

Roj: STS 3083/2013
Id Cendoj: 28079130022013100672
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 6165/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil trece.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso de casación 6165/11, interpuesto por EURO FLEET CARS, S.L., representada por el procurador don Antonio Ortega Fuentes, contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2011 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 399/10, sobre recuperación de cantidades disfrutadas por la reducción de la base imponible del impuesto sobre sociedades en el Territorio Histórico de Álava. Ha intervenido como parte recurrida la Diputación Foral de Álava, representada por la procuradora doña Eva de Guinea y Ruenes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso administrativo promovido por Euro Fleet Cars, S.L. («Euro Fleet», en lo sucesivo) contra el acuerdo adoptado por el Organismo Jurídico Administrativo de Álava el 29 de enero de 2010 desestimando la reclamación 231/07, dirigida frente a la resolución número 1592/07, de 6 de septiembre, del Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava.

Esta resolución, en ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/892/CE, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (Diario Oficial de la Unión Europea - en adelante, «DOUE»- serie L, nº 314, de 18 de noviembre de 2002, p. 1), ordenó recuperar las cantidades disfrutadas por la mencionada compañía a cuenta de la reducción de la base imponible del impuesto sobre sociedades prevista en el artículo 26 de la Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, del Impuesto sobre Sociedades (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava -«BOTH»- de 9 de agosto de 1996) durante los ejercicios 1999 a 2002.

La Sala de instancia motiva su sentencia, a la que se ha formulado un voto particular, en los siguientes términos:

«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 torno a la prescripción, el plazo 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.

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

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, sólo 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 Alava, 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 un demora en la ejecución, proscrita por el artículo 14.3, de Reglamento 659/1999 .

La sociedad recurrente considera en cambio que, bajo sanción de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) LRJ-PAC , 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 , pero esa aseveración carece de fundamento, 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 poco 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 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 parece 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, el título del que surge el crédito contra los beneficiarios privados no es, primariamente, el derivado de la ejecución de una hipotética declaración de invalidez o de lesividad del acta de otorgamiento de la ayuda fiscal, -a la que, si no estrictamente el artículo 73 LJCA , sí podrían aplicarse principios comunes internos sobre preclusión de actuaciones y caducidad y prescripción-, 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 traducido a sus procedimientos y figuras procedimentales, más allá del empleo instrumental de éstos, (en cuanto sea posible) para su inmediata y efectiva reintegración que restablezca las condiciones de competencia en el mercado.

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. Dado que no pueden considerarse los plazos prescriptivos más cortos de derecho interno -como el de cinco años de la normativa foral de subvenciones-, el motivo es igualmente desestimable, pues falta en la escueta enunciación de la parte actora toda mínima concreción, *prima facie* inconcebible, acerca de que tal plazo se haya superado.

QUINTO.- Mención separada ofrece el ejercicio de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial que la sociedad mercantil recurrente traslada a la parte petitoria de su escrito de demanda, (folio 100), a cuya fundamentación actora heros hecho referencia más arriba, y que se cuantifica básicamente en, "el importe reclamado por la Resolución de la Ditección General de Hacienda, incluyendo los intereses de demora liquidados", y en, "el perjuicio financiero derivado de la necesidad de ingresar la cantidad reclamada para hacer uso de su derecho de defensa (Folio 96).

En este aspecto debe prevalecer no obstante el rechazo a todo examen de dicha cuestión por razones procedimentales previas.

La jurisprudencia ha diferenciado de manera sistemática y reiterada dos tipos de pretensiones indemnizatorias ante el proceso contencioso, y no debe confundirse la de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas con que en el proceso se ejerciten pretensiones de resarcimiento amparadas por el artículo 32.2 de la Ley Jurisdiccional , cuya articulación procedimental directa dentro del proceso viene reflejada constantemente por la jurisprudencia, y así la STS. de 3 de NÓviembre 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 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 de Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto 26 abril 1957".

Reiteraba la STS. de 8 de Julio de 1.998 , (Ar. 9893) 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, (Ra. 5250) o 13 de Abril de 2.005 - (RJ. 3.234).

Por fuerza de este doctrina si, como en este caso ocurre, la indemnización a que se aspira no se 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, y es la misma parte solicitante la que plantea su derecho como algo condicional y de futuro), no se está ante el ejercicio de la pretensión de restablecimiento indemnizatorio del hoy artículo 31.2 LS, 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 cómo 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.»

