

La obligación comunitaria de reintegro de las ayudas de estado «ilegales» para el derecho de la Unión Europea y su instrumentación en el Derecho Español

The obligation of refund of the "illegal" state aid in European Union law and its application in Spanish law

ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ*

Universidad de Piura – Perú. Perú

Anamaria.becerra@udep.edu.pe

ORCID: 0000-0002-7386-9853



Este artículo está sujeto a una [licencia "Creative Commons Reconocimiento-No Comercial" \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.389-407>

Resumen: En el presente artículo delimitaremos el concepto de ayuda de Estado ilegal a partir de lo establecido en el artículo 107 TFUE, sus modalidades y sus causas. Ello servirá para determinar en qué casos corresponde el deber de recuperación impuesto por la Unión Europea para el supuesto de ayudas ilegales y los mecanismos con los que cuenta el Derecho español para el cumplimiento de dicha obligación comunitaria.

Palabras clave: ayudas de Estado, ayudas públicas, ayudas ilegales, invalidez, reintegro, deber de recuperación.

Abstract: This paper defines the concept of illegal State aid based on what is established in article 107 of the TFEU, its modalities and its causes. This will serve to determine in which cases the recovery duty imposed by the European Union is activated in the event of illegal aid and the mechanisms available to Spanish law to comply with said duty.

Keywords: State aid, public aid, illegal aid, invalidity, reinstatement, recovery duty.

* Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura (Perú). Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid.

1. DELIMITACIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO «ILEGALES» PARA EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La noción de ayudas de Estado ha sido específicamente acotada por el Derecho comunitario a sus propios fines, mientras que la legislación española la ha abordado muy limitadamente¹. Ello puede tener sentido porque la noción de ayudas de Estado tiene su razón de ser en el ámbito comunitario para hacer referencia a aquellas ayudas públicas que otorgan los Estados miembros de la Unión Europea que tienen las características que establece el artículo 107 TFUE.

No existe en el ordenamiento jurídico español una regulación general sobre las ayudas públicas. La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS) solamente hace referencia a aquellas ayudas públicas que consisten en disposiciones dinerarias realizadas por las Administraciones o entidades públicas. Pero el concepto de ayudas públicas es mucho más amplio que la sola disposición dineraria y, de hecho, lo que puede ser una ayuda de Estado según el Derecho comunitario es mucho más que lo que se entiende por subvención en el Derecho español².

A continuación, analizaremos el concepto de ayudas de Estado, sus distintas modalidades y las causas que determinan que tales ayudas sean consideradas ilegales, con vistas a poder entender el sentido del deber de recuperación que surge como consecuencia de su declaración de ilegalidad y, finalmente, los medios con los que cuenta el ordenamiento jurídico español para cumplir con la obligación comunitaria de recuperación de ayudas de Estado ilegales.

1. Ayudas de Estado: concepto

¹ Cfr. Soriano García, J., Sánchez Gutiérrez, M. (2005): “El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar” en *RAP* N° 166, p. 238.

² En ese sentido también se ha manifestado el TJUE, en su sentencia de 15 de julio de 2004, *España/ Comisión*, apartado 90: «el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos».

Actualmente, las ayudas de Estado o también llamadas ayudas públicas –aunque sólo en cuanto otorgadas por los poderes públicos del ámbito interno de los Estados de la Unión Europea– constituyen un gran instrumento de los poderes públicos cuya utilización ha proliferado en el último siglo. En ellas se han volcado las exigencias propias del Estado de Derecho, especialmente las jurídicas del Derecho comunitario³. En ese sentido, para esbozar un concepto de ayudas de Estado, es preciso que tengamos en cuenta lo que el TFUE señala al respecto, así como también las acotaciones que sobre ello ha hecho la doctrina.

En palabras de Martínez López–Muñiz, podemos decir que las ayudas de Estado son actos del Poder público, normalmente de la Administración, que consisten en «el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados –privados o públicos–, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, aún por desarrollar, quedando afectados a su realización»⁴. Este concepto acuñado por la doctrina responde a la regulación recogida por el TFUE. En efecto, el artículo 107.1 TFUE, al referirse a las ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior, señala, en alguna medida, lo que puede entenderse como ayudas de Estado:

«las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Podríamos concluir, entonces, que para que se configure una ayuda de Estado se requiere: a) que sean otorgadas por algún poder público directa o indirectamente, b) que se otorguen gratuitamente; c) que exista, para su otorgamiento una selectividad; y, d) que su otorgamiento esté afectado a una determinada actividad⁵.

³ Cfr. Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” en VELASCO SAN PEDRO, L. A. (coord.), *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, p. 492.

