ha sido interrumpido por falta de conocimiento formal de ninguna acción administrativa por parte de la Hacienda Foral ni de la Comisión.

Nos bastará sin embargo con remitirnos a lo anterior, y reiterar que la perspectiva y paradigma desde el que la restitución de las ayudas es exigida no corresponde configurarlo al régimen jurídico interno, ni el agotamiento de la acción restablecedora de la legalidad tributaria propia del Estado miembro que otorga aquellas puede ser relevante, ni, por ende, la prescripción de que se trata es la regida por la Norma Foral General Tributaria de Álava, u otras disposiciones comunes o forales del Reino de España. Podrán acaso concurrir facetas en que subsistan o hayan prescrito las acciones en poder de la Administración tributaria, de cara a regularizar, liquidar, inspeccionar o recaudar los tributos sobre los que las ayuda contrarias al mercado común recaían, pero la acción de recuperación que la Resolución recurrida materializa no se identifica con ellas ni se amolda al régimen tributario interno específico.

Por tanto, no cabe discriminar el plazo de 10 años del artículo 15 del Reglamento CEE 659/1.999 , del Consejo, de 22 de Marzo, como aplicable tan solo a las relaciones Comisión/Estados y no a los procedimientos de éste contra los administrados, pues se trata de un procedimiento único e indiferenciado de índole comunitaria en el que no cabe hablar de unas actuaciones con exclusiva dimensión interna, autónoma y autorregulada por las disposiciones tributarias propias, o por otras categorías y figuras de ellas, según el Derecho propio del Estado.

El Reglamento del Consejo 659/1.999, no impone ningún otro condicionante específico para la interrupción, tal como el del "*conocimiento formal del sujeto pasivo*", siquiera entendido al uso del derecho tributario interno.

(SÉPTIMO.-) Con lo anterior da esta Sala por agotado el examen de cuestiones litigiosas susceptibles de acometimiento y resolución separada en contra del Acuerdo económico-administrativo y de la Resolución de la Hacienda Alavesa combatida en este proceso, pues si bien, como más arriba se reflejaba, dedica la demandante un extenso apartado de sus fundamentaciones jurídicas, -VII-, a someter tales actuaciones a la perspectiva crítica de los principios del Derecho interno, (incluso en clave constitucional), que se tienen por vulnerados o ignorados, el enunciado de todos ellos resulta revelador de que aparecen como simple proyección mimética de los principios generales y comunes tanto del Derecho europeo como interno, ahora centrada en la actividad ejecutoria desplegada por la autoridad administrativa interna en cumplimiento de las decisiones de las instituciones comunitarias, pero cuya incidencia sobre el supuesto de estos autos ha sido ya descartada por las Resoluciones judiciales recaídas en el ámbito comunitario, (proporcionalidad, confianza legítima, etc...), tal y como muestra la documentación reunida en el expediente, y que en su contemplación meramente reversible supondrían la puesta en cuestión de la primacía del derecho comunitario europeo aplicado para someterlo en cada caso a un filtro reduplicado de interpretaciones obstaculizadoras de su eficacia.

En todo caso, el elenco de principios planteados concluye con alusión al de "*responsabilidad de los poderes públicos*" con invocación última de las acciones de responsabilidad sustentables en el artículo 139 LPAC , que la parte actora dice reservarse, con lo que no procede entrar tampoco en el examen de los argumentos sobre su improcedencia que la representación procesal de la Administración demandada deja esbozados en su contestación a los folios 239 y 240 de los autos." (Aquí 183-184).

TERCERO.- En definitiva, el recurso ha de ser desestimado, y confirmados la resolución y acuerdo que se combaten, sin hacerse una especial imposición de costas. - Artículo 139.1 LJCA , en redacción transitoria de Ley 37/2.011, de 10 de Octubre-.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la sala emite el siguiente

FALLO

QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE "COMERCIALIZADORA LA RIOJA ALTA, S.L.U", CONTRA

ACUERDO DEL ORGANISMO JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE ÁLAVA DE 12 DE FEBRERO DE 2.010, DESESTIMATORIO DE LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA Nº 304/2.007, INTERPUESTA FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR DE HACIENDA DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA NÚMERO 1.947/2007, DE 19 DE OCTUBRE, QUE CONFIRMAMOS, SIN ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS.

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 **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4697 0000 93 0482 10, de 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.

