



PROYECTO DE COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES ILEGALES E INCOMPATIBLES.

Reunión Multilateral, 7 de marzo de 2019.

COMENTARIOS DELEGACIÓN ESPAÑOLA.

EN GENERAL. El Reino de España valora favorablemente la revisión de la *Comunicación relativa a la recuperación de las ayudas incompatibles*, que data ya de 2007, y su adaptación en el contexto de la evolución del proceso de Modernización. Igualmente, se valora de manera muy positiva la síntesis realizada de los principales casos y sentencias dictadas por el TJUE en materia de recuperación de Ayudas.

No obstante, se realizan los siguientes comentarios sobre puntos susceptibles de mejora.

COMENTARIOS.

Párrafo 11: Debería añadirse “*En principio toda ~~Toda~~ nueva ayuda estatal ejecutada sin notificación a la Comisión o antes de su aprobación...*”

Si, tal como se recoge en la nota a pie de página nº 13, se admiten excepciones a la obligación de notificar, debería matizarse la afirmación.

Párrafo 12: Debería explicitarse lo siguiente: “Aunque el TFUE no contiene ninguna disposición explícita sobre la recuperación de las ayudas estatales *incompatibles*...”

Se trata de dotar de mayor precisión al texto, puesto que las previsiones del TFUE se refieren a ayudas ilegales e incompatibles.

Párrafo 13: señala “los Tribunales de la Unión han ofrecido ulteriores directrices sobre el alcance de la obligación de recuperación y cómo aplicarla”, pero no se cita ninguna sentencia.

Se considera oportuno citar y resumir (a pie de página, al menos) **la sentencia Mediaset, de 13 de febrero de 2014, en el asunto C-69/13**; donde se señala, por ejemplo, que los escritos de la Comisión no constituyen decisiones (apartado 24), o que las tomas de posición formuladas por la Comisión en el marco de la ejecución de una Decisión no vinculan al juez nacional (apartado 31).

También procedería citar esta sentencia en el **párrafo 64** y comentarla a pie de página, ya que matiza la que se menciona, que es anterior (sentencia TJ de 28 de julio de 2011, Mediaset/Comisión, C-403/10, apartado 126).

Párrafo 14: Menciona que el objeto de la recuperación es restablecer la situación que existía en el mercado interior antes de que se *pagara* la ayuda.



Esta expresión (“pagara”) sería inexacta. Sería más correcta la expresión “concediera” o “se hiciera efectiva”. Puede verse, al respecto, la sentencia del TJ de 11 de diciembre de 2012, Comisión/España («Magefesa II»), en el asunto C-610/10 (ECLI:EU:C:2012:781, apartado 105).

Párrafo 22: “La Comisión también puede facilitar cálculos *ficticios* de la ayuda que deba recuperarse sobre la base de las fórmulas o metodologías establecidas en la correspondiente decisión de recuperación”.

El término “ficticio” no parece afortunado en esta frase: se sugiere su sustitución por “*estimados*”, “hipotéticos” o, incluso, su supresión.

Párrafo 23: Convendría **modificarlo**: “(...) *la Comisión y el Estado miembro, atendiendo a la legislación vigente en el mismo, deberán colaborar* para explicitar la fuerza probatoria exigida y el tipo de pruebas necesarias para ~~que el Estado miembro~~ determinar, entre otras cosas, la identidad de los beneficiarios de la ayuda, el importe de la ayuda sujeta a recuperación y los importes recuperados finalmente...”

Parecería que la Comisión se autoatribuye una facultad discrecional para determinar los elementos probatorios relativos a beneficiarios, importes a recuperar e importes efectivamente recuperados. Esa atribución no parece, en principio, compatible con el principio de seguridad jurídica que exige que las normas sean claras, precisas y previsibles. Y, además, olvida el principio de cooperación leal entre la Comisión y los Estados miembros.

Párrafo 33: Se propone la siguiente **modificación**: “...el retraso de la Comisión en el ejercicio de sus competencias de supervisión y en el requerimiento de recuperación de la ayuda no constituyen, ~~en principio,~~ un fundamento jurídico suficiente para limitar o excluir la recuperación *salvo en los casos en que se aprecie una omisión manifiesta de la Comisión y un evidente incumplimiento de sus obligaciones de diligencia en las facultades de control.*”

Se trata de dotar al texto de mayor precisión en el análisis de la jurisprudencia referida a los retrasos de la Comisión y a sus consecuencias (vid. nota al pie nº 33).