⁴ Martínez López–Muñiz, J. L. (1989): “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública” en *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Madrid, p. 758.

⁵ Cfr. Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas”..., cit. pp. 493 – 506. Esto se condice con lo expresado por TJUE, en su reiterada jurisprudencia. Vid. Sentencia de 10 de junio de 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA/Presidenza del Consiglio dei Ministri*, apartado 31 y la jurisprudencia que ahí mismo cita.

a) *Que sean otorgadas directa o indirectamente por algún poder público de los Estados miembros de la Unión Europea*

Para que estemos ante una ayuda que pueda calificarse de pública, se requiere necesariamente que se trate de una actuación directa o indirecta de algún poder público que, para entrar en el concepto específico de ayuda *de Estado*, habrá de ser uno cualquier del ámbito de cada Estado miembro de la Unión. En efecto, el artículo 107.1 TFUE señala que debe tratarse de ayudas otorgadas *por los Estados*, lo cual incluye a cualquier sujeto jurídico-público⁶; o *mediante fondos estatales*, es decir, a través de fondos públicos. En cualquier caso, lo dispuesto por el TFUE en su artículo 107.1 comprende todos aquellos medios económicos o que se traduzcan en una ventaja económica que el Estado puede utilizar para apoyar a las empresas⁷.

Como hemos manifestado anteriormente, en el ordenamiento jurídico español no hay una regulación general sobre ayudas públicas, sin embargo, en la LGS, aunque solamente se refiera a las aportaciones dinerarias, se hace referencia a que las mismas han de ser otorgadas por la Administración pública y, en ese sentido, en su artículo 3, al referirse al ámbito subjetivo de aplicación de la norma, hace referencia a lo que se entenderá por Administración pública, englobando en ella a la Administración general del Estado, las entidades que integran las Administraciones locales y las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Asimismo, considera que, a efectos de la Ley, también ha de entenderse que las subvenciones pueden ser otorgadas por «los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas». En efecto, la legislación española, aunque en el ámbito específico de las subvenciones, se condice con el requisito del necesario otorgamiento de la ayuda por parte de algún poder público.

⁶ Así lo anota Pérez Bernabéu, B. (2008): *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria. Concepto y tratamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 42, para quien «el término estatal se interpreta de manera amplia, englobando a otros entes institucionales públicos».

⁷ Martínez López-Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas”..., cit. p. 494-495. En jurisprudencia, *vid.* Sentencia de 16 de mayo de 2000, *Francia/Ladbroke Racing y Comisión*, apartado 50.

b) Que se otorguen gratuitamente

El otorgamiento del bien o derecho en que la ayuda pública consiste debe darse con carácter no devolutivo, es decir, sin una contraprestación por parte del beneficiario⁸. En ese sentido, la jurisprudencia comunitaria ha reiterado en varias de sus sentencias, que para considerar que una medida estatal constituye una ayuda, «debe determinarse si la empresa beneficiaria recibe una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado»⁹.

En el caso del ordenamiento español, el artículo 2.1.a) LGS, establece que uno de los elementos que define a las subvenciones es que su entrega «se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios».

c) Selectividad en el otorgamiento

Otra de las notas que caracteriza a las ayudas públicas es que sean otorgadas selectivamente, es decir, que la ventaja o favorecimiento esté dirigida a determinados sujetos o actividades de los mismos, de modo que no pueden ser medidas de carácter general¹⁰. La jurisprudencia comunitaria también ha entendido que la selectividad es un elemento característico de las ayudas de Estado afirmando que para reunir los requisitos de ayuda de Estado es necesario que la misma coloque «a determinadas empresas en una situación más favorable que otras»¹¹.

Esta característica que define a las ayudas de Estado, no está recogida expresamente en la LGS; sin embargo, se deduce, en palabras de Martínez López–Muñiz, «por ejemplo, de la exclusión de las aportaciones dinerarias interadministrativas destinadas a financiar globalmente la actividad de cada entidad en el ámbito propio de sus competencias, y no, por tanto, afectadas de forma finalista a sólo determinadas actuaciones»¹².

⁸ En ese sentido, Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” ..., *cit.* p. 498.

⁹ Sentencia del TJUE de 11 de julio de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros/ La Poste y otros*, apartado 60. Asimismo, Sentencia de TPI de 17 de octubre de 2002, *Linde AG/Comisión*, apartado 39.

¹⁰ En ese sentido, Pérez Bernabéu, B. (2008): *Ayudas de Estado...*, *cit.*, p. 57.

¹¹ Sentencia de TJUE de 26 de septiembre de 1996, *República Francesa/Comisión*, apartado 24. En ese mismo sentido, la sentencia de TJUE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade Srl/Altiforni e Ferriere di Servóla SpA (AFS)*, apartados 40 y 41.

