

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-12-026-7

INCIDENCIA EN LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE AYUDAS DE ESTADO*

Autor: José Pascual García
Interventor y Auditor del Estado

DOC. n.º 7/2012

* Este artículo corresponde a la ponencia presentada en el Seminario "Presente y futuro de las ayudas públicas en el marco de la Unión Europea", celebrado en el Instituto de Estudios Fiscales el día 21 de junio de 2011.



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

1. EL DERECHO INTERNO SOBRE SUBVENCIONES Y LOS LÍMITES QUE DERIVAN DEL DERECHO COMUNITARIO
2. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS SUBVENCIONES
3. EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LAS AYUDAS DE ESTADO
4. LAS PREVISIONES SOBRE PARTICIPACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS EN EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO
 - 4.1. El deber de comunicación de las nuevas subvenciones
 - 4.2. Procedimiento de notificación
5. NORMAS APLICABLES A LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y A EMPRESAS DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL
6. RECUPERACIÓN DE AYUDAS DE ESTADO

I. EL DERECHO INTERNO SOBRE SUBVENCIONES Y LOS LÍMITES QUE DERIVAN DEL DERECHO COMUNITARIO

Como han podido apreciar por el título de esta ponencia mi intervención no tiene por objeto analizar el Derecho Comunitario de la competencia ni la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia sino algo mucho más modesto, la incidencia que aquél ha tenido en la Ley General de Subvenciones (LGS) y en las normas de desarrollo.

El punto del que quisiera partir en este estudio no es otro que recordar que el Derecho Comunitario no ha venido a sustituir el Derecho de los Estados sobre subvenciones y ayudas públicas, aunque, eso sí, lo ha condicionado. Por tanto, los Estados conservan las potestades para establecer y otorgar ayudas pero quedan sometidos a las limitaciones que establecen los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguos arts. 87 y 88 TCE) y los correspondientes reglamentos comunitarios de desarrollo con el fin de garantizar la libre competencia.

La legislación española al regular las subvenciones públicas se ha hecho eco, unas veces con más fortuna y otras con menos, e incluso no faltan llamativas omisiones, de las exigencias comunitarias sobre la competencia y libertad de mercado y ha establecido las normas complementarias para su aplicación, sin que en esto constituya una excepción con respecto a los demás Estados.

El establecimiento y regulación de las ayudas públicas en la Unión Europea es la resultante de la pugna entre dos fuerzas que actúan en sentido contrario.

De una parte, el establecimiento de tales ayudas constituye un medio necesario para alcanzar diversos objetivos perseguidos por los Tratados, tales como la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. Este principio impulsa la creación de determinadas ayudas.

De otra parte, se establece un mercado interior (art. 3.3 TUE), que implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados (art. 26 TFUE). Este principio conduce a establecer limitaciones a la actividad subvencional.

Nos encontramos, pues, con que la integración de nuestro país en la Unión Europea produce una doble incidencia en las subvenciones públicas: de una parte limitando el poder subvencionador de las Administraciones españolas y, de otra, canalizando en forma de subvención una parte importante del gasto comunitario en nuestro país. Recordemos el gasto agrícola y los regímenes de ayuda financiados con los fondos estructurales.

Dentro del primer aspecto, el de los límites a que está sujeta la actividad subvencional por parte de las Administraciones españolas, la existencia de unos preceptos específicos en la legislación de subvenciones se justifica porque, aun cuando aquellos vengán impuestos por el Derecho Comunitario, su aplicación es responsabilidad de la Comisión pero con la colaboración de los Estados. Básicamente dichos preceptos son los relativos a la comunicación a la Comisión Europea de los proyectos para el establecimiento de subvenciones (art. 9.1 LGS y art. 16 RLGS) y los relativos al reintegro cuando tiene su origen en “decisiones de recuperación” (art. 37 LGS). Se trata de preceptos formales, de procedimiento.

Con relación al segundo aspecto, es decir, con relación al gasto comunitario que se canaliza en forma de subvención también contamos con disposiciones especiales en la LGS, en extremos tales como el control de los fondos comunitarios o la responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea, pero estas cuestiones son ajenas a la cuestión que ahora nos ocupa.

2. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS SUBVENCIONES

Como hemos señalado las disposiciones de la LGS afectadas por la normativa comunitaria sobre Ayudas de Estado son formales o de procedimiento. Basta con repasarlas para verlo. Ello es mera consecuencia de la naturaleza de esta Ley. La LGS regula los procedimientos de concesión, reintegro, control e infracciones en materia de subvenciones, pero la LGS no crea subvenciones. Las subvenciones se crean por las leyes sectoriales, e incluso por reglamentos, de entre los que destacan las bases reguladoras, cuya aprobación es condición necesaria para la concesión. Estas normas median-

te las que se establecen o crean las ayudas sí que se van a ver afectadas por el Derecho Comunitario en el plano sustantivo, pero es asunto ajeno a la LGS.

Ahora bien, aunque la LGS es una ley predominante formal, algún eco también se ha hecho de las exigencias sustantivas derivadas no solo del Derecho Comunitario sino también la Constitución Española. Nos estamos refiriendo a uno de los principios que formula en el art. 8 LGS. A tenor de este artículo los órganos de la Administración que se propongan el establecimiento de subvenciones deben concretar en un plan estratégico, entre otros extremos, los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación. Esto es lo que nos dice el apartado 1, y el apartado 2 añade: *Cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores.*

La noción de fallo de mercado es una noción económica, y mediante ella se designa aquellas situaciones en las que la libre competencia no produce resultados eficientes, debido fundamentalmente a una sobreproducción o a una subproducción de un determinado bien. Entre los fallos de mercado que pueden ser atenuados con las ayudas estatales se cuentan las externalidades. Así, por ejemplo, a veces las empresas no invierten suficientemente en la formación de sus trabajadores, debido al temor al posible parasitismo por parte de sus competidores, que podrían llegar a captarlos sin haber hecho este tipo de inversiones.

Este principio, que incide no ya en el procedimiento de concesión sino en el establecimiento de la subvención, y que por tanto no es de índole formal, puede considerarse que tiene una doble raíz: en el Derecho interno y en el Derecho Comunitario. En efecto, en el principio confluyen las exigencias de la legislación española sobre competencia, empezando por el art. 38 CE, que consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y las exigencias comunitarias: la libre competencia dentro del mercado interior (art. 107 TFUE). Por tanto tales exigencias serán vinculantes no sólo cuando las subvenciones se crean o establecen mediante normas reglamentarias sino también cuando derivan de normas de rango legal.

Quizás alguien piense que, al venir formulado el mandato en forma de principio, es una mera declaración de intenciones, sin valor normativo. No es así. El ordenamiento jurídico, se ha dicho, constituye un entramado de normas y principios. El principio, tanto si se formula de forma expresa como si se infiere de las normas a través de un proceso deductivo, tiene un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico o del sector sobre el que se proyecta y cumple la doble función de guiar la interpretación y de integrar las lagunas. Así entendido, el principio no se confunde con la regla pues, al contrario que ésta, no contiene un mandato concreto sino que es susceptible de aplicaciones diversas. Pero no deja de ser un mandato.

Pero, hecha esta precisión, hemos de reconocer que un principio que no se traduce en normas y reglas concretas difícilmente alcanzará una adecuada eficacia. Y tal traducción no se contiene en la LGS. Tampoco el desarrollo jurisprudencial presta suficiente ayuda. Ordóñez Solís¹ ha señalado que falta un concepto de “mercado nacional” en la jurisprudencia constitucional y, por tanto, el concepto no ha podido calar en la legislación ni en la práctica judicial. Tal deficiencia se ha compensado en parte con la legislación comunitaria en materia de Ayudas de Estado, subrayo lo de “en parte”, pues también esta ha sido objeto “de una pobre traslación al ámbito interno español”, a la hora de completar el régimen comunitario.

