



Roj: STS 2443/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2443
Id Cendoj: 28079130022015100270
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 3883/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACION Num.: 3883/2013

Votación: 03/06/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Montero Fernández

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: SEGUNDA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Magistrados:

D. Ángel Aguallo Avilés

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. José Antonio Montero Fernández

D. Manuel Martín Timón

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. Rafael Fernández Montalvo

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación núm. **3883/2013** interpuesto por LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, representada por Procurador y defendida por Letrado, contra la sentencia dictada el 30 de octubre de 2013, de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso contencioso-administrativo núm. 165/2012 .

Ha comparecido como parte recurrida la Procuradora Dña. Isabel Soberón García de Enterría, en nombre y representación de BILBAO EDITORIAL PRODUCCIONES, S.L.U.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 165/2012, seguido en la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con fecha 30 de octubre de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO. Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por el Procurador D. Luis Pablo

López Abadía Rodrigo, en nombre y representación de BILBAO EDITORIAL PRODUCCIONES, S.L.U., contra la Resolución 133/2011, de 12 de diciembre de la Dirección General de Hacienda que estimó parcialmente el recurso de reposición presentado por Bilbao Editorial Producciones S.A. contra la Resolución 105/2011, de 10 de octubre ejecución complementaria de la Decisión de la Comisión C (2001) 1765 final de 11 de julio sobre las ayudas estatales concedidas por Vizcaya mediante crédito fiscal del 45% de las inversiones, debemos anular y anulamos los actos recurridos debiendo la Administración demandada reponer las actuaciones del expediente de recuperación de ayudas al trámite previo de audiencia al interesado para que a la vista de las mismas pueda alegar y probar cuanto estime pertinentes sobre el objeto de ese procedimiento; sin imposición de costas".

Esta sentencia fue notificada a la Procuradora Dña. Mónica Durango García, en nombre y representación de LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, el día 6 de noviembre de 2013.

SEGUNDO.- La Procuradora Dña. Mónica Durango García, en nombre y representación de LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, presentó escrito de preparación del recurso de casación con fecha 15 de noviembre de 2013, en el que manifestó su intención de interponerlo con sucinta exposición del cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad.

Por Diligencia de Ordenación de fecha 26 de noviembre de 2013, se acordó tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- El Procurador D. Manuel Francisco Ortiz de Apodaca García, en nombre y representación de LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, presentó con fecha 20 de diciembre de 2013, escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que reiteró el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad y formuló un único motivo casacional, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 63.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 84.1 de igual Ley, y jurisprudencia en relación con ellos (Sentencias del Tribunal Supremo de 20/11/2009, rec. nº 5687/2005 ; de 12/7/2013, rec. nº 2253/10 ; de 15/3/2012 (rec. 6335/08) ; 12/12/2008 (rec. 2076/05) ; de 16/11/2006 (rec. 1806/04), entre otras); con sus correspondientes fundamentos de derecho, suplicando a la Sala "dicte sentencia casando la sentencia recurrida confirmando la Resolución nº 133/2011, de 12 de diciembre, del Director General de la Hacienda Foral de Bizkaia, que estimaba parcialmente el recurso de reposición contra la Resolución nº 105/2011, de 10 de octubre, sobre ejecución complementaria de la Decisión de la Comisión C (2001) 1765 Final, de 11 de julio, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España a favor de las empresas de Bizkaia en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones en relación con la entidad Bilbao Editorial Reproducciones, S.L. Unipersonal".

CUARTO.- La Procuradora Dña. Isabel Soberón García de Enterría, en nombre y representación de BILBAO EDITORIAL PRODUCCIONES, S.L.U., compareció y se personó, en concepto de parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por Providencia de fecha 13 de febrero de 2014, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Segunda de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SEXTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 20 de febrero de 2014, se dio traslado del escrito de formalización e interposición del recurso, a la Procuradora Dña. Isabel Soberón García de Enterría, en representación de BILBAO EDITORIAL PRODUCCIONES, S.L.U., parte recurrida, para que formalizara su oposición, y por Diligencia de Ordenación de fecha 9 de abril de 2014, se declaró caducado el mismo.

Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el 3 de Junio de 2015, fecha en la que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 30 de octubre de 2013, recaída en los autos 165/2012, estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad BILBAO EDITORIAL PRODUCCIONES, S.L. UNIPERSONAL, contra resolución 133/2011 de 12 de diciembre de la Diputación Foral de Bizkaia, estimatoria parcial del recurso de reposición deducido contra anterior resolución 105/2011, de 10 de octubre, sobre ejecución complementaria de la Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España a favor de las empresas

de Vizcaya en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones en relación con la entidad recurrente, la cual anula los actos recurridos debiendo la Administración demandada reponer las actuaciones del expediente de recuperación de ayudas al trámite previo de audiencia al interesado para que a la vista de las mismas pueda alegar y probar cuanto estime pertinente sobre el objeto del procedimiento.

En lo que ahora interesa dejar constancia, como se recoge en la sentencia impugnada, que la resolución originaria, 105/2011, exigió cautelarmente a la entidad actora la devolución de ayudas por importe de 7.791.821,43 euros, que la resolución 107/2007 había declarado compatible con el mercado de la Unión Europea si bien aplicó la deducción por inversiones en activos fijos nuevos (-2.597.273,81 euros) reduciendo a 5.194.546,91 euros el importe de la devolución más los intereses de demora por importe de 1.249.063,29 euros. Contra la anterior resolución la entidad actora presentó recurso de reposición, que fue estimado parcialmente por resolución 133/2011, acogiendo la petición subsidiaria de aplicación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensación, por importe de 25.562.335,07 euros y consiguiente devolución de las cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses.

La sentencia de instancia, como se ha indicado, estimó el recurso contencioso administrativo por haber prescindido el procedimiento seguido para la recuperación de las ayudas de Estado del trámite de audiencia. En concreto se refiere, en exclusividad, a la resolución 105/2011 de la Dirección General de Hacienda de Bizkaia, señalando que la misma se ha dictado sin otro trámite previo que el informe de 6 de octubre de 2011 de la Subdirección de Coordinación y Asistencia Técnica, y prescindiendo, por lo tanto, del inexcusable trámite de audiencia del interesado; y al efecto sigue y transcribe la doctrina recogida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 .

SEGUNDO.- La parte recurrente formula un solo motivo de casación al párrafo del artº 88.1.d) de la LJCA , por infracción del artº 63.2 de la Ley 30/1992 , en relación con el artº 84.1 de dicho texto y jurisprudencia asociada.

Considera la parte recurrente que la sentencia se ha limitado a hacer un análisis de la resolución 105/2011, pero nada dice de la resolución 133/2011; siendo de observar que la entidad actora no alegó la ausencia del trámite de audiencia en su recurso de reposición, realizando las alegaciones que tuvo por oportunas, como la prescripción, y subsidiariamente la compensación de la devolución de las ayudas ilegales e incompatibles con bases imponibles negativas, petición esta que fue estimada; motivando la nulidad declarada nada más que en la referida sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 , que transcribe. Para la parte recurrente no se ha producido indefensión material alguna, en todo caso una mera irregularidad no invalidante, al punto que nada alegó al respecto en su recurso de reposición y por vez primera alega la falta de audiencia en sede contencioso administrativa; además en el caso de autos en vía administrativa se han acogido las pretensiones de la parte en cuanto a su derecho de obtener otras deducciones en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio que nos ocupa, lo que hace inútil la retroacción ordenada pues llevaría a dictar la misma resolución, mas cuando la propia sentencia entró sobre el fondo del asunto. En definitiva, la doctrina jurisprudencial ha de ser aplicada a la luz de los hechos analizados, siendo en este caso distintos de los tenidos en cuenta en la sentencia de 13 de mayo de 2013 .