¹² Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” ..., *cit.* p. 505.

d) Afectación a una determinada actividad

Los derechos o ventajas que se otorgan a través de estas ayudas deben ser ejercidos y disfrutados para llevar a cabo la actividad a la que están afectos y que, en definitiva, constituye la justificación del otorgamiento de la ayuda por su particular interés público¹³.

Por su parte, la LGS expresamente señala en su artículo 2.1.b) que, para el caso de las subvenciones, su otorgamiento está condicionado al cumplimiento de un determinado objetivo.

Recapitulando, podemos afirmar que las ayudas de Estado son aquellas que constituyen una actuación jurídico-pública, es decir, adoptada en ejercicio de una potestad pública, que despliega efectos gratuitos y caracterizada por su selectividad subjetiva y su afectación a determinadas actividades de interés público¹⁴.

2. Modalidades

Atendiendo a distintos criterios de clasificación que propone Martínez López-Muñiz, y de modo resumido, podemos distinguir estas modalidades de ayudas públicas¹⁵:

a) Por el sujeto que decide su dispensación: En virtud del sujeto público que las crea, decide y otorga se puede distinguir, a los efectos del Derecho interno español, entre: ayudas estatales, autonómicas locales y corporativas. Para la Unión Europea todas estas ayudas se consideran «estatales» y responderá por ellas el Estado.

b) Por razón de los beneficiarios: Aquí, más allá de la naturaleza jurídico-formal de la personalidad del beneficiario, las ayudas pueden distinguirse según el beneficiario sea una empresa propiamente privada o una empresa pública.

c) Por razón de su objeto: Aquí podemos encontrar tantas ayudas públicas como objetos pueda tener cada una de ellas, en ese sentido, a modo ejemplificativo podemos señalar, entre otras, las subvenciones,

¹³ Cfr. *Ibidem*. En ese mismo sentido, GIMENO FELIU, J. (1995): “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)” en *RAP* N° 137, p. 176.

¹⁴ Cfr. Martínez López-Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas”, *cit.* p. 506.

¹⁵ Para el desarrollo de esta clasificación, nos remitimos por entero al brillante trabajo de Martínez López-Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas”..., *cit.* pp. 507-513.

exoneraciones de impuestos y tributos o tasas parafiscales, bonificación de intereses, garantías de préstamos a condiciones particularmente favorables, seguros comerciales en condiciones especiales, avales privilegiados, etc. A esta clasificación ha contribuido notablemente el TJUE, con sus distintos pronunciamientos¹⁶.

d) Por la forma jurídica de su otorgamiento: Lo más propio de una ayuda pública sería su otorgamiento a través de un acto administrativo; sin embargo, en la realidad vemos que también es posible que se otorguen ayudas públicas a través de contratos, ya sean públicos o privados; o incluso a través de meras prácticas administrativas informales.

e) Por el tipo de afectación: Podemos distinguir entre ayudas «de actividad» y ayudas «de resultado»¹⁷. Sabemos, por lo que expuesto líneas atrás, que las ayudas siempre están afectadas a una actividad; pero este criterio diferenciador tiene en cuenta si es que las ayudas deben simplemente emplearse en determinada actividad o si, además, se exige alcanzar u obtener con ella un resultado determinado.

f) Por la naturaleza de la actividad a la que se afecta la ayuda: En virtud de este criterio podemos distinguir entre ayudas *económicas*, en la medida que están dirigidas a actividades de esa naturaleza, y, ayudas *sociales*, es decir las que afectan a actividades educativas, culturales, políticas, de cooperación o de asistencia.

g) Por la finalidad de las ayudas y el aspecto de la actividad ayudada que consecuentemente las justifica: Aquí podemos distinguir entre ayudas *horizontales*, si persiguen fines de interés público alcanzables con cualquier género de actividad empresarial y desde cualquier emplazamiento de ésta; ayudas *sectoriales*, si buscan satisfacer necesidades de interés público a través de determinado sector productivo, comercial o de servicios; y, ayudas *regionales*, si buscan impulsar el desarrollo de una determinada región.

¹⁶ Recoge esta tipología, también, Pérez Bernabéu, B. (2008): *Ayudas de Estado...*, cit., pp.78–82.

¹⁷ Señala Martínez López–Muñiz, J. L., que se trata de una distinción acuñada, en la doctrina española, por Fernández Farreres. Cfr. Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas”..., cit. p. 512.

