



Roj: STSJ PV 4177/2013 - ECLI:ES:TSJPV:2013:4177
Id Cendoj: 48020330012013100842
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 801/2010
Nº de Resolución: 121/2013
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 801/2010

DE Ordinario

SENTENCIA NUMERO 121/13

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

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

La Sección 1ª 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 801/2010 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna: ACUERDO DE 7-5-10 DEL ORGANISMO JURIDICO ADMINISTRATIVO DE ALAVA ESTIMATORIO PARCIAL DE LA RECLAMACION 307/07 CONTRA RESOLUCION QUE APRUEBA LIQUIDACIONES PARA EJECUTAR LA DECISION DE LA COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS RELATIVA A RECUPE RACION DE AYUDAS DE ESTADO APLICADAS AL LIQUIDAR EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE LOS EJERCICIOS 1994 A 2006.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : GUARDIAN GLASS ESPAÑA CENTRAL VIDRIERA S.L., representado por D. LUIS PABLO LOPEZ ABADÍA RODRIGO y dirigido por el Letrado D. DANIEL ARMESTO MACIAS.

- **DEMANDADA** : DIPUTACION FORAL DE ALAVA, representada por Dª Mª ASUNCION LACHA OTAÑES y dirigida por el Letrado D. JESUS MARIA CIGANDA IRIARTE.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 02-07-10 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D. LUIS PABLO LOPEZ ABADIA RODRIGO actuando en nombre y representación de GUARDIAN LLODIO, SLU , interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Organismo Jurídico-Administrativo de Álava de 7-05-2010 que estimó parcialmente la reclamación nº 307/2007 presentada en nombre de Guardian Glass España Central Vidriera S.L. contra la resolución nº 1943/ 2007 de 19 de octubre del Director de Hacienda que aprobó las liquidaciones para la ejecución de la decisión de la Comisión Europea sobre la recuperación de ayudas

estatales aplicadas por la recurrente en el Impuesto sobre sociedades devengado en los ejercicios 1994 a 2006; quedando registrado dicho recurso con el número 801/2010.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda , se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

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 desestimen los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 13-04-11 se fijó como cuantía del presente recurso la de 3.440.865,43 euros.

QUINTO .- El procedimiento no se recibió a prueba por no haberlo solicitado las partes.

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

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 28-01-13 se señaló el pasado día 08-02-13 para la votación y fallo del presente recurso» .

OCTAVO.- El magistrado D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ formula vota particular que se une a esta Sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra el acuerdo del Organismo Jurídico-Administrativo de Álava de 7-05-2010 que estimó parcialmente la reclamación nº 307/2007 presentada en nombre de Guardian Llodio S.L.U. contra la resolución nº 1943/ 2007 de 19 de octubre del Director de Hacienda que aprobó las liquidaciones para la ejecución de la decisión de la Comisión Europea sobre la recuperación de ayudas estatales aplicadas por la recurrente en el Impuesto sobre sociedades devengado en los ejercicios 1994 a 2006.

La Dirección General de Hacienda de Álava había reconocido a la recurrente el derecho a disfrutar del crédito fiscal del 45 por 100 de la inversión en activos fijos materiales nuevos materializada por importe de 44.999.497, 95 euros en los ejercicios 1994, 1995 y 1996 , previsto por la disposición adicional sexta de la Norma Foral 22/1994 de 20 de diciembre de ejecución presupuestos generales de dicho Territorio y aplicado en los ejercicios 1994 a 2001, ambos inclusive.

La decisión C (2001) 1.759 de 11 de Julio de la Comisión Europea declaró que el crédito fiscal previsto por la antedicha disposición foral constituía ayuda de Estado incompatible con el mercado único y por lo tanto las autoridades del Estado miembro debían proceder a su recuperación.

La mencionada decisión fue confirmada por el Tribunal de 1ª Instancia en recurso de anulación y por el TJUE en el recurso de casación resuelto por sentencia de 28 de Julio de 2011 .