La parte recurrida no ha presentado escrito de oposición al recurso de casación.

El modo de producirse la sentencia de instancia en el punto que nos ocupa nos ha de llevar a darle la razón a la parte recurrente. Se ha prescindido del caso concreto, no se han analizado los hechos enjuiciados, nada se recoge ni se analiza sobre el recurso de reposición y la resolución estimatoria parcial a la que da lugar, tampoco que la alegación de ausencia del trámite de audiencia no se hizo valer en vía administrativa sino que por vez primera se esgrime en sede judicial, y simplemente se limita la sentencia a transcribir lo dicho por este Tribunal Supremo en la referida sentencia de 13 de mayo de 2013 , dando la impresión que basta la mera omisión del trámite de audiencia en los procedimientos de recuperación de ayudas de Estado, para dar lugar a la anulabilidad de lo actuado y la retroacción de actuaciones, cuando de la mera lectura de la citada sentencia la doctrina que se desprende de la misma en modo alguno responde a dicha consecuencia, al contrario la sentencia no hace más que seguir una línea jurisprudencial consolidada y pacífica, que considera que sólo determina la anulabilidad la omisión del trámite de audiencia cuando se ha dado lugar a la indefensión material y efectiva, lo cual necesariamente exige un examen del caso concreto y de las circunstancias acaecidas, y entre ellas las posibilidades de defensa que pueda proporcionar el propio procedimiento administrativo, pues como tantas veces ha dicho este Tribunal Supremo " *la quiebra del principio de audiencia del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien es cierto que dicho precepto contempla la intervención de los interesados -las compañías afectadas- en el expediente administrativo, es lo cierto que con arreglo a nuestra jurisprudencia, a la que se*

remite el pronunciamiento impugnado, la omisión de dicho trámite ha de entenderse subsanado a través de las sucesivas oportunidades procesales en las que la recurrente ha tenido ocasión de alegar y defender sus intereses". Lo cual, por demás, sigue la línea marcada por el Tribunal Constitucional en cuando que señala que las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso concreto, y no se derivan de la simple infracción de las normas procedimentales, sino cuando la privación de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho de defensa con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, y ha de atenderse al sistema de recursos para comprobar si estamos ante una simple irregularidad o ante un vicio determinante de indefensión material.

Como ya se ha indicado, la Sala de instancia se ha limitado a transcribir la referida sentencia de este Tribunal Supremo sin más, ha prescindido absolutamente de entrar a enjuiciar las circunstancias concretas del caso que nos ocupa, cuando resultaba evidente que había interpuesto un recurso de reposición contra la resolución originaria, en el que había desplegado todos los medios de defensa que tuvo por conveniente, con parcial éxito como se ha dicho, sin que entre sus alegaciones se hiciera mención no ya a la omisión del trámite de audiencia, sino tan siquiera a una posible indefensión; lo que evidencia, por demás, lo artificial y forzado de la alegación que realiza por vez primera en sede judicial, pues si a la ausencia del trámite de audiencia para ser relevante debe unirse el haber causado indefensión, no hay tal cuando omite referencia alguna a dicha irregularidad en su recurso de reposición, lo que no tiene explicación en tanto que la indefensión debe invocarse en el momento en el que se produce para su corrección, si no se invoca la misma al producirse el defecto procedimental, no puede ser más que porque no se ha producido la indefensión prohibida, y el invocarlo a posteriori no puede tener otra lectura que no hubo indefensión y que se pretende valerse del vicio formal sin más interés que buscar la nulidad de lo actuado.

Lo cual nos debe llevar a estimar la pretensión actora y conforme al artº 95.2.d) de la LJCA, constituidos en Tribunal de instancia procede entrar a dilucidar el recurso contencioso administrativo en los términos en que fue propuesto el debate por las partes.