Párrafo 38: Es necesario añadir la justificación y la jurisprudencia que la sustenta, en el siguiente sentido: “(...) *El reconocimiento de esta excepción se justifica principalmente por la diferencia de estatuto entre los Estados miembros y los beneficiarios en relación con la obligación de notificación. (...)*”

Se añade una nueva nota a pie de página con la jurisprudencia que precisa la **distinta posición del beneficiario y del Estado miembro en su alegación del principio de confianza legítima**, con el texto siguiente:

“El reconocimiento de esta excepción se justifica principalmente por la diferencia de estatuto entre los Estados miembros y los beneficiarios en relación con la obligación de notificación. En efecto, los destinatarios de esta obligación son únicamente los Estados miembros, que no pueden basarse en su propio comportamiento ilícito para bloquear las decisiones adoptadas por



la Comisión y privar de efectividad a los artículos 107 TFUE y 108 TFUE invocando su confianza legítima en la legalidad de una ayuda que no notificaron (véase la sentencia de 28 de julio de 2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión, C-471/09 P a C-473/09 P, no publicada, EU:C:2011:521, apartado 65 y jurisprudencia citada), y, en determinados casos, ni siquiera en la confianza legítima de los beneficiarios de esa ayuda (sentencias de 14 de enero de 1997, España/Comisión, C-169/95, EU:C:1997:10, apartados 48 y 49, y de 22 de abril de 2016, Francia/Comisión, T-56/06 RENV II, EU:T:2016:228, apartado 43). 43) En cambio, como no es posible reprochar a los beneficiarios de una ayuda el no haberla notificado, esta inexistencia de notificación no puede llevar a excluir toda posibilidad de que estos invoquen su confianza legítima en la legalidad de la ayuda de que se trate.

Véase la sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018 T-207/10, Deutsche Telekom AG/Comisión T-207/10, ECLI:EU:C. 2018:786, apartado 42.”

Párrafo 39: Es necesario matizar la afirmación referida a las situaciones que no generan confianza legítima, tal como se ve en la jurisprudencia citada en las notas a pie de página nº 44, 45, 46 y 47.

Se propone en la segunda frase: “(...) En particular, *la concurrencia de las siguientes circunstancias no basta para acreditar la confianza legítima.*”

Párrafos 40 a 43: hacen referencia al *principio de cosa juzgada* y la recuperación de ayudas y, para ello, se basan, en esencia, en la sentencia Holz (sentencia TJ de 11 de noviembre de 2015, asunto C-505/14, decisión prejudicial). Nos parece que las afirmaciones de la Comunicación son muy tajantes si se compara con la forma en la que el TJUE resuelve un asunto en el que se mezcla el principio de seguridad jurídica y la regulación de los ordenamientos nacionales y la normativa de Ayudas de Estado. El TJUE es especialmente exquisito y tiene muy en cuenta las peculiaridades del caso concreto (ver apartados 45, 46) en el que se refiere a las circunstancias del litigio.

Por ello, quizás habría que modular estos apartados.

Párrafo 42: Cuando dice “las normas sobre ayudas estatales de la Unión prevalecen sobre las legislaciones nacionales contradictorias, que deben dejarse sin aplicar”, sería necesario precisar a qué tipo de normas se refiere.

El término “norma” -en castellano- puede abarcar tanto la *hard law* como la *soft law*. Sin embargo, sólo la *hard law* es vinculante (y, además, las directivas necesitan ser traspuestas al ordenamiento jurídico nacional) mientras que la *soft law* sólo obliga jurídicamente a la Comisión.

Párrafo 45: debe sustituirse “individua” por “individual”.

Párrafos 46 y 47: sobre la fecha de concesión de la ayuda en ayudas fiscales, no está claro el criterio. Se ha observado que **la Comisión sigue diferentes criterios** ante el Tribunal de Justicia. A veces establece la fecha cuando se aplica la deducción o, a veces, hasta que un tribunal nacional de forma definitiva resuelve sobre la correcta o incorrecta aplicación de la deducción.

El apartado 47 no otorga seguridad jurídica.