El recurso contencioso-administrativo presentado contra el mencionado acuerdo del Organismo Jurídico-Administrativo de Álava se funda en los motivos siguientes:

1.- La vulneración de las garantías procedimentales establecidas en favor del administrado por la Constitución española y por la doctrina del TJUE, en particular, el trámite de audiencia.

2.- La prescripción de la acción ejercida para la restitución del crédito fiscal disfrutado por la recurrente.

3.- La cuantificación del reintegro en discordancia con la normativa de la Unión Europea sobre ayudas de Estado.

4.- La falta de motivación de la liquidación de intereses y la indebida aplicación del Reglamento de la Comisión CE 794/2004 en ese concepto.

5.- La necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE y la litispendencia sobre la legalidad de la decisión de la Comisión europea de 11 de Julio de 2001 .

6.- La responsabilidad patrimonial de la Administración.

La recurrente ha solicitado en demanda : ".....acuerde dejar sin efecto los actos administrativos impugnados y, en consecuencia ordene a la Administración demandada la inmediata devolución a Guardian

Glass España Central Vidriera S.L de los ingresos indebidamente percibidos como consecuencia de las reliquidaciones del impuesto sobre sociedades correspondientes a los ejercicios 1994 a 2006, por un total de 3.440.865, 43 euros, más los correspondientes intereses de demora sobre dicha cantidad.

Subsidiariamente , para el supuesto de desestimación de la anterior pretensión, SUPPLICO que se corrijan los errores de los que adolecen los actos administrativos impugnados en la determinación del importe a devolver para adecuarlos a la normativa comunitaria de ayudas de Estado aplicable, en los términos indicados por esta parte, corrección que debería realizarse en sede de incidente de ejecución de sentencia.

Subsidiariamente SUJPLICO que se declare la responsabilidad patrimonial de la Diputación Foral de Alava y en consecuencia esta sea condenada a reparar a Guardian Glass España Central Vidriera S.L por los perjuicios causados por el indebido reconocimiento del crédito fiscal previsto en la disposición adicional sexta de la Norma Foral 22/1994, de 19 de diciembre, de Ejecución de Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Alava, perjuicios que se concretarán en el incidente de ejecución de sentencia ".

SEGUNDO.- Los motivos en que se funda en recurso concuerdan con los examinados en anteriores sentencias de esta Sala, a excepción de los referentes a la cuantificación del importe de la devolución de las ayudas disfrutadas a modo de beneficio fiscal y a la liquidación de intereses de demora que examinaremos en los fundamentos siguientes.

Así en lo que se refiere a la procedencia de la recuperación del crédito fiscal aplicado a las liquidaciones del Impuesto de sociedades del ejercicio 1.994 y siguientes; la validez del procedimiento tramitado por la Diputación alavesa y la prescripción de la acción ejercida con dicha finalidad, y cuestiones conexas con las anteriores vamos a reproducir los fundamentos 1º, 2º y 3º de la sentencia dictada con fecha 2 de Febrero de 2012 en el Recurso nº 915/2010 :

" PRIMERO.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de 7-05-2010 del Organismo Jurídico Administrativo de Álava que desestimó la reclamación económico-administrativa presentada por Eólicas de Euskadi S.A. contra la resolución 1970/2007 de 19 de octubre de la Dirección General de Hacienda sobre ejecución de la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 11-07-2001 en relación con las ayudas aplicadas en las autoliquidaciones del Impuesto sobre sociedades de los años 2000 a 2006.

La recurrente solicita que se declare la nulidad de los actos recurridos y que la demandada sea condenada a reintegrarle la suma de 1.731.481, 10 # más los intereses de demora; subsidiariamente, que se corrijan los errores en la cuantificación del importe a devolver y que se declare la responsabilidad de la Diputación Foral de Álava y que sea esta condenada a indemnizar a la recurrente los perjuicios que se determinen en ejecución de sentencia, causados por el indebido reconocimiento del crédito fiscal previsto por la disposición adicional undécima de la Norma Foral 33/1997 de 19 de diciembre de ejecución de los presupuestos generales del Territorio Histórico de Álava.

El recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mencionado acuerdo se funda en los motivos siguientes:

1.- La omisión del procedimiento legalmente establecido para ejecutar la decisión de la Comisión Europea sobre reintegro de ayudas estatales concedidas mediante el crédito fiscal del 45% de la inversión en la liquidación del Impuesto sobre sociedades.

2.- La violación de las garantías de procedimiento establecidas a favor del administrado por la Constitución y por el Derecho de la Unión Europea : omisión del trámite de audiencia e indefensión.

3.- El conflicto entre el principio de eficacia o ejecución de las decisiones del organismo comunitario y de protección del derecho de los administrados : planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.- La estimación de la suma reintegrable no se ha hecho de conformidad con la normativa comunitaria de ayudas estatales y , además, se ha producido un error manifiesto en el cálculo de la deducción generada por inversión en activos fijos nuevos.

5.- Litispendencia sobre la legalidad de la decisión de la Comisión de 11-07-2001.

6.- Funcionamiento anormal de la Administración por concesión indebida de las ayudas concedidas a la recurrente.

La demandada, Diputación Foral de Álava se opuso a la estimación de los motivos en que se funda el recurso en términos coincidentes con los de anteriores pronunciamientos de esta Sala sobre la misma

pretensión y, además, se opuso a la admisibilidad de la pretensión de responsabilidad patrimonial de esa parte ya que no fue planteada con carácter previo a la Administración.

SEGUNDO.- La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28-07-2011 desestimó el recurso de casación interpuesto por el Territorio Histórico de Álava- Diputación Foral de Álava contra la sentencia de 9-09-2009 del Tribunal de 1ª Instancia de las Comunidades Europeas que desestimó el recurso de anulación presentado, entre otras, contra la Decisión 2002/820/CE . Así, la pendencia alegada por la recurrente no es causa que obste a la resolución de este recurso; antes bien, dicha pendencia no era obstáculo a la tramitación del procedimiento de reintegro resuelto por la Dirección General de Hacienda de la Diputación alavesa dada la ejecutividad inmediata de la decisión de la Comisión Europea ejecutada por la resolución de aquél órgano foral.

Los otros motivos en que se funda el recurso, en particular, sobre el carácter y procedencia de la devolución exigida al recurrente del crédito disfrutado en el Impuesto sobre Sociedades han sido examinados en sentencias anteriores de esta Sala como las dictadas con fecha 26-09-2011 en el recurso 454/10 y con fecha 30-09-2011 en el recurso 503/10 .

Reproducimos los fundamentos jurídicos de la primera de las sentencias que acabamos de citar:

" *SEGUNDO* .- En respuesta a dichos interrogantes, que toman como necesaria premisa las consideraciones que esta Sala ya ha hecho, inicialmente, en la Sentencia de 27 de Diciembre de 2.010, RCA nº 1.575/2.008 y sus acumulados, el proceso tiene como base los términos siguientes, indiscutidos y reflejados en los distintos documentos que forman los expedientes administrativos:

El artículo 26 de la Norma Foral Alavesa 24/1996, de 5 de julio, del Impuesto sobre Sociedades, otorgaba a las sociedades que iniciasen una nueva actividad empresarial la reducción del 99, 75, 50 y 25%, respectivamente, de la base imponible positiva derivada del ejercicio de actividades económicas en los cuatro periodos impositivos consecutivos al de inicio, estableciendo una serie de requisitos.

Tras la denuncia de la Comunidad Autónoma de la Rioja a la Comisión de las Comunidades Europeas, se 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 2002/892/CE , de 11 de julio de 2.001 que tras calificar como ayudas de Estado contrarias al Tratado aquellas reducciones de la base imponible, acuerda que debe procederse por las autoridades españolas, según los procedimientos internos que procedan, a recuperar las cantidades correspondientes. Esta Decisión, dio origen a demanda por incumplimiento ante el TJCE en asuntos C-485/03 y C-490/03, en que recayó sentencia de 14 de Diciembre de 2.006 , a la par que que fue objeto de recurso de anulación interpuesto por la DFA (T-230/2001), en que recayó sentencia desestimatoria el 9 de Septiembre de 2.009 , recurrida en casación, ya desestimada por STJVE de 28 de julio de 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.