TERCERO.- La sentencia de instancia da cuenta de que la resolución 107/2007, de 9 de octubre del Director General de Hacienda de Bizkaia, declaró que el importe de las ayudas cobradas por la recurrente no debía ser devuelto en ejecución de la Decisión de la Comisión de 11 de julio de 2011, en razón de su compatibilidad con el mercado dentro del régimen de ayudas regionales. Como se ha indicado ut supra la resolución recurrida 133/2011 estimó parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 105/2011, procediéndose a realizar un nuevo recálculo de las liquidaciones del Impuesto sobre Sociedades aplicando las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensación por importe de 25.562.335,07 euros.

Plantea la parte actora los siguientes motivos de oposición contra el acto objeto del presente recurso contencioso administrativo:

- Litispendencia de la conformidad a Derecho de la ejecución de la Decisión efectuada por la Diputación en el año 2007 respecto a las ayudas percibidas por Bilbao Editorial Producciones SLU, y posibilidad de suspender la resolución recurrida conforme al Derecho Comunitario.

- Ilegalidad del acto administrativo recurrido por omisión total y absoluta del procedimiento establecido. Inexistencia de procedimiento específico y de título ejecutivo.

- Violación de las garantías procedimentales del administrado. Omisión del trámite de audiencia y prescripción.

- El recálculo de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades no resulta acorde con la normativa comunitaria de ayudas de Estado.

Se opone la Diputación Foral de Bizkaia recordando el procedimiento por el que se ha ordenado la recuperación de las ayudas de Estado, lo cual queda al margen de la competencia de los órganos judiciales nacionales, debiendo las autoridades competentes del Reino de España limitarse a ejecutar lo resuelto. En cuanto al procedimiento seguido se remite a lo resuelto en sentencia de 26 de septiembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco .

CUARTO.- Sobre las cuestiones que plantea la parte recurrente este Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones teniendo un cuerpo de doctrina consolidado.

Pone de manifiesto la parte recurrente la contradicción en que incurre la parte demandada, por un lado en 2007 declara que es compatible con el mercado común la totalidad de las ayudas percibidas, para mediante

resolución 105/2011, a pesar de considerar ilegal la postura que acoge, decide completar la ejecución de la Decisión de 11 de julio de 2001 de la Comisión, exigiendo las ayudas percibidas con el único fin de evitar la imposición de sanciones y con carácter cautelar hasta tanto se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la demanda presentada por la Comisión. Siendo posible suspender la resolución recurrida según el Derecho Comunitario.

Como en otras ocasiones hemos tenido ocasión de poner de manifiesto la recuperación no posee carácter sancionador, simplemente se pretende con la misma restablecer la situación inicial al otorgamiento de la ayuda ilegal e incompatible con el mercado común, restableciendo la situación de libre competencia, lo que exige que el beneficiario no disfrute de las ventajas obtenidas con la ayuda, por lo que se hace recaer en el Estado la obligación de obtener dicha recuperación mediante la aplicación de sus propias normas. La situación jurídica que surge queda delimitada por la Decisión de la Comisión que ordena la recuperación, obligando al Estado destinatario a su recuperación y a su vez creándose el crédito a su favor y la correlativa obligación de pago a costa del beneficiario. Resulta evidente, por tanto, que una vez producida la Decisión 11 de julio de 2011, los órganos nacionales competentes venían obligados a restablecer la situación anterior a la ayuda, dando lugar, sin demora, a la recuperación de la ayuda.

