



Erasmus+



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA

**Graves ausencias procedimentales en el Derecho
administrativo de la Unión Europea**

WP IDEIR nº 21 (2014)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Isaac Ibáñez García 2014

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Graves ausencias procedimentales en el Derecho administrativo de la Unión Europea

Isaac Ibáñez García*

I. Introducción. II. La ausencia de un procedimiento interno de recuperación de ayudas fiscales ilegales o incompatibles con el derecho de la UE. III. La ausencia de una regulación del procedimiento de infracción del derecho de la Unión Europea. ANEXO I. Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 26 de junio de 2013 (Caso 295/2012/MMN, contra la Comisión Europea). Crítica a la Decisión. ANEXO II. Dictamen de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre mi petición de 15 de julio de 2009. ANEXO III. Petición de 15 de Julio de 2009 al Parlamento Europeo

* Abogado

I. Introducción

La realidad de las cosas que no se quiere ver.

*“Adviértase que no censuro la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de que la devolución de la subvención es la consecuencia lógica de la constatación de su ilegalidad [sentencia, entre otras, de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión (C-305/89, Rec. p. I-1603), apartado 41]; pero al extender esta idea hasta la **neutralización del daño causado al mercado**, como reza en el considerando decimotercero, el Reglamento n° 659/1999 se **convierte en algo ficticio, artificioso, una mera entelequia**”.*

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER.

I

El 15 de enero de 2013, el Parlamento Europeo aprobó su

Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea.

En ella, puede leerse lo siguiente:

“B. Considerando que los ciudadanos deben poder esperar de la administración de la Unión Europea un alto grado de transparencia, eficiencia, rápida ejecución y capacidad de respuesta, tanto si presentan una reclamación formal como si ejercen su derecho de petición en virtud del Tratado, así como información sobre la posibilidad de llevar a cabo otras acciones”.

En la gestación de dicha Resolución, se tuvieron en cuenta:

“las notas informativas presentadas en el Seminario sobre Derecho Administrativo en la Unión Europea organizada por el departamento temático de la Comisión de Asuntos Jurídicos y la Universidad de León (León, 27 y 28 de abril de 2011)”.

Recapitulando. En abril de 2011, el Parlamento Europeo y la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de León organizaron un Seminario sobre Derecho Administrativo en la Unión Europea, que reunió en León a profesores y catedráticos de distintas universidades europeas, magistrados y diputados europeos.

De las distintas cuestiones abordadas, una de ellas fue la siguiente: “De la fragmentación al incremento de la coherencia. *¿Es necesaria una ley de procedimiento administrativo para las instituciones europeas, organismos y agencias?*”¹.

Los asuntos abordados en el Seminario (eran y) son un tema candente hoy en la Unión Europea y especialmente en el Parlamento Europeo, habida cuenta de que su Comisión de Asuntos Jurídicos (como germen de la Resolución del Parlamento Europeo anteriormente citada), por decisión adoptada el 23 de marzo de 2010, estableció un grupo de trabajo sobre Derecho Administrativo de la Unión Europea, para el que se nombró coordinador al Vicepresidente Luigi Berlinguer. El objeto de la formación del grupo de trabajo fue investigar posibles iniciativas legislativas destinadas a establecer un Derecho general del procedimiento administrativo de la UE. **Se prestaría una atención minuciosa al Procedimiento de infracción como parte integral de dicho marco global**².

Debe tenerse en cuenta, además, la base jurídica que otorga el artículo 298 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

“1. En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente.

¹ Ponencia a cargo de HELENA JÄDERBLOM, Magistrada de la Corte Suprema de Suecia, y JACQUES ZILLER, Catedrático de la Universidad de Pavia.

² Sobre estas cuestiones son de interés, entre otros, los siguientes trabajos elaborados a instancias de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo:

Melanie SMITH: “Procedimientos administrativos relacionados con el artículo 258 del TFUE: una perspectiva académica”. Enero 2011.

Manuel REBOLLO-PUIG y Antonio BUENO-ARMIJO: “Los procedimientos administrativos previos al recurso por incumplimiento”. Marzo 2011.

Jacques ZILLER: “¿Es necesaria una ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión? Comentarios preliminares y perspectivas”. Marzo 2011.

Luis Ángel BALLESTEROS MOFFA: “Las dimensiones aplicativas del procedimiento administrativo europeo”. Marzo 2011.

Helena JÄDERBLOM: “De la fragmentación a la mejora de la coherencia: un Derecho administrativo de la UE de fácil manejo”. Marzo 2011.

Päivi LEINO-SANDBERG: “Deficiencias del Derecho administrativo europeo: lagunas jurídicas, fragmentación y perspectivas de un futuro mejor”. Marzo 2011.

Oriol MIR PUIGPELAT: “Razones para la codificación general del procedimiento de la administración de la Unión”. Marzo 2011.

Stéphane BRACONNIER: “Los contratos públicos adjudicados por las instituciones de la Unión Europea”. Marzo 2011.

Michael GOTZE: “La evolución del Derecho administrativo de la UE y las aportaciones del Derecho administrativo nórdico”. Marzo 2011.

Hendrik VIAENE: “Procedimientos administrativos en el ámbito del Derecho europeo de la competencia”. Marzo 2011.

Eva NIETO: “Relevant provisions of the Lisbon Treaty on EU administrative Law”. Diciembre 2010.

Juergen SCHWARZE: “European administrative law in the light of the Treaty of Lisbon: introductory remarks”. Marzo 2011.

2. Dentro del respeto al Estatuto y al régimen adoptados con arreglo al artículo 336, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán las disposiciones a tal efecto, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario”.

Como ha señalado ZILLER³, “no cabe duda de que, en la actualidad, el Derecho administrativo de la UE está fragmentado –de hecho, demasiado fragmentado- y que tiene **demasiadas lagunas** para cumplir con los mejores niveles de “*una administración europea abierta, eficaz e independiente*” (artículo 298 TFUE) y el derecho a una buena administración tal como se expresa en el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que dispone que: “*Toda persona tiene derecho a que las instituciones de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente dentro de un plazo razonable*”.

Veremos cómo para las instituciones de la UE (p.e. Comisión Europea y Defensor del Pueblo europeo) un plazo de **más de diez años**, administrativamente hablando, es un plazo razonable.

Como ha señalado MOFFA⁴, “el denominado **principio de autonomía institucional y procedimental** responde a la voluntad política de los Estados miembros por preservar las parcelas de organización y procedimiento, a fin de que sus legisladores y Administraciones puedan adoptar las soluciones formales que más les convengan, a partir de los principios matrices de subsidiariedad y proporcionalidad en su proyección sobre la **ejecución administrativa** y, en concreto, sobre esos cauces institucionales y procedimentales utilizados por los mismos para dicha ejecución. Un freno, en definitiva, al legislador europeo y a la intervención en general de la Unión en estos concretos capítulos”.

Lo que no es permisible es que el referido principio haga inaplicables las normas sustantivas comunitarias o vacíe su **efecto útil**. Más preocupante es que la Comisión Europea, como *guardiana de los Tratados*, lo permita, como viene sucediendo.

Refiriéndose a los *problemas del Estado de Derecho desde la experiencia del Defensor del Pueblo Europeo*, el señor DIAMANDOUROS⁵ señaló que “... puede sorprender que el primer problema sea la ausencia de las normas jurídicas necesarias, que conlleva una discreción administrativa excesiva y, por consiguiente, el riesgo de actuar arbitrariamente.

El contexto histórico de este problema se sitúa a finales de 1993, cuando el Consejo de la UE y la Comisión Europea aprobaron normas para permitir el acceso público, previa solicitud, a los documentos en posesión de estos, a menos que rigiesen una o varias de las excepciones previstas.

En abril de 1996, el Tribunal de Justicia defendió la legalidad del procedimiento utilizado para establecer las normas del Consejo y de la Comisión. Este fallo contiene un ejemplo práctico de mi argumento de que los principios de buena administración

³ “¿Es necesaria una ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión? Comentarios preliminares y perspectivas”. Marzo 2011.

⁴ “Las dimensiones aplicativas del procedimiento administrativo europeo”. Marzo 2011.

⁵ “Buena administración, Estado de Derecho y ética: aspectos esenciales de la calidad de la democracia”. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 21 de marzo de 2013.

respaldan al Estado de Derecho. Tras observar que el legislador no había aprobado una normativa general sobre el derecho de acceso del público a los documentos, el Tribunal declaró que «*las instituciones (...) deben adoptar las medidas que tengan por objeto la tramitación de tales solicitudes en virtud de su facultad de organización interna, que las habilita para adoptar medidas apropiadas con vistas a garantizar su funcionamiento interno en interés de una buena administración*»⁶.

Deseo repetirlo y hacer hincapié en ello: en ausencia de normas, se deben aplicar los principios de buena administración.

Tras el fallo previamente mencionado, el Defensor del Pueblo Europeo, abrió una investigación por iniciativa propia en junio de 1996, que dio lugar a una recomendación a las otras instituciones para que también aprobaran normas sobre el acceso del público a sus documentos. Una parte esencial del razonamiento era que una buena administración exige que toda negativa a facilitar el acceso a un documento debe justificarse mediante normas previamente aprobadas.

Prácticamente todas las instituciones y organismos comunitarios de entonces, incluido el Parlamento Europeo, el Tribunal de Cuentas y el Banco Europeo de Inversiones, aceptaron la recomendación.

Más de una década después, el Tratado de Lisboa estableció el derecho jurídico de acceso público a los documentos de todas las instituciones, organismos, oficinas y agencias de la Unión”. Concluyendo que “los principios de buena administración cobran especial importancia a la hora de garantizar que la administración pública respete el Estado de Derecho. Dichos principios conllevan aspectos jurídicos y no jurídicos, son de interés público e incumben a la gestión de los asuntos de los particulares”.

II

Sobre la recuperación de las ayudas (fiscales) ilegales o incompatibles con el Derecho de la Unión Europea.

Las autoridades nacionales tratan de sacar, habitualmente, mucho jugo a la **desidia administrativa** de la Comisión Europea. Así, puede leerse en una noticia publicada el 1 de agosto de 2013 en *Expansión*⁷:

“.../...

Seguridad jurídica.

El titular de Industria también se amparó en que, cuando se estableció que el sistema francés de incentivos fiscales fue declarado ilegal en 2005, Europa no obligó a devolver las ayudas concedidas, basándose en “los principios de confianza legítima y la seguridad jurídica”. Para Soria, la confianza procede de la **inactividad de la Comisión**, “que conocía el funcionamiento **a lo largo de los diez años**”, mientras que cuando

⁶ Asunto C-58/94, *Países Bajos c. Consejo* [1996] ECR I- 2169, p. 37.

⁷ “El Gobierno no pedirá medidas cautelares por el fin del *tax lease*”.

“retrasa sine die el ejercicio de sus facultades” está afectando a la seguridad jurídica y creando dudas. De hecho, Soria achaca la escasez de contratos con el nuevo *tax lease* a esta incertidumbre...”

Refiriéndose al caso del **beneficio fiscal** denominado *tax lease*⁸, considerado por la Comisión Europea como ayuda de Estado contraria al Derecho de la Unión Europea, GARCÍA NOVOA⁹ recuerda que “fue Hallstein quien dijo que la entonces denominada Comunidad Económica Europea era, básicamente, una comunidad de Derecho. Quería decir con ello que la actual Unión Europea es un actor internacional que carece de las notas tradicionales de soberanía de los Estados y cuya fuerza radica, casi en exclusiva, en el poder de lo jurídico. La Unión se afirma cada vez que hace valer el Derecho europeo y su primacía frente al Derecho interno de los Estados miembros. Y eso vale para todos los ámbitos del Derecho de la Unión, incluidas las normas sobre libre competencia y de prohibición de ayudas de Estado... En suma, la resolución del pasado 17 de julio abre un panorama nuevo que hay que afrontar desde la perspectiva del Derecho de la Unión, y teniendo en cuenta que cada medida de las autoridades de la Unión (acertada o no) es un acto de afirmación de la Comunidad de Derecho. Si se cree en la Unión Europea, es necesario recordar estas cosas”.

Es decir, una ayuda ilegal o incompatible con el Derecho de la Unión Europea hay que devolverla, por imperativo del Derecho comunitario. Pero como el Derecho de la Unión se asienta también en los principios del Estado de Derecho, no resulta baladí la forma en que los Estados miembros exijan dicha devolución a los beneficiarios de la Ayuda. Dicha exigencia ha de respetar también los principios del Estado de Derecho (el *poder de lo jurídico*, recordado por GARCÍA NOVOA) y ajustarse a procedimientos previamente establecidos. Como dichos procedimientos no están regulados a nivel comunitario (la norma comunitaria establece que los Estados miembros recuperen las ayudas ilegales o incompatibles a través de sus procedimientos de Derecho nacional **que permitan la ejecución inmediata y efectiva, sin dilación**) deben aplicarse los procedimientos internos nacionales. La Comisión Europea, como *guardiana de los Tratados*, está obligada, en nuestra opinión, a velar porque en los Estados miembros existan los referidos procedimientos que permitan recuperar las ayudas de forma efectiva y sin dilación. **No puede ser ajena o desentenderse de ello, máxime cuando la experiencia ha demostrado que ante la ausencia de procedimientos internos eficaces y rápidos se ha incumplido en el pasado esa obligación de recuperación.**

Como señala ORDÓÑEZ SOLÍS¹⁰, “aun cuando no se haya cuestionado el fundamento mismo del régimen comunitario europeo de las ayudas públicas, ya ha pasado más de

⁸ En el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 386/2013 (Comisiones. Industria, Energía y Turismo), puede leerse la Comparecencia, celebrada el 31 de julio de 2013, del señor ministro de Industria, Energía y Turismo (Soria López), para informar: a) De la situación relativa al arrendamiento fiscal en la construcción naval o *tax lease*, después de la decisión de la Comisión Europea el pasado día 17 de julio, así como de las actuaciones que el Gobierno va a llevar a cabo en el futuro. A petición propia. (Número de expediente 214/000081); b) De las actuaciones que va a llevar a cabo el Gobierno tras la decisión de la Comisión Europea acerca del régimen de arrendamiento fiscal en el sector de la construcción naval. A petición del Grupo Parlamentario Socialista. (Número de expediente 213/000901).

⁹ “*Tax lease*: respuesta jurídica para un conflicto de Derecho”. Expansión, 23 de julio de 2013.

¹⁰ “La ejecución forzosa de la recuperación y de la devolución de las ayudas de Estado en la Unión Europea y en España”. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 9, mayo/junio 2009. Pueden verse también sus artículos: “Jueces nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea”. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 30, noviembre/diciembre 2012. “El caso

medio siglo de aplicación de un procedimiento administrativo europeo que resulta tan poco transparente como inseguro en lo que se refiere a la intervención de la Comisión Europea, su cumplimiento por las Administraciones nacionales sigue siendo especialmente enojoso y su vulneración puede comprometer de un modo esencial de manera directa a las propias empresas beneficiarias de las ayudas públicas pero también indirectamente a las empresas competidoras... Que la recuperación de ayudas ilegales e incompatibles requiere por lo general largo tiempo, medido en lustros o decenios, no es aceptable desde el punto de vista de cualquier Administración moderna. Si bien el control judicial, tanto de los Tribunales comunitarios como de los Tribunales nacionales, responde en gran parte a esta dilación, no hay duda de que los procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y ante las Administraciones nacionales se alargan de un modo innecesario para la garantía de los derechos de los implicados y para la efectividad del procedimiento”.

Por tanto, al menos en lo que respecta a España, parece claro que no se cumple con lo que dispone el 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”.

Debe tenerse presente que lo dispuesto en el artículo 14.3 no es baladí, pues la normativa europea sobre ayudas de Estado y la inmediata y efectiva recuperación de las que resulten ilegales o incompatibles **tienen como finalidad poner coto cuanto antes a la ventaja competitiva que supone la ayuda a favor del beneficiario sobre sus competidores. Es decir, evitar cuanto antes el daño competitivo del efecto de las ayudas públicas sobre los mercados.**

Como defendemos en el presente estudio, en nuestra opinión, la Comisión Europea no puede desentenderse ante la ausencia en los ordenamientos nacionales de procedimientos que permitan la ejecución inmediata y efectiva de sus decisiones sobre recuperación de ayudas; pues si el Derecho comunitario remite a los procedimientos nacionales estos deben ser aptos para el objetivo perseguido y la Comisión, como *guardiana de los Tratados*, debe preocuparse por la existencia de dichos procedimientos eficaces.

FALCÓN Y TELLA¹¹ ha desgranado la inadecuación de los procedimientos internos de revisión para la recuperación de las ayudas de Estado ilegales **establecidas mediante norma tributaria**. Para este autor, “la solución no puede ser otra que la aprobación de una norma *ad hoc*, con rango de ley, que haga posible la devolución de la ayuda . A ello

MAGEFESA y la recuperación judicial forzosa de ayudas ilegales (¡Que 20 años no es nada... y 20 millones de euros tampoco!). Revista Aranzadi de Unión Europea, nº 2, febrero 2013.

¹¹ “La recuperación de las ayudas ilegales consistentes en deducciones u otras medidas tributarias”. Editorial de Quincena Fiscal, nº 8/2008.

ya apuntaba el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de octubre de 1990, antes citado, en el que se afirma que en algunos casos puede ser necesaria la «mediación del Derecho interno para la ejecución de un acto comunitario (en todo caso, recuérdese, las Cortes Generales son garantes)».

Quiere con ello decirse que cuando los actos de ejecución de la ayuda no son nulos de pleno Derecho, y han transcurrido cuatro años desde su notificación, no existe actualmente en el ordenamiento interno ningún procedimiento de revisión al que pueda acudir. Y ello obliga a las Cortes Generales a aprobar una ley específica que haga posible recuperar la ayuda.

Otra alternativa, que también exige una Ley de Cortes consistiría en eliminar el plazo de cuatro años para declarar la lesividad cuando la necesidad de revisión tenga su origen en una Decisión de la Comisión que ordene la recuperación de ayudas . O bien, como propone el Consejo de Estado en sus Memorias de 1999, pg. 147, y de 2000, pg. 177, introducir en el art. 102 de la Ley 30/1992 un supuesto específico de revisión de oficio para los supuestos en que la invalidación del acto administrativo venga impuesta por el ordenamiento comunitario, lo que aconsejaría modificar en el mismo sentido la Ley 58/2003, General Tributaria. Con cualquiera de estas dos fórmulas, quedaría definitivamente resuelto el problema del procedimiento aplicable de cara al futuro. Pero actualmente, la revisión de los actos firmes exigirá a menudo una norma con rango de ley”. RUIZ GARIJO¹² insiste también en estas carencias de procedimiento, señalando la necesidad de regulación.

Es de interés la respuesta a consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, de 2 de junio de 2009 (Consulta nº V1304-09):

“La entidad ha aplicado una medida tributaria que ha sido considerada ayuda de Estado.

Posibilidad de que puedan simultanearse dos procedimientos tributarios para regularizar la situación tributaria de la consultante.

En relación a la cuestión planteada, cabe distinguir entre si el procedimiento de devolución o recuperación, que se menciona en la consulta, **tiene o no naturaleza tributaria**. En este sentido, debe traerse a colación el artículo 14.3, del Reglamento CE 659/1999, de 22 marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE que en lo referente a la forma en que debe efectuarse la recuperación, el artículo 14.3 del Reglamento CE 659/1999 de 22 de marzo, dispone:

“Sin perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda disponer, de conformidad con el artículo 185 del Tratado,

¹² “Un nuevo capítulo de las vacaciones fiscales en los Territorios Históricos del País Vasco: las dificultades procedimentales para la recuperación de las ayudas concedidas y declaradas ilegales en virtud del Derecho Comunitario”. Noticias de la Unión Europea, nº 324, enero 2012.

“El necesario procedimiento para la recuperación de las ayudas fiscales declaradas ilegales en virtud del Derecho Comunitario (dentro del desafío sobre la reforma de la Administración Tributaria). Publicado en “Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1º ed.) “Desafíos de la Hacienda Pública Española” (3ª parte). La Administración Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales. Documento de Trabajo nº 17/2012.

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 de Derecho Comunitario.”

En definitiva, no hay una previsión normativa comunitaria respecto del procedimiento en cuestión a utilizar para proceder a la recuperación.

La jurisprudencia ha señalado que lo realmente importante es la recuperación de la ayuda, siendo indiferente el procedimiento a utilizar. En este sentido, la sentencia 4 de mayo de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, ante la pretensión de que necesariamente debería acudir a un procedimiento de revisión en un supuesto en el que la Comunidad Foral dispuso el reintegro del importe correspondiente a unas bonificaciones aplicadas en la cuota del Impuesto de Sociedades señaló:

“No se puede compartir esta tesis que pretende aplicar o bien la revisión de actos nulos o bien la declaración de lesividad de actos anulables, ello referido -debemos entender- a la Orden Foral 11/1999 de 2 de febrero, donde se concedía el beneficio fiscal, auténtica subvención ilegal en el marco comunitario europeo, según la Decisión de la Comisión. Y no son de aplicación estos procedimientos, por cuanto con independencia de que a la Decisión pueda o no atribuírsele la naturaleza jurídica de un título ejecutivo, sin embargo su efecto es el mismo. Se trata de un acto administrativo comunitario que obliga al Estado miembro a que va dirigido. No existe un procedimiento específico para ejecutar las decisiones comunitarias dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, lo cual no quiere decir que haya de acudir a la revisión del acto frente al que se dirige la decisión, por cuanto es en el ámbito del Derecho Comunitario donde se visa o revisa el acto del estado miembro, o en este caso la Orden Foral 11/1999, teniendo eficacia ejecutiva directa la Decisión, sin merodeos ni escapatoria jurídica alguna posible: Las ayudas han sido declaradas ilegales y se ordena su devolución; no queda otra salida al Gobierno de Navarra, o Consejero de turno, el cumplir directamente con esa obligación”.