SEGUNDO .- « Euro Fleet» preparó el presente recurso y, previo emplazamiento ante esta Sala, efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2011, en el que invocó tres motivos de casación, los dos primeros al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio), y el otro con arreglo a la letra c) del mismo precepto.

La Sección Primera de esta Sala, en auto de 29 de marzo de 2012, rechazó *a limine* el tercer motivo y los otros dos los admitió únicamente en relación con los ejercicios 1999 y 2000.

1) En el primer motivo, « Euro Fleet» denuncia la infracción de los artículos 105 de la Constitución Española y 53.1 y 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre).

Se queja de que el acuerdo ordenando la devolución de las sumas percibidas como beneficio fiscal en el impuesto sobre sociedades haya sido dictado de plano, sin audiencia previa, por lo que es nulo de pleno derecho, al haberse prescindido total y absolutamente de los trámites procedimentales, privándosele de la posibilidad de presentar alegaciones y de rectificar las liquidaciones del impuesto sobre sociedades de los ejercicios 1999 a 2003, aplicando otros créditos fiscales a los que hubiera podido tener derecho y a los que renunció para acogerse al beneficio del artículo 26 de la Norma Foral 24/1996. Afirma que la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2011, *Diputación Foral de Vizcaya y otros/ Comisión* (asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P), que declaró ayuda incompatible con el mercado único el crédito fiscal del 45 por 100 a favor de las empresas que hicieran inversiones en Bizkaia, Álava y Guipuzkoa, establece que la obligación del Estado de recuperar las ayudas puede ser proporcional en la medida en que en la fase administrativa de información se acredite caso por caso para cada empresa su derecho a ser mercedora de otras ayudas compatibles, como ocurre en el presente supuesto con las ayudas de finalidad regional prevista para el **País Vasco**.

Llama la atención sobre el hecho de que, para desestimar su pretensión, el Tribunal Superior de Justicia no base su argumentación en que se hayan respetado los trámites procedimentales debidos, ni tampoco en que sea innecesario aplicar los procedimientos internos, sino en que, aunque algún procedimiento administrativo fuera aplicable, no podría cumplirse porque supondría un dilación en el cumplimiento del imperativo de la Comisión Europea, primando así la eficacia frente a los derechos y las garantías procedimentales de los contribuyentes. Sostiene que la Decisión de la Comisión no tiene eficacia ejecutiva directa frente a los particulares, requiriendo un procedimiento de ejecución en el que se respeten los derechos de los obligados tributarios y analice su situación jurídica individual. Subraya que esta tesis es la defendida en el voto particular firmado por el magistrado don José Antonio González Sáiz.

En fin, considera que, tratándose de un beneficio fiscal, esto es, de un acto que reconoce derechos a los ciudadanos, la devolución reclamada requería un procedimiento extraordinario de revisión, si se considera aquel reconocimiento nulo de pleno derecho, o en otro caso su declaración de lesividad.

2) El segundo motivo tiene por guión la vulneración, por inaplicación, del artículo 106.2 de la Constitución Española, en relación con el 139 de la Ley 30/1992, al rechazar la Sala de instancia la solicitud de indemnización por los perjuicios económicos que ha sufrido como consecuencia de la defectuosa actuación de la Diputación Foral de Álava al llevar a cabo la recuperación de las ayudas.

«Euro Fleet» expone que actuó en todo momento de buena fe, ajustando su conducta a la legislación vigente en cada momento, de cuya validez jurídica no tenía motivos para dudar. Incluso, una vez adoptada la Decisión de la Comisión Europea que declaró la ilegalidad de las ayudas, que no le fue comunicada, la postura de la Diputación Foral de Álava, defendiendo en todo momento la improcedencia de recuperar las ayudas, generó en su ánimo una fundada expectativa de no tener que devolverlas. Entiende, por ello, que en todo momento ha estado amparada por los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, habiéndosele causado una lesión patrimonial que debe ser reparada en aplicación de los preceptos citados. Cifra esa lesión en el importe cuya devolución se le reclama, incluidos los intereses de demora, y en el perjuicio financiero derivado de la necesidad de ingresar esa cantidad para hacer uso de su derecho a la defensa, al haberse omitido un trámite de audiencia previo a la resolución.

Termina solicitando el dictado de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar, si se acoge el primer motivo, declare la nulidad de pleno derecho de la resolución adoptada por el Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava, con los efectos que en su caso correspondan, y, si prospera el segundo, reconozca su derecho a la indemnización pertinente por indebido funcionamiento de los servicios públicos.

TERCERO .- La Diputación Foral de Álava se opuso al recurso en escrito registrado el 2 de julio de 2012, en el que interesó su desestimación.