3. Causas de ilegalidad de las ayudas de Estado

Para el Derecho comunitario, serán ilegales cualesquiera ayudas que se hayan concedido contraviniendo lo establecido en el artículo 108.3 TFUE, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.f) Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo de 13 de julio de 2015¹⁸. En efecto, esta norma establece que las ayudas estatales concedidas sin la notificación previa a la Comisión se considerarán *ilegales*. Por tanto, quedan comprendidas como ayudas ilegales las *nuevas ayudas* que no sean notificadas a la Comisión así como aquellas otras que, si bien son debidamente notificadas, se ejecutan con anterioridad a la adopción de la correspondiente decisión *autorizando* su otorgamiento¹⁹.

En concordancia con lo ya expresado, podemos decir que la ilegalidad de las ayudas no viene determinada por una antijuridicidad en el fondo de las mismas, ni tampoco por su incompatibilidad con el mercado común sin posibilidad de acogerse a excepción legal alguna, sino más bien por la falta de un requisito de procedimiento que se entiende indispensable: el deber de comunicación previo a la Comisión²⁰.

Asimismo debemos precisar que, pese a lo expresado por el Reglamento respecto a una *autorización* por parte de la Comisión (art. 3 del Reglamento (UE) 2015/1589), el TFUE no ha establecido la necesidad de una autorización previa, sino más bien la *obligación* de previa notificación de todo nuevo proyecto de ayuda, completamente nuevo o modificación de otro preexistente, por parte de los Estados a la Comisión, con la posibilidad reconocida a ésta de vetar o prohibir expresamente aquellas ayudas que considere incompatibles con el mercado común y no susceptibles de ampararse en excepción legal alguna de compatibilidad²¹. Tiene sentido esta precisión puesto que, el régimen jurídico de la autorización difiere respecto a esta obligación de comunicar a la Comisión que se considera como un requisito indispensable en el procedimiento de concesión de la subvención.

Ahora bien, en el caso del ordenamiento jurídico español, la LGS establece en su artículo 9 que en aquellos casos en los que, de acuerdo

¹⁸ Cfr. Fernández Torres, J. R. (2005): “El establecimiento de subvenciones” en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley general de subvenciones*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 302.

¹⁹ *Ibidem*, p. 302.

²⁰ Cfr. Martínez López-Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas”..., *cit.*, p. 563.

²¹ *Op. cit.*, p. 557.

con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (actualmente artículos 107 a 109 TFUE), deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención, las Administraciones públicas o cualesquiera entes deberán comunicar a la Comisión de la Unión Europea los oportunos proyectos, al objeto que se declare su compatibilidad.

Aun cuando la LGS señala que el Estado debe *comunicar*, no se trata de un simple dar aviso. Por el contrario, se configura como un verdadero requisito determinante o condicionante de la validez de las ayudas de Estado²². Se trata de un requisito de procedimiento y, en este sentido, formal, exigido para el control preventivo que impone el TFUE. Este deber de comunicación tiene un alcance bastante amplio y sólo están exentas del mismo las ayudas al empleo, a la formación, a las PYME y *de minimis*, a la producción o comercio de armas o municiones para la defensa del Estado y la compensación de servicio público en ciertos presupuestos²³.

En conclusión, estaremos antes supuestos de ayudas estatales comunitariamente ilegales cuando las mismas se hayan concedido trasgrediendo las normas de procedimiento de control comunitario preventivo.

2. CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE AYUDA COMUNITARIAMENTE ILEGAL EN CUANTO A LOS TIPOS DE INVALIDEZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como hemos dicho anteriormente, los supuestos de ayudas comunitariamente ilegales son los derivados de la infracción de las normas de procedimiento de control comunitario preventivo. Es decir, se trata de supuestos en los cuales la ilegalidad se origina por un vicio de procedimiento, un vicio formal que incide en el *nacimiento* del acto de concesión de la ayuda, por lo tanto, un vicio de invalidez.

²² Esto se completa con lo establecido en el art. 2.1 del Reglamento (UE) núm. 2015/1589: "...el Estado miembro interesado deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda..."

²³ Cfr. Bacigalupo Saggese, M. (2007): "El Derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el Derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas", en *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 211.

Ahora bien, dado que el supuesto de ayuda ilegal se configuraría como una ayuda “inválida”, nos podemos preguntar si esta ilegalidad cometida por la Administración pública, en caja en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad (como grados de invalidez) establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) o en la LGS.

Dado que la LGS, al regular la invalidez de las subvenciones hace una remisión a la Ley 30/1992, hoy Ley 39/2015, y al régimen que sobre la invalidez de los actos administrativos dicha norma ha establecido, solamente nos referiremos en esta parte a las causas de invalidez –de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad– que la LPAC recoge.

De todas las causas de nulidad recogidas en el la LPAC, solamente merece la pena detenernos en las establecidas en los literales e) y f) del art. 47 LPAC, en la medida en que se trata de supuestos que nos podrían generar ciertas dudas.