La Decisión pues despliega toda su fuerza vinculante y, artº 14.1 del Reglamento 659/1999, el Estado miembro viene obligado a obtener de los beneficiarios la recuperación; sin que le corresponda al mismo evaluar si una medida de ayuda es o no compatible con el mercado común, pues corresponde en exclusividad a la Comisión, y el control de su legalidad a los órganos jurisdiccionales europeos, por lo que ni los órganos administrativos ni judiciales nacionales pueden adoptar resoluciones ajenas a lo ya resuelto por la Comisión en un procedimiento de aplicación de la prohibición de ayudas de Estado, y se articula dentro del ámbito europeo los instrumentos adecuados para su impugnación, en su caso, ante sus Tribunales; careciendo de virtualidad alguna aquellos actos de las autoridades nacionales oponiéndose a la Decisión, como parece ser el caso en el presente en el que se dicta la resolución 107/2007, pues de no estar conforme debió de oponerse ante los órganos europeos competentes y en modo alguno declarar una compatibilidad ajena a las competencias que le viene asignadas, en este caso limitarse a llevar a buen término la recuperación y, en su caso, identificando a las sociedades o personas beneficiadas y a calcular la suma a devolver. Carece, pues, de validez y eficacia alguna aquellos actos de oposición a lo resuelto por la Comisión en la Decisión por unos cauces que no sean los legalmente previstos, impugnación ante el TPI y, en su caso, ante el TJUE, pues una Decisión de recuperación es obligatoria para todos los órganos del Estado destinatario, incluido, claro está, sus tribunales. Por tanto, como se ha indicado, una declaración de un órgano nacional, como es el caso, pronunciándose en contra de lo resuelto por la Comisión en su Decisión, declarando la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, carece de virtualidad alguna, ni produce más efectos respecto del régimen de recuperación de la ayuda declarada por la Comisión incompatible con el mercado común, que el constituir una mera declaración sin fuerza ejecutiva alguna, pues todo el sistema de recuperación sería papel mojado si, en contra de los principios básicos referidos, los órganos nacionales encargados de hacer factible la recuperación pudieran dejar sin efecto la Decisión de la Comisión simplemente declarando que en su opinión la ayuda si es compatible con el mercado común. Recordemos lo dicho en ocasiones precedentes, en el sentido de que el Derecho Europeo impone inexorablemente -sólo en casos excepcionales de imposibilidad se permitirá no cumplir la decisión de recuperación de ayudas- y sin dilación la plena efectividad de la Decisión, artº 14.3 del Reglamento 659/1999 ; será el Estado destinatario de la Decisión el que ha de tomar las medidas necesarias para la efectividad de la Decisión a través del procedimiento de devolución conforme a la legislación nacional (principio fundamental de autonomía procedimental de los Estados), "siempre que permita la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión", por lo que si la norma procesal nacional impide la recuperación inmediata o efectiva, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicar dicha norma, (Comunicación sobre Aplicación), aunque como advierten las SSTJCE de 16 de marzo de 2006, Rosmarie Kapferer/ República Eslovaca , y de 3 de septiembre de 2009 , *Amministrazione dell'Economia e delle Finanza y Agencia de Ite Entratel/Fallimiento Olimpiclub*, "el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar normas procesales internas que confieran fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión", teniendo presente, STJCE de 22 de diciembre de 2010 , *Comisión Europea/República Eslovaca*, que "el Derecho de la Unión impone la obligación de adoptar todas 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". La obligación que impone la Comisión al Estado, pues, no le autoriza a que la recuperación se haga al margen del ordenamiento jurídico nacional, sino que dentro de los cauces legales de la legislación nacional y con respeto a los derechos y garantía individuales, el Estado viene obligado a hacer todo lo necesario para obtener la recuperación de las ayudas. Y este es

el sentido que se desprende del artículo 14.3 del Reglamento comunitario 659/1999: "Sin perjuicio de lo que el Tribunal de las Comunidades Europeas pueda disponer, de conformidad con el art. 185 del Tratado, la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado 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".

No procede, pues, la pretendida suspensión, no existe los mínimos requisitos al efecto, ni hay *fumus boni iuris*, por las razones expuestas, y desde luego no basta con la mera invocación del *periculum in mora*, cuando resulta además evidente en este caso no ha existido devolución efectiva, simplemente se opera sobre las bases impositivas negativas pendientes, y sin que tan siquiera se haga referencia a que ha habido bases positivas a las que no ha sido factible descontar aquellas.