1) Frente al primer motivo, expone que la normativa sobre la forma en que se ha de llevar a cabo la recuperación de las ayudas está constituida por el Reglamento (CE) nº 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DOUE, serie L, nº 83, de 27 de marzo de 1999, p.1), y la comunicación de la Comisión, «Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles» (2007/C 272/05) (DOUE, serie C, nº 272, de 15 de noviembre de 2007, p.4), en cuyos preámbulo (considerando 13º) y artículo 14 se comprueba que el procedimiento a observar para la ejecución de las decisiones de recuperación se rige por el derecho interno, aplicándolo de manera que no haga prácticamente imposible la recuperación, teniendo presente los intereses de la Unión Europea.

Recuerda que, conforme al mencionado artículo 14, la recuperación debe llevarse a cabo sin dilación. Esto es, debe efectuarse de manera "efectiva e inmediata", sin que quepa la invocación en contra de normas nacionales o de derecho interno ni, incluso, de circunstancias económicas vinculadas a la situación del beneficiario. Razona que, en el caso enjuiciado, una vez declaradas ilegales las ayudas, existía un acto comunitario de carácter imperativo, con eficacia ejecutiva directa y que obligaba al Estado (a la Diputación Foral), sin posibilidad de elusión de ningún tipo, máxime cuando no existe en nuestro sistema interno un procedimiento específico para ejecutar las decisiones de la Unión Europea, procedimiento que, desde luego, no tiene por qué ser de naturaleza tributaria, pues no estamos ante débitos de esa índole, según ha razonado la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 4 de mayo de 2005 .

Entiende, desde luego, que no es aplicable al caso la doctrina sentada para supuestos inversos al enjuiciado, esto es, en aquellas situaciones en que, en contra de las determinaciones del derecho de la Unión Europea, la Administración española obliga a un contribuyente a tributar por hechos imposables no sujetos o le impide deducir cuotas o aplicar beneficios. Por todo ello, estima plenamente coherente la desestimación acordada en la sentencia impugnada.

Por otro lado, considera que no es posible invocar una pretendida indefensión, pues resulta evidente que no cabía demorar la aplicación de la Decisión de la Comisión, máxime después de haber sido confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo improcedentes cualesquiera manifestaciones que eventualmente pudieran haberse formulado al respecto. El trámite de audiencia que se reclama por la entidad recurrente resultaba superfluo, pues ninguna alegación podía enervar el cumplimiento de la Decisión comunitaria.

Considera que, en cualquier caso, no se causó ninguna indefensión a Euro Fleet, pues tuvo ocasión de alegar cuánto estimó pertinente en defensa de sus derechos tanto en la vía económico-administrativa como en la jurisdiccional.

2) En relación con la segunda queja, deja constancia de que «Euro Fleet» no ha formulado ninguna reclamación previa en la vía administrativa solicitando la indemnización por responsabilidad patrimonial, subrayando al propio tiempo que tal reclamación no procedía antes de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se pronunciase sobre la conformidad o no a derecho de la resolución del Organismo Jurídico Administrativo ratificando el acuerdo del Director de la Hacienda Foral que ordenó la devolución de los beneficios fiscales disfrutados, pues, de haber recaído un pronunciamiento judicial estimatorio de la demanda, el mismo habría ordenado el reintegro a la sociedad demandante de las cantidades ingresadas.

Por otra parte, razona que, si se acordara la indemnización, la empresa recurrente seguiría disfrutando de la ventaja anticompetitiva que determinó la declaración de ilegalidad de la ayuda recibida en concepto de reducción de la base imponible en el impuesto sobre sociedades, sin que quepa invocar a tales efectos los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, pues no es factible que las autoridades nacionales alteren las determinaciones de la Unión Europea reconociendo, mediante la aplicación del ordenamiento interno, un derecho de abono que, de llevarse a cabo, provocaría la inmediata reacción de las instancias de la Unión imponiendo sanciones coercitivas millonarias a la Administración foral.

CUARTO .- Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 3 de julio 2012, fijándose al efecto el día 8 de mayo de 2013, en el que, previa deliberación, se aprobó la presente sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El artículo 26.1 de la Norma Foral 24/1996, del Territorio Histórico de Álava, reguladora del impuesto sobre sociedades, otorgaba a las sociedades que iniciasen una nueva actividad en dicho Territorio una reducción del 99, del 75, del 50 y del 25 por 100 de la base imponible positiva derivada del ejercicio de explotaciones económicas, antes de la compensación de bases imponibles negativas de periodos anteriores, en los cuatro ejercicios impositivos consecutivos, respectivamente, a partir del primero en que dentro del plazo de cuatro años desde el inicio de la actividad empresarial obtuviesen bases imponibles positivas. En los siguientes apartados se disponían los requisitos y se disciplinaba el procedimiento para disfrutar del beneficio fiscal.

