

EL INCUMPLIMIENTO DE ESPAÑA DE LA OBLIGACIÓN DE RECUPERACIÓN DE AYUDAS DE ESTADO. LA RECIENTE SENTENCIA DEL TJUE DE 9 DE JUNIO DE 2011, ASUNTOS ACUMULADOS C-465-09 A C-470/09 A

Begoña Pérez Bernabeu

Universidad de Alicante

1. Antecedentes de hecho

Los tres Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco adoptaron en 1993 determinadas medidas fiscales de contenido similar consistentes en un crédito fiscal del 45 por ciento aplicable a la cuota del impuesto de sociedades establecidas por los Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa y una exención del impuesto sobre sociedades durante 10 ejercicios fiscales, quedando el disfrute de esta exención supeditado a la realización de unas inversiones de un importe mínimo y a la creación de un mínimo de puestos de trabajo.

En abril de 1994 la Cámara de Comercio e Industria de La Rioja, la Federación de empresas de La Rioja y ciertas sociedades presentaron una denuncia contra estos regímenes fiscales.

Al recibir esta denuncia, la Comisión inició un examen preliminar dirigido a analizar el impacto sobre la competencia de las disposiciones fiscales controvertidas. Durante el tiempo en que se desarrolló este análisis, la Comisión recibió el 5 de enero de 2000 una nueva denuncia en la que se criticaba la exención del impuesto sobre sociedades de que disfrutaba una empresa implantada en la provincia de Álava y que procedía de una empresa competidora de la empresa beneficiaria.

El 28 de noviembre de 2000, la Comisión notificó al Reino de España su decisión de incoar un procedimiento de investigación formal.

Finalmente, el 20 de diciembre de 2001, la Comisión adoptó varias Decisiones al respecto¹ en las que la Comisión consideró que las medidas controvertidas constituían ayudas de Estado al suponer una ventaja para sus beneficiarios consistente en una reducción de las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de las empresas y que, correlativamente, esta medida implicaba una pérdida de ingresos fiscales para la corporación afectada.

¹ Decisión 2002/892/CE de la Comisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (*DO* 2002, L 314, p. 1) y Decisión 2002/806/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya (*DO* 2002, L 279, p. 35), Decisión 2002/540/CE de la Comisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en Guipúzcoa (*DO* 2002, L 174, p. 31), Decisión 2002/820/CE de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España a favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal de 45 por 100 de las inversiones (*DO* 2002, L 296, p. 1) y Decisiones 2003/27/CE de la Comisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España a favor de las empresas de Vizcaya en forma de créditos fiscal del 45 por 100 de las inversiones (*DO* 2003, L17, p. 1) y 2002/894/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España a favor de las empresas de Guipúzcoa en forma de crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones (*DO* 2002, L 314, p. 26).

Según el criterio de la Comisión expresado en estas Decisiones, las medidas tienen carácter selectivo² habida cuenta de las condiciones en las que se aplican, pues la administración fiscal disfruta, en la aplicación de dichas medidas de una facultad discrecional. Justifica la Comisión su Decisión argumentando que estas medidas persiguen unos objetivos de política económica que no son inherentes al sistema fiscal español y no se pueden justificar invocando la naturaleza y la economía del sistema fiscal español. Señala la Comisión que “a pesar de los requisitos relativos a la inversión mínima y a la creación de un número mínimo de puestos de trabajo, los regímenes de exención controvertidos no revisten el carácter de ayudas a la inversión o al empleo, pues las ayudas no se determinan en función del importe de la inversión ni del número de puestos de trabajo o de los costes salariales, sino en función de la base imponible”, considerando en cambio que “las ayudas controvertidas, al liberar parcialmente del impuesto sobre sociedades a las empresas beneficiarias, pueden ser calificadas de ayudas de funcionamiento, en principio prohibidas”, ordenando en consecuencia que se supriman los regímenes fiscales controvertidos y que se recuperen las ayudas ilegales otorgadas en aplicación de los mismos.

Mediante sendas demandas presentadas ante el TPI el 9 de febrero de 2001, los Territorios Históricos interpusieron recurso de anulación contra la decisión de incoar el procedimiento (*asuntos T-30/01 a T-32/01*) y un año después, el 26 de marzo de 2002 interpusieron recurso de anulación contra las Decisiones definitivas (*asuntos T-86/02 a T-88/02*). El principal argumento de los recurrentes consistía en defender que los regímenes fiscales controvertidos debían considerarse ayudas existentes sobre la base de una Decisión implícita de la Comisión, que debía entenderse producida ante el silencio de la Comisión sobre este régimen de ayudas.