Este Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre los procedimientos seguidos en la fase de recuperación de ayudas de Estado incompatibles con el mercado común, recordemos las Sentencias de 13 de mayo de 2013, rec. cas. 6165/2011 o la de 14 de octubre de 2013, rec. cas. 361/2012, que vienen a reproducir la anterior. Dijimos, en lo que ahora interesa lo siguiente:

"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 presente caso sí se ha seguido un procedimiento, por lo que no puede mantenerse, pues, que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, ni que se haya vulnerado los principios básicos procedimentales

Debe, por demás, ponerse de manifiesto que la sentencia que nos ocupa respecto del conjunto de cuestiones planteadas por la parte recurrente -excepto en el tema referido a la audiencia, ya resuelto- se remitió y copió textualmente lo dicho en su sentencia de 5 de febrero de 2013, recurso 191/2010 , pues bien dicha sentencia fue objeto de recurso de casación, habiendo recaído sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, 898/2013 , la que vino a confirmar dicho pronunciamiento, sin perjuicios de que acogió el defecto de falta de audiencia para estimar el recurso; pero, en lo que interesa, se acogió la fundamentación que ahora se reproduce en la sentencia de instancia, por lo que ha de estarse a lo dicho en la referida sentencia de 23 de marzo de 2015 .

Respecto del plazo de prescripción, ya en sentencia de 9 de mayo de 2013, cas. 6077/11 , declaramos que si los actos de recuperación de ayudas se sitúan en el ámbito de la ejecución de una decisión comunitaria firme e indiscutible, serán siempre de preferente aplicación los plazos de prescripción previstos en el Ordenamiento Comunitario, en virtud de la primacía que ostenta el Derecho de la Unión Europea.

Ya hemos dicho en otras ocasiones que conviene recordar que si bien según el art. 15 del Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, de 22 de Marzo, el plazo de prescripción se cuenta a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario, bien a título individual o como consecuencia de la aplicación de un régimen de ayudas, cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionada con la ayuda ilegal interrumpirá el plazo de prescripción, y que tras cada interrupción el plazo comienza a contarse desde el principio, señalando también que el plazo de prescripción deberá suspenderse durante el tiempo en que la decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento pendiente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Pues bien siendo todo ello así y ante el "iter" procedimental seguido por la Comisión y el Tribunal de Justicia resulta patente que cuando se dictó la resolución de la Dirección de Hacienda exigiendo la recuperación no había prescrito el derecho a recuperar la liquidación del ejercicio al que afecta el recurso de casación.

QUINTO.- Alega la parte actora, con carácter subsidiario, que el recálculo de la liquidación del Impuesto de Sociedades no resulta acorde con la normativa comunitaria. Considera que de no haberse acogido al crédito fiscal del 45%, podría haber optado a otras, lo que requiere la evaluación de múltiples factores no tenidos en cuenta y que no han podido ser alegados por la entidad dada la inexistencia de un trámite de audiencia; no habiendo tenido en cuenta la Diputación Foral de Bizkaia la cuantía de ayudas regionales compatibles con el mercado común, ignorando la complejidad de la normativa comunitaria de ayudas de Estado, la denominada "subvención neta equivalente"; debiendo tener en cuenta el desfase temporal entre el momento de la inversión y el momento en que el crédito fiscal se percibe como reducción de la cuota a pagar por el impuesto sobre Sociedades, criterios previstos por la Comisión en las Directrices 7 de abril de 1998 y Decisión de 25 de julio de 1995, en relación con la Comunicación de la Comisión sobre regímenes de ayudas de finalidad regional de 21 de diciembre de 1978 y en la Carta de la Comisión de 23 de marzo de 1993. Por lo que dado que la inversión se produjo en el período comprendido entre 1999 y 2001 y la aplicación del crédito fiscal no se realizó hasta que se autoliquidó el Impuesto sobre Sociedades del año 2004, debe procederse a actualizar el importe del límite de ayudas generado a la fecha de la inversión a la fecha de aplicación del crédito fiscal. Añade además que también contempla la normativa comunitaria la posibilidad de aplicar límites de ayuda superiores en función de objetivos específicos, las denominadas ayudas horizontales, sin que se haya contemplado esta posibilidad.