No creemos posible que las ayudas comunitariamente ilegales encajen en el supuesto del art. 47.1.a) LPAC, porque queda claro que el que se haya infringido el procedimiento de control preventivo comunitario sobre ayudas de Estado no lesiona derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional, es decir, de aquellos derechos contemplados en los arts. del 14 al 30 CE.

Tampoco estamos ante un supuesto que pueda encajar en la causa de nulidad de pleno derecho que comprende aquellos actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes en razón de la materia o del territorio, porque, como ya hemos expresado, la declaración de ilegalidad de la ayuda viene dada por la trasgresión de normas de procedimiento, es decir, por un defecto formal. Del mismo modo, tampoco podemos decir que las ayudas ilegales sean actos administrativos de contenido imposible, ni constitutivos de infracción penal, en la medida que los defectos de procedimiento no constituyen supuestos de contenido físico imposible, ni tampoco entrañan en sí mismos una contradicción lógica en sus términos, así como tampoco se trata de alguna falta o delito.

Ahora bien, parte de la doctrina cree que es posible encuadrar este supuesto de ayudas comunitariamente ilegales en la hipótesis del art. 47.1.e) LPAC, es decir, entender que los actos administrativos internos que le sirven de soporte a la concesión de la subvención o de las ayudas

públicas en general son nulos de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido²⁴.

Sin embargo, aquí podemos hacer una observación y, en palabras de Martínez López–Muñiz, pensamos que, «por muy trascendental que pueda estimarse la exigencia de previa comunicación a la Comisión y de no establecimiento ni otorgamiento de ayuda alguna de las sometidas al art. 87.1 TCE antes de que concluya expresa o presuntamente su fiscalización preventiva, lo cierto es que un acto administrativo de ayudas puede haber cumplido otros trámites procedimentales propios de tales actos, de modo que no sea realmente posible afirmar de ellos que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, aunque hayan prescindido de tramos procedimentales muy trascendentales»²⁵.

Finalmente, podríamos intentar encuadrar a las ayudas de Estado ilegales en el supuesto recogido por el art. 47.1.f) LPAC: aquellos actos expuestos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Evidentemente, como hemos apuntado líneas atrás, la ilegalidad de las ayudas de Estado se da por un vicio de procedimiento. Sin embargo, el TFUE ha establecido que sólo puedan adquirirse derechos constitutivos de ayudas de Estado que no hayan sido eximidas del control preventivo del art. 108 TFUE, tras poder verificar la Comisión Europea que no caen bajo el principio de incompatibilidad general de las ayudas de Estado con el mercado común. Por lo tanto, la posibilidad efectiva de esa verificación previa constituye un requisito esencial establecido por el Derecho comunitario para poder adquirir el derecho correspondiente y ello porque se parte de la presunción de que, sin ella, la recepción de cualquier ayuda de Estado lesiona la competencia en el mercado interior europeo, contra lo dispuesto en el TFUE. En efecto, para que una ayuda de Estado sea válida debe reunir características que la hagan compatible con el Derecho de la UE (y eso está ligado también al estado y características de la empresa o empresas destinatarias de la ayuda) y esto es requisito esencial para su válida adquisición o consecución.

²⁴ Fernández Torres, J. R. (2002): “Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: *nihil novum sub sole*” en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 205, CISS, Valencia, p. 58.

²⁵ Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” ..., *cit.* p. 566.

En virtud de este razonamiento, por tanto, consideramos que las ayudas de Estado ilegales podrían enmarcarse en esta causa de nulidad del literal f) del artículo 47.1 LPAC, en la medida que comportarían la adquisición de derechos sin el requisito esencial de haber sido verificada su compatibilidad con el mercado común, pero solamente en tanto y en cuanto se compruebe que quien ha obtenido la ayuda carece de requisitos esenciales para ello (requisitos subjetivos). Es decir, no es posible encuadrar, sin más, ni directamente las ayudas de Estado ilegales en esta causa de nulidad, sino solamente y en la medida en que esa *autorización* por parte de la Comisión tendría que verificar el cumplimiento de los requisitos y solo en caso que faltaran requisitos esenciales subjetivos podría darse este supuesto.

Así las cosas, la legislación sobre subvenciones ha previsto, con el fin de obtener el efecto práctico (es decir la recuperación de la ayuda concedida y, con ello, cumplir con el deber de recuperación del que nos ocuparemos en el apartado siguiente), como causa de reintegro en su artículo 37.1.h) –prescindiendo de cualquier consideración sobre la invalidez inicial del otorgamiento de la ayuda– la adopción de una decisión de la Comisión por la que se derive el deber de reintegro. En dicho supuesto caben perfectamente estas decisiones en las que la Comisión declara ilegales ciertas ayudas, sin embargo, su alcance es bastante limitado y solo abarca el caso de aquellas ayudas que califican como subvenciones.