Por otra parte, en la medida en que no hay regulación nacional específica para obtener la recuperación de la ayuda, no puede exigirse la aplicación de uno en concreto, ya que, en última instancia, lo importante, como ya se ha expuesto, es dicha recuperación.

En base a la anterior premisa, la contestación a la consulta partirá de la presunción de que **los procedimientos** a los que hace referencia el consultante, al amparo de la libertad que tienen los Estados de iniciar cualquier procedimiento, **tienen naturaleza tributaria**, deduciéndose de la exposición realizada en su escrito, que ambos han sido ya iniciados por la Administración Tributaria.

En cuanto al procedimiento en sentido estricto, es preciso realizar una apreciación previa fundamental, en torno a su objeto: éste no sería, por lo expuesto más arriba, la determinación de si el obligado tributario reúne los requisitos para disfrutar un beneficio fiscal, ya que tal beneficio, aún para el supuesto de que hubiesen concurrido las condiciones de hecho y de derecho para ser acreedor del mismo, ha sido eliminado del ordenamiento jurídico como consecuencia de la decisión de la Comisión que declaró que el mismo constituía una ayuda de Estado (se recuerda artículo 14.3 del Reglamento CE 659/1999 de 22 de marzo antes transcrito).

Siendo ésta la situación jurídicamente existente, sólo cabe regularizar la situación fiscal, por lo que respecta al beneficio fiscal, eliminándolo, lo que conllevará necesariamente su recuperación, siendo ésta finalidad el único objeto del procedimiento, o parte del mismo en el supuesto de que aquel tenga un alcance y extensión mayor, alcance y extensión a concretar por la Administración Tributaria.

En cuanto al procedimiento adecuado a tal finalidad, que la consulta menciona como de devolución o recuperación, en el marco de la regulación contenida en la Ley General Tributaria y su normativa de desarrollo, no podría, por su propia naturaleza, ser ninguno de los que a continuación se citan:

- No puede ser el procedimiento de devolución de ingresos indebidos del artículo 221 de la Ley 58/2003, de 17 de enero, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), por cuanto que en el mismo, el que recibe la devolución es el obligado tributario, y en caso presente, ocurre lo contrario, es él el que debe de abonar una cantidad al Estado.

- No puede ser el procedimiento de verificación de datos porque entre los supuestos en los que se puede iniciar este procedimiento no tiene encaje el supuesto plantado en la consulta. En este sentido, el artículo 131 de la Ley 58/2003, de 17 de noviembre, General Tributaria (BOE de 8 de diciembre), señala:

“La Administración tributaria podrá iniciar el procedimiento de verificación de datos en los siguientes supuestos:

a) Cuando la declaración o autoliquidación del obligado tributario adolezca de defectos formales o incurra en errores aritméticos.

b) Cuando los datos declarados no coincidan con los contenidos en otras declaraciones presentadas por el mismo obligado o con los que obren en poder de la Administración tributaria.

c) Cuando se aprecie una aplicación indebida de la normativa que resulte patente de la propia declaración o autoliquidación presentada o de los justificantes aportados con la misma.

d) Cuando se requiera la aclaración o justificación de algún dato relativo a la declaración o autoliquidación presentada, siempre que no se refiera al desarrollo de actividades económicas.”

- No puede ser el procedimiento de comprobación de valores por cuanto que objeto el específico de este procedimiento sólo podrá ser la comprobación del “valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos determinantes de la obligación tributaria [...]” (artículo 57 de la Ley General Tributaria). En este sentido, el artículo 134 de la Ley General Tributaria, establece:

“La Administración tributaria podrá proceder a la comprobación de valores de acuerdo con los medios previstos en el artículo 57 de esta Ley, salvo que el obligado tributario hubiera declarado utilizando los valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de alguno de los citados medios.

[...]”

Dos serían los procedimientos que, a priori, podrían ser desarrollados a los efectos de tramitar la recuperación de la ayuda:

- **el procedimiento de comprobación limitada**¹³, en tanto en cuanto su objeto se define de forma suficientemente amplia en el artículo 136.1 de la Ley General Tributaria, que establece:

“En el procedimiento de comprobación limitada la Administración tributaria podrá comprobar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria.”

- **el procedimiento de inspección** (comprobación e investigación), habida cuenta del objeto que del mismo se predica en el artículo 145 Ley General Tributaria:

“El procedimiento de inspección tendrá por objeto comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el mismo se procederá, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones.”

Partiendo de la base, como se expuso más arriba, de que ambos procedimientos se han simultaneado, y presuponiendo que el primero de ellos se está desarrollando por un órgano de gestión tributaria (artículo 123.1.e) de la Ley General Tributaria) y el segundo, por su propia naturaleza, por un órgano de inspección (artículo 141 de la Ley General Tributaria), resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 139.1.c) de la Ley General Tributaria, de forma que habría de acordarse la terminación del primero citado, teniendo en cuenta, por otra parte, lo dispuesto en el artículo 101.6 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos,

¹³ En el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2013 (Expediente 1036/2012) se expone un caso de recuperación de una ayuda ilegal mediante un procedimiento de comprobación limitada. El Dictamen se emite en virtud de una posterior reclamación de responsabilidad patrimonial instada por el sujeto pasivo, entendiendo el Consejo de Estado que procede desestimar la referida reclamación.

aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (BOE de 5 de septiembre).

En particular, el mencionado artículo 139.1.c) establece la terminación del procedimiento de comprobación limitada:

“Por el inicio de un procedimiento inspector que incluya el objeto de la comprobación limitada.”

Igualmente, el mencionado artículo 101. 6 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, preceptúa:

“Cuando un procedimiento de aplicación de los tributos finalice como consecuencia del inicio de otro procedimiento, a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro de su plazo máximo de duración la terminación del primer procedimiento, será suficiente haber realizado un intento de notificación de la comunicación de inicio del segundo procedimiento.

Si se hubiese iniciado un procedimiento sancionador como consecuencia de un procedimiento de aplicación de los tributos y este último finalizase como consecuencia del inicio de otro procedimiento de aplicación de los tributos, el procedimiento sancionador terminará mediante resolución expresa en la que se declarará dicha circunstancia, sin perjuicio de que posteriormente se pueda iniciar un nuevo procedimiento sancionador derivado del procedimiento de aplicación de los tributos iniciado con posterioridad.

Las actuaciones realizadas en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos o de un procedimiento sancionador que hubiesen terminado de la forma prevista en este apartado, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dichos procedimientos conservarán su validez y eficacia a efectos probatorios en los procedimientos de aplicación de los tributos o sancionadores que puedan iniciarse con posterioridad, siempre que su examen pueda realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora del procedimiento.”

En este sentido, es preciso reiterar que resulta esencial determinar el alcance y extensión del procedimiento, en los términos del artículo 137.2 de la Ley General Tributaria para el de comprobación limitada y del 148 de la Ley General Tributaria para el de inspección (desarrollados por los artículos 164 y 178 Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos), ya que es la coincidencia en el objeto de ambos procedimientos, la comprobación de las obligaciones tributarias vinculadas al beneficio fiscal declarado ayuda de Estado, lo que determinaría la improcedencia de su simultaneidad.

En relación con el juego de la prescripción, en coherencia con lo expuesto más arriba, la utilización del procedimiento más adecuado de entre los regulados en la LGT para conseguir la recuperación de la ayuda de Estado es meramente instrumental, siendo de aplicación en materia de prescripción la norma sustantiva comunitaria por la que se rige el procedimiento que determinó la improcedencia del beneficio.

Así, el artículo 15 del Reglamento CE 659/1999 de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, determina:

“1. Las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas estarán sujetas a un plazo de prescripción de diez años.

2. El plazo de prescripción se contará a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario, bien como ayuda individual, bien en virtud 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. Tras cada interrupción, el plazo comenzará a contarse desde el principio. 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.

3. Cualquier ayuda para la que haya expirado el plazo de prescripción se considerará como ayuda existente.”

En consecuencia en el supuesto planteado en la consulta, el plazo de prescripción será de 10 años, por lo que el procedimiento, meramente instrumental, insistimos, deberá respetarlo.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No obstante, tenemos serias dudas sobre la idoneidad de la recuperación vía *comprobación limitada* o *inspección* sin que previamente se haya contemplado en nuestro ordenamiento una causa de nulidad de pleno derecho de las ayudas contrarias a la normativa comunitaria, pues la *comprobación limitada* o la *inspección* no dejan de ser vías para la recuperación, pero deben sustentarse en un título: la nulidad; pues la Decisión de la Comisión Europea es un título dirigido contra el Estado miembro, no contra el beneficiario de la ayuda, que no ha hecho otra cosa que aplicar la legislación vigente (los referidos procedimientos están pensados más bien para regularizar la situación tributaria del sujeto pasivo cuando éste no ha cumplido con la legislación vigente). A nuestro entender, la acción más apropiada para la recuperación sería precisamente la de nulidad, que supondría considerar antijurídico el acto aplicativo o autoaplicativo –viciado en su origen- de la ayuda ilegal o incompatible. Asimismo, al establecer dicha causa de nulidad debería sujetarse la misma a un plazo de prescripción, estableciéndolo por remisión a la normativa comunitaria en la materia.

En nuestra opinión, la referida consulta incurre en una gran contradicción, pues estima, en primer lugar, que el procedimiento de devolución tiene naturaleza tributaria y, por tanto, analiza los procedimientos establecidos en la Ley General Tributaria que pueden ser aptos para conseguir la recuperación de la ayuda, descartando unos y pronunciándose a favor de otros (la comprobación limitada y el procedimiento de inspección). Sin embargo, considera aplicable la Ley General Tributaria sólo parcialmente, en cuanto a los procedimientos, pues en cuanto a la prescripción considera no aplicable la establecida en la Ley General Tributaria (cuatro años) y se decanta sobre la establecida en el Reglamento CE 659/1999, cuyo plazo es de diez años, lo que en mi opinión es erróneo, pues la Ley General Tributaria se debería aplicar íntegramente; **lo que pone de manifiesto la necesidad de regular un procedimiento que acoja todas las medidas, de conjunto, necesarias para la recuperación de las ayudas ilegales o incompatibles. Asimismo, referida consulta nada dice en cuanto a que las declaraciones tributarias puedan haber adquirido firmeza antes de la prescripción, por haber sido objeto, por ejemplo, de un procedimiento de inspección o de liquidación.** Como ha señalado MARTÍNEZ LOZANO¹⁴, “en los supuestos en los que se declare que es ayuda de Estado un beneficio fiscal no rogado autoliquidado por los obligados tributarios no podrán entrar en juego los procedimientos revisores.

En todo caso, cuando sea preciso realizar una cierta labor comprobadora tampoco parece que sea de aplicación la Ley General de Subvenciones, por el contrario, jurídicamente no existiría ningún problema para utilizar los procedimientos de comprobación limitada e inspección, y las facultades conexas a los mismos, regulados en la Ley General Tributaria.

Una última cuestión debe resaltarse que se deduce de todo lo expuesto: es necesario la pronta regulación de uno o varios procedimientos de recuperación de las ayudas de Estado de naturaleza tributaria por cuanto que, por una parte se solucionarían los problemas derivados de la utilización de procedimientos de naturaleza comprobadora y, por otra, se ofrecería una solución a aquellos casos en los que la Administración tributaria ha dictado liquidación u otro acto administrativo, a los cuales, como se ha esbozado, no le son aplicables los procedimientos de revisión establecidos en la Ley General Tributaria”.

Para ARZOZ SANTISTEBAN¹⁵, “el ordenamiento español carece actualmente de un mecanismo general que garantice el cumplimiento efectivo e inmediato de una obligación jurídico-comunitaria específica de retirada de los efectos de un acto administrativo... Respecto a las modalidades de ayudas de Estado que no pueden ser subsumidas en el concepto legal de subvención retenido por la Ley General de Subvenciones (por ejemplo, ayudas fiscales), el ordenamiento interno no ha previsto técnicas o mecanismos específicos para dar cumplimiento a las decisiones de recuperación de las ayudas incompatibles. El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea no faculta a desconocer el principio de legalidad proclamado por la

¹⁴ “Los procedimientos de recuperación de las ayudas de Estado. Los problemas que plantea la ejecución de la decisión de la Comisión relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero”. Trabajo presentado al XII Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2010.

¹⁵ “La recuperación de las ayudas de Estado ilegales en el ordenamiento español: hacia la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea”. CEFLEGAL, nº 115-116, agosto-septiembre 2010.

Constitución, de forma que, llegado el caso, las autoridades internas puedan retirar las ayudas incompatibles invocando pura y simplemente la decisión de la Comisión que ordene su recuperación, esto es, a ejercer una potestad de autotutela no prevista por el ordenamiento interno. De la consideración conjunta de las obligaciones jurídico-comunitarias y del principio de legalidad de la Constitución española se desprende la necesidad de prever por ley una potestad de autotutela que permita recuperar de forma inmediata y efectiva todo tipo de ayudas, cualquiera que fuese su naturaleza, en los precisos términos establecidos por una decisión previa de la Comisión o una sentencia del Tribunal de Justicia”.

III

Sobre el procedimiento de infracción, SMITH¹⁶ señala que “el proceso de infracción es uno de los pocos ámbitos donde existe interacción entre el ciudadano y las instituciones de la UE y, en este sentido, dicho proceso de interacción debe demostrar que las instituciones de la UE se toman en serio los *valores de buena administración*”. Para esta autora, “aunque existen sólidas razones prácticas para justificar la discrecionalidad de la Comisión a la hora de determinar si se incoa un procedimiento ante el Tribunal, **es más difícil justificar que no se regulen procesos administrativos básicos, como la decisión de cuándo incoar un procedimiento**”.

En el diario elpais.com, del 23 de agosto de 2013, puede leerse la siguiente noticia:

“España recrimina a la Comisión Europea su pasividad con Gibraltar.

Madrid recuerda a Bruselas que debe vigilar que el Peñón cumple las leyes de la UE.

.../...

Tras la conversación telefónica que mantuvieron el pasado lunes el presidente español, Mariano Rajoy, y el de la Comisión Europea, José Manuel Durão Barroso, el Gobierno entregó el martes en Bruselas un memorándum confidencial de cinco folios, en el que expone sus puntos de vista sobre el contencioso de Gibraltar y los antecedentes de la actual crisis diplomática con el Reino Unido... Estos son sus párrafos textuales más destacados:

.../...

Régimen fiscal gibraltareño. Se caracteriza por su opacidad, especialmente del impuesto de sociedades. Según el fisco británico, Gibraltar tiene 21.770 sociedades registradas, de las que solo un 10% paga impuestos. Dado que la población de Gibraltar es de 30.000 personas, es obvio que gran parte de estas sociedades están constituidas por no residentes que buscan la evasión fiscal. **El 1 de junio de 2012 España denunció ante la Comisión Europea el régimen fiscal del Peñón. Transcurrido más de un año, estamos a la espera de que la**

¹⁶ “Procedimientos administrativos relacionados con el artículo 258 del TFUE: una perspectiva académica”. Enero 2011.

Comisión abra un procedimiento de investigación a la [mayor] brevedad posible.

El Gobierno español también está desarrollando medidas para combatir el fraude fiscal a través de sociedades pantalla gibraltareñas que ocultan la titularidad de más 3.000 inmuebles en España; así como de los más de 6.700 gibraltareños que tienen residencia real, pero no fiscal, en España y se benefician de los servicios sociales e infraestructuras sin pagar impuestos”.

Como veremos en el presente estudio, la *discrecionalidad* de la Comisión en el procedimiento de infracción se convierte en pura *arbitrariedad*, sin que sirva para defender utilmente, en sede comunitaria, los derechos de los ciudadanos europeos.

Como señala la mencionada autora (SMITH) “**no hay nada en la jurisprudencia del Tribunal que impida a la Comisión adoptar una serie de plazos de actuación obligatorios en relación con el artículo 258 del TFUE.** De hecho, con el nuevo sistema informático establecido para tramitar las infracciones de modo más eficaz y eficiente, no debería ser demasiado difícil adoptar una serie de **plazos de actuación legalmente vinculantes**”. Es “**clara la ausencia de derechos legales de los denunciantes y la falta general de transparencia del proceso de infracción**”.

Como expone la Comisión Europea en el anexo al acuse de recibo de denuncias por infracción del Derecho de la Unión Europea, denominado “*Explicación sobre el procedimiento de infracción del Derecho de la Unión Europea*”:

“4. Vías de recurso nacionales.

Se recuerda que son los órganos administrativos o jurisdiccionales nacionales los responsables en primera instancia de garantizar el respeto del Derecho de la Unión Europea por las autoridades de los Estados miembros.

Por ello, se invita a toda persona que considere que una medida (legislativa, reglamentaria o administrativa) o práctica administrativa es contraria al Derecho de la Unión Europea a que recurra a los órganos administrativos o jurisdiccionales nacionales (incluidos el Defensor del Pueblo nacional o regional) o a los procedimientos de arbitraje y conciliación disponibles. La Comisión le aconseja que utilice estas vías de recurso nacionales existentes en el Derecho nacional, dadas las ventajas que ello puede implicar para usted.

Al utilizar las vías de recurso disponibles en el plano nacional, debería poder invocar, en general, sus derechos de manera más directa y personalizada que a través de un procedimiento de infracción tramitado con éxito por la Comisión, que a veces podrá llevar un cierto tiempo antes de llegar a término. En efecto, *sólo los jueces nacionales tienen el poder de dictar órdenes a la administración y de anular una decisión nacional. Asimismo, únicamente los jueces nacionales son quienes pueden, en su caso, condenar al Estado miembro en cuestión a reparar los daños causados a los particulares a causa de la violación del Derecho de la Unión Europea que le sea imputable*”.

En mi opinión, no resulta eficaz presentar una denuncia por infracción del Derecho de la UE de forma alternativa a los procedimientos nacionales (administrativos y judiciales) de defensa de derechos. Los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la UE deben invocarse en el seno de los referidos procedimientos administrativos y judiciales internos, donde puede solicitarse, desde un principio, tanto la inaplicación de la legislación interna que sea incompatible con el Derecho de la UE, como la interposición, por el órgano judicial que conoce del caso, de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE.

El procedimiento de infracción resulta apto, más que para la defensa de derechos individuales, para la defensa de intereses difusos. Por ejemplo, cuando se presenta una denuncia por una asociación –también por cualquier ciudadano– para denunciar el incumplimiento de la normativa de la UE por una legislación nacional o práctica administrativa contraria a la misma.

También puede ser de interés en algún caso presentar una denuncia ante la Comisión Europea de forma paralela a la invocación de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la UE en el seno de los procedimientos administrativos y judiciales nacionales.

El Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2008 (IP/08/711) es del siguiente tenor:

“La Comisión toma medidas contra España en relación con la aplicación de un impuesto especial sobre los hidrocarburos no armonizado a nivel de la UE.

La Comisión Europea ha notificado formalmente a España que el impuesto especial denominado «Impuesto Especial sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos» no se atiene a la legislación comunitaria. La notificación se ha efectuado en forma de dictamen motivado (segundo paso del procedimiento de infracción previsto en el artículo 226 del Tratado CE). Si las disposiciones nacionales de que se trata no se ajustan al Derecho comunitario en el plazo de dos meses, la Comisión podría remitir este asunto al Tribunal de Justicia Europeo.

Los impuestos especiales sobre los hidrocarburos están armonizados a nivel comunitario y los aplican todos los Estados miembros. En el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE¹⁷ se prevé la posibilidad de que los productos que ya están sujetos a impuestos especiales armonizados a nivel de la UE estén gravados además por otros impuestos indirectos de finalidad específica en determinadas condiciones definidas.

Además del impuesto especial sobre los hidrocarburos armonizado a nivel de la UE («Impuesto sobre Hidrocarburos»), España aplica el «Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos» (IVMDH), **un impuesto que grava los carburantes que se venden en las gasolineras.** El tipo del impuesto está fijado, dentro de ciertos límites, por las

¹⁷ Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

Comunidades Autónomas. La recaudación se utiliza supuestamente para financiar el sistema de asistencia sanitaria (competencia transferida en gran medida a dichas Comunidades Autónomas).

La Comisión ha llegado a la conclusión de que el IVMDH no cumple plenamente los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE por las siguientes razones. En primer lugar, el devengo del impuesto no se ajusta al del impuesto especial armonizado, puesto que no tiene lugar en el momento en que los productos dejan el último depósito fiscal sino en una fase posterior, cuando los productos en cuestión se venden al comprador en la gasolinera.

En segundo lugar, en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE se establece que cualquier otro impuesto indirecto sobre los hidrocarburos debe tener una «finalidad específica». El Tribunal de Justicia Europeo ha entendido ya que «finalidad específica», en este contexto, es una finalidad que no sea presupuestaria.

La Comisión considera que el objetivo principal del impuesto es fortalecer la autonomía de las regiones proporcionándoles los medios para generar ingresos fiscales. De acuerdo con los criterios del Tribunal de Justicia Europeo, esto no puede considerarse una «finalidad específica» a efectos de lo dispuesto en la Directiva.

Por estas razones, la Comisión ha solicitado formalmente a España, mediante un dictamen motivado, que ajuste su legislación nacional al Derecho comunitario.

El número de referencia de la Comisión es 2002/2315.”

Dicho procedimiento de infracción se inició por la Comisión Europea en el lejano año 2002 y a día de hoy no se ha cerrado.

II. La ausencia de un procedimiento interno de recuperación de ayudas fiscales ilegales o incompatibles con el derecho de la UE

El 13 de julio de 2013 remití el siguiente escrito a la Comisión Europea:

“Como es público y notorio, la Comisión Europea se enfrenta en España –y seguramente en otros Estados miembros- con verdaderas dificultades para que se produzca la recuperación de las ayudas fiscales declaradas ilegales en virtud del Derecho comunitario.