La Comisión Europea, en la Decisión 2002/892/ CE, calificó, en su artículo 1, tal ventaja tributaria como una ayuda de Estado incompatible con el mercado común e infractora del artículo 88.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [versión consolidada publicada en el DOUE, serie C, nº 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 173 (actualmente artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada publicada en el DOUE, serie C, nº 326, de 26 de octubre de 2012, p. 47)], y ordenó a España suprimirla, adoptando las medidas necesarias para obtener de los beneficiarios la recuperación de las ayudas, que se llevaría a efecto sin dilación y con arreglo a los procedimientos del derecho nacional, siempre que permitiesen la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión (artículos 2 y 3).

El Territorio Histórico y la Diputación de Álava instaron ante el entonces Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal General de la Unión Europea) un recurso de anulación, que, registrado con el número T-230/01 y acumulado a otros cuatro interpuestos por otras instituciones vascas (los números T-232/01, T-267/01, T-268/01 y T-269/01), fue desestimado en sentencia de 9 de septiembre de 2009, *Diputación Foral de Álava y Gobierno Vasco/Comisión*, confirmada en casación por sentencia de 28 de julio de 2011, *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (asuntos acumulados C-474/09 P a C-476/09 P).

En cumplimiento de la Decisión de la Comisión, el Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava, mediante resolución 1592/2007, de 6 de septiembre, ordenó recuperar las ayudas. Esta decisión fue adoptada conforme a lo dispuesto en la Norma Foral 53/1992, de 18 de diciembre, de Régimen Económico y Presupuestario del Territorio Histórico de Álava (BOTHA de 30 de diciembre), sin previa audiencia a los beneficiarios, en este caso, a «Euro Fleet», quien se quejó de tal circunstancia ante el Organismo Jurídico Administrativo de Álava, defendiendo que debió seguirse el procedimiento previsto para la revisión de actos nulos de pleno derecho o, en su caso, el de lesividad. Dicho Organismo desestimó la queja en resolución de 29 de enero de 2010.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la sentencia objeto de este recurso de casación (FJ 4º), razona que la pretensión de «Euro Fleet» está fuera de lugar porque el presupuesto de hecho de que parte poco tiene que ver con la causa de expediente de recuperación, que no pasa por la previa declaración de nulidad de acto administrativo alguno, sino que constituye una acción autónoma nacida de decisiones de autoridades e instituciones de la Unión Europea, cuya ejecución no requiere el seguimiento de procedimientos internos, más allá de su empleo instrumental para la inmediata y efectiva reintegración de la ayuda ilegal y el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado. La Sala de instancia juzga que el procedimiento seguido por la Diputación Foral ha permitido la recuperación inmediata y efectiva, como obliga el derecho de la Unión, por lo que el planteamiento de la demandante, instando la anulación y la retroacción de las actuaciones, sólo tendría como efecto una demora proscrita por el artículo 14.3 del Reglamento (CE) nº 659/1999.

«Euro Fleet» discrepa de tal planteamiento y, en el primer motivo de su recurso de casación, denuncia la infracción de los artículos 105 de la Constitución Española y 53.1 y 62.1.e) de la Ley 30/1992, porque debió dársele previa audiencia, habiéndosele causado indefensión al hurtársele la posibilidad de presentar alegaciones y de rectificar las liquidaciones del impuesto sobre sociedades de los ejercicios 1999 a 2002, aplicando otros créditos fiscales a los que hubiera podido tener derecho y a los que renunció para acogerse al beneficio del artículo 26 de la Norma Foral 24/1996.

SEGUNDO .- El debate que suscita el primer motivo de casación consiste, por tanto, en determinar si para la recuperación de las ayudas declaradas por la Comisión Europea incompatibles con el mercado común debe seguirse un procedimiento específico y, más en particular, si cualquiera que sea el mismo, antes de adoptar la decisión pertinente debe darse un trámite de audiencia al beneficiario de la ayuda, obligado al reintegro.