Tras acumular estos asuntos, el TPI se pronunció el 9 de septiembre de 2009, desestimando los recursos presentados y concediendo la razón a la Comisión³, al constatar la inexistencia de una decisión explícita o implícita de la Comisión, pues, argumenta el Tribunal, el mero silencio de una institución no puede producir efectos jurídicos obligatorios, pues las normas aplicables en materia de ayudas estatales no disponen que el silencio de la Comisión equivalga a una decisión implícita sobre la inexistencia de ayuda, por lo que no cabe calificar las ayudas de existentes. Así pues el TPI consideró justificada la calificación de ayudas de funcionamiento, ya que en dichos regímenes el importe de la ayuda dependía de la base imponible y no del importe de la inversión efectuada.

Posteriormente, el 26 de noviembre de 2009 los Territorios Históricos de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa presentaron un recurso de casación (*Asuntos acumulados C-465/09 y C-470/09*) contra esta sentencia del TPI en el que se invocaron 17 motivos de oposición, un buen número de ellos, de carácter procesal. Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo, los principales argumentos de los recurrentes siguen siendo, de un lado, la defensa de la existencia de una Decisión implícita de la Comisión -originada por el silencio de la Comisión- que autorizaba estos regímenes fiscales, lo que otorgaría a estas ayudas la condición de ayudas existentes –y las haría quedar, por tanto, a salvo de

² Sobre la apreciación por parte de la Comisión de la selectividad de las medidas fiscales adoptadas por las Diputaciones Forales nos hemos pronunciado con anterioridad defendiendo la apreciación por la Comisión de una selectividad de facto, véase Pérez Bernabeu, B., “El criterio de la selectividad de facto en las Ayudas de Estado (Aplicación en relación con las medidas forales fiscales)”, *Revista Crónica Tributaria*, n.º 138, 2011, pp. 135-142.

³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009, *Asuntos acumulados T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02*, Territorios Históricos contra Comisión.

la declaración de ilegalidad de la Comisión y la consiguiente obligación de recuperación– y, de otro lado, y la defensa de la idea de que la el procedimiento de examen preliminar que la Comisión llevó a cabo en su momento de los regímenes fiscales controvertidos tuvo una duración excesiva lo que, unido al silencio de la Comisión, provocó la aparición de la confianza legítima de las partes recurrentes en la regularidad de las ayudas otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos, lo que impediría la recuperación de estas ayudas.

Este recurso ha sido recientemente resuelto con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 9 de junio de 2011, *Asuntos Acumulados C-465/09 a C-470/09*, Territorios Históricos.

2. La sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011, asuntos acumulados C-465/09 a C-470/09, territorios históricos

Podemos sintetizar los principales argumentos que el TJUE emplea para refutar los argumentos de los recurrentes. En primer lugar, considera que la autorización de los regímenes fiscales controvertidos no puede inferirse del mero *silencio de la Comisión* (apartado 100) y que, por tanto, el Tribunal de Primera Instancia actuó conforme a Derecho al juzgar que la Comisión no había autorizado los regímenes fiscales controvertidos antes de recibir la denuncia de 2000 y de adoptar la decisión de incoar el procedimiento, añadiendo que dichos regímenes no pueden considerarse autorizados únicamente a causa del silencio de la Comisión y que, por tanto, no pueden calificarse de regímenes de ayudas existentes (apartado 103), coligiendo que del silencio de la Comisión no puede deducirse una *autorización tácita o implícita*.

En segundo lugar, el TJUE desmonta los argumentos de los recurrentes que defienden la existencia de una *confianza legítima en la legalidad de la medida*. En este sentido, como apunta el propio TJUE los recurrentes reprochan esencialmente al Tribunal de Primera Instancia el que no haya reconocido que el comportamiento de la Comisión durante el procedimiento de examen preliminar constituyó una circunstancia excepcional que podía justificar la confianza legítima de éstas en la regularidad de las ayudas (apartado 148), invocando la *larga duración* del citado examen preliminar (apartado 149).