En España existe ausencia de procedimiento¹⁸. Dado que estamos hablando en abstracto, particularmente me gustaría que se produjese un caso real de intento de recuperación de ayudas ilegales en el caso de beneficios fiscales que han prescrito -o con acto administrativo que ha adquirido firmeza-, (recuperación) que debería ser

¹⁸ De hecho, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su artículo 2.4 excluye del concepto de subvención los **beneficios fiscales**; por lo que el procedimiento de recuperación de subvenciones declaradas ilegales en virtud del Derecho comunitario (artículos 37.1 h y 41.2) no resulta aplicable.

reclamada por las autoridades españolas, primero en vía administrativa y con recurso en vía jurisdiccional. Opuesta la prescripción –o la firmeza del acto- por el beneficiario, considero que ningún juez condenaría a la devolución en ausencia de procedimiento, por mucho que la Comisión Europea entienda que se debe inaplicar la ley nacional en perjuicio del particular y exigir *manu militari* la devolución, sin procedimiento alguno. **El Estado de Derecho está para algo.**

Por otra parte, considero que la Comisión Europea tiene responsabilidad o culpa en este asunto, pues desde hace años conoce que en algunos Estados miembros, entre ellos España, existe una ausencia de procedimiento rápido y eficaz para la recuperación; y no ha procedido –como es su obligación- a instar a los Estados miembros para que lo establezcan. De hecho, en el caso de España, el que suscribe se lo reclamó a la Comisión hace años, como se verá más adelante.

Como ha señalado RUIZ GARIJO (“*El necesario procedimiento para la recuperación de las ayudas fiscales declaradas ilegales en virtud del Derecho Comunitario –dentro del desafío sobre “la reforma de la Administración Tributaria-”*¹⁹):

“Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las vacaciones y minivacaciones fiscales vascas, en los que dichas ayudas han sido declaradas incompatibles con el Derecho Comunitario, **han puesto de manifiesto la necesidad de contar en Derecho interno con un procedimiento específico que posibilite su recuperación.** En la presente comunicación analizaremos las vías y soluciones que se han planteado por la doctrina y por la jurisprudencia. Reflejaremos, no obstante, las carencias y limitaciones que cada una de ellas presenta en la práctica para la Administración Tributaria correspondiente. A la vista de lo anterior, plantearemos la necesidad de crear un procedimiento específico que sea válido para recuperar todo tipo de ayuda fiscal declarada ilegal por las instituciones comunitarias”.

Subraya esta autora que “como recuerda ARZOZ SANTISTEBAN²⁰ “la necesidad de cumplir las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea no es fuente de reconocimiento *praeter* o *contra legem* de potestades exorbitantes a favor de las autoridades administrativas estatales”. Es decir, **las autoridades nacionales “no pueden inventarse procedimientos o mecanismos donde no los hay”.**

Cuestión distinta, a juicio del que suscribe, es que el Estado español esté incumpliendo el Derecho de la Unión Europea por no disponer de procedimientos eficaces y rápidos para la recuperación de los beneficios fiscales declarados ilegales. **Para ello, la Comisión debería abrir el correspondiente procedimiento de infracción a fin de que se estableciera dicho procedimiento.**

¹⁹ Publicado en “Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1º ed.) “Desafíos de la Hacienda Pública Española” (3ª parte). La Administración Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales. Documento de Trabajo nº 17/2012.

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2012_17.pdf

²⁰ “La recuperación de las ayudas de Estado ilegales en el ordenamiento español: hacia la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea”. Revista CEFLEGAL, nº 115-116, agosto-septiembre 2010.

Otra posibilidad es que a nivel comunitario se regule o se dicte una norma armonizadora que regule el procedimiento para la recuperación de las ayudas de Estado ilegales, lo cual debería estudiarse, en mi opinión.

Por ello,

SOLICITO A LA COMISIÓN EUROPEA:

1º) Que se abra un procedimiento de infracción o se inste al Reino de España para que regule el necesario procedimiento para la recuperación de las ayudas fiscales declaradas ilegales en virtud del Derecho comunitario.

2º) Que tome en consideración la posibilidad de regular o armonizar en sede comunitaria el procedimiento para la recuperación de las ayudas de Estado declaradas ilegales en virtud del Derecho comunitario.

Anexo: Actuación anterior ante la Comisión Europea.

El principio de autonomía institucional y procesal impone a los Estados miembros arbitrar instrumentos jurídicos internos adecuados para el cumplimiento del Derecho comunitario, al ponerse de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos existentes. En palabras del Consejo de Estado²¹:

“La pertenencia de España a la Unión Europea implica un cúmulo importante de obligaciones y compromisos, a los que –como los demás miembros de la Unión- debe atender de manera leal y efectiva, única forma de progresar con autenticidad en la construcción europea. Los compromisos asumidos afectan a multitud de ámbitos, siendo innecesario resaltar la importancia de la “cesión de soberanía” producida a favor de las instancias comunitarias.

La integración en la CE no sólo ha supuesto una verdadera revolución en las fuentes del Derecho, sino que también afecta –y es lo que ahora quiere resaltarse- a ámbitos que no son estrictamente normativos. **La imposición desde Europa de la adopción de determinados acuerdos o actos administrativos por parte de las autoridades nacionales exige –si se quiere ser fieles a los aludidos compromisos asumidos- arbitrar instrumentos internos adecuados a tal fin”.**

El 10 de febrero de 2007 se puso de manifiesto lo siguiente al Presidente de la Comisión Europea:

“La reciente sentencia del Tribunal de Justicia (Sala segunda), de 14 de diciembre de 2006 (asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03, *Comisión/España*) pone de manifiesto que en España no existe un procedimiento administrativo adecuado para la recuperación de ayudas de Estado.

Dicha ausencia de procedimiento eficaz supone, a juicio del que suscribe, una infracción del Derecho comunitario, cuyas normas sobre recuperación de ayudas de Estado disponen la recuperación de las mismas sin dilación.

²¹ “El incumplimiento del Derecho comunitario y la revisión de oficio de actos administrativos”. Memoria del año 1999 (2000).

Si la normativa comunitaria remite a los procedimientos de Derecho nacional del Estado miembro, la inexistencia de estos procedimientos –que provoca dilaciones injustificadas en la recuperación de las ayudas- ha de reputarse contraria al Derecho comunitario.

En dicha sentencia puede leerse:

“73. 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.**

74. 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).”

En el proceso origen de la sentencia citada, el Reino de España alegó, en un primer momento, la inexistencia de procedimientos para revisar actos que habían adquirido firmeza: “situación para la que, en su opinión, no había previsto solución alguna”. Posteriormente 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”.

Para la Comisión Europea,

“De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, España no podía alegar circunstancias tales como la prescripción de su acción para liquidar el impuesto sobre sociedades de los sujetos pasivos a los que afecta la Decisión de la Comisión sobre recuperación de ayudas de Estado ni tampoco la eventual firmeza de actos administrativos ya dictados por las Haciendas Forales. Los contribuyentes que recibieron las ayudas tampoco podían alegar “seguridad” jurídica ya que, según el Tribunal, quien recibe una ayuda de estado ilegal y cuya concesión no ha sido comunicada a la Comisión, no puede alegar buena fe.

Por último, según esta misma jurisprudencia, si bien en principio, el Estado miembro debe proceder a la recuperación de las ayudas de acuerdo con lo previsto en los procedimientos nacionales, ello sólo es así “siempre que (los procedimientos nacionales) permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión.

En efecto, cuando los procedimientos nacionales impiden o demoran la efectiva recuperación de las ayudas, el Tribunal de Justicia ha considerado que éstos no cumplen los requisitos previstos en el artículo 14.3 del Reglamento 659/99 y ha ordenado la inaplicación de aquellos aspectos procedimentales que obstaculizan la efectiva e inmediata recuperación de las ayudas. Véase en este sentido la Sentencia de 5 de octubre de 2006 en el asunto C-232/05.”

Ante la ausencia de normativa interna para la recuperación de las ayudas, existe el peligro de que los sujetos beneficiados por las ayudas inicien largos procedimientos administrativos y judiciales para resistirse a la devolución, ya que aunque a nivel comunitario puede exigirse al Estado miembro la inaplicación de aquellos aspectos procedimentales que obstaculicen la efectiva e inmediata recuperación de las ayudas, esto en la práctica podría suponer una vulneración de los derechos fundamentales de los sujetos implicados, que tienen derecho a que la exigencia de la devolución de ayudas se realice mediante un procedimiento reglado y legalmente previsto.

No debemos dejar de destacar que el Consejo de Estado²², ha denunciado esta situación. Así, en su Memoria del año 1999, refiriéndose al “*incumplimiento del Derecho comunitario y la revisión de oficio de actos administrativos*”, ha señalado que

“La imposición desde Europa de la adopción de determinados acuerdos o actos administrativos por parte de las autoridades nacionales exige –si se quiere ser fieles a los aludidos compromisos asumidos- arbitrar instrumentos jurídicos internos adecuados a tal fin.

Pues bien, se ha suscitado ya en diversas ocasiones –y el Consejo de Estado ha tenido conocimiento a través de su labor consultiva- el

²² En la Memoria del año 2000, el Consejo de Estado realiza una serie de consideraciones sobre la “reclamación de daños y perjuicios fundada en el incumplimiento del Derecho comunitario”.

En esta misma Memoria del año 2000 el Consejo vuelve a detenerse en la “revisión de oficio y otros cauces para el cumplimiento en España de Decisiones comunitarias sobre ayudas de Estado incompatibles con el mercado común”.

Pueden verse, asimismo, los dictámenes del Consejo de Estado: nº 5356/1997, de 22 de enero de 1998, sobre el anteproyecto de ley de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común; y nº 428/1999, de 20 de mayo de 1999, sobre la consulta en relación con la Decisión de la Comisión Europea sobre ayudas del Plan Renove Industrial.

Sobre el “incumplimiento del deber de recuperación de las ayudas de Estado declaradas en varias Decisiones de la Comisión Europea”, puede verse el Dictamen emitido por el Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Estado de Hacienda, MORILLO-VELARDE DEL PESO, de 8 de mayo de 2003 (Anales de la Abogacía del Estado). También, sobre el asunto de la “devolución de ayudas indebidamente percibidas) puede verse el Informe elaborado el 31 de marzo de 2004, por CORTÉS DE LA CRUZ, Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y de la PYME, Ministerio de Economía (Anales...)

problema derivado del cumplimiento de una Decisión comunitaria, en cuanto ordenaba, por ejemplo, invalidar o dejar sin efecto actos administrativos internos (no sólo emanados de la Administración del Estado) por los que se concedía ayudas a empresas de determinados sectores.

Si se parte de la base de que las Decisiones son obligatorias en todos sus elementos para todos sus destinatarios (art. 249 del Tratado CE), cuando tales Decisiones imponen al Reino de España la obligación de revocar determinadas ayudas concedidas a través de actos administrativos singulares habrá necesariamente que cumplirlas. El cumplimiento, desde un punto de vista interno, lo ha de llevar a cabo la Administración Pública competente, **sin que en ningún caso quepa oponer, con eficacia exonerante, la eventual ausencia de instrumentos internos idóneos para su efectividad.**

El ordenamiento jurídico español, sin embargo no facilita –ni, en ocasiones, permite– la actuación que demanda la correcta satisfacción del requerimiento comunitario, lo que ya fue advertido precisamente por el Consejo de Estado al dictaminar el anteproyecto de la que finalmente ha sido la Ley 4/1999. Puede intuirse, incluso, que las carencias son mayores tras la modificación operada por la Ley 4/1999, en particular como consecuencia de la proscripción de la revisión de oficio, en vía administrativa, de actos anulables.

Con esta innovación y en los términos ya expuestos, las Administraciones Públicas únicamente podrán utilizar la vía administrativa de la revisión de oficio en aquellos casos en que sus actos estén incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho de los expresamente tipificados como tales en norma de rango legal, para lo que en principio carecerán de plazo alguno. En los demás casos y previa declaración de lesividad, la Administración concernida habrá de impugnar su propio acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, vía que únicamente podrá utilizarse cuando la mencionada declaración de lesividad se haga dentro de los cuatro años siguientes al momento en que se dictó el acto administrativo en cuestión.

Pues bien, **la infracción del Derecho comunitario (y, por tanto también, el incumplimiento de una Decisión comunitaria) no constituye de suyo, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, un supuesto de nulidad de pleno derecho.** El acto administrativo interno que infrinja el Derecho comunitario podrá efectivamente adolecer de un vicio de nulidad de los previstos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o en otras normas de rango legal), pero no será nulo de pleno derecho por la sola circunstancia de infringir el Derecho comunitario, de la misma manera que ni tan siquiera un acto administrativo es nulo de pleno derecho por el sólo hecho de infringir la propia Constitución. Ello implica, en definitiva, que el acto administrativo interno que infrinja el Derecho comunitario (salvo que concurra algún supuesto de nulidad tipificado como tal) no podrá ser retirado del mundo jurídico a través de la vía de la revisión de oficio de actos nulos recogida en el artículo 102 de la Ley 30/1992.

Antes de la modificación introducida por la Ley 4/1999, los casos en los que se suscitaba esta cuestión (acto interno cuya revocación se impone por una Decisión comunitaria) se resolvían normalmente mediante la utilización de la revisión de oficio de actos anulables (entonces art. 103.1 de la Ley 30/1992), siempre que no hubieran transcurrido cuatro años desde el momento en el que efectivamente hubiera sido dictado el acto administrativo. **La supresión de este mecanismo revisor implica la desaparición de un instrumento útil (aunque no definitivo) para dar cumplimiento a las Decisiones comunitarias**, instrumento que, si bien no resolvía todas las cuestiones (especialmente cuando hubieran transcurrido más de cuatro años desde que se dictó el acto), ha servido para solucionar el problema en diversas ocasiones.

Con la regulación actual contenida en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, únicamente le quedará a las Administraciones Públicas la vía de la impugnación jurisdiccional, previa declaración de lesividad, para reaccionar contra sus actos administrativos cuando así se lo imponga una Decisión comunitaria. Y es obvio que la demora en el cumplimiento real y efectivo del contenido de tal Decisión –que no se producirá con rigor hasta que se obtengan sentencia judicial firme y favorable- difícilmente se compadece con las obligaciones que al Estado incumben por su pertenencia a la Unión Europea. Además, existe también el límite temporal de cuatro años desde que se dictó el acto para poder declararlo lesivo, lo que significa que, superado dicho plazo, se carecerá de instrumento jurídico alguno para alcanzar el fin impuesto por la Decisión.

Esta situación justifica que el Consejo de Estado reitere la necesidad de introducir una previsión legal sobre la revisión de oficio de los actos en este concreto ámbito, a fin de facilitar el cumplimiento interno de las Decisiones comunitarias, pues en otro caso –y en los términos que se han destacado- su cumplimiento podría devenir imposible o, cuando menos, técnicamente complicado.

No se propone con ello introducir un nuevo supuesto de nulidad en el listado del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 que se refiera a la infracción del Derecho comunitario en general, pues ello desbordaría notoriamente el calado real del problema y, por tanto, de la solución pertinente. Si se tiene en cuenta el ya considerable número de normas internas con origen –directo o indirecto- en el Derecho comunitario (normalmente como consecuencia de la mecánica de la incorporación al ordenamiento jurídico interno del contenido de Directivas) y se añaden a ellas las normas comunitarias de directa aplicación en cada uno de los Estados miembros, la introducción de un nuevo supuesto de nulidad referido a cualquier infracción del Derecho comunitario implicaría una improcedente orientación que perturbaría, al menos de hecho, la teoría misma sobre la invalidez de los actos administrativos.

Parece que la cuestión podría solventarse, en buena parte, reconociendo a las Administraciones Públicas en el artículo 102 de la Ley 30/1992 la posibilidad de utilizar la técnica de la revisión de oficio cuando la invalidación del acto venga impuesta por una Decisión comunitaria. La

regulación debería contenerse en un párrafo aparte del artículo 102, con el fin de mostrar su singularidad respecto de la revisión de oficio en general de los actos administrativos nulos”.

Por ello, le ruego que por la Comisión Europea se estudie si lo relatado anteriormente supone un incumplimiento del Derecho comunitario y se actúe en consecuencia”.

La respuesta de la Dirección General de Competencia²³ de la Comisión Europea, de 23 de marzo de 2007, fue la siguiente:

“... entre los objetivos de esta Unidad de la Dirección General de Competencia se encuentra el estudio y el análisis de las medidas que pueden adoptarse por parte de los Estados miembros para lograr la ejecución efectiva e inmediata de las decisiones de recuperación de las ayudas declaradas incompatibles con el mercado común, con el fin de que la distorsión de la competencia que han causado cese cuanto antes.

En su carta considera que la ausencia en España de un procedimiento administrativo adecuado para la recuperación de las ayudas de Estado supone una infracción del Derecho comunitario. Me gustaría señalar a este respecto que el Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, no obliga a los Estados miembros a que adopten un procedimiento específico para la recuperación de las ayudas incompatibles. De hecho, el art. 14.3 de dicho Reglamento establece sólo que “... 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**”.

La Comisión, establece normalmente en su Decisión de recuperación un plazo de ejecución para que el Estado Miembro proceda a la recuperación de las ayudas. Tras la adopción de la Decisión, la Comisión verifica que los Estados Miembros adopten las medidas más eficaces disponibles en cada procedimiento nacional, y en el caso de que las mismas no lleven a la ejecución efectiva e inmediata de la Decisión, inicia un procedimiento de infracción contra el Estado miembro ante el TJCE, con el fin de que éste declare el incumplimiento por parte del Estado Miembro de sus obligaciones. El TJCE ha resuelto recientemente en el caso C-232/05²⁴, que “la aplicación de los procedimientos nacionales no debe suponer un obstáculo al restablecimiento de la competencia efectiva, impidiendo la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para conseguir este objetivo es preciso que los Estados Miembros puedan adoptar todas las medidas necesarias que garanticen el efecto útil de tal decisión... De lo anterior se desprende que el procedimiento previsto por el derecho nacional en el presente caso, no reúne los requisitos impuestos en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n° 659/1999. Por consiguiente debería haberse dejado inaplicada la norma nacional”.

²³ “Política de ayudas estatales y coordinación estratégica. Ejecución y control de las decisiones”.

²⁴ Sentencia del 5/10/2006. C-232/05 *Comisión contra Francia* (Para. 50 y 53).

Corresponde por lo tanto a las autoridades de los Estados Miembros adoptar las medidas de derecho nacional que garanticen el efecto útil de la Decisión. Sin embargo, en la sentencia anteriormente mencionada, el Tribunal ha reconocido que no se obliga a un Estado Miembro a establecer un procedimiento especial para la ejecución de las decisiones de recuperación. Puede utilizar los procedimientos ya existentes en su derecho nacional, pero debe asegurar que dichos procedimientos nacionales no interfieren en la ejecución efectiva e inmediata de la decisión de recuperación. **Si se estima que ciertas normas nacionales son un obstáculo para el conseguir el efecto útil de la decisión de recuperación, el Estado miembro simplemente tiene que dejar dichas normas inaplicadas.**”

Esta argumentación de la Comisión no es, como he indicado anteriormente, aceptable, pues la inaplicación de la norma nacional puede originar un vacío de regulación del procedimiento de recuperación y el Estado miembro no puede establecer un procedimiento no reglado *sobre la marcha*. Con esto se podrían vulnerar derechos fundamentales de los sujetos implicados que, como he señalado, tienen derecho a que la exigencia de la devolución de las ayudas se realice mediante un procedimiento reglado y legalmente pre-establecido. Por tanto, en mi opinión, los Estados miembros deben contar con un procedimiento reglado, bien de carácter general o *ad hoc cuya finalidad sea la recuperación de las ayudas ilegales*, que permita la recuperación inmediata y efectiva de las ayudas ilegales e incompatibles. Ante su inexistencia el Estado habrá infringido el Derecho comunitario, al no contar con un procedimiento de estas características, pero ello no quiere decir que puedan recuperarse ayudas vulnerando los derechos de los beneficiarios, entre los que se encuentra, en el caso español, a la existencia de un procedimiento administrativo pre-establecido en el que se sustancie su deber de devolución y su causa (p.e. nulidad de pleno Derecho).

En su Sentencia de 20 de mayo de 2010 (Asunto C-210/09 *Scott SA*), el Tribunal de Justicia, después de reiterar que el principio de tutela judicial efectiva constituye un principio general del Derecho de la Unión, dijo:

“31. No obstante, si la anulación de las liquidaciones controvertidas tuviera que dar lugar, aun provisionalmente, a la restitución de la ayuda ya devuelta por sus beneficiarios, éstos dispondrían de nuevo de los importes procedentes de las ayudas declaradas incompatibles con el mercado común, y se beneficiarían de la ventaja competitiva indebida que resultaría de esta circunstancia. En tal caso se dificultaría el restablecimiento inmediato y estable de la situación anterior, y se repondría la ventaja competitiva indebida a favor de las demandantes en el litigio principal.

32. Esa consecuencia sería incompatible con la Decisión 2002/14 que ordenó la recuperación de la ayuda ilegal y con las obligaciones que derivan de ella en virtud del artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 659/1999.