VOTO PARTICULAR

que en el Recurso Ordinario nº 482/2010 emite el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

Considero que los argumentos que debieran utilizarse para resolver el recurso no son los que ha asumido la mayoría de los integrantes de la Sala y sí los que a continuación, por su orden, expongo.

PRIMERO.- El proceso se plantea en los términos siguientes, indiscutidos y reflejados en los distintos documentos que forman los expedientes administrativos.

La Norma Foral del Territorio Histórico creó un beneficio fiscal del que la recurrente se benefició. La demandada ha procedido a reclamarle la devolución de las cantidades aplicadas. Esta exigencia aparece motivada en la Decisión-Comisión Europea C (2001) 1759 final, de 11 de julio de 2001, que tras calificar como ayudas de Estado contrarias al Tratado aquellos créditos fiscales acuerda que debe procederse por las autoridades españolas, *según los procedimientos internos que procedan* -hay un claro reenvío a las normas procedimentales internas que correspondan-, a recuperar las cantidades correspondientes. Esta Decisión se encuentra sometida a recurso de anulación ante el Tribunal Europeo de Primera Instancia, y en relación con ella constan Sentencias del Tribunal de Justicia en los que se desestiman recursos similares, otros por infracción y otro grupo por incumplimiento.

La demandada actúa pues como mera ejecutora de una resolución impugnada carente de efectos suspensivos ante la Jurisdicción Europea, por ello, el primer importante deslinde del asunto consiste en que la Sala no puede analizar el título de ejecución toda vez que compete a la Justicia Comunitaria y, lógicamente, además de esto, no puede convertirse en revisora de la jurisprudencia comunitaria ya consolidada y a la que vamos a referirnos. Nuestro enjuiciamiento se limitará a las actuaciones administrativas que, como hemos visto, aplicando el Derecho Interno, deban actuarse, concretamente en este momento a la competencia y al procedimiento.

Las resoluciones que se impugnan son coincidentes en la forma y procedimiento seguido, y se limitan a recordar el texto de lo acordado por la Comisión y a la obligación de recuperar las ayudas, pero sin utilizar un procedimiento específico para ello, en concreto llama la atención que no se haya acudido a las normas tributarias.

Dicho esto, la Sala no se encuentra vinculada al orden en que las partes formulan sus argumentos y pretensiones; en este sentido el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia nº 67-1993, nos dice que:

"... la congruencia exigida por la Ley no conlleva un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la Sentencia con el esquema discursivo de los escritos forenses (demanda, contestación, recursos o alegaciones en general) donde se contienen las argumentaciones respectivas. Tampoco exige una subordinación del fallo o parte dispositiva a la formulación de las peticiones contradictorias de los litigantes"

Partiendo de tal premisa, son las alusiones a la seguridad jurídica, a la prescripción y a la ausencia de motivación suficiente en las resoluciones que plantea la actora, las que integradas implican que no se ha seguido el procedimiento administrativo que correspondía y que, la actora, considera que es de naturaleza tributaria, bien la revisión extraordinaria bien el que proceda, de poderse encuadrar en más de uno la recuperación pretendida.

Para saber cómo se ha de formalizar la devolución, qué trámite procedimental ha de seguirse, hemos de acudir necesariamente a la propia Decisión, a Sentencias varias del Tribunal de Justicia y al Reglamento CE 794-2001 de 21 de abril. Todos ellos coinciden en que la falta de previsiones normativas comunitarias implican que se ha de utilizar el procedimiento previsto por el Derecho Interno de cada Estado. Conviene, empero, recordar algunos aspectos resultantes de la jurisprudencia comunitaria en tanto en cuanto presentan relevancia en el caso.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Segunda, en la Sentencia de 14 Dic. 2006, rec. C-485/2003 , recoge lo siguiente:

"Dado que el artículo 88 CE , apartado 2, párrafo segundo, no prevé una fase administrativa previa, a diferencia del artículo 226 CE , y que, por consiguiente, la Comisión no emite un dictamen motivado que imponga un plazo a los Estados miembros para cumplir su decisión, el plazo de referencia para la aplicación de la primera disposición citada sólo puede ser el señalado en la decisión cuyo incumplimiento se discute o, en su caso, el señalado posteriormente por la Comisión (sentencias de 3 de julio de 2001 , Comisión/Bélgica, C-378/98, Rec. p. I- 5107, apartado 26 , y de 1 de abril de 2004 , Comisión/Italia, C-99/02 , Rec. p. I-3353, apartado 24).