Párrafo 49. La redacción dada a la posibilidad de que el plazo de prescripción puede ser interrumpido, ofrece una interpretación bastante forzada. La sentencia Scott, que se menciona al pie –nota 57-, en su apartado 27 argumentaba *sobre la base de la aparente negligencia del legislador*. Pero es cuestionable que se pueda sostener esa interpretación cuando el vigente es reciente y posterior a esa sentencia (Reglamento 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio).

Apartado 2.4.3 Imposibilidad absoluta de recuperación. Se añade jurisprudencia TJUE:

Párrafo 52: Sería necesario una nueva redacción que recogiera la reciente jurisprudencia TJUE: *“El principio según el cual «nadie está obligado a lo imposible» forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión¹; de ahí que la Comisión no pueda adoptar, so pena de invalidez, un requerimiento de recuperación cuya ejecución sea, desde su adopción, objetiva y absolutamente imposible². La existencia de circunstancias excepcionales que hagan absolutamente imposible que un Estado miembro ejecute la decisión de recuperación es la única situación reconocida por el Tribunal de Justicia como justificación del incumplimiento de dicha decisión por el Estado miembro. El Estado miembro puede plantear la imposibilidad material de recuperación y proponer en su caso medidas alternativas, en el procedimiento de investigación formal previsto en el art. 108.2 TFUE, que la Comisión instruye antes de declarar una ayuda de Estado incompatible y de adoptar la decisión de recuperación³.”*

Se añadirían TRES nuevas notas a pie de página:

1.- *“Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2018, asuntos acumulados C-622/16 P a C-624/16 P, Scuola Elementare Maria Montessori Srl/Comisión y República Italiana, ECLI:EU:C:2018:873, apartado 79: “Como señaló el Abogado General en los puntos 107 y 110 de sus conclusiones, el principio según el cual «nadie está obligado a lo imposible» forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión” (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2016, Daimler, C 179/15, ECLI:EU:C:2016:134, apartado 42)”*.

2.- *“Véase la sentencia del Tribunal de Justicia C-622/16 P a C-624/16 P, Scuola Elementare Maria Montessori Srl/, ECLI:EU:C:2018:873, apartado 82, que cita la sentencia de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, apartado 86.”*

3.- *“Véase la sentencia del Tribunal de Justicia C-622/16 P a C-624/16 P, Scuola Elementare Maria Montessori ECLI:EU:C:2018:873, apartados 80, 81 y 84.”*

Párrafo 64: como se ha indicado, procedería citar aquí también la sentencia **Mediaset, de 13 de febrero de 2014, en el asunto C- 69/13** y comentarla a pie de página, ya que matiza la que se menciona en la nota al pie nº 80 (sentencia TJ de 28 de julio de 2011, Mediaset/Comisión, C-403/10).

Párrafo 68: Sería conveniente eliminarlo. No es adecuado que la Comisión indique un mecanismo que puede no ajustarse a la estructura político administrativa de un Estado miembro. Es el caso de España, dotada de una estructura constitucional descentralizada, en la que



Comunidades Autónomas y otras Administraciones ejercen competencias propias de gran contenido, algunas incluso de carácter tributario y fiscal.

Párrafos 71 a 73: para la obligación del Estado miembro de presentar información, el párrafo 71 no da ningún plazo; sin embargo, el párrafo 148 sí establece que este plazo es de dos meses desde la notificación de la decisión de recuperación. Por coherencia y por claridad, este plazo de dos meses podría indicarse igualmente en este párrafo 71.

Además, se vincula la *prórroga* al plazo de recuperación y a que se expliquen las dificultades pero muchas veces el plazo de recuperación no es realista (por ejemplo, en esquemas o ayudas fiscales). Parece que la Comisión no debe justificar el plazo de recuperación que establece pero, en cambio, el EM debe justificar plenamente las razones que imposibiliten cumplirlo, y luego decide el Colegio de Comisarios.

Lo mismo sucede con la insolvencia (**párrafos 130 y 131**).

Párrafo 76: Señala que no se aceptarán solicitudes para prorrogar, con carácter retroactivo, un plazo de recuperación ya agotado (y remite al **Párrafo 69**).

Si bien es comprensible la justificación para el Párrafo 69, sería necesario que la consecuencia absoluta para el Párrafo 76 se matizara; por ejemplo, añadiendo: “(...) *salvo que se justifiquen dificultades relevantes, así como propuestas de solución adecuadas a las circunstancias del caso*”

Párrafo 77: introduce una novedad al indicar que “Para prorrogar el plazo de recuperación, la Comisión debe adoptar una nueva decisión.”