3. EL DEBER DE RECUPERACIÓN: SU FUNDAMENTO Y ALCANCE

Existe por parte de los Estados miembros de la Unión Europea un deber de recuperación de las ayudas ilegales. Esta facultad que tiene la Comisión para ordenar su recuperación le fue reconocida por el Tribunal de Justicia en 1973. Decía el Tribunal en su sentencia que, «cuando comprueba la incompatibilidad de una ayuda con el mercado común, la Comisión es competente para decidir que el Estado interesado debe suprimirla o modificarla; que esta supresión o modificación, para tener eficacia, puede implicar la obligación de exigir el reembolso de las ayudas concedidas en contra de lo dispuesto en el Tratado, de forma que, a falta de medidas de recuperación, la Comisión puede someter el asunto al Tribunal de Justicia»²⁶.

²⁶ STJCE de 12 de julio de 1973, *Comisión/Alemania*, apartado 13.

Aun cuando ya con esa sentencia se reconocía esa facultad, no es sino hasta 1982 cuando la Comisión adopta su primera Decisión de recuperación, empezando a usarla de forma sistemática a partir de 1985. Sin embargo, esa práctica de la Comisión recién fue recogida normativamente en 1999 a través del Reglamento (CE) 659/99. Por lo que es posible afirmar que recién a partir de dicha norma se regularon aspectos que anteriormente resultaban de la praxis de la Comisión y quedaban dentro de su margen de apreciación discrecional²⁷.

En efecto, en el marco del procedimiento aplicable a dichas ayudas, la Comisión, después de haber ofrecido al Estado miembro interesado en el asunto la oportunidad de presentar sus observaciones, puede requerirle, a través de una decisión, que suspenda o que recupere provisionalmente toda concesión de ayuda ilegal mientras que aquella no se pronuncie sobre la compatibilidad con el mercado²⁸. Ahora bien, con independencia de que la Comisión tome una decisión de recuperación provisional, podrá examinar el fondo del asunto y adoptar una decisión positiva, condicional o negativa sobre la compatibilidad de la ayuda. Cuando la decisión sea negativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 16.1 del Reglamento (UE) 2015/1589 «*la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda*».

Ese mismo reglamento señala cómo debe ser esa obligación de recuperación de los Estados. El apartado 3 del art. 16 establece que la recuperación de ayudas de Estado ilegales «*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*». Asimismo, indica el propio Reglamento, en el apartado 2 del mismo art. 16, que las ayudas recuperables con arreglo a una decisión definitiva, o incluso provisional, devengarán intereses desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su efectiva recuperación. Dichos intereses se calcularán a un tipo adecuado que fije la Comisión. En efecto, la Comisión, a través del Reglamento (CE) 794/2004 de 21 de

²⁷ Cfr. Arzoz Santisteban, X. (2013): *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho Administrativo Europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 37–38.

²⁸ Arzoz Santisteban, X. (2010): “La recuperación de las ayudas de Estado Ilegales en el Ordenamiento español: hacia la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea” en *CEF Legal* n° 115, p. 78.

abril, estableció en sus artículos 9 y 11 los métodos para determinar y aplicar el interés²⁹.

Ahora bien, las competencias de la Comisión sobre la recuperación de ayudas de Estado tienen un plazo de prescripción que también viene establecido en el Reglamento (UE) 2015/1589. Ese plazo de prescripción es de diez años. El Reglamento señala en su artículo 17.2 que dicho plazo empezará a contarse a partir de la fecha en que la ayuda ilegal fue concedida al beneficiario. Asimismo, precisa que ese plazo de prescripción se interrumpe con «cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión (...) relacionada con la ayuda ilegal».

Si esto es así, ¿cómo dar cumplimiento al deber de recuperación en el Derecho español? Veremos en el apartado siguiente los medios con los que cuenta el ordenamiento para cumplir con la obligación comunitaria de recuperación de ayudas de Estado ilegales.