33. Habida cuenta de lo expuesto, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 659/1999 debe interpretarse en el sentido de que **no se opone**, en el supuesto de que los importes correspondientes a la ayuda de que se trata ya se hayan

recuperado, a la anulación por el juez nacional, a causa de un vicio de forma, de las liquidaciones emitidas para recuperar la ayuda de Estado ilegal, cuando el Derecho nacional prevé la posibilidad de la subsanación de ese vicio de forma. **En cambio, esta disposición se opone a que esos importes sean abonados de nuevo, aun provisionalmente, al beneficiario de dicha ayuda.**”

En mi opinión, una cosa es que la normativa nacional se oponga al Derecho de la Unión Europea, con lo que se debería instar al Estado miembro a modificar la legislación interna y otra es que existiendo dicha oposición al Derecho comunitario, en el marco de un procedimiento concreto se trate de imponer a la Administración o al Juez nacional que se salte, en perjuicio del justiciable, la legislación interna vigente. En el caso de la citada Sentencia *Scott*, si la legislación francesa hubiera establecido que, en el caso de impugnación de la solicitud de devoluciones de ayudas contrarias al Derecho comunitario, los importes sean abonados de nuevo, aun provisionalmente, al beneficiario de la ayuda, entiendo que no se podría imponer al Juez nacional que inaplicara dicha ley interna, pues se contravendría el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable. **Es el precio que la Unión Europea tiene que pagar por no tener regulados a nivel comunitario los procedimientos de devolución de ayudas ilegales y dejar este asunto en manos de la legislación nacional.**

Este asunto, el de recuperación de ayudas ilegales, sigue mostrando conflictos. Después de la carta transcrita de la Comisión se produce la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2007, recaída en el Asunto C-177/06, *Comisión/España*, en la que puede leerse:

“b) Sobre las imputaciones relativas a las obligaciones de recuperación de las ayudas ya otorgadas.

45. En caso de decisión negativa sobre una ayuda ilegal, la recuperación de ésta que haya ordenado la Comisión tendrá lugar en las condiciones establecidas en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento n° 659/1999, 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.»

46. Es jurisprudencia reiterada que 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, en particular, las sentencias, antes citadas, *Comisión/Francia*, apartado 23, y *Comisión/España*, apartado 45, y la sentencia de 12 de mayo de 2005, *Comisión/Grecia*, C-415/03, Rec. p. I-3875, apartado 35).

47. En el presente asunto, la obligación de recuperación está establecida en el artículo 3, apartados 1, primera frase, y 2, de cada una de las Decisiones controvertidas.

48. El Reino de España no invoca la imposibilidad absoluta de ejecutar estas disposiciones.

49. Se limita a alegar que el procedimiento escogido para recuperar las ayudas ya otorgadas es el adecuado para ejecutar correctamente las Decisiones.

50. Ahora bien, no ha presentado ningún documento que acredite, en particular, la identidad de los beneficiarios de las ayudas, la cuantía de las ayudas otorgadas y los procedimientos efectivamente incoados con el fin de recuperar dichas ayudas.

51. Por consiguiente, no demuestra haber aplicado, en el plazo señalado en el artículo 4 de cada una de las Decisiones controvertidas, medidas que permitan, en el sentido del artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 659/1999, la ejecución inmediata y efectiva de las Decisiones controvertidas por lo que se refiere a las ayudas ya otorgadas.

52. En consecuencia, están fundadas las imputaciones de la Comisión relativas al artículo 3, apartados 1, primera frase, y 2, de cada una de las Decisiones controvertidas.

53. De lo que antecede se desprende que el recurso está fundado en la medida en que la Comisión reprocha al Reino de España no haber adoptado todas las medidas necesarias para suprimir los regímenes de ayudas de que se trata, para suspender las ayudas pendientes de pago y para recuperar las ayudas ya otorgadas.

54. El Tribunal de Justicia no ha de examinar las pretensiones que tienen por objeto que se condene al Reino de España por no haber comunicado a la Comisión las medidas mencionadas en el apartado anterior, dado que, precisamente, este Estado miembro no procedió al cumplimiento de esas obligaciones dentro de los plazos señalados (véanse las sentencias de 4 de abril de 1995, *Comisión/Italia*, C-348/93, Rec. p. I-673, apartado 31, y de 1 de junio de 2006, *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 53).

55. Por consiguiente, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de cada una de las Decisiones controvertidas al no haber adoptado, en el plazo señalado, todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dichas disposiciones.”

Según los antecedentes descritos en la sentencia:

“ii) Obligaciones de recuperar las ayudas ya otorgadas.

27. El Gobierno español estima que la Comisión, erróneamente, le reprocha haber optado, para recuperar las ayudas ya otorgadas, por el procedimiento de Derecho interno de la **declaración de lesividad de los**

actos anulables, procedimiento que, según la Comisión, puede complicar extraordinariamente tal recuperación.

28. Dicho Gobierno afirma que, sin embargo, el procedimiento elegido es el de **revisión de los actos nulos**, que, en su opinión, es el adecuado para la ejecución correcta de las Decisiones controvertidas.

29. En conclusión, según el Gobierno español, dado que la Comisión se equivoca al reprochar al Reino de España que el procedimiento de recuperación elegido no permite en absoluto la ejecución de las Decisiones controvertidas, no puede imputarse un incumplimiento a dicho Estado miembro.”

Sobre la prescripción y caducidad, así como los efectos de la cosa juzgada en los procedimientos nacionales debe tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2007 (Asunto C-119/05. *Lucchini Spa*), en la que se declara:

“El Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano (codice civile), cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas”.

La preocupación de la Comisión Europea se pone de manifiesto en el documento de *soft law* “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)²⁵; que tiene como finalidad la de “explicar la política de la Comisión con vistas a la aplicación de las decisiones de recuperación”. Según la Comunicación:

“22. Aun cuando los Estados miembros tienen libertad para elegir, con arreglo a su Derecho nacional, los medios por los que aplican las decisiones de recuperación, las medidas elegidas deben ajustarse plenamente a la decisión de recuperación. Es, pues, necesario que las medidas nacionales adoptadas por los Estados miembros den lugar a **una ejecución efectiva e inmediata** de la decisión de la Comisión.

3.2.1 *¿Quién es responsable de la ejecución de la decisión de recuperación?*

44. El Estado miembro es responsable de la ejecución de la decisión de recuperación. El artículo 14, apartado 1, del Reglamento de procedimiento establece que el Estado miembro interesado debe tomar todas las medidas necesarias para recuperar la ayuda del beneficiario.

45. En este contexto, es importante tener en cuenta que el TJCE ha recordado en varias ocasiones que una decisión de la Comisión dirigida a

²⁵ Diario Oficial de la Unión Europea. C-272, 15 de noviembre de 2007.

un Estado miembro es obligatoria para todos los órganos de ese Estado, incluidos sus tribunales²⁶. Ello implica que cada órgano del Estado miembro implicado en la ejecución de una decisión de recuperación debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación inmediata y efectiva de tal decisión.

46. El Derecho comunitario no prescribe qué órgano del Estado miembro debe ser responsable de la aplicación de una decisión de recuperación. Es al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro a quien corresponde designar los órganos responsables de la ejecución de la decisión de recuperación. Los autores del estudio de aplicación observan que “un principio común a todos los países estudiados es que **la recuperación debe efectuarla la autoridad que concedió la ayuda**. Esto da lugar a la implicación de una variedad de entes regionales, locales y centrales en el proceso de recuperación”. También señalan que algunos Estados miembros han encargado a un organismo central la tarea de controlar y supervisar el proceso de recuperación. Este órgano tiene normalmente contacto habitual con la Comisión. Los autores del estudio de aplicación concluyen que la existencia de tal organismo central parece contribuir a una aplicación más eficiente de las decisiones de recuperación.

Procedimiento de recuperación aplicable.

51. Los autores del estudio de aplicación proporcionan amplias pruebas de que **los procedimientos de recuperación varían perceptiblemente entre los Estados miembros**. El estudio muestra también que, incluso en un solo Estado miembro, pueden aplicarse varios procedimientos para llevar a cabo la recuperación de la ayuda ilegal e incompatible. En la mayor parte de los Estados miembros, el procedimiento de recuperación aplicable se determina normalmente por la naturaleza de la medida que constituye la base de la concesión de la ayuda. En general, los procedimientos administrativos tienden a ser mucho más eficientes en los procedimientos civiles, porque las órdenes de recuperación administrativas son o pueden convertirse en inmediatamente ejecutorias.

52. **El Derecho comunitario no prescribe qué procedimiento debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación. No obstante, los Estados miembros deben ser conscientes de que la elección y aplicación de un procedimiento nacional están sujetas a la condición de que tal procedimiento permita la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión**. Esto implica que las autoridades responsables deben examinar cuidadosamente toda la gama de instrumentos de recuperación disponibles con arreglo al Derecho nacional y seleccionar el procedimiento que pueda garantizar realmente la ejecución inmediata de la decisión²⁷. Deberían utilizar procedimientos rápidos siempre que sea

²⁶ Asunto 249/85.

²⁷ A este respecto, el estudio resalta la reciente tentativa de las autoridades alemanas de satisfacer los créditos de recuperación en el Asunto *Kvaerner Warnow Werft*, en el que la ayuda fue concedida por un acuerdo de Derecho privado. Cuando el beneficiario se negó a devolver la ayuda, la autoridad competente

posible con arreglo al Derecho nacional. Según el principio de equivalencia y eficacia, estos procedimientos no deben ser menos favorables que los que regulan las acciones nacionales similares, y no deben hacer prácticamente imposible o excesivamente difíciles el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario²⁸.

53. De un modo más general, los Estados miembros no deberían poder poner obstáculo alguno en la manera de llevar a cabo una decisión de recuperación de la Comisión²⁹. Por lo tanto, las autoridades del Estado miembro tienen la obligación de dejar de lado cualquier disposición del Derecho nacional que pudiera impedir la ejecución inmediata de la decisión de la Comisión³⁰.

3.2.3. Pleitos ante los tribunales nacionales.

55. La ejecución de las decisiones de recuperación puede dar lugar a un pleito en los tribunales nacionales. Aunque existen diferencias muy significativas en las tradiciones y los sistemas judiciales de los Estados miembros, pueden distinguirse dos categorías principales de pleitos relacionados con la recuperación: **los planteados por la autoridad de recuperación** que busca una orden del tribunal para forzar a un beneficiario poco dispuesto a devolver la ayuda ilegal e incompatible y **los planteados por los beneficiarios** que impugnan la orden de recuperación.

...”

¿Qué ocurre cuando las referidas “medidas necesarias para asegurar la aplicación inmediata y efectiva de tal decisión” (entre las que se encuentra la previsión legal en el orden interno de obligación de devolución de las ayudas ilegales o incompatibles con el Derecho comunitario, “*causa de reintegro*”) **no existen**?. En nuestra opinión, como hemos apuntado anteriormente, el Estado miembro incumplirá con el Derecho comunitario y el preceptor de la ayuda podrá negarse a devolverla, ejercitando sus derechos ante la Administración y los tribunales.

Por ejemplo, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones prevé en su artículo 37 como **causa de reintegro**: “*h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro*”. Sin embargo, referida ley no es aplicable a las ayudas estructuradas a través de beneficios fiscales (exenciones, reducciones,

decidió no recurrir ante los tribunales civiles, sino que dictó un acto administrativo ordenando la devolución inmediata de la ayuda, declarando, además, el acto inmediatamente ejecutivo. El más alto Tribunal Administrativo de Berlín-Brandenburg dictaminó que la autoridad competente no tenía forzosamente que recuperar la ayuda de la misma manera que la concedió y se mostró de acuerdo en que el “efecto útil” de la decisión de la Comisión requería que se permitiera a la autoridad competente recuperar la ayuda mediante un acto administrativo. Si se confirma esta sentencia en otros procedimientos, cabe esperar que, en el futuro, la recuperación de la ayuda en Alemania, se lleve a cabo en principio siguiendo normas administrativas.

²⁸ Asunto C-13/01, *Safalero* (2002).

²⁹ Asunto C-48/71, *Comisión contra Italia* (1972).

³⁰ Asunto C-232/05, *Comisión contra Francia*.

bonificaciones, etcétera) establecidos en las leyes tributarias, por lo que en estos casos – de gran importancia- no está prevista la causa de reintegro, pudiendo el beneficiario oponerse a la devolución al no estar previsto ni la causa ni el procedimiento. **Como ha señalado MACERA³¹, en virtud del principio de legalidad, la Administración Pública no puede actuar legítimamente sin procedimiento.** El principio de sumisión de la Administración al ordenamiento jurídico “se articula a través de una serie de técnicas cuya existencia constituyen otras tantas garantías para los ciudadanos. La exigencia de un procedimiento administrativo es la primera de esas garantías, en tanto que supone que la Administración pública no puede actuar, cualquiera que sea la materia, si no es a través de unas pautas concretas y de unos trámites determinados, como requisito mínimo de legitimidad³². El procedimiento administrativo, dicho sea de manera resumida, además de contribuir a la satisfacción del interés general (facilitando y racionalizando la adopción de decisiones consideradas necesarias por los órganos de la Administración para satisfacer los intereses generales), constituye un requisito formal de legalidad de la actuación administrativa y, por extensión, un parámetro de control de su validez, con lo que ello implica desde el punto de vista de la defensa de los derechos e intereses de los sujetos (personas físicas o jurídicas) que se relacionan con la Administración pública como destinatarios de medidas de ampliación de sus derechos (autorizaciones, ayudas, etc.) **o de actos llamados de gravamen (órdenes, sanciones, etc).** No hemos de olvidar que el procedimiento administrativo permite también una asociación efectiva de los ciudadanos al proceso de decisión, lo que contribuye, sin lugar a dudas, a despertar en la sociedad un cierto grado de confianza en la actuación pública”.

El procedimiento de revisión de los beneficios fiscales es el general de revisión de los actos de naturaleza tributaria (causas, órganos de revisión, plazos, prescripción, reclamaciones y recursos, etcétera). Entre las causas señaladas en el artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria no se encuentra la de percepción de beneficios fiscales contrarios a la normativa de la Unión Europea. Y si se entendiera que pudiera estarse ante un caso de lesividad de actos anulables (artículo 218 LGT), la declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se notificó el acto administrativo. La revocación no tendría lugar pues ha de ser en beneficio del interesado (art. 219 LGT).

Para CHAVES GARCÍA³³ “la solución vino de la mano de la incorporación del apartado f) del art. 62.1 a la LRPAC por la fuerza de la Ley 4/1999 que modificó la Ley 30/1992, cuando califica de acto nulo de pleno derecho “*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*”. Bajo este molde, que como las muñecas rusas, da paso a otros problemas de aplicación (¿cuáles son los requisitos esenciales y cuales no? Se prestó amparo a sostener que la intervención de una autorización o informe de institución comunitaria, que tuviere la consideración de

³¹ “Apuntes sobre la Administración comunitaria y su sometimiento a un procedimiento administrativo”. Noticias de la Unión Europea, nº 294, julio 2009.

³² Téngase en cuenta, de nuevo, los pronunciamientos de la Constitución española y, en particular, su artículo 105.

³³ “La poderosa influencia del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento administrativo español”. Revista Aranzadi del Derecho de la Unión Europea, nº 2, febrero 2010.

trámite preceptivo (vinculante o no) para la decisión administrativa, suponía un caso cuya omisión determinaría la nulidad de pleno derecho. Y, por tanto, una vez calificado de nulidad radical el caso de la decisión administrativa que sorteó el requisito comunitario, queda abierto el portillo de la revisión de oficio del actual art. 102 de la Ley 30/1992, que puede acometerse en cualquier momento, aunque eso sí contando con el informe preceptivo y vinculante del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente autonómico (art. 102 LAP). En esos términos subsiste la hipótesis de Consejos consultivos autonómicos que se muestren flexibles en la consideración de la nulidad de pleno derecho (o lo que es lo mismo, reacios a declarar nulo un acto autonómico por contravenir normativa comunitaria), con lo que pueden provocar la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario a cargo de la Comunidad Autónoma.”

En mi opinión, el supuesto f) del artículo 62.1 no es título para la recuperación de las ayudas ilegales o incompatibles, pues el beneficiario de los beneficios fiscales seguramente haya cumplido con las exigencias de la ley nacional para disfrutar del beneficio. Cosa distinta es que la ayuda o beneficio sea incompatible con el Derecho comunitario, o lo que es lo mismo, la ley que lo establece. Por tanto, **la ley debe establecer expresamente un supuesto de nulidad del beneficio consistente en que el mismo sea declarado incompatible o ilegal por la institución correspondiente de la Unión Europea, estableciéndolo como causa de reintegro al igual que el artículo 37 de la Ley de subvenciones.** De ahí, como expone CHAVES GARCÍA que “el mismísimo Consejo de Estado en su Informe sobre el Derecho Europeo en el Ordenamiento español, aprobado el 14/2/08 efectuaba propuestas para solventar el engorro de la existencia de actos administrativos firmes contrarios a Derecho comunitario, proponiendo introducir en nuestro Ordenamiento jurídico interno una previsión revocatoria de actos firmes por imposición de una decisión o sentencia comunitaria”.

Debe tenerse muy en cuenta, asimismo, que la normativa comunitaria relativa a la recuperación de las ayudas ilegales o incompatibles está dirigida a los Estados miembros (que deben tomar todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda) no a los beneficiarios de las ayudas.

La laguna descrita anteriormente la pusimos de manifiesto en nuestra comparecencia escrita de 28 de diciembre del 2009 ante el Consejo de Estado con relación al Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2009, “por el que se solicita al Consejo de Estado la elaboración de un informe sobre garantías del cumplimiento del Derecho comunitario y procedimientos para determinar y repercutir la responsabilidad de Comunidades Autónomas y otros entes en casos de incumplimiento”.

La argumentación que he desarrollado anteriormente ha sido compartida después por ARZOZ SANTISTEBAN³⁴, quien denuncia también las carencias de la Ley General de Subvenciones al respecto y postula por “la necesidad de prever por ley una potestad de autotutela que permita recuperar de forma inmediata y efectiva todo tipo de ayudas, cualquiera que fuese su naturaleza, en los precisos términos establecidos por una decisión previa de la Comisión o una sentencia del Tribunal de Justicia”.

³⁴ “La recuperación de las ayudas de Estado ilegales en el ordenamiento español: hacia la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea”. CEFLEGAL, nº 115-116, agosto-septiembre 2010. Primer Premio Estudios Financieros 2010 en la modalidad de Derecho Constitucional y Administrativo.

La referida Comunicación de la Comisión Europea sobre recuperación de ayudas estatales ilegales e incompatibles pone de manifiesto a nuestro juicio la necesidad de una norma de armonización al respecto (pues la devolución de todo tipo de ayudas ha de establecerse *de iure* y no *de facto*. Las autoridades nacionales no pueden dejar inaplicadas normas nacionales de procedimiento o actuar sin procedimiento); de la misma forma que se han armonizado los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. En la Directiva 2007/66/CE sobre recursos en materia de contratos se ponen de manifiesto los puntos débiles en esta materia, que impiden hablar de recursos eficaces, motivo por el cual se aprueba la Directiva.

La falta de armonización provoca la existencia de procedimientos en los Estados miembros que no cumplen con el Derecho comunitario, como se puso de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2006 (Asunto C-232/05. *Comisión Francia*):

“53. De lo anterior se desprende que el procedimiento previsto por el Derecho nacional en el presente caso no reúne los requisitos impuestos en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento 659/1999. **Por consiguiente, debería haberse dejado inaplicada la norma francesa que otorga efecto suspensivo a los recursos interpuestos contra las liquidaciones**”.

En mi opinión y como he manifestado anteriormente resulta antijurídico dejar inaplicada sobre la marcha una norma de procedimiento beneficiosa para el recurrente. La norma armonizadora que proponemos podría contener entre sus previsiones la prohibición de establecer efecto suspensivo a los recursos interpuestos contra las liquidaciones.

En el Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 24 de noviembre de 2010 (IP/10/1544), puede leerse:

“Ayudas de Estado: la Comisión lleva a España ante los tribunales por no acatar la resolución judicial para recuperar ayudas ilegales.

La Comisión Europea ha decidido llevar a España ante el Tribunal de Justicia Europeo por no haber ejecutado una resolución del Tribunal de diciembre de 2006, según la cual España no había recuperado las ayudas estatales incompatibles otorgadas por algunas provincias vascas, tal y como la Comisión solicitó en julio de 2001. Pese a que han transcurrido casi cuatro años desde la sentencia, España aún no ha completado el procedimiento de recuperación. Puesto que se trata de un reenvío al Tribunal por no haber cumplido una resolución anterior, la Comisión ha solicitado al Tribunal que le imponga una sanción consistente en el pago de 236.044,80 euros por cada día que ha transcurrido desde la fecha de la segunda resolución del Tribunal hasta que termine la infracción y una cantidad fija de 25.817,40 euros por cada día que ha transcurrido entre la sentencia de 2006 y la segunda resolución del Tribunal. Esta sanción pretende servir de incentivo para asegurar la devolución de las ayudas ilegales por parte de los beneficiarios.

En 2001, la Comisión detectó seis regímenes de ayudas fiscales en Álava, Guipúzcoa y Vizcaya incompatibles con las normas de ayudas estatales de

la UE y solicitó a España que las recuperara (véase [IP/01/981](#)). Estas ayudas ilegales consistían en créditos fiscales del 45 % en inversiones superiores a 15 millones de euros y vacaciones fiscales que aseguraban beneficios fiscales importantes para poner en marcha empresas durante los primeros cuatro ejercicios fiscales en los que consiguieran beneficios. El Tribunal confirmó la Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 2006 (asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03) y la Comisión incoó procedimientos de infracción en 2007 (véanse [IP/07/952](#) e [IP/08/1039](#)).

Puesto que España aún no ha completado la recuperación de las ayudas incompatibles, la Comisión ha decidido solicitar al Tribunal que le imponga una multa consistente en el pago de 236.044,80 euros por cada día que transcurra desde la fecha de la segunda resolución del Tribunal hasta que cumpla con las decisiones sobre ayuda estatal y una cantidad fija de 25.817,40 euros por cada día transcurrido entre la primera y la segunda resolución. Esta multa tiene en cuenta la gravedad de la infracción, el período transcurrido desde la anterior resolución del Tribunal y la situación de España.

Antecedentes.

El artículo 260 del Tratado UE establece que, si un Estado miembro no respeta una resolución del Tribunal de Justicia y se confirma que se ha violado la legislación de la UE, la Comisión puede llevar al Estado miembro en cuestión ante el Tribunal para solicitar la imposición de una sanción diaria y/o una sanción fija para terminar así con la violación.