...

Se deduce de los puntos 7 y siguientes de las Decisiones controvertidas que, en todos los regímenes de que se trata,

-- la concesión de la ayuda requería una decisión administrativa;

-- el crédito fiscal del 45 % de las inversiones, deducible de la cuota del impuesto, podía dar lugar a deducciones durante varios años, y eventualmente con posterioridad a las Decisiones controvertidas, en el caso de que no hubiera podido aplicarse anteriormente la totalidad de deducción por ser insuficiente la cuota;

...

de España no ha demostrado haber adoptado medidas adecuadas para impedir que las resoluciones anteriores de concesión de la ayuda siguieran produciendo efectos.

...

-- Sobre las imputaciones relativas a la obligación de recuperar las ayudas ya puestas a disposición de las empresas

...

Cuando se adoptan decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la recuperación de la ayuda ordenada por la Comisión debe tener lugar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88] del Tratado CE (DO L 83, p. 1), a tenor del cual:

«[...] la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario.»

...

Según reiterada jurisprudencia, el único motivo que un Estado miembro puede invocar contra un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 CE , apartado 2, es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión en la que se ordena la recuperación (véanse en particular las sentencias de 26 de junio de 2003 , Comisión/España, C-404/00, Rec.

p . I-6695, apartado 45; Comisión/Italia, antes citada, apartado 16 , y de 12 de mayo de 2005 , Comisión/Grecia, C-415/03 , Rec. p. I-3875, apartado 35).

...

En los presentes asuntos, el Reino de España invocó en primer lugar, mediante los escritos de las Diputaciones Forales, «la complejidad de algunas cuestiones» relativas a la ejecución de las Decisiones controvertidas, complejidad que se derivaba en particular de la necesidad de revisar actos administrativos que habían adquirido firmeza con arreglo al Derecho interno, situación para la que, en su opinión, éste no había previsto solución alguna. Posteriormente alegó, mediante el escrito de 25 de octubre de 2002, que la situación a la que se enfrentaba la Administración era «totalmente excepcional», puesto que el ordenamiento jurídico interno no contenía ninguna disposición expresa que indicara o estableciera un procedimiento concreto para la ejecución de una decisión por la que se ordenase la recuperación de ayudas incompatibles con el mercado común. En este último escrito, el Reino de España precisó que finalmente se había considerado pertinente a estos efectos la revisión de oficio de los actos individuales de concesión de la ayuda.

...

No obstante, procede recordar a este respecto que la condición de imposibilidad absoluta de ejecución no se cumple cuando el Gobierno demandado se limita a comunicar a la Comisión las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión, sin emprender actuación real alguna ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda y sin proponer a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de la decisión que permitan superar las dificultades (véanse en particular las sentencias antes citadas Comisión/España, apartado 47; Comisión/Italia, apartado 18, y Comisión/Grecia, apartado 43).

...

Se deduce de las consideraciones precedentes que los recursos son fundados en la medida en que la Comisión acusa al Reino de España de no haber adoptado, por una parte, las medidas necesarias para suspender las ayudas concedidas con anterioridad a las Decisiones controvertidas y que aún debían seguir produciendo efectos con posterioridad a éstas y, por otra parte, las medidas necesarias para recuperar las ayudas ya puestas a disposición de los beneficiarios" .

En la Sentencia de 26 Jun. 2003, rec. C-404/2000 se nos dice que:

"según jurisprudencia reiterada, la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad, consecuencia que no puede depender de la forma en que la ayuda fue otorgada (véanse, en particular, las sentencias de 10 Jun. 1993 , Comisión/Grecia, C-183/91 , Rec. p. I-3131, apartado 16, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 38)....

Es asimismo jurisprudencia reiterada que, cuando la decisión de la Comisión por la que se exige la supresión de una ayuda de Estado incompatible con el mercado común no haya sido objeto de recurso directo o se haya desestimado dicho recurso, el único motivo que un Estado miembro puede invocar en su defensa contra un recurso por incumplimiento, interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 88 CE , apartado 2, es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión (véanse las sentencias de 4 Abr. 1995 , Comisión/Italia, C-348/93, Rec. p. I-673, apartado 16; de 22 Mar. 2001 , Comisión/Francia, C-261/99, Rec. p . I- 2537, apartado 23 , y de 2 Jul. 2002 , Comisión/España, C-499/99 , Rec. p. I-6031, apartado 21).