4. MEDIOS DEL DERECHO ESPAÑOL PARA CUMPLIR LA OBLIGACIÓN COMUNITARIA DE RECUPERACIÓN:

Actualmente, en el ordenamiento jurídico español existen ciertas dificultades para llevar a cabo la obligación comunitaria de recuperación de ayudas de Estado ilegales. Esas dificultades se explican porque en el Derecho español no existen procedimientos de carácter general de recuperación de ayudas de Estado³⁰. La única regulación establecida al respecto es la que se recoge en el art. 37.1.h) LGS, referido obviamente a las subvenciones. Sin embargo, las ayudas de Estado no se restringen solo a las subvenciones. Siendo esta la situación, la Administración procede a la recuperación de las ayudas de Estado ilegales de manera casuística, encontrándose con una problemática práctica que entorpece el rápido y eficaz cumplimiento de la obligación de recuperación. Ello conlleva a que el Estado español se vea en un oneroso cumplimiento del Derecho comunitario y, en ocasiones, «conduce a España a la gravosa situación de incumplimiento de sus obligaciones comunitarias»³¹.

²⁹ Cfr. Arzo Santisteban, X. (2013): *Revisión de actos administrativos...*, cit., p. 39.

Del mismo autor, "La recuperación de las ayudas...", cit. pp. 78-79.

³⁰ Cfr. Arzo Santisteban, X. (2013): *Revisión de actos administrativos...*, cit., p.241.

³¹ Cfr. Pérez Bernabeu, B. (2008): *Ayudas de Estado...*, cit., p. 93.

4.1. De *lege lata*

Antes de la entrada en vigencia de la LGS, en el ordenamiento español no existía un cauce específico para dar un efectivo cumplimiento a la obligación de recuperación de ayudas de Estado. Los procedimientos generales con que contaba el ordenamiento no resultaron lo suficientemente satisfactorios para cumplir con lo establecido por la Comisión, pues no solo se tiene que recuperar la ayuda, sino que, además, esa recuperación debe ser *sin dilación, inmediata y efectiva*. Por tanto, antes de la regulación establecida por la LGS, se entendía que la decisión de recuperación de ayudas públicas partía de la presunción de que dicha ayuda era nula o anulable. Entonces, para proceder a su recuperación, se hacía necesario primero llevar a cabo el procedimiento de anulación del acto para que, posteriormente, pudiera procederse a requerir el reintegro de las cantidades indebidamente recibidas. Para obtener la anulación del acto administrativo de concesión de la ayuda, habría que acudir a lo dispuesto en los arts. 106 y 107 LPAC, dependiendo de si el acto de concesión estaba afectado por un vicio de nulidad o de anulabilidad. Según el vicio del que se tratase, la Administración tendría dos opciones: proceder a la revisión de oficio y declarar la nulidad del acto o, en el caso de la anulabilidad, declarar la lesividad, dentro del límite máximo de cuatro años establecido en la norma y, posteriormente, impugnar el acto en el contencioso-administrativo³². Como ya ha quedado expuesto, intentar encajar las ayudas ilegales en alguno de los supuestos de nulidad ofrece serias dificultades para dar cumplimiento a la obligación de recuperación.

Al parecer, ante esta problemática planteada, la LGS trata de dar una respuesta a través de lo dispuesto en su artículo 37.1.h) que, al mismo tiempo, constituye una respuesta parcial³³, pues solo se ocupa de las subvenciones y no del amplio concepto de ayudas de Estado que abarca el TFUE. Lo establecido en esta norma se condice con lo que establece el Reglamento (UE) 2015/1589 sobre el alcance de la obligación de

³² A este respecto, se puede confrontar: Fernández Torres, J. R. (2002): “Revisión de oficio...”, *cit.*, p. 57–58.

³³ Cfr. Rebollo Puig, M. (2005): “El reintegro de subvenciones” en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley general de subvenciones*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 511.

recuperación, en la medida que señala que el reintegro procederá sobre las cantidades percibidas más el correspondiente interés de demora³⁴.

Ya hemos criticado anteriormente que esta causa establecida en la LGS como de reintegro no es sino una causa de invalidez de las subvenciones puesto que, en palabras de Martínez López–Muñiz, «la Decisión de la Comisión obligando al reintegro sólo puede adoptarse en razón de la ilegalidad de la ayuda, y por lo tanto de su invalidez originaria»³⁵. Sin embargo, aunque se trata de una regulación técnicamente incorrecta, lo cierto es que proporciona un medio de cumplir las obligaciones de recuperación de ayudas de Estado que, por lo menos, reúnan la condición de subvención según lo establecido por dicha ley.

Este medio proporcionado por la LGS otorga una solución práctica, en la medida que no se requiere la anulación previa del acto de concesión de la subvención declarada ilegal por la Comisión.

A todo ello, hemos de agregar que, en algunos casos, las ayudas de Estado se han canalizado a través de otros instrumentos que no son actos administrativos. Por ejemplo, determinadas ayudas concedidas a través de leyes específicas, para las que el régimen de nulidad y anulabilidad, al que hemos hecho referencia, sería inadecuado e impracticable.