En 2007, la Comisión adoptó una comunicación sobre las mejores prácticas para garantizar el cumplimiento de las decisiones referentes a ayudas estatales con más rapidez y en su totalidad (véase [IP/07/1609](#)). **Los Estados miembros deben disponer de procedimientos rápidos y eficaces para recuperar las ayudas ilegales, incluso en sus ordenamientos jurídicos nacionales.** La recuperación de las ayudas estatales ilegales ha mejorado en los últimos años. En los últimos diez años, la Comisión ha declarado ilegales subsidios por un valor aproximado de 12 millones de euros, de los cuales los Estados miembros han recuperado el 90 %.”

La respuesta al escrito de 13 de julio de 2013 es de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (Ayudas de Estado. Ejecución y reforma del procedimiento) y de fecha 31 de julio de 2013:

“En la carta, usted solicita a la Comisión Europea de iniciar un procedimiento de infracción contra España basado en la falta de adopción de una normativa nacional específica que regule el procedimiento de recuperación de ayudas ilegales. Por otra parte, usted invita a la Comisión Europea que considere armonizar los procedimientos de recuperación existentes en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros y, asimismo garantizar que España y otros Estados miembros recuperen las ayudas ilegales de forma inmediata y eficaz.

Respecto a su primera solicitud, por favor tenga en cuenta que la competencia de la Comisión Europea en el ámbito del control de las ayudas de Estado está definida en los Artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En particular, según el artículo 108(2) TFUE, si la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo determinado por la Comisión.

Las disposiciones de aplicación del artículo 108 TFUE se han establecido en el Reglamento de Procedimiento³⁵, que al respecto de una ayuda ilegal, indica:

“... la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda (denominada en lo sucesivo decisión de recuperación)... “(Art. 14.1).

El Reglamento también aclara que la responsabilidad de recuperar la ayuda incumbe a los Estados miembros y deberá efectuarse sobre la base de los procedimientos de recuperación disponibles en la legislación nacional:

“... 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. “(Art. 14.3).

Como se explica también en la Comunicación de recuperación³⁶,

“El Derecho comunitario no prescribe qué procedimiento debe aplicar el Estado miembro para ejecutar una decisión de recuperación. [...] las autoridades responsables deben examinar cuidadosamente toda la gama de instrumentos de recuperación disponibles con arreglo al Derecho nacional y seleccionar el procedimiento que pueda garantizar realmente la ejecución inmediata de la decisión. Deberían utilizar procedimientos rápidos siempre que sea posible con arreglo al Derecho nacional. Según el principio de equivalencia y eficacia, estos procedimientos no deben ser menos favorables que los que regulan las acciones nacionales similares, y no deben hacer prácticamente imposibles o excesivamente difíciles el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario”³⁷.

En vista de lo anterior, los Estados miembros no tienen que establecer mecanismos específicos para la recuperación de las ayudas ilegales. Por el contrario, ellos son libres de elegir la forma de aplicar la recuperación en conformidad con sus sistemas jurídicos

³⁵ Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (artículo 108 TFUE)

³⁶ 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; OJ C 272/12 de 15.11.2007.

³⁷ Ver punto 52 de la Comunicación.

nacionales. De hecho, y tal como lo confirma la jurisprudencia³⁸, la recuperación deberá efectuarse sobre la base de los procedimientos nacionales previstos en el ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, el hecho de que España no dispone de procedimientos *ad hoc* para la recuperación de ayudas ilegales no constituye una infracción del TFUE.

Con respecto a su segunda solicitud, debe tener en cuenta que, según lo previsto en los artículos 107 y 108 TFUE, la armonización de los procedimientos nacionales para la recuperación de las Ayudas de Estado no es parte de las competencias de la Comisión en materia de Ayudas de Estado. No obstante, la Comisión tiene otras maneras de garantizar que los Estados miembros implementen la recuperación de ayudas ilegales de forma inmediata y eficaz. De hecho, según el artículo 108(2) TFUE, en el caso en el que los Estados miembros no cumplan la Decisión de recuperación dentro del plazo previsto por la Comisión, la Comisión podrá someter el asunto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ha hecho, por ejemplo, la Comisión recientemente con España³⁹”.

Con fecha 31 de julio de 2013 se remitió el siguiente escrito a la Comisión:

“Con todos los respetos, permítame expresarle mi preocupación por la actitud de la Comisión Europea en este asunto. Parece que esa institución no está interesada en que las ayudas ilegales se recuperen de forma inmediata y eficaz.

A los hechos me remito. En el caso de España –y seguramente ocurra en otros Estados miembros- el asunto es patente, vista la jurisprudencia al respecto: son frecuentes los incumplimientos en materia de recuperación, **especialmente cuando se trata de ayudas establecidas a través de la legislación tributaria.**

No se trata –como Vd. apunta- de que deba existir un procedimiento nacional **específico** para la recuperación de las ayudas ilegales o incompatibles, sino de que exista un procedimiento que permita la recuperación **sin dilación**. Y esto no existe.

Los procedimientos de revisión establecidos en nuestro Derecho, tanto en el administrativo general como en el tributario no sirven ni son adecuados para la recuperación de las ayudas ilegales o incompatibles establecidas por la legislación tributaria cuando existen actos administrativos firmes o ha transcurrido el plazo de prescripción tributaria de cuatro años. En efecto, la **nulidad de pleno derecho** no es aplicable, pues atiende a una lista *numerus clausus* que no contiene presupuesto aplicable al caso; **la revocación** tampoco es aplicable, pues únicamente puede aplicarse en beneficio del sujeto pasivo; y **la declaración de lesividad**, previa impugnación en la vía contencioso-administrativa tampoco, pues establece como plazo máximo el de cuatro años, que coincide con el plazo de prescripción tributaria. Y lo establecido en la Ley de Subvenciones no es aplicable cuando de ayudas de carácter tributario se trata. **Todo esto ha sido corroborado por el Consejo de Estado, como la Comisión Europea conoce.**

A la Comisión parece no importarles que exista un procedimiento reglado que respete los derechos del contribuyente. De la misma forma que un Estado miembro no puede

³⁸ Ver también interpretación dada por el Juzgado en los casos: Case C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, [2006] ECR I-9957, apartado 45; y Caso C-526/04, *Laboratoires Boiron*, [2006] ECR I-7529, apartado 51.

³⁹ Ver Caso C-184/11 – *Comisión v. España*, pendiente.

oponer a un particular una Directiva comunitaria que no ha transpuesto (es el particular el que puede exigir la aplicación de la directiva no transpuesta en determinadas circunstancias) la Comisión no puede imponer a un Estado miembro que recupere una ayuda ilegal en ausencia de procedimiento interno reglado o inaplicando normas internas de procedimiento, pues el Estado, en este caso, está actuando “por cuenta” de la Comisión, ejerciendo una actividad administrativa, digamos de policía (la recuperación de ayudas ilegales) que es competencia (aunque “delegada”) de la Unión Europea. El Derecho de la UE ha decidido que sea el Estado miembro y no la Comisión la que ejerza esta función de ejecución.

Si el Derecho de la UE en materia de recuperación de ayudas ilegales deja en mano de los procedimientos internos nacionales la recuperación de las ayudas, es obligación de la Comisión preocuparse de que dichos procedimientos internos satisfagan los objetivos del Derecho de la UE: que puedan recuperarse de forma eficaz y rápida las ayudas ilegales; de la misma forma que es responsabilidad de la Comisión Europea perseguir los incumplimientos de los Estados miembros por transposición extemporánea o incorrecta de las Directivas.

Existen antecedentes en materia de contratación pública. Las Directivas imponen a los Estados miembros la existencia de recursos internos eficaces y rápidos en dicho ámbito. Y la Comisión demanda a los Estados que no regulan de forma apropiada estos recursos.

Lo que no se puede hacer, en mi opinión, es desentenderse del problema y tratar de que se exijan unas devoluciones fuera (o contra) del debido procedimiento legal.

Lo que importa (**efecto útil**) a la finalidad y objeto de la exigencia de recuperación establecida en la normativa comunitaria es que las ayudas ilegales o incompatibles se recuperen cuanto antes, no de que después de largos años se impongan al Estado multas o sanciones. Pero a la Comisión, visto su escrito, esto parece importarle poco”.

Mediante su insustancial escrito de 23 de agosto de 2013, la Comisión Europea reitera lo siguiente:

“Como ya se mencionó en la carta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 108 (2) del TFUE, los Estados miembros no deben establecer mecanismos específicos para la recuperación de las ayudas ilegales. Por el contrario, pueden elegir libremente la forma de ejecutar la recuperación en conformidad con sus sistemas jurídicos nacionales, a condición de que garanticen una recuperación oportuna y eficaz. De hecho, tal y como ha confirmado la jurisprudencia⁴⁰, la recuperación se efectuará sobre la base de los procedimientos nacionales previstos en el ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, el hecho de que España no disponga de procedimientos *ad hoc* para la recuperación de las ayudas ilegales no constituye una infracción de las disposiciones vigentes del Tratado, Además, como ya se mencionó, en base a la redacción actual de los artículos 107 a 108 del TFUE, la Comisión no es competente para armonizar la legislación procesal nacional en materia de ayudas estatales.

⁴⁰ Véase también la interpretación dada por el Tribunal en los asuntos: C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, [2006] ECR I-9957, apartado 45; y C-526/04, *Laboratoires Boiron*, [2006] ECR I-7529, apartado 51.

Tenga la seguridad de que la Comisión, en virtud de las facultades de acuerdo con el artículo 108 (2) del TFUE, continuará apremiando a los Estados miembros que no han ejecutado la recuperación de las ayudas ilegales, refiriéndolos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. como por ejemplo, la Comisión ha hecho recientemente con España⁴¹”.

Consideramos infundada la opinión de que la Comisión no es competente para armonizar la legislación procesal nacional en materia de recuperación de ayudas estatales. Es competente para ello e incluso para regularla a través de reglamentos. La base jurídica está, entre otras, en la *cláusula de flexibilidad* prevista en el artículo 352 del TFUE, así como en la clásica doctrina de los poderes implícitos⁴². No encontramos en los textos comunitarios ninguna expresa prohibición de adoptar medidas armonizadoras en este ámbito.

También se expuso a la Comisión lo siguiente:

“La necesidad de una armonización de los procedimientos nacionales de recuperación de ayudas la puso de manifiesto, con acierto y atendiendo a la realidad de las cosas y a la experiencia, el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER en sus Conclusiones de 18 de mayo de 2006, recaídas en el Asunto C-232/05 (*Comisión vs. Francia*):

“D. *Observaciones finales.*

100. Si me hubieran insinuado alguna vez que Samuel Beckett se inspiró en un asunto de recuperación de ayudas para su célebre drama «Esperando a Godot»⁴³, probablemente no lo habría creído, aunque, al terminar estas conclusiones, la tenaz paciencia de la Comisión aguardando el reembolso de la subvención me ha recordado esa gran obra del teatro del absurdo.

101. Pasados más de veinte años desde la concesión de los subsidios a Scott SA y casi seis desde que hubo de producirse la devolución, apenas se ha pagado algo más del 1 % e, ironías del destino, ¡por una empresa que ni siquiera estaba obligada a hacerlo en virtud de la Decisión 2002/14¡.

102. Así, ante el aumento de los casos pendientes en este Tribunal de Justicia con el mismo objeto, a los que me he referido anteriormente, resulta muy complicado compartir el optimismo de un sector de la doctrina sobre la conjura del peligro de una aplicación insatisfactoria y desigual de las normas sobre el reembolso de las ayudas de Estado, merced a la paulatina delimitación del principio de autonomía procesal de

⁴¹ Véase asunto C-184/11 *Comisión/España*, pendiente.

⁴² Sobre la doctrina de los poderes implícitos y la *cláusula de flexibilidad*, puede verse ALONSO GARCÍA: “Sistema Jurídico de la Unión Europea”. THOMSON REUTERS, 2012.

⁴³ Beckett, S., *Esperando a Godot*, traducción de Ana María Moix, Ed. Tusquets, Fábula; 7ª ed., Barcelona, 2003.

los Estados miembros, operada mediante los recursos de incumplimiento, de anulación y prejudicial⁴⁴.

103. Sin ánimo de criticar la labor del Tribunal de Justicia en ese ámbito, por lo demás, emprendida con las escasas herramientas facilitadas por el Tratado, donde no hay un procedimiento ejecutivo, no ha de obviarse la triste realidad ni el pobre balance obtenido, para impulsar una reflexión profunda sobre sus causas.

104. Hay que señalar, en primer lugar, la ambigua posición de los países de la Unión Europea que no reparan en repartir auxilios, probablemente con loables propósitos, pero infringiendo el derecho comunitario. Luego, cuando se les reclama la cooperación necesaria para recobrar lo indebidamente entregado, los argumentos más peregrinos sirven para fundar una contestación en el recurso de incumplimiento al que está abocada la Comisión por la repetida ineficacia de otras actuaciones, suponiendo que reciba alguna respuesta y no le ocurra, como ha sucedido en este caso, lo que a aquel coronel que no tenía quien le escribiera⁴⁵.

105. En segundo lugar, la Comisión habría de administrar mejor la exigencia de reintegro en esta materia, pues goza de una amplia facultad discrecional, pero no se la ha dotado de los instrumentos más adecuados para reprimir las obstrucciones a la devolución de ayudas y, además, ha oscilado entre una actitud excesivamente flexible en ocasiones o demasiado utópica y tozuda en otras, que se ha tachado con acierto de «rigor de fachada»⁴⁶.

106. Con frecuencia, la última baza de la Comisión acaba en el Tribunal de Justicia, buscando la declaración de incumplimiento contra el Estado miembro recalcitrante, mas los escasos frutos cosechados me suscitan dos ideas.

107. Por un lado, las sentencias dictadas en los recursos ejercidos con arreglo al artículo 226 CE o, como ahora, conforme al artículo 88 CE, apartado 2, párrafo segundo, no suplen la ausencia de títulos ejecutivos comunitarios, por lo que su utilidad se reduce considerablemente. Pretender que esas resoluciones sienten las bases para una futura multa en virtud del artículo 228 CE parece casi pueril, pues se hace el juego a

⁴⁴ Lenaerts, K., «L'articulation entre ordres juridiques à l'œuvre : le régime de récupération des aides d'État versées en violation du droit communautaire», *Problèmes d'interprétation: à la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Editorial Bruylant, Bruselas, 2004, p. 282.

⁴⁵ En su relato *El Coronel no tiene quien le escriba*, Alianza Ed., Madrid, 1993, Gabriel García Márquez narra otra espera esperpéntica y trágica, la de un coronel que, cada semana desde hace años, baja al río en busca del barco que ha de traer el correo y, quizás, la ansiada carta de la capital confirmándole la concesión de la pensión por haber participado en una de las revoluciones que sacudieron al país en el que se desarrolla la acción. Al no ejercer oficio ni comercio alguno, confiando en que esa renta le permita vivir con mayor holgura, el coronel se hunde cada vez más en la miseria. Al final, cuando su mujer pone piedras a cocinar para que los vecinos no piensen que carecen de alimentos, la misiva con la buena nueva nunca ha llegado.

⁴⁶ Karpenschif, M., «La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n° 659/1999 : du mythe à la réalité?», *Revue trimestrielle de droit européen*, 37 (3), julio/septiembre de 2001, pp. 551 y ss., en especial, p. 563.

quienes sólo persiguen que transcurra el tiempo sin devolver la subvención. En esta tesitura, convendría aventurar un uso más selectivo del recurso de incumplimiento, evaluando los asuntos que verdaderamente puedan servir de ejemplo y los que dejen percibir la escasa cooperación de los Estados miembros. La Comisión conoce sobradamente los criterios para detectar los supuestos más acuciantes.

108. Por otro lado, el abanico de vías disponibles para discutir estos problemas es exagerado y no guarda relación con el reducido botín de reembolsos que se alcanza: nada impide que una decisión de recuperación de una ayuda se impugne ante el Tribunal de Primera Instancia ni un posterior recurso de casación; las medidas de ejecución del acto comunitario en un país también pueden impugnarse, con los inconvenientes que a menudo se derivan, como se ha puesto de manifiesto en este asunto; cabe igualmente que el juez nacional plantee una cuestión prejudicial sobre la validez de la decisión comunitaria origen de la actuación administrativa estatal o sobre la compatibilidad de sus normas de ejecución con tal decisión. Además, la Comisión acude sin complejos al contencioso por incumplimiento, cuando no prospera la devolución.

109. Este arsenal de medidas se prolonga durante años y no supera la terca morosidad que se instala en estas situaciones, pues hay pocos ejemplos de Estados miembros con una estructura diseñada para la devolución y una política de represión de las ayudas, mínimamente semejantes a las de la Comunidad.

110. Finalmente, no puede olvidarse la exigencia de restablecer la competencia, retrotrayéndola al momento en el que se abonó la prebenda. En el presente litigio, invocar esta *ultima ratio* de la normativa sobre ayudas de Estado⁴⁷ raya en el sarcasmo, pues la distorsión del mercado se originó hace casi veinte años; las empresas que reclamaban una vuelta al pasado seguramente habrán desaparecido o habrán intentado agenciarse ventajas similares. Queda claro que la meta utópica no casa bien con los verdaderos postulados que imperan en este ámbito.

111. En suma, constatando el cariz de los acontecimientos en este capítulo del derecho comunitario, **se revela imprescindible una armonización más detallada de los mecanismos para obtener los objetivos fijados en el Reglamento n° 659/1999⁴⁸, evitando un sinfín de recursos innecesarios, por ineficaces”.**

⁴⁷ Adviértase que no censuro la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de que la devolución de la subvención es la consecuencia lógica de la constatación de su ilegalidad [sentencia, entre otras, de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión (C-305/89, Rec. p. I-1603), apartado 41]; pero al extender esta idea hasta la **neutralización del daño causado al mercado**, como reza en el considerando decimotercero, el Reglamento n° 659/1999 **se convierte en algo ficticio, artificioso, una mera entelequia.**

⁴⁸ En idéntico sentido, en esencia, Karpenschif, M., *op. cit.*, pp. 590 y ss.; con vistas a una aproximación más general de las legislaciones procesales nacionales, también, Peleki-Vellios, C., «Le principe de l'autonomie procédurale à la lumière de la jurisprudence Peterbroeck et Van Schijndel», *Actualités du droit*, 1998, pp. 68 y ss., en especial, p. 92.

También se pronuncia el Abogado General sobre la necesidad de que los Estados miembros acometan las reformas procedimentales oportunas cuando se encuentren con impedimentos que no permitan una pronta recuperación de las ayudas:

“74. En la misma línea de robustecer la efectividad del derecho comunitario, según la jurisprudencia, un Estado miembro, al ejecutar una decisión de la Comisión en materia de ayudas, ha de someter a la apreciación de esa Institución los inconvenientes imprevistos e imponderables que advierta, **sugiriendo las modificaciones apropiadas**. En tal caso, la Comisión y el Estado miembro están obligados, en virtud de los deberes recíprocos de cooperación leal, que inspira el artículo 10 CE, a colaborar de buena fe para superar las dificultades con pleno respeto de las prescripciones del Tratado y, especialmente, de las relativas a las ayudas⁴⁹.

75. Consta en autos que en ningún momento la actuación del Estado francés se ajustó a tales criterios, pues no emprendió reforma alguna de la norma litigiosa”.

A mi entender, estas son las vías adecuadas para solucionar el problema suscitado: armonización o vigilancia de la Comisión sobre la efectividad de los procedimientos nacionales, ejerciendo su función de *guardiana de los Tratados*.

Por tanto, la vía adecuada, en nuestra opinión, no es la de inaplicar normas internas procedimentales que confieran derechos a los particulares, como viene estableciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (p.e. Sentencia de 5 de octubre de 2006, recaída en el citado Asunto C-232/05, *Comisión/Francia*)⁵⁰, pues, aunque como recuerda el Tribunal de Justicia en esta Sentencia (apartado 58), el beneficiario de la ayuda incompatible está legitimado para interponer un recurso de anulación –aun cuando el destinatario de la decisión sea un Estado miembro-, puede ocurrir –como en el caso español-, que a fecha de la Decisión de la Comisión exista un acto administrativo firme (liquidación tributaria conforme) o se haya ganado la prescripción establecida en la legislación tributaria. Me parece que la inaplicación no es la solución jurídica adecuada.

Si como se expone en referida Sentencia de 5 de octubre de 2006 (apartado 49), “es necesario recordar que, según el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 659/1999, la aplicación de los procedimientos nacionales **está sujeta a la condición** de que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión, condición que refleja las exigencias del principio de efectividad acuñado previamente por la jurisprudencia (véanse las sentencia de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Alemania*, 94/87, Rec. p. 175, apartado 12; de 20 de marzo de 1997, *Alcan Deutschland*, C-24/95, Rec. p. I-1591, apartado 24, y de 12 de diciembre de 2002, *Comisión/Alemania*, antes citada, apartados 32 a 34)”, es fácil colegir que el referido Reglamento impone a los Estados miembros – antes que la inaplicación judicial o administrativa- una obligación de hacer consistente en tener procedimientos eficaces para la recuperación de la ayuda ilegal o incompatible. Lo que también supone, como venimos repitiendo, una obligación para la Comisión –

⁴⁹ Sentencias de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Alemania* (94/87, Rec. p. 175), apartado 9; y de 27 de junio de 2000, *Comisión/Portugal* (C-404/97, Rec. p. I-4897), apartado 40.