Frente a estos argumentos el TJUE defiende que no cabe reprochar a la Comisión que no actuase dentro de un plazo razonable (apartado 155) y que, a la vista de las circunstancias expuestas, procede hacer constar que las recurrentes, al no haber colaborado con la Comisión aportándole la información que ésta solicitó, no puede utilizar como argumento la larga duración del procedimiento del examen preliminar, invocando el principio de protección de la confianza legítima para impugnar la recuperación de las ayudas otorgadas en aplicación de los regímenes controvertidos (apartado 162), concluyendo que la duración del procedimiento de examen preliminar de los regímenes fiscales controvertidos no podían justificar una confianza legítima de las recurrentes en la regularidad de las ayudas otorgadas en aplicación de dichos regímenes.

El recurso al principio de protección de la confianza legítima⁴ ante la tardanza de la Comisión en tramitar el procedimiento oportuno es un argumento muy utilizado por los Estados miembros desde que en su Sentencia de 24 de noviembre de 1987, RSV contra

⁴ Sobre el recurso al principio de confianza legítima como excepción a la obligación de recuperación de las ayudas de Estado declaradas ilegales véase Pérez Bernabeu, B., “El principio de protección de la confianza legítima en las ayudas de Estado (La teoría del riesgo previsible: un límite a la protección de la confianza legítima)”, en *Libro Homenaje al Profesor Amatucci*, en prensa.

Comisión, *Asunto 223/85*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actualmente el TJUE) estimó el argumento de la demandante que defendía que una dilación de veintiséis meses entre la notificación de la Comisión del inicio del procedimiento de investigación formal y la adopción de la Decisión pudo generar una confianza legítima suficiente para evitar la restitución de la ayuda.

No obstante, el TJUE ha venido a rechazar este argumento en la mayoría de casos, y, ante el recurso masivo a este argumento, se ha visto forzado a clarificar su razonamiento, aclarando que este asunto presentaba unas circunstancias muy particulares e inusuales⁵, pues, en este caso, se resolvió un caso particular en el que la empresa había estado recibiendo ayudas autorizadas por la Comisión desde hacía años⁶.

Además, como también ha venido a sentar el TPI “el simple hecho de que la Comisión no haya iniciado una investigación, durante un período de tiempo relativamente prolongado, sobre una medida estatal determinada, no puede, por sí mismo, conferir a dicha medida el carácter objetivo de ayuda existente, en caso de que se trate de una ayuda. Como ha señalado acertadamente la Comisión, puede considerarse que, a lo sumo, la incertidumbre que pueda haber existido a este respecto ha originado una confianza legítima de los beneficiarios que impide la recuperación de la ayuda concedida en el pasado”⁷.

De lo anteriormente expuesto se sigue que la apreciación de la existencia del principio de protección de la confianza legítima es muy excepcional, siendo su aplicación muy restrictiva por parte tanto de la Comisión –que exige para apreciarlo una previa conducta suya que haya generado esa confianza legítima– como por parte del TJCE, quien interpreta de una manera muy restrictiva los condicionantes de su aplicación.

3. Consecuencias para España derivadas de la STJUE de 9 de junio de 2011

Al desestimarse los recursos de casación con esta Sentencia de 9 de junio de 2011 finaliza toda posible vía de impugnación contra el pronunciamiento del TPI de 9 de febrero de 2009 la cual, como ya hemos comentado, otorgaba la razón a la Comisión y establecía la obligación de recuperación de las ayudas ilegales disfrutadas, así pues, la obligación de recuperación de las medidas consideradas ayudas de Estado ilegales que recae en las autoridades españolas, deviene inevitable.

De hecho, dado que el recurso de casación no tiene efectos suspensivos, la Comisión había venido reclamando su recuperación desde hace diez años⁸. El pasado 24 de noviembre de 2010 la Comisión Europea presentó su paquete mensual de medidas relativas a las infracciones de los Estados Miembros en la aplicación del Derecho comunitario. Entre estas medidas se incluía la decisión de la Comisión de llevar a

⁵ Lo inusual de la situación ya se destacó en la Sentencia del TJCE de 28 de enero de 2003, *Asunto C-334/99, Alemania contra Comisión*, apartado 44 y en la doctrina, Götz, V.: “Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts”, H. III, *Subventionsrecht*, número marginal 108, p. 34.

⁶ Sentencia de 29 de abril de 2004, *Grecia contra Comisión*, *Asunto C-278/00*.

⁷ Sentencia del TPI de 30 de abril de 2002, *Asuntos acumulados 195/01 y 207/01, Gobierno de Gibraltar contra Comisión*, apartado 129.