No es posible compartir el parecer de la parte recurrente que parte de un presupuesto que ya se ha dejado sentado no se corresponde con la realidad, puesto que se afirma la imposibilidad de haber podido alegar anteriormente la aplicación de las posibles ayudas compatibles con el Derecho comunitario a los efectos del recálculo efectuado, y sin embargo, la parte recurrente tuvo la oportunidad de realizar cuantas alegaciones hubieran sido de su interés, como así fue, en el recurso de reposición que presentó contra la resolución 105/2011; no resultando suficiente a los efectos pretendidos fundar esta pretensión sobre hipótesis huérfanas

de una base real que le otorgara visos de objetividad, al punto que como se ha dejado indicado parte de que existen posibles ayudas compatibles con el Derecho Comunitario pero se abstiene siquiera de concretar las que le podrían ser aplicables. El recálculo realizado por la Administración resultaba claro y contundente, ante ello la reacción que cabría esperar de la parte recurrente es combatir el mismo aportando los datos necesarios y precisos para poder analizar si efectivamente eran o no aplicables y si, por ende, no era correcta la resolución combatida. Nada de ello hace.

SEXTO.- Tampoco cabe el planteamiento de la cuestión prejudicial interesada, puesto que, como tantas veces hemos dicho, el planteamiento de un cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada publicada en el DOUE de 30 de marzo de 2010, serie C, número 83, p. 47), procede cuando la interpretación de una norma de dicho ordenamiento jurídico resulte necesaria para zanjar el pleito seguido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, siendo obligada la remisión si dicho órgano pronuncia la última palabra dentro del sistema nacional por no ser su decisión susceptible de ulterior recurso. El juicio de relevancia corresponde al propio tribunal remitente, que ha de comprobar y explicitar la medida en que la interpretación de la norma europea constituye presupuesto insoslayable de la decisión del litigio. Esta constatación lleva como consecuencia que, si puede resolverse la contienda sin necesidad de acudir al ordenamiento jurídico transnacional, con exclusivos parámetros internos, el planteamiento de la cuestión prejudicial se revelará superfluo. Pues bien, como se ha puesto de manifiesto sobre el grueso de las cuestiones planteadas este Tribunal las ha resuelto sin ofrecerles duda interpretativas respecto la normativa aplicable del Derecho europeo.

SÉPTIMO.- Al estimarse el presente recurso de casación, artº 139 de la LJCA , no ha lugar a realizar un pronunciamiento condenatorio sobre las costas. Sin que tampoco existan méritos para una condena en costas en la instancia, ante las dudas y dificultad resolutoria que ha quedado plasmada en el cuerpo de esta sentencia.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y por el poder que nos confiere la Constitución

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el presente recurso de casación num. **3883/2013**, dirigido contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de Octubre de 2013, recaída en los autos 165/2012, la que se anula y casa parcialmente.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo dirigido contra resolución 133/2011, de 12 de diciembre, de la Diputación Foral de Bizkaia, estimatoria parcial del recurso de reposición contra resolución 105/2011, que se confirman.

TERCERO.- Sin condena en costas ni en este recurso de casación, ni en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Manuel Vicente Garzón Herrero

Ángel Aguallo Avilés Joaquín Huelin Martínez de Velasco

José Antonio Montero Fernández Manuel Martín Timón

Juan Gonzalo Martínez Micó Rafael Fernández Montalvo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma **D. José Antonio Montero Fernández** , hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.