



OBSERVACIONES REINO DE ESPAÑA SOBRE EL BORRADOR DE COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AYUDAS ESTATALES POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

1. Comentarios de tipo general.

Resulta muy positivo una Comunicación dirigida a los órganos jurisdiccionales en un ámbito complejo en el que la competencia exclusiva de la Comisión para determinar la compatibilidad de las ayudas debe ser insertada dentro del control jurisdiccional que ejercen los jueces en los diferentes litigios que pueden surgir. Una correcta cooperación, cada uno en su respectivo ámbito es imprescindible.

No obstante, se debe hacer dos reflexiones de tipo general:

1. Resulta imprescindible que el objetivo de la Comunicación quede claro en su contenido y en su forma. Como señala al inicio de la Comunicación, se trata de orientaciones a los jueces (apartado 5). Por su parte, el apartado 7 se indica que la comunicación se centra en la ejecución privada y que el objetivo es fomentar la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales y abordar las consecuencias en caso de infracción de las normas de ayudas estatales. Al final de la Comunicación en su apartado 146 señala que el “objetivo es orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales en su aplicación de las normas sobre ayudas estatales”.

El objetivo debería establecerse una sola vez y al inicio evitando reiteraciones y en todo caso, utilizando idéntica terminología. Se sugiere la eliminación del último inciso del apartado 7 (se explicará más adelante las razones) y se sugiere unificar los apartados 5 y 146 de manera que quede claro que el objetivo es 1)

dar orientaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales en su aplicación de las normas sobre ayudas estatales 2) establecer una cooperación estrecha entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales mediante la utilización de todos los instrumentos de cooperación disponibles.

2. Se debe revisar el modo de la redacción en determinados apartados, que en ocasiones es reiterativa, en otros excesivamente general y en ocasiones redactada en términos excesivamente imperativos lo que no se corresponde con la naturaleza de la Comunicación.

2. Sobre la naturaleza de la Comunicación y su carácter no vinculante.

La comunicación como tal no debe ser vinculante y de hecho afirma no tener tal carácter, no obstante, cabe señalar que es un documento relevante, que tiene efectos jurídicos prácticos.

Como ejemplo cabe citar la referencia que nuestro Tribunal Supremo (STS 4955/2012 - ECLI: ES:TS:2012:4955 FJ Quinto) realiza a esta Comunicación en su versión de 2009, afirmando que : *“...Si bien desprovista de valor normativo directo ... las consideraciones que contiene sobre las medidas cautelares (apartado 2.2.6, epígrafes 56 a 62) sin duda constituyen un autorizado criterio sobre los efectos jurídicos derivados de aquella normativa”*.

Por esta razón debería cuidarse mucho la redacción, evitando atribuir a los órganos judiciales una obligación precisa y concreta, salvo en los casos en que claramente exista una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que así lo establezca.

Es imprescindible dejar un margen de apreciación a los jueces que deben resolver casos concretos, en función de las circunstancias y en atención al sistema jurídico procesal que les es propio. El Tribunal de Justicia siempre es muy cuidadoso en la interpretación del Derecho de la Unión Europea, dejando claro que la aplicación con-

creta corresponde al órgano judicial nacional. Por tanto, la Comisión debe ser muy prudente en el modo en que establece dichas orientaciones.

Por eso parece especialmente importante respetar el carácter no vinculante, que la propia Comunicación señala, y prescindirse de lenguaje imperativo y concreto¹.

3. Sobre la denominación ejecución privada vs ejecución pública.

La Comunicación, como se hace también en otras comunicaciones de la Comisión, califica a las actuaciones de órganos jurisdiccionales nacionales en relación a las consecuencias de la aplicación de una ayuda ilegal, puede que incluso respaldadas con resoluciones en cuestiones prejudiciales del Tribunal de Justicia, como “ejecución privada” partiendo de la idea de que se hace a instancia de un particular. Frente a las actuaciones jurisdiccionales en el ámbito de la ejecución de decisiones de la Comisión, que califica de “ejecución pública”.

El calificativo de “privado” a una actuación judicial genera confusión porque el órgano jurisdiccional ejerce una función de naturaleza pública. Además, no cabe excluir que la acción sea ejercitada por un ente público independiente, por otra Administración pública o incluso por la propia Administración pública que concede la ayuda por sí misma mediante una revisión de oficio o ejerciendo ante los tribunales una acción de nulidad contra sus propios actos previa una declaración de lesividad. Tampoco está clara la utilidad de esta distinción conceptual, por lo que parece preferible prescindir de ella y distinguir, como se hace en la propia comunicación, según haya o no una previa decisión de la Comisión.