En particular, pese a la formulación del principio en el título preliminar de la Ley, es decir, en el título en que se recogen las normas comunes sobre subvenciones, justo es reconocer con Soriano García y Sánchez Gutiérrez² que en la LGS no se contiene un sistema de control específico sobre subvenciones que puedan distorsionar el mercado que habrá que buscar en último extremo en la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 julio) (art. 11), desarrollado por los arts. 7 y 8 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por RD 261/2208, de 22 de febrero, en los que sí se contiene un sistema para analizar las ayudas públicas, dentro de las cuales quedan comprendidas las subvenciones, con criterios de competencia.

¹ Véase Ordóñez Solís D.: *Administraciones, Ayudas de Estado y Fondos Europeos*. Ed. Bosch, 2006, p. 106.

² Véase Soriano García J. E y Sánchez Gutiérrez M. M.: “El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar.” *RAP* núm. 166/2005.

3. EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LAS AYUDAS DE ESTADO

El control europeo de las Ayudas de Estado se apoya en dos pilares fundamentales: en la notificación por las autoridades nacionales de las ayudas que pretenden conceder y en el examen por la Comisión de todo tipo de ayudas. Por tanto, la normativa nacional se ha orientado a estos fines, es decir, a garantizar el conocimiento por la Comisión de las ayudas y la eficacia de las decisiones que adopte cuando queda a cargo del Estado su implementación, particularmente la recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles.

El régimen comunitario de ayudas de Estado responde a la necesidad de dejar a salvo el mercado interior de cualquier interferencia de los Estados que distorsione la competencia. Dicho régimen se contiene en los Tratados. En la actualidad en los arts. 107 a 109 TFUE, y antes en iguales o parecidos términos en los arts. 92 a 94 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y en los arts. 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea. El desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo fundamentalmente por el Reglamento (CE) num. 659/1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 del Tratado CE, que ha atendido particularmente al procedimiento.

Pues bien, aun cuando el objeto de nuestro estudio es la normativa nacional, estamos manejando conceptos que nos vienen dados por el Derecho Comunitario y mal se entendería si no hiciéramos referencia a los mismos así como a la normativa comunitaria que se complementa. Por eso, la primera tarea que hemos de abordar es recordar el esquema jurídico básico del régimen de ayudas de Estado, para a continuación entrar en la regulación española.

a) *La noción de ayuda y los factores determinantes de la incompatibilidad*

El primer paso en la dirección emprendida es traer a colación el concepto comunitario de “Ayudas de Estado”, y ponerlo en relación con el concepto de subvención de la LGS.

En relación con el concepto comunitario de ayuda hay que indicar que ni el Tratado ni el Reglamento la define. Por el contrario, la LGS comienza por ofrecernos en su artículo 2 la definición de subvención.

El significado y alcance de la expresión “Ayuda de Estado” se ha ido perfilando por la Comisión Europea, a la que corresponde en exclusiva decidir si una intervención estatal constituye ayuda, lo que ha ido resolviendo a partir del examen de los casos concretos que se han sometido a su consideración, y por el TJCE al que corresponde al control de legalidad de las decisiones de la Comisión sobre compatibilidad o incompatibilidad de las ayudas con el mercado común, al conocer en casación las sentencias del Tribunal General, así como al proporcionar a los órganos judiciales nacionales los elementos de interpretación que le permitan determinar si una medida nacional puede calificarse Ayuda de Estado en el sentido del Derecho de la Unión³.

La Comisión acoge bajo este concepto una larga serie de supuestos: «Subvenciones, exoneraciones de impuestos y tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones puramente favorables, suministro de bienes o servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas de explotación o cualquier otra medida de efecto equivalente» A los indicados supuestos se añadieron posteriormente la «cesión de terrenos o inmuebles de forma gratuita o en condiciones particularmente favorables, y suministros de bienes o servicios en condiciones preferentes»⁴.