No es nuestra tarea diseñar en abstracto ese procedimiento, usurpando el papel del legislador; tampoco nos corresponde determinar, ante la ausencia de un trámite *ad hoc*, cuál de los distintos cauces que ofrece nuestro sistema resulta más adecuado para recuperar las ayudas estatales contrarias al orden jurídico de la Unión Europea, opción que corresponde realizar en cada caso a la Administración obligada a restablecer el equilibrio roto con su concesión. Sí nos toca, por el contrario, interpretando el sistema de fuentes, determinar las condiciones mínimas que ese procedimiento, sea el que fuere, debe satisfacer.

Y en tal empeño, para empezar se ha de tener en cuenta que el destinatario de la Decisión de la Comisión 2002/892/CE es el Reino de España; no lo fueron directa e inmediatamente los beneficiarios de las ayudas declaradas incompatibles, ni siquiera las autoridades vascas que aprobaron la norma que les dio cobertura, ni aquellas que las concedieron. Los interlocutores de las instituciones de la Unión Europea son los Estados miembros, no los poderes territoriales autónomos y descentralizados en que, de acuerdo con su diseño constitucional, se distribuye el poder público dentro de cada uno de ellos. Por esta razón, la propia Decisión de la Comisión ordenó a España recuperar las ayudas, «con arreglo a los procedimientos del derecho nacional» (artículo 2), sin perjuicio de que, como criterio general, constituya un principio común que la recuperación deba efectuarla la autoridad que las otorgó (así lo recuerda la Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05, apartado 46). Y es aquí donde se hace presente la competencia de las autoridades del Territorio Histórico de Álava y la obligación de proceder al rescate de acuerdo con los procedimientos que rigen su actuación.

Así pues, corresponde al legislador interno determinar los procedimientos para recobrar las ayudas. Resulta así porque no existe un derecho "procedimental" de la Unión Europea para la ejecución de sus decisiones, que se lleva a cabo de manera descentralizada por las instancias públicas de los distintos Estados miembros, conforme a su propio ordenamiento jurídico y a los principios que lo informan [véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, *Comisión/Alemania* (C-209/00, apartado 32), y 7 de julio de 2009, *Comisión/Grecia* (C-369/07, apartado 66)].

Ahora bien, como recuerda el propio artículo 3.2 de la Decisión de la Comisión, aplicando, sin decirlo, el artículo 14.3 del Reglamento (CE) nº 659/1999 y siguiendo las directrices del considerando decimotercero del preámbulo del propio Reglamento, el procedimiento nacional para la recuperación no debe impedir la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión, pues con ello se entorpecería el restablecimiento de la competencia que la ayuda declarada ilegal ha quebrado. Así lo recuerda también la Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05 (apartado 52). En otras palabras, el procedimiento que se elija en cada Estado miembro no puede menoscabar el alcance y la eficacia del derecho de la Unión [sentencias del Tribunal de Justicia *Comisión/Alemania*, ya citada, apartado 34; de 20 de mayo de 2010, *Scott y Kimberly Clark* (C-210/09, apartado 21); y 22 de diciembre de 2010, *Comisión/Eslovaquia* (C-507/08, apartado 51)]. Por consiguiente, ese ordenamiento jurídico transnacional impone la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar la ejecución de las decisiones de la Comisión que exigen la recuperación de una ayuda ilegal, respetando al mismo tiempo las particularidades de los diferentes procedimientos previstos a tal fin por los Estados miembros (sentencia *Comisión/Eslovaquia*, acabada de citar, apartado 52), so pena, en caso contrario, de incurrir en un incumplimiento declarable y sancionable por el Tribunal de Justicia [véanse entre las más recientes y en lo que concierne a España las sentencias de 11 de diciembre de 2012, *Comisión/España* (C-610/10), y 24 de enero de 2013, *Comisión/España* (C-529/09)].

En el caso enjuiciado, la Diputación Foral de Álava, según nadie niega, adoptó "de plano" el acuerdo de recuperación en ejecución de la Decisión de la Comisión, sin dar un previo trámite de audiencia a «Euro Fleet». La propia resolución del Organismo Jurídico Administrativo de Álava así lo patentiza, indicando que en nuestro ordenamiento interno no existe un procedimiento específico para ejecutar las decisiones de las Instituciones de la Unión Europea, si bien concluye que no cabe hablar de nulidad de pleno derecho por haberse prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido, por la sencilla razón de que no había uno previsto.