¹ Por ejemplo:

- Apartado 49: el juez “... debe estimar su recurso”.
- Apartado 54: “no pueden limitarse a suspender el procedimiento hasta que la Comisión haya adoptado una decisión definitiva”.
- Apartado 73: los órganos judiciales “deben impedir dicha ejecución, bien suspendiéndola o poniéndole fin”.
- Apartado 77: “... deben ordenar la suspensión de los pagos futuros”.
- Apartado 78: “... deben, en principio, y a falta de decisión de la Comisión que declare la ayuda compatible, ordenar la recuperación íntegra del importe concedido ilegalmente”.

En cuanto a la definición de la “ejecución privada”, la misma no consiste únicamente en “determinar las consecuencias de la aplicación ilegal de la ayuda” (apartado 2 Comunicación), sino también calificar si una medida estatal es, o no, ayuda de estado (apdos. 57 a 59 de la Comunicación).

4. Cooperación leal por parte de la Comisión: sujeción de su actuación a plazos.

Se debería incluir alguna referencia a la cooperación de la Comisión en términos de plazos en los procedimientos cuando nos encontramos ante procedimientos abiertos por la Comisión que tiene incidencia en los procedimientos nacionales. El reglamento de procedimiento aprobado a propuesta de la Comisión no establece ninguna consecuencia al respecto y puede ocurrir que tras la apertura formal la Comisión no resuelva durante años. Una manera de materializar la cooperación leal (apartados 17 y 18 del borrador) de la Comisión hacia los órganos jurisdiccionales sería estableciendo cierta prioridad a los procedimientos ante la Comisión con cierta conexión con procedimientos ante órgano judiciales nacionales.

En ocasiones los Tribunales se encuentran ante la situación imposible de tener que decidir de manera provisional sobre la suerte de una ayuda recuperada pero cuya decisión de recuperación ha sido anulada por el Tribunal de Justicia por falta de motivación.

En esta tesitura, hay varios casos en que la Comisión, nunca en términos claros, pretende que los órganos jurisdiccionales mantengan la recuperación ya realizada con el apoyo únicamente de una decisión de incoación, la cual adolece de la misma falta de motivación que la decisión de recuperación anulada, y esta situación se prolonga durante varios años.

Si tenemos en cuenta que el órgano jurisdiccional está sujeto a unos plazos en los cuales debe resolver de manera definitiva, con riesgo incluso de incurrir en responsabilidad por retraso en la tramitación de asuntos y afectando a la tutela judicial de los demandantes, vemos que resulta poco realista que un órgano jurisdiccional vaya a otorgar unas medidas cautelares y mantener el procedimiento paralizado durante varios años, sin tener certeza sobre la duración o incluso el resultado del procedimiento.

La Comisión ha señalado que los jueces nacionales pueden solicitar la opinión de la COM o pedir información factual que les pueda ayudar o sobre el tiempo estimado en que la COM decidirá.

Sugerimos que se indique en la Comunicación el carácter prioritario cuando existen procedimientos judiciales afectados por dichos procedimientos, o incluso una obligación de informar del plazo para resolver a los efectos de dotar de mayor seguridad jurídica a los distintos operadores implicados.

5. Carácter vinculante para el juez nacional de la decisión de incoación del procedimiento formal.

El apartado 37 del borrador señala que *“las decisiones previas de la Comisión son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional debe seguir la apreciación de la Comisión sobre la existencia de una ayuda”*.

Es cierto que el apartado 33 de la sentencia en asunto C-574/14 sólo dice que *“...los tribunales nacionales deben, en particular, abstenerse de adoptar decisiones contrarias a una decisión de la Comisión, aunque ésta tenga carácter provisional (véase la sentencia de 21 de noviembre de 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, apartado 41).”*

Ahora bien, este apartado debería (igual que el apartado 46 del borrador), expresarse en términos más matizados, indicando que si el órgano judicial alberga dudas puede pedir aclaraciones a la Comisión o incluso puede o debe, según los casos, plantear la cuestión prejudicial (en este sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2016 C-574/14 apdo. 40).

6. Ayuda existente.

La afirmación del apartado 68 resulta un poco ambigua para quien no sea especialista en la materia: “... *Si un órgano judicial considera que una medida constituye una ayuda existente, no puede examinarla*”. Una manera más clara de expresar la idea podría ser “*el órgano judicial nacional tiene competencia para calificar una medida es ayuda existente y en consecuencia, no ordenar la recuperación de la ayuda pasada, pero no puede examinar de cara al futuro si esta medida sigue siendo compatible con el mercado interior*”.