...

El hecho de que un Estado miembro sólo pueda invocar contra tal recurso la existencia de una imposibilidad absoluta de ejecución no impide que el Estado que, al ejecutar una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado, encuentre dificultades imprevistas o imprevisibles o advierta consecuencias no contempladas por la Comisión, someta estos problemas a la apreciación de esta última, proponiendo las modificaciones apropiadas de la decisión de que se trate. En tal caso, la Comisión y el Estado miembro, con arreglo a la norma que impone a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal, que inspira principalmente el artículo 10 CE , deben colaborar de buena fe para superar las dificultades dentro del pleno respeto a las disposiciones del Tratado, especialmente las relativas a las ayudas (véanse las sentencias, antes citadas, de 4 Abr. 1995 , Comisión/Italia, C-350/93, apartado 16, y Comisión/Francia, apartado 24;

de 3 Jul. 2001 , Comisión/Bélgica, C-378/98, Rec. p. I-5107, apartado 31, y Comisión/España, antes citada, apartado 24).

...

Por lo que respecta, en primer lugar, al supuesto carácter no tributario de la ayuda controvertida, debido a que fue abonada en forma de aportaciones de la AIE y la SEPI y no en concepto de créditos fiscales especiales, debe recordarse que, como ha señalado el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la presente sentencia, la obligación de suprimir una ayuda ilegal mediante su recuperación no puede depender de la forma en que fue otorgada.

...

En segundo lugar, en relación con la supuesta complejidad jurídica de la operación de recuperación, debido a la dificultad de determinar si el procedimiento aplicable es el establecido en el Derecho civil o si cabe acudir al procedimiento administrativo, procede recordar que si, a falta de disposiciones comunitarias sobre el procedimiento de recuperación de las ayudas ilegalmente concedidas, dicha recuperación debe efectuarse, en principio, conforme a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, estas disposiciones deben ser aplicadas de manera que no hagan prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho comunitario y tomando plenamente en consideración el interés de la Comunidad (véase la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 55).

...

Por consiguiente, la necesidad de esperar al informe del Consejo de Estado para determinar el procedimiento de recuperación más adecuado no imposibilitaba la ejecución de la Decisión 2000/131."

Y en la Sentencia de junio de 2000-asunto C-183/91:

"A este respecto, procede señalar que, si bien el Gobierno portugués ha rebatido la calificación de ayuda de la garantía concedida a EPAC basándose en determinados datos fácticos, no ha invocado ningún vicio que pueda poner en entredicho la propia existencia del acto.

Asimismo, cabe recordar que, según jurisprudencia reiterada, la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad, consecuencia que no puede depender de la forma en que la ayuda fue otorgada (véase, en particular, la sentencia de 10 de junio de 1993, Comisión/Grecia, C-183/91 , Rec. p. I-3131, apartado 16).

...

Por consiguiente, y sin prejuzgar la legalidad de la ayuda que se examinará en el marco de un recurso de anulación, basta con recordar que, para que una medida constituya una ayuda con arreglo al artículo 92, apartado 1, del Tratado, no es necesario que el Estado haya transferido recursos al beneficiario.

...

Por lo que respecta a los motivos que imposibilitaban la retirada unilateral de la garantía, debe recordarse que las dificultades financieras a las que podrían enfrentarse las empresas beneficiarias de una ayuda contraria a Derecho después de la supresión de ésta, no constituyen un caso de imposibilidad absoluta de cumplimiento de la Decisión de la Comisión por la que se declara la incompatibilidad de esta ayuda con el mercado común y se ordena su devolución (sentencia de 7 de junio de 1988, Comisión/Grecia, 68/37, Rec. p. 2875, apartado 14). Esta apreciación es igualmente aplicable al riesgo que supuestamente corre la República Portuguesa de incurrir en responsabilidad, por las razones expuestas en el apartado 52 de la presente sentencia".