Las resoluciones del Tribunal de Justicia han refrendado este concepto amplio tratando de diferenciarlo del concepto de subvención. Así en la Sentencia de 15 de julio de 2004 (TJCE 2004, 204), *España/Comisión*, reiterando doctrina anterior (sentencia de 21 de febrero de 1961 –asunto 30/59–, y en el mismo sentido la sentencia *Denkavit* de 27 de marzo de 1980 y sentencia de 24 de febrero de 1987), afirma: «El concepto de ayuda es más general que la noción de subvención, porque compren-

³ Véase en este sentido la colaboración de Ordóñez Solís D. que, bajo el título “El derecho de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea”, se incluye (capítulo 4) en la obra colectiva *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, coordinada por Mario Garcés y Alberto Palomar. Ed. Aranzadi. 2011. Pag. 17 y ss.

⁴ Respuesta a la cuestión parlamentaria núm. 48, de 30 de julio de 1963 (*Diario Oficial* núm. 125, de 1963). Este concepto fue ampliado por la Comisión en el décimo cuarto Informe sobre la competencia con la frase final del párrafo transcrito.

de no solamente prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza tienen efectos idénticos».

Frente a este concepto amplio y de contornos no siempre precisos, para la LGS la subvención se caracteriza, entre otras notas, por ser *un acto de disposición a título gratuito*, cuyo objeto es la *entrega de una cantidad de dinero*.

Se deduce de esto que no serán subvenciones, aunque sí ayudas, aquellas no den lugar a una disposición de fondos, aunque los efectos económicos sean iguales o análogos, como los beneficios fiscales.

En conclusión, el término «ayuda» no se corresponde con el concepto de subvención de la LGS, pero lo incluye, por lo que las incompatibilidades establecidas alcanzan de lleno a las subvenciones. Es más las subvenciones constituyen el grueso de las ayudas públicas. Según cálculos de la Comisión, citados por D. Ordóñez Solís, las subvenciones representan el 60 por 100 de las ayudas de la Unión Europea, elevándose al 80 por 100 en el caso de España⁵.

Pero, junto a este concepto material de Ayuda de Estado, es necesario dar un paso más y precisar cuáles son los factores determinantes de la incompatibilidad así como las ayudas que la propia Comisión ha declarado compatibles, pese a encajar en el concepto, y la clasificación que ha hecho de las ayudas el Reglamento (CE) num. 659/1999 (régimen de ayudas y nuevas ayudas) que la LGS no cita pero que ha tenido muy en cuenta, hasta el punto de que algunos de sus preceptos pueden considerarse mero recordatorio de estos.

La incompatibilidad viene establecida en Derecho Comunitario y la LGS, en este aspecto, no añade nada, limitándose a remitirse a aquél. En efecto, cuando la LGS regula el deber de comunicación de las ayudas en su art. 9, al que después nos referiremos, se refiere a *aquellos casos en los que, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (sic), deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención.* (107 a 109 TFUE)

Así pues, el precepto del que hay que partir en relación con el objetivo que ahora pretendemos es el artículo 107 TFUE. La regla general sobre ayudas incompatibles con el mercado común se contiene en el apartado 1 del artículo, que dispone:

«Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, 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.»

Para calificar la incompatibilidad de una ayuda hay que atender, según la norma transcrita, a cuatro factores o circunstancias, que se deducen de su mera lectura, si bien su alcance ha sido aquilatado por la Comisión, con el refrendo del TJCE. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004 (apartado 33) resume así los requisitos, en cuyo análisis no es momento de entrar:

“El artículo 92, apartado 1, del Tratado establece los siguientes requisitos: en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia (sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, apartado 75)”.

El principio general de incompatibilidad establecido en el apartado 1 del artículo 107 puede verse afectado por dos tipos de excepciones: las automáticas, es decir, aquellas que se producen *ipso iure* en virtud de las previsiones del Tratado, que deben ser aplicadas en sus propios términos por los órganos de la Comisión (apartado 2) y aquellas cuya compatibilidad se aprecia discrecionalmente por parte de dichos organismos (apartado. 3), sin perjuicio de la supervisión de los Tribunales y del deber de de comunicación de los Estados miembros, al que nos referiremos después, que rige en uno y otro caso.