En los apartados 70 y 71 hay una aparente contradicción que debería aclararse. El apartado 70 del borrador de comunicación (conforme al art. 17.1 del Reglamento de procedimiento) afirma que una ayuda, expirado el plazo de prescripción “... *se considerará ayuda existente*”. Sin embargo, en apartado 71 se afirma que no hay un principio general según el cual transcurrido el plazo de prescripción la ayuda nueva se transforme en ayuda existente.

La contradicción podría solventarse aclarando que el apartado 71 de la Comunicación se refiriese a los regímenes de ayudas, cuya antigüedad no convierte en ayuda existente a las nuevas ayudas concedidas en virtud de dicho régimen de ayudas. Hay que tener presente que la afirmación del apartado 130 del asunto T-195/01 Gibraltar c. Comisión, se realiza en el contexto del examen de un régimen de ayudas.

7. Legitimación procesal

Tal y como señala la comunicación depende de las normas nacionales, de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad. No corresponde a una Comunicación de tipo general dar indicaciones sobre el modo en que debe interpretarse la legitimación procesal. En concreto, los apartados 25 y 26 que incluye referencias a sentencias del Tribunal de Justicia en ningún caso versan sobre la problemática de la legitimación procesal. Dichos apartados pueden inducir a error y deberían eliminarse.

8. Cosa juzgada

En el apartado 32 se afirma que *“[e]l hecho de que un órgano jurisdiccional nacional se haya pronunciado sobre una medida de ayuda estatal antes de una decisión de la Comisión sobre esa misma medida no puede impedir a esta última concluir que la medida en cuestión constituye una ayuda estatal ilegal. Esto es así aun cuando un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia hubiera excluido anteriormente tal conclusión.”*

El Tribunal de Justicia afirma en el asunto C-505/14 (citado en la nota a pie de página n.º 41) que “[...] una norma nacional que impide al juez nacional extraer todas las consecuencias de la infracción del artículo 108 TFUE, apartado 3, tercera frase, debido a la existencia una resolución judicial nacional, revestida de fuerza de cosa juzgada, que se ha dictado con ocasión de un **litigio que no tiene el mismo objeto y en el que no se ha hecho referencia al carácter de ayuda de Estado de los contratos controvertidos**, ha de considerarse incompatible con el principio de efectividad”.

Dicho pronunciamiento se debe circunscribir al ámbito concreto en el que se suscita. Adicionalmente, siendo cierto que el principio de primacía del Derecho de la Unión rige en todos los ámbitos, el principio de cosa juzgada no debe considerarse como antagónico salvo en casos excepcionales.

Es decir 1) se debe buscar una redacción más respetuosa con el principio de cosa juzgada que también rige en Derecho de la Unión, y que solo cede en casos excepcionales en los que se pueda impedir el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comisión Europea en el ámbito de las ayudas de Estado 2) Se debe limitar a establecer lo que ha señalado el Tribunal de Justicia, sin extender la interpretación a otros supuestos no resueltos.

Así, la sentencia de 11 de noviembre de 2015 (C-505/14) se refería a la incompatibilidad de una determinada interpretación del Derecho nacional alemán, no al principio de cosa juzgada en sí mismo.

El **apartado 32 se ha redactado en términos excesivamente amplios**, y debería precisar que, para que no haya fuerza de cosa juzgada, ha de tratarse de un litigio “**que no tiene el mismo objeto y en el que no se ha hecho referencia al carácter de ayuda de Estado de los contratos controvertidos**”.

9. Obligación de suspensión y de adopción de medidas cautelares.

La Comunicación se expresa, a veces, en términos demasiado imperativos sobre la obligación de suspensión o de adoptar medidas cautelares (apartados 54, 85 a 87). El Tribunal de Justicia en cambio se expresa en términos menos imperativos y concretos (asunto C-284/12, citado en las notas a pie de página n.º 73 a 75):

- *Cuando, con arreglo al artículo 108, apartado 3, del TFUE, la Comisión Europea ha incoado el procedimiento de investigación formal previsto en el apartado 2 de dicho artículo en relación con una medida no notificada y en curso de ejecución, el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda por la que se solicita el cese de la ejecución de esa medida y la recuperación de las cuantías ya abonadas **está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para extraer las consecuencias** de un posible incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de dicha medida.*

- Para ello, el órgano jurisdiccional nacional **puede decidir** suspender la ejecución de la medida de que se trate y ordenar la recuperación de los importes ya abonados. También **puede** decidir la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger, por un lado, los intereses de las partes afectadas y, por otro, el efecto útil de la decisión de la Comisión Europea de incoar el procedimiento de investigación formal.
- Cuando el órgano jurisdiccional nacional albergue dudas sobre si la medida controvertida constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, o en cuanto a la validez o la interpretación de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, **puede, por una parte,** solicitar aclaraciones a la Comisión Europea y, por otra, **puede o debe, conforme al artículo 267, párrafos segundo y tercero, del TFUE, plantear una cuestión prejudicial** al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La obligación de suspensión/efecto de la decisión de incoación podría expresarse de manera más clara y esquemática. Por ejemplo:

Si el órgano jurisdiccional tiene dudas sobre la naturaleza de ayuda de estado, especialmente si existe una decisión de incoación del procedimiento formal por la Comisión, podría solicitar a ésta su parecer, y/o plantear la cuestión prejudicial.