El Tribunal Comunitario, como se desprende de estas resoluciones, insiste en que la recuperación de las ayudas es consecuencia de su ilicitud y por ello no depende -la devolución- de cual fuera el instrumento formal a través del cual se reconoció, este no inmuniza la ayuda recibida y ha de restituirse porque ha vulnerado el Derecho Comunitario de la competencia, esto es lo decisivo. La restitución implica que ha de recuperarse lo percibido a través de los instrumentos que habilita el Derecho Interno. Para decidir cuál sea el instrumento adecuado ha de acudirse a la naturaleza de la ayuda en su día concedida y, en el caso, se trataba de normas fiscales, de hecho se trataba de regular parte del Impuesto de Sociedades. Esta naturaleza tributaria no desaparece por el hecho de haberse declarado ilícita, no es el hecho de tratarse de medidas fiscales la

razón de la ilicitud sino que esta deriva, sea cual sea la naturaleza de las normas, de vulnerar el derecho de la competencia. Han de ser por lo tanto las propias normas fiscales donde haya de buscar la demandada el procedimiento -pueden ser varios- a utilizar y no el general administrativo, por lo demás, de naturaleza supletoria ex Disposición Adicional 5ª de la Ley 30-1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . En resumen, el crédito fiscal se creo como tal en el seno de la Norma del Impuesto de Sociedades, sus efectos consistían en determinados beneficios sobre la cuota y, parece lógico, que si se trata de restablecer las consecuencias, haya de acudir a las normas fiscales, se trata de recobrar las cuotas que no se cobraron por la Administración en su momento, el del ingreso en el Tesoro de las cuotas, se trata, en definitiva, de seguir el procedimiento inverso al seguido, y ambos son de naturaleza tributaria. De hecho, podemos recordar supuestos que si bien no son exactamente iguales si son muy próximos, así, cuando a raíz de la anulación de la Norma reguladora de la regla de la prorrata en el IVA se hubo de restituir a los contribuyente las cuotas indebidamente ingresadas se siguió por las Haciendas Forales, entre otros, el trámite correspondiente a la devolución de ingresos indebidos; la situación es similar a la actual con la única diferencia de que, en esta ocasión, se trata de enfocar el asunto desde el punto de vista de la Hacienda, es esta quien ha de recuperar lo no ingresado y en aquella el asunto se enfoca desde el prisma del contribuyente, y no hay razón para que en un supuesto se utilicen las normas procedimentales tributarias y no en el otro.

En cuanto a la prescripción, sería al caso el criterio que esta Sala ha expuesto en Sentencias varias relativas a las consecuencias de la anulación de disposiciones de carácter general fruto de Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En definitiva, uno de los requisitos a los puede ser sometido el ejercicio de este tipo de acciones es, precisamente, el temporal. Los ordenamientos nacionales pueden establecer plazos, más o menos amplios, para la prescripción de los derechos, o bien de caducidad para el ejercicio de las acciones de devolución de los ingresos indebidos. Si tales plazos no son contrarios al Derecho comunitario pueden desplegar sus efectos para todo tipo de reclamaciones de aquel género, sin que ello equivalga, jurídicamente, a una limitación de los efectos temporales de las sentencias del Tribunal de Justicia que pusieron de relieve la contradicción de un tributo nacional con el Derecho comunitario. Ya la doctrina jurisprudencial comunitaria, en la Sentencia de 29 de junio de 1.988, Deville, afirmaba: " **[...] en ausencia de normas comunitarias en materia de devolución de impuestos nacionales percibidos indebidamente, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular los requisitos procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos que los sujetos de derecho ostentan gracias al efecto directo del Derecho comunitario, siempre que dichos requisitos no sean menos favorables que los que deben reunir los recursos semejantes de carácter interno, ni se regulen de tal forma que en la práctica resulte imposible el ejercicio de los derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de proteger [...]**" . Por último, junto a la primacía del Derecho Comunitario ha de tenerse presente el principio de seguridad jurídica, principio garantizado por el art. 9.3 de la Constitución Española , que subyace a la prescripción e impide la revisión de situaciones jurídicas consolidadas.

La demandada, en suma, no ha aplicado sino parte de los elementos mínimos del procedimiento administrativo común cuando debió haber actuado en su integridad el tributario que procediese, y por ello han de anularse las resoluciones impugnadas, sin que la Sala deba predeterminar, por el carácter revisor de esta Jurisdicción, cuál haya de ser el concreto procedimiento que haya de seguirse ya que no hay nada que revisar en este momento dado que no se han tramitado siquiera.

SEGUNDO.- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ no se efectuaría imposición de costas procesales, se daría acceso al recurso de Casación ordinario y, lógicamente, el recurso sería estimado.

Así lo pronuncia el Magistrado disidente D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ, en la Villa de Bilbao, a cuatro de febrero de dos mil trece.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, así como el voto particular emitido por el Magistrado disidente, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao, a 4 de febrero de 2013.