Debe tenerse en cuenta que, como en todo procedimiento, cabe la posibilidad de situaciones imprevistas o circunstancia sobrevenidas, que no impidan la recuperación pero que sí meramente la retrasen, por lo que parece excesivo exigir en tales supuestos una nueva Decisión.

En todo caso, sí debe quedar claro que esa posible nueva Decisión deberá limitarse estrictamente al plazo, y nunca modificar ningún otro extremo.

Nuevo párrafo 81 bis: “*La ejecución de la decisión de recuperación se ve afectada por el grado de precisión de la decisión. Por ello, la Comisión debe indicar, de la forma más clara posible: la cantidad objeto de devolución, el beneficiario de la ayuda declarada ilegal y el plazo para el cumplimiento de esa Decisión.*”

Con objeto de incorporar la obligación de la Comunicación referida a la identificación de los beneficiarios, se incorpora el texto del apartado 31 de la Comunicación de 2007.

Párrafo 90: este apartado sobre la posible continuación de actividades del beneficiario, debe ser matizado. En caso contrario, será **imposible obtener una cierta seguridad jurídica para cualquier procedimiento de continuidad empresarial, aunque se pague el precio de**



mercado (en el que se incluye la ventaja competitiva), lo que permite entender que se ha recuperado la ayuda.

Este mismo comentario afecta a los **Párrafos 126 y 128.**

Párrafo 97: Se ha de modificar parcialmente el texto, con objeto de ajustar la versión en español a los textos en francés y en inglés: “(...) el Estado miembro debe recuperar el importe de la ayuda tal como se establece en la decisión de recuperación, *a menos y hasta que la decisión haya sido suspendida o anulada...*”

Además, en la penúltima línea, la palabra “impórtela” es errónea.

Párrafo 98: Parece muy conveniente **precisar el contenido de la obligación de la Comisión de facilitar la determinación del importe a recuperar**; para ello, se incorpora al texto un inciso:

“...Si en la decisión de recuperación la Comisión no ha cuantificado el importe exacto de la ayuda que debe recuperarse, *deberá incluir indicaciones que permitan al Estado miembro determinar la cantidad...*”

La sentencia **Mediaset, de 13 de febrero de 2014, en el asunto C- 69/13**, recuerda la jurisprudencia anterior en tal sentido (apartado 21): “...la Comisión no está obligada, (...) a fijar el importe exacto de la ayuda que debe devolverse. Basta con que la Decisión de la Comisión incluya indicaciones que permitan a su destinatario determinar por sí mismo, sin excesivas dificultades, dicho importe...”

Párrafo 105. En el caso de las ayudas fiscales del País Vasco se permitió aplicar otros regímenes del Impuesto de Sociedades, incluidas deducciones.

Por otra parte, en expedientes sobre Ayudas al fútbol (Ayuda SA. 29769 y asunto T-865/16 FC Barcelona/Comisión), el TG ha dicho que hay que analizar bien y comparar el régimen fiscal que se aplica con el que se debería aplicar. El que se diga que sólo se pueden caben las deducciones aplicables automáticamente *no se ajusta a lo que ocurre con las normativas fiscales* (hay deducciones condicionadas al cumplimiento de una serie de hechos y no son automáticas). Conforme al ordenamiento jurídico interno hay que aplicarlas, no está clara la base jurídica en Derecho europeo de esta información. El ejemplo del fútbol -aunque sea para analizar si hay una ayuda o no- es un ejemplo de que **no puede verse el régimen fiscal sin tener en cuenta todas sus consecuencias**.

Párrafo 112: Como se ha indicado antes, dado que **corresponde a las autoridades internas**, conforme al Derecho nacional, establecer el procedimiento de aplicación que deberá permitir la ejecución inmediata y efectiva, deberá suprimirse la referencia a formularios y procedimientos normalizados puesto que la decisión corresponde a las autoridades del Estado miembro:



“112. La naturaleza y las características de una orden de recuperación pueden variar en función, entre otras cosas, de la autoridad que concedió la ayuda, del modo en que se concedió y de su importe. ~~Independientemente de las peculiaridades del sistema jurídico nacional pertinente, formularios y procedimientos normalizados para la notificación de órdenes de recuperación pueden contribuir a la ejecución en tiempo y efectiva de las decisiones de recuperación. Corresponde a las autoridades internas establecer el procedimiento de aplicación que deberá permitir la ejecución inmediata y efectiva.~~”

Párrafo 117: Además del ejemplo que ya incluye el párrafo (“... por ejemplo, mediante el pago por el beneficiario del importe íntegro de la recuperación en una cuenta de depósito bloqueada...”), se hace necesario incluir otras posibilidades. Así, la legislación general española (también, la de Catalunya, por ejemplo) prevé como garantía de la ejecución la consignación del importe de la recuperación en la Caja de Depósitos.