Si el órgano jurisdiccional considera que se trata de una ayuda de Estado que la Comisión está analizando y puede declarar compatible, podría adoptar una medida cautelar y esperar a la decisión de la Comisión.

En todo caso la decisión sobre la adopción de una determinada medida cautelar corresponde al órgano judicial nacional dependiendo de las circunstancias del litigio y de la prueba aportada por el demandante de la medida cautelar. El juez debe ser imparcial, por ello no se debería expresar de una manera taxativa e incondicional que el juez debe dar la razón o proteger a una de las partes frente a la otra. Por ello, **sugerimos la utilización de un lenguaje menos vinculante y más genérico, como el que utiliza el Tribunal de Justicia** indicando que el juez nacional, como son los términos

“puede”, “podrá”, “está obligado a adoptar medidas para extraer las consecuencias”, cuando se haga referencia a la actuación del juez nacional.

10. Limite a las cuestiones prejudiciales una vez existe una decisión final de la Comisión, y ha transcurrido el plazo para recurrir en anulación.

Dado el carácter didáctico y orientativo de esta Comunicación, **convendría mencionar la doctrina Daggendorf (C-188/92 apartados 17 a 24)** que establece el límite a la posibilidad de plantear cuestión prejudicial respecto una decisión de ayuda individual cuando la parte interesada en la cuestión prejudicial podía, sin lugar a duda alguna, haber interpuesto recurso de anulación y no lo hizo en plazo.

Sin embargo, sí puede plantearse la prejudicial si se trata de un régimen de ayudas y los beneficiarios han sido identificados de manera general y la decisión no fue notificada por el Estado miembro a los beneficiarios (C-346/03 apartados 30-34).

11. Acciones de reparación de daños y perjuicios

El borrador de Comunicación recoge un apartado de acciones de reparación de daños y perjuicios. Si bien reconoce que corresponde al Derecho nacional regular dichas acciones, lo cierto es que en el apartado 91 pareciera que estuviera refiriéndose a otra vía distinta.

Debe modificarse la redacción del apartado 91 para dejar claro que las acciones de reparación de daños y perjuicios se rigen por el Derecho nacional, sin perjuicio de que esté sometido a los principios de efectividad y equivalencia tal y como han sido desarrollados por la jurisprudencia.

Se sugiere eliminar la primera parte de la frase en el apartado 91 y comenzar simplemente señalado: *“Por ejemplo, las infracciones de la obligación de suspensión también pueden dar lugar”*

Se debería reducir el contenido de este apartado, porque da indicaciones excesivamente precisas, teniendo en cuenta que la regulación de dichas acciones corresponde al Derecho nacional.

12. Consecuencias de la no aplicación de las normas y decisiones sobre ayudas estatales

Los apartados 136 a 144 establecen las consecuencias en caso de que los jueces incumplan las normas sobre ayudas de Estado. Este apartado puede generar algo de confusión en cuanto parece que dota de carácter imperativo el contenido de esta comunicación.

Si la Comunicación reconoce que los Jueces nacionales pueden conceder adoptar medidas que reúnan las características de las ayudas estatales ayudas al dictar sus resoluciones, podría indicar la conveniencia de que los ordenamientos nacionales prevean alguna vía para que el órgano judicial pueda seguir el procedimiento de notificación o incluso adoptar una resolución de tipo condicional a la aprobación de la COM si el ordenamiento nacional lo permitiera.

La expresión de posibles soluciones a este problema práctico aumentaría el valor práctico de la Comunicación.

La referencia a la posibilidad de que la Comisión acuda al procedimiento de infracción en el caso de que una resolución judicial otorgue una ayuda de estado no notificada podría redactarse de manera más precisa ya que el Juez nacional puede no estar familiarizado con el concepto de procedimiento de infracción. Por ello debería indicarse la base jurídica y la naturaleza de dicho procedimiento.

Redacción sugerida del apartado 136:

“Además, cuando los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no garantizan el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una decisión de recuperación de la Comisión o de los Tratados, la Comisión, **de conformidad**



con el art. 108.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, podrá incoar un procedimiento de infracción **frente al Estado Miembro**".