⁵⁰ La norma general procedimental francesa establece que los recursos presentados por el beneficiario de la ayuda tienen efecto suspensivo automático.

como *guardiana de los Tratados*- de vigilar por la implementación de dichos procedimientos por parte de los Estados miembros, pues la **obligación primaria** de la Comisión no es procurar que a los Estados recalcitrantes se le impongan multas o sanciones por sus incumplimientos, sino procurar que se cumpla con los objetivos del Reglamento 659/1999, que, como ha recordado el Tribunal de Justicia en la repetida Sentencia de 5 de octubre de 2006 (apartado 50), “en el decimotercer considerando de dicho Reglamento se señala que, en caso de ayuda ilegal e incompatible con el mercado común, **debe restablecerse la competencia efectiva** y que, para ello, es necesario que la ayuda se recupere sin demora. Por tanto, la aplicación de los procedimientos nacionales no debe suponer un obstáculo al restablecimiento de la competencia efectiva, impidiendo la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para conseguir este objetivo es preciso que los Estados miembros puedan adoptar todas las medidas necesarias que garanticen el efecto útil de tal decisión”.

Y para adoptar tales medidas, los Estados miembros deben contar con la normativa apropiada, pues la inaplicación no está pensada en perjuicio del ciudadano”.

Un ejemplo de la necesidad de armonización comunitaria en materia procedimental se expone, sin ambages y con total acierto, reconociendo la incapacidad o fracaso de los medios existentes hasta la fecha (tanto en el plano nacional como en el plano comunitario) para conseguir los objetivos de la normativa comunitaria, en el preámbulo de la *Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (89/665/CEE)*:

“Considerando que los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, **tanto en el plano nacional como en el plano comunitario**, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse;

Considerando que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso **eficaces y rápidos** en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho;

Considerando que **la ausencia de los medios de recursos eficaces o la insuficiencia de los medios de recursos existentes en algunos Estados miembros tiene un efecto disuasorio sobre las empresas comunitarias a la hora de probar suerte en el Estado del poder adjudicador de que se trate; que es importante, por consiguiente, que los Estados miembros remedien esta situación;**

.../...

Considerando que es necesario garantizar en todos los Estados miembros procedimientos adecuados con miras a permitir la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de las personas perjudicadas por una infracción;

.../...”

La argumentación anterior es perfectamente trasladable al ámbito de los procedimientos de recuperación de ayudas ilegales o incompatibles teniendo en cuenta la experiencia acumulada en la materia y por lo expuesto con realismo por RUIZ-JARABO COLOMER.

Por último, el 11 de septiembre de 2013, expuse lo siguiente a la Comisión:

“En el diario *Expansión* de hoy, 11 de septiembre de 2013, puede leerse la siguiente noticia:

“La Comisión mantiene su pugna contra las vacaciones fiscales vascas.

La Comisión Europea mantuvo ayer su solicitud de imponer una de las dos multas que reclamaba contra España por las llamadas “vacaciones fiscales vascas”, que podría superar los 64 millones de euros, y condicionó la otra a la recuperación de 278.000 euros en intereses de deuda aún pendientes.

El Ejecutivo comunitario insistió en que España merece una “medida disuasoria” porque han pasado doce años desde que la Comisión Europea declaró el régimen vasco ilegal y “es el segundo país con más casos por recuperar”, según explicó el representante de la Comisión, Carlos Urraca, en una vista oral celebrada ayer ante el Tribunal de Justicia de la UE”.

Dichas declaraciones de la Comisión Europea se compadecen mal con las respuestas dadas al que suscribe respecto a su solicitud y con la finalidad de la exigencia legal de recuperación de las ayudas ilegales o incompatibles: **que se recuperen cuanto antes”.**

La tesis que venimos defendiendo es parcialmente estimada por la importante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2013 (Recurso nº 6165/2011. Ponente: HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO)⁵¹. Ante la falta de previsión en la normativa europea de un procedimiento específico para la recuperación de la ayuda y ante la posibilidad de utilización de cualquier procedimiento que garantice la ejecución inmediata, es necesario sin embargo que en el curso del mismo se de audiencia al interesado: lo contrario supondría la vulneración de los principios de equivalencia y efectividad al ser el procedimiento para la recuperación de las ayudas de Estado ilegales menos favorables para los afectados que los previstos para acciones nacionales similares. Ante una resolución adoptada de plano, sin previa audiencia al interesado existe indefensión. Ha de estudiarse el caso concreto para comprobar si el interesado tenía derecho a otras compensaciones compatibles con el ordenamiento comunitario y excluidas por la ayuda declarada ilegal. Procede la anulación de la resolución y retroacción de actuaciones:

“(Fundamento de Derecho. 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

⁵¹ Revista de Contabilidad y Tributación, nº 367, octubre 2013.

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 (TJCE 2010, 429), *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 (TJCE 2012, 377), *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 (TJCE 2003, 190), *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 afecten. 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 2 º) 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”.

III. La ausencia de una regulación del procedimiento de infracción del derecho de la Unión Europea

En el “Informe sobre el vigesimosexto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2008)”⁵², de 22 de octubre de 2010, de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, puede leerse:

“11. Pide a la Comisión que proponga un «código de procedimiento» en forma de reglamento, sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE, que defina los distintos aspectos del procedimiento de infracción, incluidas notificaciones, plazos, el derecho a ser escuchado, la obligación de presentar las razones, etc., para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia; recuerda a la Comisión que su Comunicación de 2002 representa un importante punto de referencia para la elaboración de dicho «código de procedimiento»;

12. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos inició recientemente un grupo de trabajo sobre el Derecho administrativo de la UE con el fin de examinar la viabilidad de su codificación y las repercusiones prácticas

⁵² (2010/2076(INI)). Ponente EVA LICHTENBERGER.

de un proyecto de esta naturaleza; considera que las conclusiones de este grupo de trabajo deben tenerse en cuenta cuando se debata sobre un código administrativo europeo;

13. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos adoptó recientemente, por unanimidad, un escrito en apoyo de la posición de un petionario que defiende la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario para controlar y aplicar el Derecho de la UE que, a la vez que respete la discrecionalidad de la Comisión para decidir el momento y contra quién incoa un procedimiento, **restringiría dicha discrecionalidad para inscribirla en los límites de las buenas prácticas administrativas**⁵³;

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El presente informe evalúa el control realizado por la Comisión de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en 2008. Centra su análisis en el Informe de evaluación de la Comisión de «Pilot UE», en el que la Comisión propone realizar un balance de los logros del proyecto «Pilot UE» transcurridos 22 meses desde se puesta en práctica. La comisión plantea una serie de cuestiones importantes sobre el funcionamiento de «Pilot UE» y el papel de los ciudadanos en la garantía del respeto del Derecho de la Unión en el terreno y pide a la Comisión que facilite información pertinente para permitir la realización de un análisis sobre el valor añadido de «Pilot UE» en relación con los procedimientos de infracción vigentes⁵⁴. **Además, la comisión sugiere solicitar a la Comisión que proponga un «código de procedimiento» en relación con el procedimiento de infracción sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia.**”

A raíz de dicho Informe, **el Parlamento Europeo**, en su sesión plenaria del 25 de noviembre de 2010, aprobó su

“Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre el vigesimosexto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2008)”,

en la que puede leerse:

“El Parlamento Europeo,

.../...

⁵³ «La discrecionalidad puede ser un mal necesario en un gobierno moderno; pero una discrecionalidad absoluta unida a una absoluta falta de transparencia constituye algo fundamentalmente contrario a los principios del Estado de Derecho» - Informe Frassoni sobre los vigesimoprimer y vigesimosegundo informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2003 y 2004) (2005/2150(INI). Exposición de motivos, p. 19.

⁵⁴ En el artículo de Melanie Smith titulado Enforcement, monitoring, verification, outsourcing; the decline of the infringement process, publicado por *European Law Review* en 2008 en el volumen 33, p. 777, se debaten ampliamente las preocupaciones del Parlamento en relación con el funcionamiento de «Pilot UE».

11. Pide a la Comisión que proponga un «código de procedimiento» en forma de reglamento, sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE, que defina los distintos aspectos del procedimiento de infracción, incluidas notificaciones, plazos, el derecho a ser escuchado, la obligación de presentar las razones, etc., para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia; recuerda a la Comisión que su Comunicación de 2002 representa un importante punto de referencia para la elaboración de dicho «código de procedimiento»;

12. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos inició recientemente un grupo de trabajo sobre el Derecho administrativo de la UE con el fin de examinar la viabilidad de su codificación y las repercusiones prácticas de un proyecto de esta naturaleza; considera que las conclusiones de este grupo de trabajo deben tenerse en cuenta cuando se debata sobre un código administrativo europeo;

13. Recuerda que la Comisión de Asuntos Jurídicos adoptó recientemente, por unanimidad, un escrito en apoyo de la posición de un peticionario que defiende la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario para controlar y aplicar el Derecho de la UE que, a la vez que respete la discrecionalidad de la Comisión para decidir el momento y contra quién incoa un procedimiento, **restringiría dicha discrecionalidad para inscribirla en los límites de las buenas prácticas administrativas**⁵⁵ ;

.../...

29. Encarga a su Presidente que transmita la presente Resolución al Consejo y a la Comisión así como al Tribunal de Justicia, al Defensor del Pueblo Europeo y a los Parlamentos de los Estados miembros”.

El 6 de enero de 2012 remití al Presidente de la Comisión Europea, señor BARROSO, el siguiente escrito:

“El 19 de octubre de 2010 le remití un informe sobre todo lo actuado por el Parlamento Europeo respecto a mi propuesta de regulación del procedimiento de infracción del Derecho de la UE, solicitándole que por la Comisión Europea se tomara en consideración la misma y se tomara, asimismo, la iniciativa en este asunto.

El 26 de noviembre de 2010 se evacuó la respuesta (JNC/JIS/cp – SYBIL A/6390) por el señor NYMAND-CHRISTENSEN, Director de la Dirección E de la Secretaría General de la Comisión Europea:

“La Comisión Europea ha seguido con gran interés la labor de la Comisión de Peticiones y de la Comisión de Asuntos Jurídicos en relación con dicha petición, centrada en la implantación de un código de procedimiento para el tratamiento de los casos de infracción por parte de

⁵⁵ «La discrecionalidad puede ser un mal necesario en un gobierno moderno; pero una discrecionalidad absoluta unida a una absoluta falta de transparencia constituye algo fundamentalmente contrario a los principios del Estado de Derecho» - Informe Frassoni sobre los vigesimoprimer y vigesimosegundo informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2003 y 2004) ([2005/2150\(INI\)](#)). Exposición de motivos, p. 19.

la Comisión. Simultáneamente se ha creado un grupo de trabajo en el Parlamento Europeo para examinar la perspectiva general en relación con un código de aplicación del artículo 298 del TFUE.

Como los servicios de la Comisión acaban de comenzar a analizar este asunto, todavía no pueden apreciar claramente cuál podría ser el resultado final, sobre todo teniendo en cuenta que el proceso seguramente conlleve algunas consultas interinstitucionales acerca del alcance de los diferentes aspectos de la labor de cada una de las instituciones de la UE.

Asimismo, el planteamiento adecuado parece ser delimitar en primer lugar las grandes líneas del alcance y el contenido generales de una medida de tales características antes de examinar aspectos concretos como los mencionados por usted”.

Transcurrido más de un año desde dicha comunicación, le ruego me informe acerca de los trabajos realizados desde entonces por la Comisión sobre dicho asunto y sobre el estado actual de los trabajos”.

La Comisión Europea hace caso omiso al trabajo del Parlamento Europeo en sus desvelos por que se regule el procedimiento de infracción. La carta citada de 6 de enero de 2012 es contestada, en nombre del Presidente BARROSO, por el señor NYMAND CHRISTENSEN, Director de la Dirección G de la Secretaría General de la Comisión Europea, el 16 de marzo de 2012 (D(2012) – Ares (2012) 311513):

“El artículo 298 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es la base jurídica de un reglamento que pueda cubrir, en su caso, el conjunto de las instituciones, los organismos y las oficinas de la UE. Antes de recurrir a una nueva disposición jurídica, la Comisión sigue examinando los instrumentos vigentes, la jurisprudencia de la UE y las prácticas de los Estados miembros por si fueran necesarias nuevas medidas. La Comisión no tiene un calendario específico para presentar propuestas. Considera que el artículo 298 representa una posibilidad, no una obligación.

Déjeme recalcar que la Comisión está ya comprometida con los principios de una buena administración. Los aplica mediante su Código de Buen Comportamiento Administrativo, diversos instrumentos jurídicos intersectoriales –especialmente el Reglamento 1049/2001 relativo al acceso a documentos y el Reglamento 45/2001 relativo al tratamiento de los datos personales-, que se aplica a todas las instituciones y organismos de la UE, y mediante normativas específicas para sectores como la competencia o los contratos públicos. Las demás instituciones de la UE han adoptado para su administración códigos de buen comportamiento administrativo. Por último, cabe decir que todas las instituciones de la UE están obligadas a respetar el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (derecho a una buena administración).

Por su parte, el procedimiento de infracción forma parte de la facultad otorgada directamente a la Comisión en virtud de los artículos 258 y 260 del TFUE. La jurisprudencia ha confirmado que es prerrogativa de la Comisión, sujeta únicamente a la autoridad del

Tribunal de Justicia, organizar el modo de administrar los procedimientos de infracción y el trabajo que estos acarrean para garantizar una aplicación correcta del Derecho de la UE. Por estas razones, ninguna ley eventual basada en el artículo 298 del TFUE podrá regular las responsabilidades específicas que en esta materia confieren directamente los Tratados a la Comisión (sic).

En mi última carta, recordaba las garantías y los criterios fijados por la Comisión en la materia en diversos documentos. Ahora querría solo destacar las específicas y amplias garantías administrativas incluidas en la Comunicación sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario (COM (2002) 141 final). Dada las especiales prerrogativas que otorgan los Tratados a la Comisión, estos documentos constituyen el instrumento adecuado para encuadrar la práctica administrativa de la Comisión en la materia”.

De lo anterior, aparte de constituir una auténtica barbaridad jurídica, se deduce una clara intención por parte de la Comisión Europea de huir del procedimiento administrativo reglado. Buena prueba de ello es lo que hace con el procedimiento de infracción y ejemplo paradigmático es el expediente de infracción 2002/2315 (*Comisión vs. España*), que lleva abierto casi DIEZ AÑOS, lo que genera gran inseguridad jurídica y constituye un caso patente de mala administración. Estos casos se producen, precisamente, por no estar debidamente regulado el procedimiento de infracción, ya que permiten a la Comisión Europea *hacer de su capa un sayo*, e incurrir en auténtica arbitrariedad administrativa.

El mismo caso omiso que hace la Comisión Europea al Parlamento lo hace respecto del Defensor del Pueblo Europeo. Así, en la Publicación del Defensor “*Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*” (2005), puede leerse lo siguiente:

“Un Derecho administrativo europeo.

Tras la aprobación del Código, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión Europea que propusiera un reglamento en el que estuvieran incluidas las obligaciones contenidas en aquél. Se consideraba que un reglamento resaltaría el carácter vinculante de las reglas y principios en él contenidos, que se aplicarían, por otra parte, de manera uniforme y consistente por todas las instituciones y órganos de la UE, promoviendo así la transparencia.

Este objetivo puede ser alcanzado mejor ahora sobre la base de la propuesta de la Comisión de un Derecho europeo sobre la buena administración. El Artículo III-398 de la Constitución provee la base legal para dicho Derecho. En él se establece que:

«En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente.

Dentro del respeto al Estatuto y al régimen adoptados con arreglo al Artículo III-427, la ley europea establecerá las disposiciones a tal efecto.»

El Defensor del Pueblo continuará defendiendo el valor añadido de transformar el Código en Derecho europeo. Con ello se eliminaría la confusión actual resultante de la existencia paralela de diferentes Códigos en la mayoría de las instituciones y órganos de la UE, y se aseguraría la aplicación de los mismos principios básicos por parte de todas las instituciones y órganos en sus relaciones con los ciudadanos, haciendo que tanto ciudadanos como funcionarios fuesen conscientes de la importancia de dichos principios.”

El 24 de marzo de 2012 puse en conocimiento de la Comisión de Peticiones la postura de la Comisión Europea reflejada en su escrito de 16 de marzo de 2012, solicitando al Parlamento Europeo:

“Que por el Parlamento Europeo se intime a la Comisión Europea para que proponga un «código de procedimiento» en forma de reglamento, sobre la base del nuevo fundamento jurídico que representa el artículo 298 del TFUE, que defina los distintos aspectos del procedimiento de infracción, incluidas notificaciones, plazos, el derecho a ser escuchado, la obligación de presentar las razones, etc., para reforzar los derechos de los ciudadanos y la transparencia.

Que traslade el presente escrito a la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo”.

La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, en su Opinión, de 25 de junio de 2012, para la Comisión de Asuntos Jurídicos, sobre la Ley de procedimientos administrativos de la Unión Europea, incluyó la siguiente sugerencia⁵⁶:

“11. Pide a la Comisión que introduzca disposiciones administrativas específicas para los **procedimientos de infracción** basadas en el artículo 258 del TFUE **con objeto de prevenir cualquier posibilidad de abuso de poder y decisiones arbitrarias**; considera que dicha disposición debe regular toda la relación entre la Comisión y los ciudadanos o empresas que presentan una denuncia que puede llevar a un procedimiento de infracción, reforzando de esta manera la posición del autor individual de la denuncia; considera particularmente aconsejable que se facilite a la Comisión de Peticiones del Parlamento información clara sobre las fases alcanzadas en los procedimientos de infracción cubiertos por una petición abierta, de modo que se pueda garantizar el control parlamentario del derecho fundamental de petición al Parlamento Europeo”.

Y mi carta del 26 de noviembre de 2013 al Presidente de la Comisión Europea, señor Barroso:

“Le remito a mi artículo *“Céntimo sanitario, ¿y la Comisión Europea, qué?”*⁵⁷, que denota lo que, a mi juicio, constituye un ejemplo de lo que

⁵⁶ Ponente: Margrete Auken.

⁵⁷ Cinco Días, 26 de noviembre de 2013.

es el constante comportamiento arbitrario y de mala administración de la Comisión Europea en el procedimiento de infracción.

Pero lo dicho es predicar en el desierto.

Ya en el año 2002, el Defensor del Pueblo Europeo señaló:

“Código Europeo de Buena Conducta Administrativa.

Para que el derecho a una buena administración se convierta en una realidad para los ciudadanos es preciso que éstos sepan cuáles son sus derechos respecto a la administración y que los funcionarios conozcan la actuación que se espera de ellos. Esto sólo es posible reflejando formalmente esos derechos y obligaciones en un texto escrito, ya sea por medio de un código, o bien a través de una ley.

Con este objetivo inicié una investigación de oficio en 1998. Como fruto de la misma mis servicios redactaron un proyecto de Código de buena conducta administrativa dirigido a las instituciones y órganos comunitarios. La resolución correspondiente que el Parlamento Europeo adoptó el 6 de septiembre de 2001, incluyó un Código basado en mi propuesta, y sus contenidos deberán ser respetados por las instituciones y órganos de la Unión, así como por sus funcionarios, en sus relaciones con los ciudadanos.

La resolución del Parlamento requiere del Defensor del Pueblo Europeo que aplique el Código a fin de comprobar si existe o no mala administración, dando con ello efecto al Artículo 41 de la Carta, que proclama el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

La resolución también invita a la Comisión Europea a presentar una propuesta de reglamento, es decir, una ley europea, de buena conducta administrativa. Estas leyes existen en la mayor parte de Estados Miembros de la Unión.

En España, por ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo modificada en 1999 regula el procedimiento de las administraciones públicas y contempla cómo deben comportarse la Administración pública y sus funcionarios en sus relaciones con sus ciudadanos.

A pesar de la opinión del Parlamento Europeo, y de mis propias recomendaciones, la Comisión Europea todavía no ha presentado ninguna propuesta sobre una tal ley administrativa europea”.

(‘El Defensor del Pueblo Europeo y la Garantía de los Derechos de la Ciudadanía Europea’, Conferencia del Sr. Jacob Söderman, Defensor del Pueblo Europeo, Jornadas sobre el Día de Europa, Organizadas por el Sindic de Greuges de Catalunya, con la cooperación de las Representaciones de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo en Barcelona, Barcelona, España, 7 de Mayo de 2002).

El último exhorto es el siguiente:

18.10.2013. Comisión de Peticiones. Proyecto de Opinión para la Comisión de Asuntos Jurídicos, sobre el vigésimo noveno Informe Anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2011), Ponente: Rolandas Paksas:

“16. Considera que la Comisión debería proponer un reglamento relativo a las normas de los procedimientos de infracción y previos a la infracción; entiende que el desarrollo de estas normas debe pasar por un proceso de consulta previo a la fase decisoria legislativa”.

Y es que la Comisión Europea que Vd. preside no quiere sujetarse a procedimientos administrativos reglados.

Hora es ya de que la Comisión Europea vaya atendiendo los requerimientos del Parlamento Europeo al respecto”.

ANEXO I

Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 26 de junio de 2013 (Caso 295/2012/MMN, contra la Comisión Europea). Crítica a la Decisión.

“Antecedentes de la reclamación.