TERCERO .- Lo expuesto sitúa los actos de recuperación de ayudas discutidos en el ámbito de la ejecución de una decisión comunitaria firme y, por tanto, indiscutible, cuyo obligado cumplimiento por España, como Estado miembro implicado, se ha visto expresamente refrendado por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 el artículo 15 se regula el plazo de prescripción, sometiendo a un plazo de 10 años las competencias de la Comisión en relación con la recuperación de las ayudas; plazo a contar desde la fecha de concesión de la ayuda ilegal al beneficiario.

CUARTO .- Fijado el marco en el que se producen los actos impugnados, comenzamos a dar respuesta a los motivos de impugnación de la mercantil recurrente.

Respecto a la denunciada falta de legitimación de la Diputación Foral de Álava, cabe decir que ninguno de los antecedentes citados (decisión de la Comisión, Sentencia TJCE, requerimientos de ejecución y Derecho Comunitario) indican qué órgano debe hacerse responsable de llevar a cabo la orden de recuperación; aluden al Reino de España por ser el Estado miembro afectado y, en consecuencia, el directo interlocutor con la Comisión Europea, lo que no impide entender, por puro sentido común y práctico, que quien debe ejecutar la decisión europea recuperando las ayudas ilegales es quien las concedió, en este caso, la Diputación Foral de Álava, por ser quien aprueba la norma ilegal, la aplica y es concedora de los beneficiarios y del importe que debe recuperarse; Administración territorial que, además, participa en los procesos judiciales europeos desde sus inicios. En esta tarea la intervención de la Administración estatal es absolutamente innecesaria.

Por otra parte, la causa legal de la recuperación no es otra que la ejecución de la Decisión de la Comisión Europea de 11 de julio de 2.001, de ineludible cumplimiento.

En cuanto a la forma de proceder para la recuperación, el Derecho comunitario tampoco dispone qué procedimiento debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación, solo exige la elección de un procedimiento nacional que permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión; es decir, se deja en manos de los responsables la elección del procedimiento con la única condición 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 disponibles en el derecho nacional, uno de ellos podría ser el que determina la naturaleza de la medida que constituye la base de la concesión de la ayuda, de ser efectivo y producir un resultado concreto en términos de recuperación; pero ni los Reglamentos comunitarios ni la jurisprudencia que los aplica descartan procedimientos distintos si con ellos se consigue una recuperación en derecho inmediata y efectiva.

En este caso, la Diputación Foral acude a la Norma Foral 53/1992 de 18 de diciembre, de Régimen Económico y Presupuestario del Territorio Histórico de Álava, y mediante resolución exige el pago de un ingreso público que la norma tributaria declarada 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, proscrita por el artículo 14.3, del Reglamento 659/1999 .

La sociedad recurrente *"Industrias Mecánicas de Berantevilla, S.L."* considera, en cambio, que resultaba necesario 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 , pero esa aseveración carece de todo fundamento, no solo porque 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 en base a causas de derecho administrativo interno, - artículo 62.1. LPAC -, que no se predica ni sustenta, sino que es una acción ejecutiva y autónoma nacida de decisiones de autoridades e instituciones comunitarias que en nada 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.

Respecto de la quiebra de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, hay que apuntar que nada de su desarrollo y normal aplicación incumbe a la actuación de la DFA ahora impugnada, y solo puede derivar en un alegato formulado en reproche de la actividad de la propia Comisión Europea que, como revela el expediente (folios 217 y 218), fue ya tratado y rechazado específicamente por la Decisión de dicha Comisión de 11 de Julio de 2.011, -parágrafo 55-, sin que le corresponda, con total obviedad, a este Tribunal interno censurar ni contradecir las conclusiones de dicha resolución, sometida exclusivamente a la fiscalización del TJCE (hoy TUE).