⁵ Véase Ordóñez Solís D.: *Administraciones, Ayudas de Estado y Fondos Europeos*. Ed. Bosch, 2006, p. 30

Por último, el Consejo ha habilitado a la Comisión Europea para el desarrollo reglamentario del régimen de determinadas ayudas, en el que se consideran determinados supuestos en los que aunque se trate de ayudas se las exime de la aplicación del régimen de notificación previa a la Comisión.

1. *Excepciones automáticas al principio general de incompatibilidad*

El artículo 87.2 TCE dispone:

«Serán compatibles con el mercado interior:

- a) *Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos.*
- b) *Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional.*
- c) *Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.»*

Si se prescinde de las ayudas comprendidas en el apartado c) que desde la reunificación alemana sólo tiene un valor histórico, las excepciones automáticas se reducen a las de carácter social en favor de consumidores individuales, no de empresas, y a las destinadas a reparar daños derivados de eventos extraordinarios, las cuales resultan compatibles con el mercado común sin consideración a que afecten a intercambios comerciales entre países o al falseamiento de la competencia.

3. *Ayudas que excepcionalmente pueden ser consideradas compatibles por los órganos de la CE*

Según el apartado 3 del artículo 107:

«Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) *Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como de las regiones contempladas en el art. 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social.*
- b) *Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro.*
- c) *Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.*
- d) *Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común.*
- e) *Las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.»*

Tampoco hemos de olvidar que existen ayudas sometidas a un régimen especial al margen de lo previsto en los artículos 107 a 109 TFE (46). Se encuentran en esta situación las siguientes:

a) *Ayudas a la producción y comercio de productos agrícolas*

Al amparo del artículo 42 TFUE el Consejo podrá autorizar la concesión de ayudas tanto para la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales, como en el marco de programas de desarrollo económico.

b) *Ayudas en materia de transporte*

El artículo 93 del TFUE dispone que: «Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público».

Al amparo de este artículo serán posibles las compensaciones financieras de los costes de determinados servicios de transporte, singularmente el ferroviario.

c) *Ayudas a la producción o al comercio de armas, municiones y armas de guerra [art. 346.1.b) TFUE].*

4. LAS PREVISIONES SOBRE PARTICIPACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES ESPAÑOLAS EN EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Ya dijimos que la vigilancia y control de las ayudas nacionales para verificar su compatibilidad con el mercado interior corresponde a la Comisión, pero con la colaboración de los Estados. Y es aquí donde aparece la norma nacional contenida en la LGS que establece las normas de procedimiento complementarias de las establecidas en la normativa comunitaria. Una vez más para valorar su alcance es necesario partir de éste.

Las normas comunitarias sobre vigilancia y examen de dichas ayudas se contienen en el artículo 108 TFUE, desarrolladas por el Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 (hoy 108) TFUE. Las nacionales en los arts. 9 y 37 LGS, en el art. 16 RLGS y en el RD 1755/1987, de 23 de diciembre, en el que se regula el procedimiento de comunicación, anterior a la LGS, pero que continua vigente.

La norma interior no aparece, pues, complementando la definición de la noción de Ayudas de Estado, ni la determinación de los factores de incompatibilidad. Esto nos lo suministra el Derecho Comunitario. Aparece regulando la colaboración de las Administraciones españolas en el control de las nuevas ayudas y en el reintegro de las ayudas ilegales incompatibles.

Para el entendimiento de este conjunto normativo hay que distinguir tres tipos de ayudas: las ayudas existentes, las nuevas ayudas y las ayudas ilegales.

En relación con las ayudas existentes el art. 108.1 del TFUE establece: «*La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común*».

De conformidad con las definiciones del Reglamento 659/1999. Se consideran *ayudas existentes* tanto las establecidas con anterioridad a los Tratados como las que lo hubieran sido con posterioridad, incluidas aquellas con pronunciamiento de la Comisión favorable a la compatibilidad. Se incluyen también dentro de la categoría, las aprobadas tácitamente o por silencio administrativo, las ayudas ilegales tras diez años sin ser cuestionadas y las que sin poder calificarse originariamente como ilegales pasan a serlo, debido a la evolución del mercado común.