1. El presente asunto se refiere a la tramitación por la Comisión de un procedimiento de infracción contra España.
2. La Comisión inició de oficio en 2002 un procedimiento de infracción (a saber, el procedimiento 2002/2315) contra España en relación con un impuesto especial sobre los hidrocarburos no armonizado.
3. El 6 de mayo de 2008, la Comisión remitió a las autoridades españolas un dictamen motivado en relación con la posibilidad de que la legislación tributaria española estuviera conculcando la legislación de la UE en relación con el impuesto en cuestión.
4. El 30 de diciembre de 2010, el reclamante, un abogado español, envió un correo electrónico al Gabinete del Comisario de Fiscalidad, en el que apuntaba que una región española pretendía recaudar el mencionado impuesto, lo que podría ser contrario a la legislación de la UE.
5. El 17 de enero de 2011, el reclamante envió a la Dirección General de Fiscalidad ('DG de Fiscalidad') un artículo que había aparecido en la prensa española en relación con el mencionado impuesto. En dicho artículo se apuntaba que varias regiones españolas habían empezado a recaudar el impuesto especial, al tiempo que se sugería que, en 2008, la Comisión había expresado su opinión de que este impuesto era contrario al Derecho de la UE.
6. El 19 de enero de 2011, la Comisión envió una carta al reclamante informándolo de que había incoado un procedimiento de infracción (el procedimiento 2002/2315) contra España en relación con este asunto, y que ya había enviado a España un dictamen motivado. Sin embargo, no había decidido todavía si remitir el asunto al Tribunal de Justicia de la UE (el 'Tribunal').
7. El 16 de enero de 2012, el reclamante envió un correo electrónico a la DG de Fiscalidad en el que afirmaba que un tribunal nacional español había enviado una cuestión prejudicial al Tribunal en relación con el asunto objeto del procedimiento de infracción 2002/2315. Además, observaba que la Comisión parecía haber iniciado su investigación en 2002 y enviado un dictamen motivado a las autoridades españolas en 2008. Ante ello, el reclamante sostenía que la Comisión debía bien archivar el caso bien someter el asunto al Tribunal. El reclamante agregaba que, en su opinión, el hecho de que un tribunal español hubiera enviado una cuestión prejudicial al Tribunal sobre la compatibilidad de la legislación nacional con la legislación de la UE no afectaba a esta conclusión.
8. El 1 de febrero de 2012, la Comisión envió su respuesta. En primer lugar, agradecía al solicitante la información en relación con la remisión de la cuestión prejudicial de un tribunal español sobre la compatibilidad de la legislación tributaria española con el Derecho de la UE. Por cuanto se refiere a la demanda del reclamante de que la

Comisión debería someter el asunto al Tribunal o archivarlo, la Comisión observaba que tiene, según jurisprudencia consolidada, la facultad discrecional de decidir si lleva o no el asunto ante el Tribunal. La Comisión añadía que, una vez ha mandado un dictamen motivado y antes de decidir si recurrir al Tribunal o archivar el caso, tiene la posibilidad de proseguir sus contactos con las autoridades nacionales para resolver el asunto de manera "diplomática".

9. Ese mismo día, el reclamante presentó la presente reclamación al Defensor del Pueblo Europeo, adjuntando un artículo escrito por él. En dicho artículo apuntaba, entre otras cosas, que el Parlamento Europeo había aprobado en 2010 a petición suya una resolución por la que invitaba a la Comisión a estudiar la posibilidad de adoptar un reglamento de procedimiento para procedimientos de infracción.

10. El 16 de febrero de 2012, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña envió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que examinara la compatibilidad de la legislación tributaria española con el Derecho de la UE (Asunto C-82/12 *Transportes Jordi Besora c TEARC y Generalitat de Catalunya*).

El objeto de la investigación.

11. El Defensor del Pueblo Europeo abrió una investigación sobre la siguiente alegación y demanda:

Alegación.

Después de haber emitido un dictamen motivado en el contexto de un procedimiento de infracción contra España, la Comisión no actuó en un plazo razonable llevando el asunto ante el Tribunal de Justicia o archivando el caso.

Demanda.

La Comisión debería bien incoar un procedimiento contra España ante el Tribunal de Justicia bien archivar el caso.

La investigación.

12. El 23 de febrero de 2012, el Defensor del Pueblo solicitó un informe a la Comisión. Además, la invitó a facilitar información sobre la situación en que se encontraba el procedimiento en cuestión.

13. Los días 2 y 27 de marzo de 2012, el reclamante presentó al Defensor del Pueblo información suplementaria en apoyo de su reclamación.

14. El 11 de junio de 2012, la Comisión emitió su informe, que se remitió al reclamante para que este pudiera formular sus comentarios.

15. El 14 de junio de 2012, el reclamante presentó sus comentarios.

16. El 8 de abril de 2013, la Comisión presentó nueva información al Defensor del Pueblo.

17. El 25 de abril de 2013, los servicios del Defensor del Pueblo inspeccionaron el expediente de la Comisión relativo al expediente de infracción en cuestión.

18. El 8 de mayo de 2013, se envió a las partes el informe de la inspección. Ese mismo día, el reclamante presentó sus comentarios sobre el informe de inspección.

Análisis y conclusiones del Defensor del Pueblo.

A. Presunta falta de actuación en un plazo razonable y demanda asociada.

Argumentos presentados ante el Defensor del Pueblo

19. En su reclamación al Defensor del Pueblo, el reclamante alegaba que, tras haber emitido un dictamen motivado en el contexto de un procedimiento de infracción contra España, la Comisión no actuó en un plazo razonable al no someter el asunto al Tribunal de Justicia ni archivar el caso. Añadió que el derecho a una buena administración y el principio de seguridad jurídica respaldaban su punto de vista.

20. En su correo electrónico de 2 de marzo de 2012, el reclamante cuestionaba que la Comisión tuviera la posibilidad de considerar durante un periodo de diez años, en la fase precontenciosa, si la legislación nacional es contraria al Derecho de la UE. Además, argumentaba que los procedimientos de infracción son de naturaleza administrativa y no "diplomática" como pretendía la Comisión.

21. En su correo electrónico de 27 de marzo de 2012, el reclamante llamaba la atención del Defensor del Pueblo sobre la correspondencia que había intercambiado con la Comisión en relación con la adopción de un reglamento de procedimiento para procedimientos de infracción. Desde su punto de vista, esta correspondencia demostraba que la Comisión se resiste a aceptar que los procedimientos de infracción están sujetos a ciertas normas (básicamente, que la Comisión debe actuar en un plazo razonable).

22. En su informe, la Comisión subrayaba, como observación preliminar, que había incoado el procedimiento de infracción de oficio, y no a raíz de una denuncia por infracción presentada por el reclamante. Por cuanto se refiere al fondo, la Comisión consideraba que debían rechazarse la alegación y la demanda presentadas por el reclamante, a la vista de su poder discrecional en los procedimientos de infracción. La Comisión remitía, para respaldar su postura, a la jurisprudencia citada en su carta al reclamante de 1 de febrero de 2012, en la que explicaba su posición de forma detallada. La Institución sostenía además que, en virtud de su poder de discrecionalidad, había suspendido el procedimiento por infracción en cuestión.

23. Además, en una carta posterior, fechada el 8 de abril de 2013, la Comisión llamaba la atención del Defensor del Pueblo sobre el envío de la cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con la compatibilidad de la legislación en materia tributaria en cuestión con el Derecho de la UE (Asunto C-82/12 *Transportes Jordi Besora c TEARC y Generalitat de Catalunya*, presentado el 16 de febrero de 2012).

24. En sus comentarios, el reclamante destacaba que la Comisión simplemente afirmaba que el procedimiento todavía se hallaba en suspenso, pero no facilitaba información sobre la situación en que se encontraba, como había pedido el Defensor del Pueblo. Además, el reclamante indicaba que, en caso de que acabara por considerarse que España había infringido el Derecho de la UE, la tardanza con que la Comisión había tramitado el procedimiento de infracción habría causado a los consumidores españoles

un perjuicio difícilmente reparable, si no imposible de reparar. A este respecto, el reclamante agregaba que es improbable que los consumidores guarden justificantes de pago del impuesto en cuestión para poder solicitar indemnizaciones en el futuro.

25. Aunque el reclamante reconocía que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la Comisión tiene un poder discrecional muy amplio en el ámbito de los procedimientos de infracción, argumentaba que esta jurisprudencia debería leerse a la luz de los demás principios del Derecho de la UE, como el derecho a la buena administración, el principio de seguridad jurídica y la prohibición de conductas administrativas arbitrarias.

26. El reclamante añadía que, incluso si el Derecho no impone plazos concretos en relación para la duración de los procedimientos de infracción, esto no significa que puedan permanecer abiertos indefinidamente. En opinión del reclamante, los principios de buena administración y seguridad jurídica obligan a la Comisión a tramitar los procedimientos de infracción en un plazo razonable de tiempo.

27. Por otro lado, el reclamante sugería que la Comisión podría no haber llevado a España ante el Tribunal por este asunto con la intención de recabar su apoyo en su propuesta de una nueva Directiva sobre la fiscalidad de los productos energéticos. En opinión del reclamante, si esta explicación es correcta, ello equivaldría a un abuso de la finalidad de los procedimientos de infracción.

Análisis del Defensor del Pueblo

28. En primer lugar, el Defensor del Pueblo observa que la Comisión ha informado al reclamante de que el procedimiento de infracción contra España se encuentra actualmente suspendido.

29. A este respecto, el Defensor apunta que la Comisión goza de un amplio poder discrecional para decidir si recurrir al Tribunal o archivar el caso tras haber emitido un dictamen motivado. Como sostiene el Tribunal:

*"en el sistema establecido por el [artículo 258 del TFUE], la Comisión dispone de una facultad discrecional para interponer un recurso por incumplimiento y no corresponde al Tribunal de Justicia determinar si el ejercicio de dicha facultad es o no oportuno"*⁵⁸.

30. En otra ocasión, el Tribunal ha afirmado que:

"dada su función de guardiana del Tratado, la Comisión es la única competente para decidir si es oportuno iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento [en virtud del Artículo 258 TFEU]. Asimismo, es la única competente para decidir si es oportuno proseguir el procedimiento administrativo previo mediante la remesa de un dictamen motivado, estando asimismo facultada pero no obligada, al término de dicho procedimiento, a someter el asunto al Tribunal de Justicia para que éste declare el presunto incumplimiento". (referencias omitidas)⁵⁹

⁵⁸ Asunto C-383/00 *Comisión c Alemania* [2002] Rec. 2002 I-4219, párrafo 19; véase también el asunto C-200/88 *Comisión c Grecia* [1990] Rec. I-4299, párrafo 9.

⁵⁹ Véase el Asunto C-207/97 *Comisión c Bélgica* [1999] Rec. I-275, párrafo 24.

31. Por otra parte, la discreción de la Comisión para incoar o no un procedimiento de infracción ante el Tribunal "excluye el derecho de los particulares a exigir de esta Institución que defina su postura en un sentido determinado"⁶⁰.

32. Además, la jurisprudencia no confiere a los particulares el derecho a exigir de la Comisión que actúe en un plazo concreto sometiendo el asunto al Tribunal de Justicia o archivando el caso.

33. Desde un punto de vista jurídico, por tanto, la posición de la Comisión no es criticable. Esta conclusión no se ve afectada por la alusión del reclamante a varios principios del Derecho de la UE, a saber: el principio de buena administración, el principio de seguridad jurídica y la prohibición de una conducta administrativa arbitraria y del abuso de poder.

34. Tramitar los procedimientos de examen o las investigaciones en un plazo razonable de tiempo es una buena práctica administrativa, y este principio se aplica también en el contexto de los procedimientos de infracción en los que, como es el caso que nos ocupa, la Comisión ha remitido un dictamen motivado a un Estado miembro y por tanto ha de decidir si el asunto ha de someterse al Tribunal de Justicia. En el presente caso, el Defensor del Pueblo observa que habían transcurrido casi cuatro años desde que la Comisión envió su dictamen motivado al Estado miembro en cuestión cuando se presentó la reclamación. El Defensor del Pueblo observa, no obstante, que la Comisión ha llamado su atención sobre el hecho de que está pendiente en el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre estos mismos temas. En tales circunstancias, el Defensor del Pueblo considera razonable que la Comisión decidiera suspender el procedimiento de infracción en curso hasta que el Tribunal de Justicia haya decidido sobre el asunto.

35. Por cuanto se refiere al principio de seguridad jurídica, el Defensor del Pueblo observa que cualquier posible inseguridad jurídica en relación con la situación actual quedará resuelta en la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia en el mencionado asunto.

36. En cuanto a la prohibición de una conducta administrativa arbitraria y del abuso de poder, el Defensor del Pueblo observa que el concepto de abuso de poder se refiere a los casos en que una autoridad administrativa ha utilizado sus facultades para una finalidad distinta de aquella para la que se le concedieron. Una decisión puede equivaler a un abuso de poder sólo si resulta, a la vista de factores objetivos, relevantes y coherentes, que se ha adoptado con tal propósito⁶¹.

37. El Defensor del Pueblo entiende que la crítica del reclamante se basa en la sospecha de que la razón por la que la Comisión todavía no ha llevado a España ante el Tribunal es que desea obtener el apoyo de España para su propuesta de una nueva Directiva sobre la fiscalidad de los productos energéticos.

38. La Comisión ha sugerido que es inherente a su poder discrecional en este ámbito el poder decidir no someter un asunto al Tribunal por varios motivos. Podría argumentarse que tales motivos pueden incluir la persecución de sus objetivos en materia de política

⁶⁰ Asunto T-571/93 *Lefebvre frères c Comisión* [1995] Rec. II-2379, párrafo 60; véase también el asunto 247/87 *Star Fruit c Comisión* [1989] Rec. 291, párrafo 11.

⁶¹ Asunto T-387/08 *Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis c Comisión* [2010] Rec. II-178, párrafo 159.

legislativa. Sin embargo, en las circunstancias actuales, no es necesario que el Defensor del Pueblo adopte una postura sobre este asunto.

39. De hecho, como ya se ha mencionado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña envió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que examinara la compatibilidad de la legislación tributaria española con el Derecho de la UE. Como se ha explicado anteriormente, el Defensor del Pueblo considera razonable la decisión de la Comisión de no seguir adelante con el procedimiento de infracción mientras este asunto esté pendiente ante el Tribunal de Justicia.

40. En vista de todo lo anterior, no existen motivos para realizar medidas de investigación adicionales en relación con la presente reclamación.

41. El Defensor del Pueblo señala, no obstante, que la Comisión no indicó desde un principio los motivos por los que, en el ejercicio de sus poderes discrecionales, había decidido suspender el procedimiento de infracción en cuestión. Fue sólo después de que el Defensor del Pueblo abriera una investigación sobre la presente reclamación cuando la Comisión ofreció explicaciones adicionales e hizo referencia a la cuestión prejudicial pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Desde el punto de vista del Defensor del Pueblo, iría en interés de la buena administración que en el futuro la Comisión facilitase a los ciudadanos información adecuada sobre los motivos por los que ha decidido suspender la investigación de una reclamación por infracción. Esta transparencia potenciaría la responsabilidad de la Comisión y reforzaría la confianza de los ciudadanos en ella y en su papel de guardiana de los Tratados. Por tal motivo, el Defensor del Pueblo realizará un comentario adicional a este respecto.

B. Conclusiones

Basándose en su investigación sobre esta reclamación, el Defensor del Pueblo la cierra con la siguiente conclusión y el siguiente comentario adicional:

No hay razones para realizar medidas de investigación adicionales en este caso.

Comentario adicional.

La Comisión podría considerar proporcionar a los ciudadanos información adecuada sobre las razones por las que ha decidido suspender la investigación de un procedimiento por infracción en curso.

Se informará de esta Decisión al reclamante y a la Comisión”.

(Crítica a la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo)

Según el Defensor del Pueblo Europeo⁶², “los **comentarios adicionales** tienen como único objetivo servir al interés público, ayudando a la institución en cuestión a mejorar en el futuro la calidad de su administración. El comentario adicional no se basa en una previa constatación de mala administración, por lo que no debe entenderse como una crítica a la institución a la que va dirigido, sino más bien como una recomendación

⁶² <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/followups.faces>. Visto el 14 de agosto de 2013.

sobre la forma de mejorar una práctica concreta para prestar a los ciudadanos un servicio de superior calidad”.

Recibida la transcrita Decisión, el 26 de junio de 2013, **se puso en conocimiento del Defensor del Pueblo la siguiente opinión:**

“Permítame, respetuosamente, disentir firmemente sobre los presupuestos que toma en consideración para adoptar la misma, pues creo que contribuyen –vuelvo a insistir que digo esto con el máximo respeto- a cimentar las **prácticas claramente arbitrarias** de la Comisión Europea en los procedimientos de infracción; que han sido, incluso, denunciadas en documentos recientes emitidos por el Parlamento Europeo.

Dado que Vd. no entra en el asunto –y considero que hubiera sido conveniente- de mezclar los procedimientos de infracción con los objetivos de política legislativa de la Comisión; lo cual a mi juicio constituye una auténtica arbitrariedad por parte de la Comisión Europea, de ser así; no voy a entrar en ello.

Sin embargo, considero que su Decisión se fundamenta en dar por bueno el que la Comisión suspendiera el procedimiento de infracción motivada porque un Tribunal de Justicia español planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. Y usted da por bueno que se suspenda el procedimiento mientras este asunto esté pendiente ante el Tribunal de Justicia.

Es decir, su Decisión se basa en un hecho aleatorio o fortuito: el planteamiento de una cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional nacional. **Esto no sería objetable si ese hecho aleatorio o fortuito se hubiera planteado al poco tiempo de la apertura del procedimiento de infracción.**

Pero es que el procedimiento de infracción objeto de este asunto se inició en el año 2002. Y la cuestión prejudicial se planteó a finales del año 2011.

¿Qué ocurrió en ese amplísimo período de tiempo?, ¿Qué motivó que no se hiciera nada mientras tanto?. LA PURA ARBITRARIEDAD ADMINISTRATIVA; mientras, como ha quedado demostrado en el expediente, se estaban causando perjuicios de difícil reparación a los ciudadanos españoles.

Respetuosamente, insisto, considero que esta Decisión –al contrario que otras adoptadas por esa Institución- no contribuye a la existencia de un Derecho Administrativo moderno en la Unión Europea, como viene reclamando el propio Parlamento Europeo.

Le ruego que el presente escrito se una al expediente...”.

ANEXO II

Dictamen de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre mi petición de 15 de julio de 2009

El 9 de junio de 2010, el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos, señor LEHNE, remitió el siguiente escrito⁶³ a la Presidenta de la Comisión de Peticiones, señora MAZZONI⁶⁴, en relación a mi petición:

“La petición.

El peticionario... observa que en los Tratados prácticamente no se recoge el procedimiento que deberá seguir la Comisión en el ejercicio de sus obligaciones como «guardiana de los Tratados». Observa que en la actualidad se aplican principalmente procedimientos internos de la Comisión completados por sentencias del Tribunal de Justicia. Destaca algunos asuntos concretos relativos a infracciones, uno de los cuales ha durado doce años y sigue pendiente de resolución.

Por analogía con la situación existente en su Estado miembro, e inspirándose en las actividades del Defensor del Pueblo Europeo en este ámbito y las recomendaciones del Parlamento, la Comisión de investigación de la *Crisis de Equitable Life*, aboga por un «código procesal» en forma de reglamento europeo por el que se establezcan los diversos aspectos del procedimiento de infracción que pudiesen recogerse, incluidas las notificaciones, los plazos, el derecho a ser oído, la obligación de razonar las decisiones y el acceso al expediente de la causa. Según el peticionario, esta iniciativa respetaría la facultad discrecional de la Comisión inherente al procedimiento de infracción a la vez que aumentaría la certidumbre jurídica.

Valoración.

En la Unión Europea, mantener el respeto por el Estado de Derecho es esencial para que éste se convierta en una realidad para las empresas y los ciudadanos. En este sentido, cabe observar que el mecanismo central para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros, es decir el procedimiento de infracción contemplado en el artículo 258 del TFUE (antiguo 226 TCE) (en lo sucesivo «el Procedimiento») se rige por un breve artículo del Tratado con dos apartados, que no se ha modificado desde 1957, complementado únicamente por una serie de medidas de derecho indicativo, y el uso por parte de los funcionarios de un manual de procedimientos no publicado⁶⁵.

⁶³ Ponente EVA LICHTENBERGER.

⁶⁴ Con copia para el Diputado al Parlamento Europeo Luigi Berlinguer, coordinador del grupo de trabajo sobre Derecho Administrativo de la UE y para el peticionario.

Puede verse también: “JURI Report. The newsletter of the European Parliament Legal Affairs Committee”. Nº 7/2010-7L, 31 de mayo de 2010.

⁶⁵ Las más prominentes son las siguientes: Comunicación de la Comisión sobre *La mejora del control de la aplicación del derecho comunitario*, COM(2002)725 final; Comunicación de la Comisión sobre *Relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario*, 2002 DO (C 244); Comunicación de la Comisión *Una Europa de resultados – La aplicación del Derecho comunitario*,

Esencialmente, el Procedimiento prevé una vía de diálogo entre la Comisión y aquellos Estados miembros que ésta considere que vulneran el Derecho europeo. Si no se llega a una resolución de la situación, la Comisión podrá emitir un dictamen motivado en el que establezca sus motivos de queja y estipule un plazo límite de cumplimiento («fase administrativa»); los Estados miembros que incumplan dicho dictamen podrán ser llevados ante el Tribunal de Justicia, que juzgará si se ha producido incumplimiento, y en algunos casos podrá ordenar el pago de una suma a tanto alzado o multas coercitivas («fase jurídica»). En el amplio alcance de este régimen, la Comisión ha disfrutado tradicionalmente de una gran facultad discrecional en lo que respecta a la formulación de procedimientos durante la fase administrativa⁶⁶.

Dicho esto, en los años de existencia de la Unión se advierte una tendencia en el desarrollo del Procedimiento⁶⁷. La Unión ha presenciado como lo que en un momento determinado constituyó un ejercicio casi diplomático, que confería una facultad discrecional prácticamente ilimitada a la Comisión y los Estados miembros por un igual, adopta cada vez más rasgos característicos de los procedimientos administrativos clásicos. El impulso de esta evolución se ha generado sin lugar a dudas por la complejidad creciente de la tarea de la Comisión en materia de supervisión y aplicación de la legislación de la Unión como resultado de las ampliaciones y el incremento de competencias europeas y de producción legislativa. El hecho de que el Tratado de Maastricht introdujera la posibilidad de someter a los Estados miembros a sanciones financieras potencialmente cuantiosas por causa de incumplimiento de la legislación de la Unión reforzó la necesidad de un procedimiento más predecible con claros derechos de la defensa⁶⁸.