Lo mismo cabe decir de los argumentos que el recurso dedica a cuestionar la falta de intervención de la recurrente en el procedimiento comunitario, pues, además de las observaciones en contra que formula la representación foral, basta con examinar los preceptos en que dicha infracción se quiere fundamentar, para verificar que queda fuera de todo dominio de este órgano jurisdiccional la posibilidad de fiscalizar la actuación de las instituciones comunitarias al respecto.

En torno a la alegación de prescripción, el plazo establecido para la recuperación de las ayudas en el Reglamento mencionado es, en efecto, de diez años -Art. 15.1-, precepto éste en el se prevén además los hitos y situaciones que cuentan con fuerza interruptiva de su cómputo. Falta en la escueta enunciación de la parte actora toda mínima concreción, *a priori* inconcebible, acerca de que tal plazo se haya superado.

La entrada en escena del artículo 73 LJCA se hace inviable y puramente voluntarista, por ser una disposición lisa y llanamente no aplicable al caso.

Por último, respecto de la exigencia de los intereses de demora, no derivan tampoco de la decisión soberana de la Hacienda Foral, sino de la aplicación del antedicho Reglamento comunitario y de su plasmación en la Decisión de la Comisión que se ejecuta, que impone su exigibilidad en el artículo 3.2 de sus *disponendos* . (folio 218 del expediente). Nada puede, por tanto, declarar esta Sala al respecto."

TERCERO.- La pretensión subsidiaria de responsabilidad patrimonial de la Administración no puede ser admitida toda vez que se trata de una petición formulada *ex novo* en este procedimiento y, por lo tanto, sin cumplir el requisito de reclamación administrativa previa conforme a lo dispuesto por el Real Decreto 492/1993 ; y además, dicha petición no está vinculada al acto recurrido como medida de restablecimiento de la situación jurídica alterada por ese acto sino que se funda en una causa distinta, esto es, el funcionamiento anormal de la Administración producido por el reconocimiento indebido de las ayudas de cuya devolución se ha tratado y por esa razón no es de aplicación al caso la doctrina legal citada por la recurrente según la cual la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios amparada en el artículo 71.1 d) de la Ley Jurisdiccional no requiere su reclamación previa en vía administrativa."

TERCERO.- La recurrente alega en el apartado octavo de los fundamentos jurídicos de la demanda que el importe del reintegro no se ha estimado de conformidad con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado, esto es, en atención al límite de aplicación a las ayudas regionales y a la tasa de actualización financiera debida al desfase entre el momento de la inversión y el momento de la efectividad del crédito fiscal.

Mediante el planteamiento de esos motivos se está suscitando una especie de cuestión incidental respecto el alcance del título ejecutivo en que consiste la decisión comunitaria sobre recuperación de ayudas estatales que excede de la competencia de la Administración interna limitada a la individualización de la suma indebidamente percibida por cada beneficiario del régimen declarado incompatible con el mercado único europeo.

En efecto, la Administración competente del Estado miembro no puede constituir el título del que derive la obligación de reintegro no en vano ese título ya ha sido creado por el órgano competente de la Unión Europea a cuyos términos debe atenerse aquella en la fase de recuperación individualizada de las ayudas sin otra habilitación, a esos efectos, que la de aplicación del procedimiento regulado por el Derecho interno siempre que este sea adecuado al cumplimiento inmediato y efectivo de la decisión comunitaria.

Por la misma razón de primacía del Derecho comunitario de la competencia la Administración interna no puede sustituir o modificar el título (decisión) de cuyo cumplimiento se trata mediante el ejercicio de una función declarativa o igualmente decisoria en la fase de ejecución que venga a determinar otro alcance o condiciones de la obligación de devolución de la ayuda declarada incompatible con aquel ordenamiento.

En otro caso la decisión interna podría establecer reducciones o compensaciones que redujesen los efectos de la decisión comunitaria extramuros de la competencia de la Comisión y sin sujeción a los procedimientos establecidos por el Derecho de la Unión Europea (Reglamento CE 659/ 1999 de procedimiento y Reglamento CE 794/2004 de aplicación) .