Procede, sin embargo, interrogarse si esta solución, la de adoptar "de plano" sin audiencia previa la decisión de reintegro del importe de la ayuda, es admisible, integrando las exigencias propias de nuestro derecho interno con las que impone el ordenamiento de la Unión Europea. En otras palabras, si la inmediatez que se reclama para la ejecución de las decisiones de la Comisión Europea sobre recuperación de ayudas de Estado declaradas contrarias al mercado común y la necesidad de que se haga siguiendo procedimientos que no menoscaben su alcance y eficacia exigen la adopción de la decisión de tamaña manera.

Ese principio, el de audiencia, es un principio general de nuestro ordenamiento, de alcance constitucional [artículo 105.c) de la Carta Magna], que debe encontrar aplicación en todos los casos en los que la decisión que vaya a adoptar un órgano administrativo afecta a los derechos e intereses de ciudadanos

identificados y suficientemente individualizados (véase el auto del Tribunal Constitucional 232/1983 , FJ Único), hasta el punto de que su omisión, cuando se entienda que constituye un trámite esencial, puede hacer irreconocible la existencia de un procedimiento, abocando incluso a la nulidad de la decisión adoptada en virtud del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 [véanse las sentencias de 4 de diciembre de 2012 (casación 3557/10 , FJ 4º), 8 de octubre de 2012 (casación 4258/09 , FJ 2º), 6 de junio de 2012 (casación 4691/09 , FJ 6º), 5 de mayo de 2008 (casación 9900/03, FJ 4º, *in fine*) y 21 de junio de 2006 (casación 5474/01 , FJ 3º)]. Por consiguiente, en una primera aproximación a la cuestión, cabría concluir que, en el caso debatido, habiéndose adoptado la decisión de recuperación de la ayuda sin oír previamente a la compañía beneficiaria, se desconoció el mencionado principio, tal y como denuncia la compañía recurrente en el primer motivo de casación, lo que conduciría si no a la nulidad de pleno derecho de la decisión, como propugna, al menos sí a su anulabilidad, en el caso de que se le haya causado indefensión material.

Sería posible oponer que, con tal desenlace, se desconocerían los designios de la regulación del derecho de la Unión, que pide una inmediata y efectiva ejecución de la Decisión de la Comisión al objeto de restablecer la competencia que la ayuda declarada incompatible rompió, pues, al fin y al cabo, la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de su declaración de ilegalidad [sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 1993 , *Comisión/Grecia* (C-183/91, apartado 16), 27 de junio de 2000 , *Comisión/Portugal* (C-404/97, apartado 38), y 26 de junio de 2003 , *Comisión/España* (C-404/00, apartado 44)]. Ahora bien, no es dable olvidar que aquellos designios deben alcanzarse sin merma de los principios que inspiran también ese ordenamiento transnacional. Dicho de otra forma, cuando las Administraciones nacionales ejecutan decisiones de la Unión Europea quedan sometidas también a su ordenamiento jurídico y, en particular, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE, Serie C, nº 326, de 26 de octubre de 2012, p. 391), cuyo artículo 51 dispone que sus disposiciones se dirigen también a los Estados miembros al tiempo de aplicar el derecho de la Unión. Pues bien, la Carta proclama en el artículo 41.2, dentro de las garantías inherentes a la ciudadanía, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Es decir, la audiencia como trámite necesario no sólo la impone nuestro ordenamiento doméstico sino también el propio de la Unión Europea, y lo hace al más alto nivel, en la Carta, que, según el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, Serie C, nº 326, de 26 de octubre de 2012, p.13), tiene el mismo valor jurídico que los tratados. Acudiendo a las palabras de la Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05 (apartado 52), los Estados miembros deben «utilizar procedimientos rápidos siempre que sea posible con arreglo al derecho nacional» y que, añadimos nosotros ahora, respeten los mandatos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, debiendo, por tanto, ser eficaces e inmediatos, pero sin merma de las garantías que ese ordenamiento jurídico reconoce a sus ciudadanos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 20 de mayo de 2010 , *Scott y Kimberly Clark* (apartado 25), ha precisado que el control que realiza el juez nacional de la legalidad formal de una liquidación de recuperación de ayudas y la posible anulación de esa liquidación por no haberse respetado las garantías del procedimiento deben considerarse emanación del principio de tutela judicial que, conforme a reiterada jurisprudencia, constituye un principio general del derecho de la Unión.

Poco importa a estos efectos que, cuando se dictó el acto originario recurrido (6 de septiembre de 2007), no estuviera aún en vigor el nuevo Tratado de la Unión Europea y, por ello, el alcance que otorga a la Carta, pues no cabe olvidar que ese texto, proclamado en Niza en el año 2000, como reza su preámbulo, codificó y reafirmó los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, así como por determinados textos normativos. Su contenido es, en suma, emanación del acervo compartido por dichos Estados y de los compromisos internacionales que han adquirido, en particular el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, por lo que la Unión estaba obligada a respetarlos y sus tribunales (el de Justicia y los nacionales) a tutelarlos, ya que así lo imponían los artículos 6 y 46, letra d), del texto entonces en vigor del Tratado de la Unión Europea .