2. De lege ferenda

Antes de proponer alguna posibilidad de mejora al régimen que, sobre recuperación de ayudas de Estado, está actualmente vigente en el ordenamiento jurídico español, cabe precisar que el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros modificar o adaptar la teoría general de la invalidez de los actos administrativos internos, así como tampoco que las autoridades internas determinen con carácter general las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión Europea para la validez de los actos y normas internos³⁶. Y ello porque no ha determinado –ni parece que tenga competencia para hacerlo, al menos de momento– por qué medios jurídicos deban los Estados cumplir su deber de recuperación de las ayudas ilegales para la UE.

³⁴ Cfr. Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” ..., *cit.* p. 567 y Pérez Bernabeu, B. (2008): *Ayudas de Estado...*, *cit.*, p. 93.

³⁵ Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” ..., *cit.* p. 568.

³⁶ Arzo Santisteban, X. (2010): “La recuperación de las ayudas...”, *cit.*, p. 66.

Dada la problemática expuesta para llevar a cabo la recuperación de ayudas de Estado declaradas ilegales por las autoridades comunitarias, se han propuesto distintas alternativas para que el ordenamiento español instrumente con efectividad dicho deber comunitario.

En ese sentido, parte de la doctrina ha defendido que lo más adecuado sería que el legislador estatal incluyese entre las causas de nulidad de pleno derecho de los actos y normas internos la infracción del Derecho de la Unión Europea, ya sea por estimarse que es consecuencia derivada del propio Derecho de la Unión Europea³⁷ o por considerarse una posible solución, aunque no la más adecuada, para garantizar el efectivo cumplimiento de los requerimientos europeos en materia de ayudas de Estado ilegales³⁸.

Pero esta solución no sería la más correcta, dado que no toda infracción del Derecho comunitario tendría que considerarse como un vicio de nulidad de pleno derecho, de la misma forma que no todas las infracciones al ordenamiento jurídico español son consideradas como causas de nulidad. Asimismo, porque incluir una causa de nulidad de este estilo no sería justificable a la luz de los principios que subyacen a la institución de la nulidad de pleno derecho, es decir, al adecuado equilibrio entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica³⁹.

En ese sentido, pensamos que sería más adecuado y armónico con el ordenamiento jurídico español considerar una posible modificación legislativa de la LPAC, en la que simplemente se añadiese a las causales de nulidad de pleno derecho el caso de las subvenciones o ayudas estatales concedidas contra lo dispuesto por el Derecho Comunitario.

Otra posibilidad podría ser atribuirle a la Administración pública competente la potestad de revisar de oficio los actos inválidos en razón de una decisión vinculante para España, por infracción del Derecho comunitario, aunque a nuestro entender, esta última opción tendría que ser matizada para limitarla, en efecto, al incumplimiento del artículo 108 TFUE.

³⁷ Cfr. García Ureta, A. (2002): *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario*, IVAP, Oñati, pp. 27–61.

³⁸ Fernández Torres, J. R. (2002): “Revisión de oficio...”, *cit.*, p. 59.

³⁹ Cfr. Arzo Santisteban, X. (2010) “La recuperación de las ayudas...”, *cit.*, p. 67.

BIBLIOGRAFÍA

Arzoz Santisteban, X. (2010): “La recuperación de las ayudas de Estado Ilegales en el Ordenamiento español: hacia la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea” en *CEF Legal* n° 115, pp. 155 y ss.

Arzoz Santisteban, X. (2013): *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho Administrativo Europeo*, Aranzadi, Cizur Menor.

Bacigalupo Saggese, M. (2007): “El Derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el Derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas”, en *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 189-222.

Fernández Torres, J. R. (2002): “Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: *nihil novum sub sole*” en *Noticias de la Unión Europea*, N° 205, CISS, Valencia, pp. 55-60.

Fernández Torres, J. R. (2005): “El establecimiento de subvenciones” en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley general de subvenciones*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 265-327.

García Ureta, A. (2002): *Procedimiento administrativo y Derecho comunitario*, IVAP, Oñati.

Gimeno Feliu, J. (1995): “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)” en *RAP* N° 137, pp. 147-187.

Martínez López-Muñiz, J. L. (1989): “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública” en *Libro homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, Madrid, pp. 751-768.

Martínez López–Muñiz, J. L. (2005): “Ayudas públicas” en Velasco San Pedro, L. A. (coord.), *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, pp. 485-580.

Pérez Bernabéu, B. (2008): *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria. Concepto y tratamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Rebollo Puig, M. (2005): “El reintegro de subvenciones” en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley general de subvenciones*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 407-527.

Soriano García, J., Sánchez Gutiérrez, M. (2005): “El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar” en *RAP* N° 166, pp. 231-256.