Así es que las ayudas concedidas en aplicación de normas internas que han sido declaradas incompatibles con el mercado de la U.E. no pueden ser abonadas de nuevo, si quiera provisionalmente, a sus beneficiarios sin vulnerar el artículo 14- 3 del Reglamento comunitario (STJUE de 20 de Mayo de 2010) .

Por consiguiente, las cuestiones planteadas por la recurrente sobre la compatibilidad de las ayudas cobradas con las ayudas regionales y horizontales , el límite de estas últimas y la actualización financiera de las percibidas no se pueden ventilar de espaldas a la Comisión Europea en el procedimiento tramitado para la recuperación de las percibidas como si esas cuestiones no afectasen a la intangibilidad del título o decisión de aquel órgano comunitario y por lo tanto a sus competencias.

La decisión de la Comisión Europea debe cumplirse, en fin, no solo de forma efectiva e inmediata sino integra .

Extraemos del fundamento cuarto de la sentencia dictada en el Recurso 191/2010 las siguientes consideraciones :

" Respecto de la compatibilidad con otras ayudas, este tema va a ser contemplado ahora desde la perspectiva del TJUE en los párrafos 99 y siguientes de la Sentencia desestimatoria del recurso de casación, al decir que;

"...en una decisión relativa a un régimen de ayudas, la Comisión no está obligada a efectuar un análisis de la ayuda concedida en cada caso individual con arreglo a dicho régimen. Únicamente en la fase de recuperación de las ayudas será preciso verificar la situación individual de cada empresa afectada (véanse la sentencia de 7 de marzo de 2002 [TJCE 2002, 90] , Italia/Comisión, C-310/99 , Rec. p. I-2289, apartados 89 y 91, y la sentencia Comitato «Venezia vuole vivere»/Comisión, antes citada, apartado 63).

*(...) De ello se deduce, por una parte, que la consecuencia de las declaraciones de incompatibilidad con el mercado común, (...) relativas a los regímenes fiscales controvertidos como tales, debe ser la supresión de los mismos y el inicio del proceso de recuperación de la totalidad de las ayudas otorgadas en aplicación de dichos regímenes, **sin que en esta fase sea preciso establecer una distinción en relación con esta obligación, según que los importes que deben recuperarse sobrepasen o no los límites máximos establecidos para las ayudas de finalidad regional.***

*Por otra parte, únicamente en una etapa posterior, al proceder a la recuperación efectiva de las ayudas individuales otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos, **podrían pedir las autoridades españolas a la Comisión que, basándose en un régimen de ayudas de finalidad regional, excluyera en su caso de la obligación de recuperación alguna ayuda individual específica** (véase en este sentido la sentencia Comitato «Venezia vuole vivere»/Comisión [TJCE 2011, 170] antes citada, apartados 64 y 115). El Tribunal de Primera Instancia recordó por lo demás esta consideración en la segunda frase del apartado 379 de la sentencia recurrida (TJCE 2009, 256,) citando un pasaje de la motivación de las Decisiones impugnadas en el que éstas mencionaban expresamente «la posibilidad de que ayudas individuales puedan ser consideradas, total o parcialmente, como compatibles con el mercado común en función de sus méritos propios, ya sea en el marco de una decisión posterior de la Comisión o en aplicación de los reglamentos de exención».*

*Pues bien, en el presente asunto, las recurrentes se limitan a alegar que la obligación de recuperación es desproporcionada, porque se aplica a la totalidad de las ayudas otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos, **en vez de afectar únicamente a las ayudas que sobrepasen los límites máximos establecidos para las ayudas de finalidad regional.** Formulan además esta alegación, como ha señalado la Comisión y como se indica en el apartado 14 de la presente sentencia y en el apartado 379 de la sentencia recurrida (TJCE 2009, 256,) sin haber aportado en la fase administrativa información que permitiera acreditar que las ayudas otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos eran compatibles con el mercado común en ciertos casos individuales, en particular por haber sido otorgadas respetando los límites máximos regionales aplicables en el País Vasco y por cumplir todos los requisitos exigidos para acogerse a la excepción establecida en el artículo 87 CE apartado 3, letra c)."*