Y en esta tesitura, sería contrario a los principios de equivalencia y efectividad, como también recuerda el apartado 52 de la Comunicación de la Comisión 2007/C 272/05, el diseño de procedimientos nacionales para la recuperación de las ayudas de Estado ilegales menos favorables para los afectados que los previstos para acciones nacionales similares, haciendo imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que les confiere el ordenamiento de la Unión, singularmente el acabado de citar de audiencia en los procedimientos administrativos que les afectan. Esos mismos principios son traídos a colación por la «Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales» (2009/C 85/09) (DOUE, serie C, nº 85, de 9 de abril de 2009, p.1, apartado 70), cuando alude a la

obligación de los jueces nacionales de proteger los derechos individuales afectados por las ayudas estatales ilegales.

No puede argumentarse frente a lo hasta aquí razonado que la omisión del trámite de audiencia no ha causado indefensión a « Euro Fleet» porque, en cualquier caso, la ayuda debía ser devuelta. Se ha de recordar que el *modus operandi* desenvuelto por la Diputación Foral de Álava se ha reducido, como nos recuerda el Organismo Jurídico Administrativo en su resolución, a la aprobación de liquidaciones tributarias en periodo voluntario de recaudación, por lo que, eventualmente pudiera resultar procedente la aplicación de otros beneficios incompatibles con los previstos en el artículo 26 de la Norma Foral 24/1996, siendo pertinentes las alegaciones que sobre el particular la compañía recurrente habría podido hacer valer en el preterido trámite de audiencia. No en vano, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia que 28 de julio de 2011, *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, apartados 99 y 102), recordando la doctrina sentada en las de 7 de marzo de 2002, *Comisión/Italia* (C-310/99, apartados 89 y 91), y 9 de junio de 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere»/Comisión* (asuntos acumulados 71/09 P, 73/09 P y 76/09 P, apartados 63, 64 y 115), reconoce que en la fase de recuperación es preciso efectuar el análisis de cada empresa afectada, afirmación que hace imprescindible que sea oída. Por su parte, la propia Dirección General de Tributos, en la contestación de 2 de junio de 2009 a la consulta vinculante 1304-09, ha afirmado que en el trámite de recuperación se trata de regularizar la situación fiscal del destinatario de la ayuda por lo que respecta al beneficio, eliminándolo, pero admite que pueda tener una mayor extensión, pudiendo, por tanto discutirse la procedencia de otras ventajas que la declarada ilegal dejó en su momento fuera de juego por su incompatibilidad. En suma, según ha subrayado la Comisión Europea en la Comunicación 2009/C 85/09, la obligación de recuperación de las ayudas no es absoluta, pudiendo existir circunstancias en las que resulte improcedente (apartado 32).

Repárese en que, como ha ocurrido en este supuesto, la Comisión puede limitarse a estudiar las características generales del régimen de ayudas, sin estar obligada a examinar cada caso concreto de aplicación del mismo, no quedando, por tanto, forzada a analizar la ayuda concedida a cada empresario con arreglo a dicho régimen. Como consecuencia y según ya se ha apuntado, en la fase de recuperación de la ayuda es preciso analizar la situación individual de cada compañía [sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere»/Comisión* (apartado 63 y 130) y 28 de julio de 2011 , *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, apartados 98 y 99)], lo que obliga a abrir un trámite específico a tal fin. Es más, como se indica en la citada sentencia de 28 de julio de 2011 , en la fase de recuperación las autoridades españolas pueden pedir a la Comisión que, basándose en un régimen de ayudas de finalidad regional, excluya en su caso la obligación de recuperación de alguna ayuda individualmente considerada (apartado 102).

Si se tiene en cuenta que en la primera fase, de análisis global del sistema de ayudas, no se estudia cada caso concreto, estudio que hay que realizar en la segunda, la de recuperación, para comprobar si individualmente considerada alguna ayuda no debiera ser devuelta, al menos en parte, porque el beneficiario tenía derecho a otras compensaciones compatibles con el ordenamiento de la Unión que la ayuda declarada ilegal excluía, como es el caso de las ayudas de finalidad regional, parece ineludible el trámite de audiencia, cuya omisión causó indefensión material a la sociedad recurrente. Así lo evidencia el propio Tribunal de Justicia en la repetida sentencia de 28 de julio de 2011 cuando recuerda que recae sobre el beneficiario la carga de probar tales circunstancias (apartado 103), de modo que si no se le da ni siquiera la oportunidad de alegar (y, en su caso, probar) en tal sentido, se obstaculiza, de manera real y efectiva, el ejercicio de su derecho de defensa.