Se propone añadir: “(..) ***El Estado miembro podrá presentar a la Comisión cualquier otro procedimiento eficaz para la ejecución provisional que cumplan las condiciones mencionadas en el punto 116 y se ajuste a las previsiones de la normativa interna.***”

Párrafo 126. La extensión que se hace en este apartado (“...sin contar con ningún suceso legal y económico”) es excesiva, salvo que se matice en los mismos términos del Párrafo 90.

Párrafo 127: La redacción no es afortunada. Se considera más adecuado: “127. *Para recuperar la ayuda de un beneficiario insolvente, el Estado miembro solo puede proceder a la incautación REALIZACIÓN de los activos del beneficiario y E INSTAR a su liquidación si no puede reembolsar la ayuda...*”

Párrafo 129: Esta previsión no parece tener mucho sentido, si se valora con el principio de un acreedor en una economía de mercado. Cualquier acreedor privado no obtendría, en caso de insolvencia, una jerarquía crediticia distinta de la prevista en su legislación nacional sobre insolvencia, *que se aplica a todos los acreedores*.

Párrafos 130 y 131: En estos Párrafos no queda claro si, en el caso de un convenio, es necesario que en él se haga referencia a que se garantiza (y de qué forma) el reembolso de la ayuda, con una mención expresa. Por otro lado, podría ser más correcta la expresión “*reclamación de recuperación*”, que “*solicitud de recuperación*.”

Párrafo 134: procede sustituir la referencia a la quiebra, por la de ***insolvencia***. Además, podría añadirse al final “(..) *y que no sigue disfrutando de la ventaja en que consiste la ayuda.*” A continuación de Estado miembro, podría añadirse “*incluyendo sus órganos jurisdiccionales*”.

Párrafo 139: Esta posibilidad de reapertura indefinida, que se menciona, es contraria al principio de seguridad jurídica.



Párrafo 145: señala que “(...). Además, *en determinadas condiciones* podrá exigir al Estado miembro que suspenda el pago de una nueva ayuda compatible al beneficiario o beneficiarios afectados.”

Sin embargo, en principio, la jurisprudencia Deggendorff se aplica sistemáticamente. Se entiende, por tanto, que la expresión “*en determinadas condiciones*” debería eliminarse o, al menos, explicitarse.

Párrafo 156 y nota al pie nº 139: deberá actualizarse la referencia a la Comunicación de la Comisión de 2007.

El 20 de febrero de 2019 se aprobó la nueva Comunicación de la Comisión que modifica el método de cálculo para las sanciones económicas propuestas por la Comisión en procedimientos de infracción ante el TJUE (doc. C(2019) 1396 final).

En una sentencia reciente, el Tribunal de Justicia consideró que las normas de votación del Consejo ya no podían utilizarse para este fin. Así, además de basarse en el PIB de los Estados miembros, ha de seguir teniéndose en cuenta el peso institucional: este nuevo método así lo reflejaría.

Párrafo 159: La última frase de este párrafo no tiene sentido. Debería decir: “Por lo que se refiere específicamente al control de las ayudas estatales, y con el fin de evaluar el efecto acumulativo *de las anteriores ayudas y las nuevas ayudas previstas*, la Comisión debe *tomar en consideración* el grupo del que forma parte el beneficiario de la ayuda”.

Parece que la versión inglesa debería también ser modificada.

Para mayor seguridad jurídica, sería recomendable asimismo que se **añadiera**: “la Comisión debe tomar en consideración el grupo del que forma parte el beneficiario de la ayuda *con arreglo a los criterios especificados en las normas sobre Ayudas, tales como el Reglamento 1407/2013, de minimis, y el Reglamento General de Exención por Categorías 651/2014, modificado por el 1084/2017.*”