La consecuencia nos resulta bastante patente a la luz de tales consideraciones, pues lo que indica *in extremis* , es que sin justificación alguna de procedencia de tales ayudas regionales, -que la parte actora tampoco siquiera enuncia como aplicables a su situación-, y sin posterior decisión de la Comisión desde el año 2.001, la Administración que ejecuta la recuperación ha limitado ésta, según se deduce de los folios 345, 347, 349, 351, 353, ó 357 del expediente, a las ayudas que sobrepasen los límites máximos establecidos para las ayudas de " *minimis* ", que las liquidaciones integran, y, como decimos, sea cual sea la conformidad a derecho de esa actuación (que no se prejuzga a futuros eventuales efectos), carece de todo margen de apreciación

la postura mantenida por la parte recurrente a la que, sin someterse a la reglamentación comunitaria y sin solicitud ni trámites de comunicación y decisión comunitaria, se le ha otorgado, de plano, ese tratamiento favorable y reductor del reintegro de las ayudas recibidas, de manera tal que el argumento resulta puramente formalista y no ofrecería otra perspectiva actual, (y hasta potencialmente definitiva) que la de agravar la situación de la parte recurrente.

CUARTO.- La recurrente solicita la aplicación del interés simple en vez del compuesto a la liquidación del importe del reintegro porque así la Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2003 como el Reglamento CE 794/2004 no se pueden aplicar - retroactivamente- a los expedientes de devolución resueltos con anterioridad a su entrada en vigor.

Este motivo debe ser desestimado por las mismas razones expuestas en la sentencia dictada con fecha 29-12-2011 en el Recurso 500/2010 :

" Como alega la recurrente Como alega la recurrente en la fecha (11 de Julio de 2001) en que la Comisión Europea tomó la decisión de la que deriva la obligación de reintegro de la recurrente aun no había entrado en vigor el Reglamento 794/2004 de 21 de Abril publicado en el DOUE de 30-04-2004 cuyo artículo 11-2 dispuso la aplicación del interés compuesto. Con anterioridad, la comunicación de la Comisión 2003/C/110/08, DOCE C 110/21, 8/5/2003 señaló que en las decisiones futuras sobre recuperación de ayudas ilegales se calcularía el interés compuesto.

Lo único que cabe manifestar, es que el cómputo del plazo de 10 años del artículo 15 del Reglamento CEE 659/1.999 , del Consejo, de 22 de Marzo, toma textualmente, en el artículo 15.2 como *dies a quo*, el determinado por la concesión al beneficiario en base a un régimen de ayudas, y destaca que *no solo la acción emprendida por la Comisión, sino también la emprendida por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionada con la ayuda ilegal*, interrumpen dicho plazo, con lo que constando ya las actuaciones y Decisión de 2.001 se hace ilusorio dar por prescrito el ejercicio de 1.996."

QUINTO.- Finalmente y por lo que respecta a la reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración además de lo dicho en el fundamento 3º de la sentencia dictada en el Recurso 915/2010 reproducido en el segundo de la presente transcribimos el fundamento 8º de la sentencia dictada el 30-12-2011 en el Recurso 814/2010 :

" OCTAVO.- En lo relativo a la pretensión de resarcimiento patrimonial que se promueve para el caso de ser desestimado el recurso, consideramos igualmente infundada la posibilidad de hacer valer tal pedimento en el presente proceso.