Procede, en consecuencia, acoger el primer motivo del recurso y casar la sentencia de instancia en lo que se refiere a los ejercicios 1999 y 2000, dado el contenido del auto de la Sección Primera de 29 de marzo de 2012 .

TERCERO .- Resolviendo el debate en los términos suscitados, como nos impone el artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción , debemos estimar el recurso contencioso-administrativo. Ahora bien, el resultado de esta estimación no puede ser el de la declaración de nulidad de los actos impugnados, como se pretende en la demanda, puesto que no se ha omitido de manera radical todo procedimiento. En realidad, se han producido actuaciones que conforman un procedimiento administrativo, como son la toma en consideración de la Decisión de la Comisión, el pronunciamiento del acuerdo de recuperación y su notificación; otra cosa es que el mismo haya sido resuelto sin haber oído previamente al interesado cuando debió haberlo sido y que, según hemos razonado, esa preterición del trámite de audiencia haya causado indefensión material, por lo que nos movemos en el ámbito del artículo 63 de la Ley 30/1992 . Se ha de recordar,

por último, el carácter excepcional de la nulidad de pleno derecho y que, conforme a nuestra jurisprudencia, la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos no sancionadores no determina por sí misma tal radical consecuencia [véanse, por todos las sentencias de 16 de noviembre de 2006 (casación 1860/04 , FJ 4º), 12 de diciembre de 2008 (casación 2076/05, FJ 2º) y 9 de junio de 2011 (casación 5481/08 , FJ 5º); esta última en particular].

En esta tesitura, procede anular los actos administrativos recurridos, en cuanto atañen a los ejercicios 1999 y 2000, y ordenar la retroacción de las actuaciones para que sean adoptados de nuevo dando antes la oportunidad a «Euro Fleet» de formular alegaciones y, en su caso, presentar pruebas que acrediten su derecho a obtener otras ayudas, excluidas por la aplicación de la declarada ilegal en la Decisión de la Comisión Europea.

CUARTO.- La estimación del primer motivo de casación hace innecesario el análisis del segundo, pues, expulsados del ordenamiento jurídico los actos a los que la entidad recurrente imputaba la lesión patrimonial, desaparece el presupuesto que sustentaba esta queja.

QUINTO .- El éxito del recurso de casación determina, en aplicación del artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción , que no proceda hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en su tramitación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

FALLAMOS

Acogemos el recurso de casación 6165/11, interpuesto por EURO FLEET CARS, S.L., contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2011 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 399/10 , que casamos y anulamos.

En su lugar:

1º) Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo instado por la mencionada compañía frente al acuerdo adoptado por el Organismo Jurídico Administrativo de Álava el 29 de enero de 2010 declarando no haber lugar a la reclamación 231/07, dirigida contra la resolución número 1592/07, de 6 de septiembre, del Director de Hacienda de la Diputación Foral de Álava, que, en ejecución de la Decisión de la Comisión Europea 2002/892/ CE, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava, ordenó recuperar las cantidades disfrutadas por la mencionada compañía a cuenta de la reducción de la base imponible del impuesto sobre sociedades prevista en el artículo 26 de la Norma Foral 24/1996, de 5 de julio, del Impuesto sobre Sociedades, durante los ejercicios 1999 a 2002.

2º) Anulamos dichos actos administrativos en cuanto atañen a los ejercicios 1999 y 2000 y ordenamos retrotraer las actuaciones al momento anterior a su pronunciamiento, a fin de que se abra para la compañía demandante un trámite de audiencia, dándole la oportunidad de formular alegaciones y, en su caso, presentar pruebas que acrediten su derecho a obtener otras ayudas, excluidas por la aplicación de la declarada ilegal en la Decisión de la Comisión Europea 2002/892/CE.

3º) No hacemos un especial pronunciamiento sobre las costas causadas, tanto en la instancia como en casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Emilio Frias Ponce D. Angel Aguallo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Oscar Gonzalez Gonzalez D. Ramon Trillo Torres D.Manuel Martin Timon D. Juan Gonzalo Martinez Mico **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria, certifico.