⁸ Ya en el año 2001, la Comisión solicitó a España que recuperara las ayudas de Estado ilegales consistentes en los regímenes de ayudas fiscales concedidas por las tres Diputaciones vascas, siendo confirmada esta Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 2006, por el TJUE (*Asuntos C-485/03 a C-490/03*) y la Comisión incoó procedimientos de infracción al respecto en 2007, tras lo cual volvió a solicitar en junio de 2008 a España la recuperación de las ayudas fiscales concedidas, puesto que en opinión de la Comisión (opinión no compartida por el Gobierno español y por las autoridades vascas), España no ha completado su obligación de recuperación de las ayudas ilegales.

España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no acatar la resolución judicial para recuperar ayudas ilegales⁹.

Finalmente, cinco meses después de anunciarla, el pasado 14 de abril de 2011 la Comisión –ante el incumplimiento del Estado español por no acatar una sentencia del TJUE de 2006– presentó ante el TJUE una demanda solicitando la imposición de multa consistente en el pago de la cantidad de 25.817,40 euros por día transcurrido entre la sentencia de 2006 y la segunda/nueva sentencia del TJUE (lo que a día de hoy se puede cuantificar en cuarenta millones de euros aproximadamente, que podría alcanzar los 56 millones de euros para cuando haya una segunda resolución, que se prevé se dicte en un plazo de dos años, aproximadamente) y además el pago de la cantidad de 236.044,80 euros por día transcurrido desde la fecha de la segunda resolución del Tribunal hasta que termine la infracción, esto es, hasta que se cumpla con las decisiones que imponen la obligación de recuperación.

Aflora entonces una problemática singular que afecta a los supuestos de recuperación de una ayuda de Estado de carácter fiscal, ya que, como afirma el Tribunal, la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad y dicha consecuencia no puede depender de la forma en que fue otorgada la ayuda. Por eso, cuando se trata de una ayuda otorgada en forma de beneficio fiscal (en este caso, se trata de un crédito fiscal del 45 por ciento aplicable a la cuota del impuesto de sociedades) y cuya ilegalidad fue debidamente declarada, es erróneo mantener que la recuperación de la ayuda controvertida deba necesariamente adoptar la forma de un impuesto retroactivo que como tal podría plantear dudas sobre su constitucionalidad. En realidad, las autoridades deberán adoptar las medidas consistentes en que se ordene a las empresas beneficiarias de la ayuda pagar las cantidades cuyo importe corresponda al de la exención fiscal que les fue ilegalmente concedida.

Y es en este punto cuando constatamos la ausencia en nuestro ordenamiento de un procedimiento apropiado para la recuperación de ayudas de carácter fiscal. No se trata de un problema desconocido para la doctrina, de hecho, no son escasas las aportaciones doctrinales¹⁰ que han evidenciado este problema y que han llevado a cabo propuestas para clarificar qué procedimiento habría que seguir en estos casos.

⁹ 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.

¹⁰ Entre otros: Arzoz Santisteban, X.: “La recuperación de las ayudas de Estado ilegales en el ordenamiento español: hacia la plena adecuación al Derecho de la Unión Europea”, *CEF Legal: revista práctica de Derecho*, n.º 115, 2010, pp. 55 y ss; Martínez Lozano, J.M.: “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”, *Cuadernos de Formación*, IEF, Colaboración 37/10, Volumen 11, 2010, pp. 211 y ss. ; Moreno González, S.: *Problemas en la recuperación de las ayudas ilegales de carácter fiscal: un apunte*, en *Derecho comunitario y procedimiento tributario*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 506 y ss; Navarro Faure, A.: “Los procedimientos de revisión de oficio en la Ley General Tributaria y la recuperación de las ayudas de Estado”, en *Tratado sobre la Ley General Tributaria (Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo)*, Tomo II, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 1087 y ss.; Burlada Echeveste, J.L. y Burlada Echeveste I.M.: “La recuperación de las ayudas de Estado ilegales”, *Revista Nueva Fiscalidad*, n.º 5, mayo 2007, pp. 23 y ss; Manzano Silva, E.: *Ayudas de Estado de carácter fiscal: régimen jurídico*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pp. 145 y ss; Falcón y Tella, R., “La recuperación de las ayudas ilegales consistentes en deducciones u otras medidas tributarias”, *Revista Quincena Fiscal*, n.º 8, 2008, pp. 5 y ss.; García Novoa, C., “La sentencia del Caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, IEF, Madrid, 2006, p. 22.