La jurisprudencia ha diferenciado de manera sistemática y reiterada dos tipos de pretensiones indemnizatorias ante el proceso contencioso, y no debe confundirse la de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas con el hecho de que en el proceso se ejerciten pretensiones de resarcimiento amparadas por el artículo 31.2 de la Ley Jurisdiccional , cuya articulación procedimental directa dentro del litigio viene reflejada constantemente por la jurisprudencia, y así la STS. de 3 de Noviembre de 1.997 , nos recuerda que, *"es doctrina jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 12 marzo 1994 , 9 noviembre 1994 y 21 octubre 1997) que a la indemnización que se reclama como **subordinada o derivada de la pretensión principal de nulidad del acto** o disposición no le es aplicable el principio revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por venir autorizado su planteamiento directo ante ésta por el artículo 42 de su Ley reguladora, de manera que este precepto y los artículos 79.3 y 84, c) de dicha Ley hacen viable siempre en el proceso la petición indemnizatoria sin necesidad de previa reclamación en vía administrativa por tratarse de un elemento constitutivo de la especie concreta de pretensión tendente a obtener, como secuela del acto impugnado, el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, y así debemos declarar una vez más que, solicitada únicamente la anulación del acto o disposición en vía administrativa, cabe acumular la pretensión indemnizatoria, no planteada antes, en la vía jurisdiccional al haberse desestimado, expresa o tácitamente, el recurso administrativo, según lo dispuesto concordadamente por los citados artículos 42 , 79.3 y 84, c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 136.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto 26 abril 1957."*

Reiteraba la STS. de 8 de Julio de 1.998 , (Ar. 9.893) que, *".....conforme al artículo 42 citado de la LJCA se halla comprendida la indemnización correspondiente como derivación directa de los hechos denunciados y de las circunstancias añadidas por su desenvolvimiento ulterior, por lo que la misma, aún con título en el artículo 40 de la LRJAE de 26 julio 1957, no se halla necesitada para su adecuado ejercicio en este proceso de una reclamación previa independiente, como establece reiterada doctrina de este SSTS 18 abril 1962 , 3 enero 1968 , 12 noviembre 1973 , 27 febrero 1976 y « a contrario sensu » en las de 23 enero y 25 febrero 1991 ."*

Esta doctrina se viene reiterando hasta nuestros días por medio de Sentencias como las de 12 de Julio de 2.004, (R.J. 5.250), ó 13 de Abril de 2.005 . (R.J. 3.234).

Por fuerza de este doctrina si, como en este caso ocurre, la indemnización a que se aspira no deriva de la anulación del acto de recuperación de las ayudas fiscales, sino que sería, al contrario, consecuencia de que dicho acto alcanzase toda su final efectividad y confirmación, no se está ante el ejercicio de la pretensión de restablecimiento indemnizatorio del hoy artículo 31.2 LJ , (incluido en su esquema el artículo 71.1.d) que se invoca), derivada de la anulación del acto administrativo, sino ante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, sujeta al principio revisor, e inejercitable por ello en el mismo proceso en que se está pretendiendo la anulación del acto, y como una alternativa incompatible con dicho principio.

Queda, por tanto, fuera de toda posibilidad de examen en un litigio como el presente en que, en definitiva y por lo demás, el acto administrativo recurrido ha de ser objeto de confirmación jurisdiccional."

SEXTO .- No hay motivos que justifiquen la imposición de costas (artículo 139-1 LJCA) .

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por la representación procesal de GUARDIAN GLASS ESPAÑA CENTRAL VIDRIERA S.L contra el acuerdo del Organismo Jurídico-Administrativo de Álava de 7-05-2010 que estimó parcialmente la reclamación nº 307/2007 presentada en nombre de Guardian Llodio S.L.U. contra la resolución nº 1943/ 2007 de 19 de octubre del Director de Hacienda que aprobó las liquidaciones para la ejecución de la decisión de la Comisión Europea sobre la recuperación de ayudas estatales aplicadas por la recurrente en el Impuesto sobre sociedades devengado en los ejercicios 1994 a 2006, declarando la conformidad de los actos recurridos con el ordenamiento jurídico; sin 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 0801 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 801/10 emite el Ilmo Sr Magistrado D. JOSE ANTONIO GONZALEZ 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 creó 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 acudirse 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 contribuyentes 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 que 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 predeterminedar, 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. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ, en la Villa de Bilbao a 1 de febrero de 2013.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, 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 27 de febrero de 2013.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