El Tribunal de Justicia Europeo⁶⁹ y últimamente el Defensor del Pueblo Europeo⁷⁰ han contribuido notablemente a la tendencia mencionada anteriormente. En particular, la jurisprudencia del Tribunal confiere a los Estados miembros determinados derechos de defensa cuando el procedimiento entra en su fase judicial. No obstante, este enfoque fragmentario no consigue conferir certidumbre jurídica a todos los participantes del procedimiento. En este sentido, el Parlamento también ha desempeñado un papel

COM(2007) 502 final; y el informe de la Comisión *Informe de evaluación de Pilot UE*, COM(2010) 70 final.

⁶⁶ Véanse los asuntos T-309/97 *Bavarian Lager*, T-191/99 *Petrie*, 247/87 *Star-Fruit* y C-87/89 *Sonito*.

⁶⁷ Harlow, C. & Rawlings, R., *Accountability and Law Enforcement: The Centralised EU Infringement Procedure*, E.L. Rev (2006), 31(4), 447-475.

⁶⁸ Artículo 260 del TFUE (antiguo 228 CE); Comunicación de la Comisión sobre *la aplicación del artículo 228 del TCE*, SEC(2005)1658; comunicaciones y decisiones previas fueron DO C 242 de 21 de agosto de 1996, p.6, DO C 63 de 28 de febrero de 1997, p.2 y PV(2001)1517/2 de 2 de abril de 2001.

⁶⁹ En contra del tratamiento tradicional por la Comisión de la fase administrativa como foco del procedimiento general, el TJE ha intentado recharacterizarlo cada vez más como precursor del procedimiento judicial. Por ejemplo, el Tribunal ha generado salvaguardas procesales que ha denominado «garantías esenciales»; véase por ejemplo el asunto 293/85 *Comisión contra Bélgica* sobre la necesidad de que los motivos de infracción del Derecho europeo expuestos en el dictamen motivado coincidan con aquellos sobre los que se basa el posterior asunto judicial.

⁷⁰ Según la decisión del Defensor del Pueblo sobre la reclamación 206/27.10.95/HS/UK *Newbury by-pass* en que observó la «considerable insatisfacción en los ciudadanos europeos, algunos de los cuales consideran que la Comisión es prepotente y arrogante cuando examina su reclamación», la Comisión reaccionó concediendo a los demandantes la garantía procesal de que recibirían aviso del cierre de un expediente de incumplimiento junto con un dictamen motivado (investigación de oficio de la Comisión 303/97/PD, pp. 271 y 272).

creciente respondiendo a peticiones individuales y a informes anuales de la Comisión, pidiendo entre otras cosas una mayor transparencia y un papel más relevante para los peticionarios y demandantes en el procedimiento⁷¹. Es ciertamente paradójico que, por una parte, los ciudadanos aparezcan reflejados como parte que desempeña un papel esencial a la hora de garantizar el cumplimiento del Derecho europeo⁷², mientras que por otra parte se les margine casi indiscutiblemente durante cualquier procedimiento posterior.

Si bien la aplicación uniforme del Derecho europeo constituye un objetivo esencial, la previsibilidad y la transparencia con que actúan las instituciones son igualmente fundamentales para la legitimidad de la Unión⁷³. Plazos como los que se defienden en la petición en cuestión⁷⁴ se han impuesto a la facultad discrecional de la Comisión en otros ámbitos del Derecho europeo (política de competencia, concentraciones⁷⁵ y ayuda estatal), y en consecuencia ha aumentado enormemente la certidumbre jurídica en dichos ámbitos⁷⁶. Dichos plazos deben ser objeto de un profundo análisis como parte del Derecho general del procedimiento administrativo.

Realmente, un Derecho integral de procedimiento administrativo, que respete la facultad discrecional de la Comisión con respecto a cuándo y contra quién cabe incoar procedimientos pero los limite a buenas prácticas administrativas, llevaría la evolución del Procedimiento mencionada anteriormente a su lógica conclusión.

El Procedimiento ya no puede caracterizarse razonablemente por ser una interacción entre élites burocráticas. Su representación más fiel es la de un ejercicio participativo en que los ciudadanos y las empresas, las administraciones nacionales, la Comisión y otras instituciones y organismos de la UE tengan todos un papel que desempeñar. Las medidas de publicación por las que aboga la petición actual sólo pueden aumentar la legitimidad democrática de la Unión e incentivarían al mismo tiempo a los Estados

⁷¹ Las dos últimas resoluciones son las de 24 de abril de 2009 sobre el 25º informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2007) (2008/2337(INI)) y de 21 de octubre de 2008 sobre el control de la aplicación del Derecho europeo, 24º informe anual de la Comisión (2008/2046(INI)).

⁷² Comunicación de la Comisión sobre Relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario, COM(2002)0141 final, DO 244, p.5, «la Comisión (...) ha reconocido el papel esencial del denunciante en la detección de infracciones del Derecho comunitario».

⁷³ En su Dictamen del asunto C-278/01 *Comisión contra España*, 2001 DO (C 245) 16, AG Mischo demuestra que la Comisión ha tratado asuntos similares de forma diferente sin ninguna justificación, en ocasiones concediendo a los Estados miembros un gran margen de actuación cuando el cumplimiento era una cuestión relativamente clara, y en ocasiones actuando con celeridad cuando los Estados miembros se enfrentaban a obstáculos significativos en sus esfuerzos por aplicar la legislación.

⁷⁴ Éstos incluyen el plazo para acusar recibo, el plazo para notificar la presentación de la reclamación y el plazo para que la Comisión incoe el procedimiento mediante carta de requerimiento.

⁷⁵ Reglamento del Consejo (CE) nº 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») DO L 24 de 29.1.2004, pp. 1-22, en particular el artículo 10 de éste sobre los plazos para la incoación de los procedimientos y para las decisiones.

⁷⁶ Gil Ibáñez, A.J., *The «Standard» Administrative Procedure for Supervising and Enforcing EC Law: EC Treaty Articles 226 and 228* 68-WTR Law & Contemp Probs. 135, pp.7-8.

miembros para cumplir sus obligaciones con mayor celeridad⁷⁷. La resolución del Parlamento sobre un acuerdo marco revisado entre el Parlamento Europeo y la Comisión para la siguiente legislatura es ilustrativa a ese respecto⁷⁸.

Conclusión.

Para concluir, la petición plantea una cuestión importante de principio y es particularmente oportuna habida cuenta de que la Comisión, por decisión adoptada el 23 de marzo de 2010, ha establecido recientemente un grupo de trabajo sobre Derecho Administrativo de la UE, para el que se ha nombrado coordinador al Vicepresidente Luigi Berlinguer. El objeto de la formación del grupo de trabajo es investigar posibles iniciativas legislativas destinadas a establecer un Derecho general del procedimiento administrativo de la UE. Se prestará una atención minuciosa al Procedimiento de infracción como parte integral de dicho marco global.

La Comisión de Asuntos Jurídicos aprobó⁷⁹ este dictamen por unanimidad por 24 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones”.

⁷⁷ Según observó el antiguo Defensor del Pueblo Europeo en su discurso *The Citizen, the Rule of Law and Openness* en la Conferencia de Derecho Europeo, en Estocolmo, celebrada los días 10 a 12 de junio de 2001.

⁷⁸ Apartado 3, letra e), punto 5: «la Comisión pondrá a disposición del Parlamento información resumida sobre todos los procedimientos de infracción basados en la carta de requerimiento, incluida, si así lo pide el Parlamento, información caso por caso y respetando las normas de confidencialidad, sobre las cuestiones objeto de procedimiento de infracción».

⁷⁹ Estuvieron presentes en la votación final: Klaus-Heiner Lehne (Presidente), Luigi Berlinguer (Vicepresidente), Raffaele Baldassarre (Vicepresidente), Evelyn Regner (Vicepresidenta), Sebastian Valentin Bodu (Vicepresidente), Mara Bizzotto, Piotr Borys, Françoise Castex, Christian Engstrom, Marielle Gallo, Gerald Hafner, Daniel Hannan, Kurt Lechner, Antonio Masip Hidalgo, Alajos Meszaros, Angelika Niebler, Jutta Steinruck, Dimitar Stoyanov, Alexandra Thein, Diana Wallis, Rainer Wieland, Cecilia Wikstrom, Zbigniew Ziobro y Tadeusz Zwiefka.

ANEXO III

Petición de 15 de Julio de 2009 al Parlamento Europeo

Con fecha 15 de julio de 2009 remití la siguiente petición a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (la propuesta contenida en la misma la habíamos expresado en años anteriores, con infructuoso éxito, ante la Comisión Europea):

“La Comisión Europea es la institución comunitaria *guardiana de los Tratados* que actúa en defensa del interés general de la Comunidad. Podría decirse, parafraseando a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución Española, que la Comisión sirve con objetividad los intereses generales de la Comunidad, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Asimismo, el Ordenamiento Jurídico comunitario, como reiteradamente ha expresado el Tribunal de Justicia, confiere derechos a los particulares.

El artículo 226 del Tratado CE dispone:

“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia”.

Dicho artículo no establece un procedimiento por incumplimiento (únicamente sus líneas generales), sino que faculta a la Comisión como órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Derecho comunitario, atribuyéndole determinadas facultades, como la de dirigirse al Estado incumplidor o demandarlo ante el Tribunal de Justicia. **Parece que este escueto artículo está llamado a un desarrollo mediante un acto jurídico de rango inferior que establezca el procedimiento a seguir; regulándose aspectos sobre la incoación del procedimiento, notificaciones, plazos, audiencia a los interesados, motivación de las decisiones, el acceso al expediente, etc.**

El procedimiento propiamente dicho a través del que se pone en práctica lo dispuesto en el artículo 226 del Tratado CE viene establecido en **normas internas** de la Comisión Europea.

A juicio del que suscribe, dicho procedimiento, por su importancia, debería estar regulado por una norma jurídica apropiada (un reglamento comunitario). Sin que obste a ello que la Comisión disponga de una cierta potestad discrecional en cuanto a la incoación del procedimiento de infracción. En los Estados miembro los procedimientos administrativos están regulados por normas jurídicas (no por normas internas). Incluso los procedimientos especialmente discrecionales, como los relativos al Derecho de petición. Así, en España, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, regula el procedimiento en este campo, estableciendo normas relativas a la formalización, presentación de escritos, tramitación de las peticiones, inadmisión, plazos para resolver, etcétera.

Dicho reglamento comunitario debería regular el procedimiento de infracción en su conjunto, tanto cuando es iniciado de oficio por la Comisión como cuando se inicia a consecuencia de denuncias de los particulares.

En su decisión sobre la reclamación 175/97/JMA contra la Comisión Europea, el Defensor del Pueblo Europeo, expuso, en relación con las denuncias de los particulares sobre infracciones del derecho comunitario, que “Si la Comisión opta por no realizar ninguna investigación al respecto, debe justificar esta actitud. Las razones de tal opción constituirán la base de cualquier investigación realizada por el Defensor del Pueblo con el fin de garantizar que no se ha producido mala administración”.

En la Decisión del Defensor del Pueblo sobre la reclamación 995/98/OV, contra la Comisión Europea, puede leerse:

“... El Defensor del Pueblo sugirió que la Comisión estudiase el establecimiento de un código claro de procedimiento relativo al tratamiento de ese tipo de reclamaciones, similares a los códigos existentes relativos a los asuntos de competencia.

El establecimiento de tal código supondría un paso importante en la materialización del derecho de los ciudadanos a la buena administración, tal como se reconoce en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza”.

Citada reclamación fue el germen de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo Europeo sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario, de 20 de marzo de 2002 (COM(2002) 141 final).

La Comunicación de la Comisión referida no es una norma jurídica pero pone de manifiesto la necesidad de reglamentar el procedimiento por incumplimiento, no sólo cuando se producen denuncias de los particulares sino también cuando se inicia de oficio por la Comisión.

En su Decisión sobre la reclamación 749/97/IJH, contra la Comisión Europea, el Defensor del Pueblo expresó que **“es un principio de buena administración que los plazos sean razonables”**.

Sobre la finalidad de la fase administrativa o precontenciosa, tanto el Tribunal de Justicia como la doctrina se han pronunciado que su (doble) objetivo es dar al Estado miembro la oportunidad, por un lado, de adecuarse a las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario y, por otro lado, permitirle que haga valer sus argumentos de defensa frente a las imputaciones de la Comisión. Mediante el dictamen motivado, la Comisión constata el incumplimiento del Estado, permitiéndole que adopte las medidas necesarias para poner fin al mismo.

Como se pone de manifiesto en el Informe anual de la Comisión sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario (2004). Bruselas, 23 de diciembre de 2005. COM(2005)570 final, “el principal objetivo de los procedimientos de infracción consiste en alentar a los Estados miembros a ajustarse voluntariamente **y lo antes posible** al Derecho comunitario... El control de la aplicación del Derecho comunitario es esencial desde el punto de vista del respeto del Derecho en general y contribuye a convertir el principio de una Comunidad de derecho en algo tangible para los

ciudadanos europeos y los agentes económicos. Las numerosas denuncias de los ciudadanos de los Estados miembros constituyen un instrumento esencial de detección de las infracciones del Derecho comunitario”.

Sin embargo, nos estamos acostumbrando a que no sea infrecuente que la duración de los procedimientos de infracción (antes de llegar al Tribunal de Justicia) sobrepasen los tres años. Mientras tanto, los Estados miembros continúan incumpliendo el Derecho comunitario y causando perjuicios a los particulares.

A título de ejemplo, el Expediente de infracción 2004/4843 se inició a consecuencia de una denuncia, que fue presentada ante la Comisión Europea el 3 de agosto de 2004. A través del comunicado de prensa de la Comisión, de 10 de julio de 2006 (IP/06/962) se informa sobre el envío a España de un dictamen motivado. Según dicho comunicado de prensa: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a los gastos de inscripción y la Directiva relativa al impuesto sobre las aportaciones de capital **es clara**”. Es decir, para un asunto que no presenta especial complejidad transcurrieron prácticamente dos años desde la presentación de la denuncia hasta la expedición del dictamen motivado. A este plazo habría que añadir el que transcurriera hasta que la Comisión, si finalmente se hubiera decidido a ello, demandara al Estado miembro ante el Tribunal de Justicia y el plazo que transcurriera hasta que el Tribunal dictara sentencia. Finalmente el asunto fue archivado por la Comisión.

Esta tardanza en la tramitación del procedimiento de infracción tiene efectos negativos sobre los particulares, pues se retrasa la depuración del ordenamiento jurídico interno contrario al Derecho comunitario y se producen situaciones consolidadas de difícil revisión si finalmente el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento de la normativa comunitaria. Asimismo, en ciertas ocasiones, las sentencias del Tribunal de Justicia limitan en el tiempo sus efectos, lo que agrava los perjuicios señalados.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de enero de 2008 (Asunto C-70/06. *Comisión/Portugal*) pone de manifiesto, una vez más, el fracaso del procedimiento de infracción tal y como hoy está concebido. Se trata de una sentencia dictada al amparo del artículo 228 Tratado CE, es decir, dado el incumplimiento previo de Portugal consistente en no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la sentencia de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Portugal* (C-275/03).

Para el Tribunal de Justicia el incumplimiento no es baladí: “40. Por lo que respecta, en primer lugar, a la gravedad de la infracción y, en particular, a las consecuencias de la falta de ejecución de la sentencia *Comisión/Portugal*, antes citada, sobre los intereses privados y públicos, es preciso recordar que, de conformidad con el tercer considerando de la Directiva 89/665, la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación. Pues bien, para que dicha apertura tenga efectos concretos, es necesario que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho”.

De la lectura de la sentencia y sus antecedentes se ponen de manifiesto los habituales escauceos argumentativos que suelen utilizar los Estados miembros para justificar el incumplimiento del Derecho comunitario. Como se constata en las conclusiones de 9 de octubre de 2007 del Abogado General señor MAZÁK, recaídas en dicho asunto, “el

incumplimiento de obligaciones por parte de la República Portuguesa aún persiste en la fecha de la vista del presente asunto ante el Tribunal de Justicia”. Dicha vista tuvo lugar el 5 de julio de 2007. En la previa Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004 (Asunto 275/03. Comisión/Portugal) puede leerse que **la fase precontenciosa** para que Portugal cumpliera con las exigencias de la Directiva 89/665 se inició el 8 de septiembre de 1995, mediante el envío por la Comisión de la carta de emplazamiento. Vemos pues como han transcurrido prácticamente **doce años** desde el primer emplazamiento hasta la fecha de la vista citada, donde se constata que Portugal aún no había cumplido con sus obligaciones. Parece que tan largo plazo de tiempo hace poco o nada creíble cualquier argumento que trate de justificar el incumplimiento (incluidas las “*dificultades de orden constitucional*” aludidas por Portugal en este caso). Mientras tanto, en el Estado miembro no se ha aplicado la legislación comunitaria que otorga derechos a los agentes económicos.

De gran interés, sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario, es el Informe sobre la crisis de *Equitable Life Assurance Society*, elaborado por la Comisión de Investigación del Parlamento Europeo sobre dicha crisis⁸⁰. Sobre el procedimiento de infracción puede leerse:

“La Comisión inicia los procedimientos de infracción previstos en el artículo 226 del Tratado CE basándose en una denuncia presentada por un «denunciante» en el Estado miembro o por propia iniciativa, a partir de información obtenida, por ejemplo, a través de los medios de comunicación, las preguntas del Parlamento Europeo, etc.

El Sr. VOGENAUER describió el procedimiento seguido en la práctica en los siguientes términos: *«En primer lugar se registra la posible infracción. A continuación se piden aclaraciones a los Estados miembros en un proceso de negociación. Sólo después comienza el procedimiento de infracción oficial, por el que se envía un escrito de requerimiento al Estado miembro, acompañado normalmente de un plazo de respuesta. Una vez vencido este plazo, la Comisión envía un dictamen motivado con un nuevo plazo y si el Estado miembro no se atiene al dictamen, se somete el asunto al TJCE. Sin embargo, la Comisión no está obligada por la legislación a hacerlo, ya que goza de facultades discrecionales amplias».*

No obstante, el Sr. VOGENAUER señaló que *«existen algunos problemas en relación con este procedimiento. En primer lugar, se aplica cuando ya se ha causado el daño. El Estado miembro tiene que haber incumplido las obligaciones que le incumben. El mayor problema es que no existen plazos fijos no negociables, de forma que el procedimiento es muy engorroso. Normalmente pasan [...] 45 meses entre el registro de una reclamación y la posible presentación del recurso. El Estado miembro puede estar incumpliendo sus obligaciones durante más de 4 años hasta que la cuestión llega al órgano jurisdiccional. De hecho, algunos Estados miembros pueden utilizar todo esto en su beneficio y jugar con el tiempo a su disposición y, si responden justo antes de que venza el plazo final, ni siquiera se les aplicará una sanción. La facultad*

⁸⁰ De fecha 23 de mayo de 2007. Ponente: Diana Wallis.

discrecional de la Comisión Europea también resulta problemática. Ni el Consejo ni el Parlamento Europeo ni un particular pueden iniciar el procedimiento de infracción. Únicamente pueden informar o presentar una reclamación a la Comisión o al Parlamento Europeo».

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de regular, mediante una norma jurídica obligatoria, los plazos de las distintas fases del procedimiento de infracción, tanto si se inicia de oficio como por denuncia (plazo para acusar recibo; plazo para comunicar el archivo de la denuncia; plazo para que la Comisión abra el procedimiento mediante una carta de emplazamiento; plazo para que el Estado miembro afectado conteste a dicha carta; plazo para remitir el dictamen motivado; plazo para la contestación al mismo por el Estado miembro, plazo para interponer la demanda ante el Tribunal de Justicia después del dictamen motivado, etc).

Asimismo, debería establecerse reglamentariamente la **obligatoriedad** de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la página *web* de la Comisión de una nota sucinta de la Comisión Europea anunciando la remisión del dictamen motivado y las razones fundamentales de éste, para general conocimiento, y en todas las lenguas oficiales de la Unión.

Que la Comisión disponga de cierta discrecionalidad en el procedimiento de infracción no significa que su actuación en el procedimiento, y la actuación de los estados miembros, no deban sujetarse a plazos establecidos; pues la no sujeción a plazos genera inseguridad jurídica y atenta contra el fundamental principio de interdicción de la arbitrariedad y al retardar la solución final puede causar perjuicios a los particulares, al consolidarse situaciones difícilmente revisables.

Asimismo, se podría establecer la técnica de la preclusión en ciertos supuestos. Por ejemplo, si establecido un plazo obligatorio para que el Estado miembro conteste a la carta de emplazamiento, superado éste se entenderá decaído en su derecho, debiendo la Comisión formular el dictamen motivado.

En aras de la seguridad jurídica, el procedimiento de infracción, en sede de la Comisión, debería, una vez iniciado, tener un plazo máximo de resolución. Dado que la Comisión goza de cierta discrecionalidad en el procedimiento, el que suscribe considera que, por este mismo motivo, sus decisiones de iniciación, de continuación o de archivo deben estar sujetas a plazo.

Por todo lo expuesto, a juicio del que suscribe se torna necesaria la regulación, mediante un acto jurídico apropiado (reglamento comunitario), de todo el procedimiento de infracción que desarrolle el artículo 226 del Tratado CE, que sustituya a las normas internas de procedimiento y a la Comunicación sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario.

Dicho reglamento supondría la codificación del procedimiento de control del cumplimiento del Derecho comunitario, en línea con la política de la Comisión Europea de simplificar el derecho vigente y coadyuvaría en la política de transparencia del actuar de la Comisión.

Por todo cuanto antecede,

SOLICITA A LA COMISIÓN DE PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO:

Que por el Parlamento Europeo, a través del acto político apropiado, se impulse la regulación, mediante un acto jurídico apropiado (reglamento comunitario), de todo el procedimiento de infracción que desarrolle el artículo 226 del Tratado CE, que sustituya a las normas internas de procedimiento y a la Comunicación sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario”.