Son *nuevas ayudas* las que no pueden ser calificadas de existentes, es decir, las que se establecen *ex novo*, así como las modificaciones de las existentes. Por otra parte, existe una distinción en el Reglamento 659/1999, dentro de las nuevas ayudas, entre régimen de ayudas y ayudas individuales que no deja de tener consecuencias, como veremos, y que es la siguiente:

«*Régimen de ayudas*»: el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado.

«*Ayuda individual*»: la ayuda que no se concede en virtud de un régimen de ayudas y la ayuda concedida con arreglo a un régimen de ayudas pero que debe notificarse.

En relación con esta clasificación indiquemos que la norma general en nuestro Derecho es que las nuevas ayudas se concedan en el marco de un «régimen de ayudas», aunque no sea esta la expresión utilizada. No otra cosa puede significar la necesidad, previa a su concesión, de elaborar un plan estratégico, o las bases reguladoras o normas sectoriales... Excepciones a esta regla general la constituyen las subvenciones nominativas y, en general, las que pueden ser objeto de concesión directa...

El tercer concepto es el de *ayuda ilegal*. Se califica así “cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 93”, o lo que es igual que se aplique antes de su notificación a la Comisión Europea o su ejecución tenga lugar antes de que esta se pronuncie. Seguidamente trataré de ofrecer una visión integrada de la normativa comunitaria y de la LGS, con su desarrollo reglamentario, en relación con estos tres tipos de ayudas.

4.1. El deber de comunicación de las nuevas subvenciones

Precisados los conceptos de ayuda, de Ayuda de Estado y de nueva ayuda en el Derecho Comunitario, y de subvención en la LGS, estamos en condiciones de delimitar el contenido del deber de comunicación. Por regla general, todas las subvenciones que se pretendan otorgar vendrán comprendidas en la obligación, por cuanto el concepto de ayuda incluye las subvenciones. No obstante, ya hemos indicado que existen ayudas que no son subvenciones. Estas no se verán afectadas por la regulación del art. 9 LGS. Es decir, les podrá ser de aplicación la normativa comunitaria pero no el art. 9 de la LGS.

Sin embargo, no acaba aquí la delimitación del alcance del deber de notificación. Hay que tener presentes las numerosas exclusiones del deber de comunicación, hasta el extremo de que, en número (no sé en cuantía), son más las excluidas que las comprendidas.

En efecto, pronto se vio que la estructura burocrática de la Comisión no era la adecuada para llevar a cabo un seguimiento exhaustivo de las ayudas, que acaso tampoco era necesario. La consecuencia fue la aprobación del Reglamento (CE) núm. 994/1998 del Consejo, de 7 de mayo, que facultó a la Comisión para declarar, mediante los correspondientes reglamentos, exentas de la obligación de notificación determinadas ayudas en atención a categorías o que se encuentran por debajo de los umbrales que se fijan.

Con base en esta autorización, se aprobaron y rige, en la actualidad, el *Reglamento (CE) n.º 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis*.

Se contempla en este Reglamento la excepción a la notificación constituida por las ayudas de minimis, es decir, de escasa cuantía, entendiéndose por tales las que no excedan de 200.000 euros en un período de tres ejercicios fiscales o impositivos, excepto en el sector del transporte por carretera, en el que se fija un límite máximo de 100 000 euros. Quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento el sector pesquero y de la acuicultura, la producción primaria de productos agrícolas, las ayudas vinculadas a la exportación, las ayudas sujetas a la preferencia de productos nacionales, el sector del carbón, las ayudas para la adquisición de vehículos de transporte por carretera y las ayudas a las empresas en crisis.

A los Estados compete cerciorarse de que el importe total de las ayudas concedidas no excede del permitido y, cuando concedan este tipo de ayuda a una empresa, deberán informar a ésta del importe de la ayuda y de su carácter de minimis haciendo referencia explícita al Reglamento (CE) n.º 1998/2006. Además, antes de conceder dicha ayuda, el Estado miembro interesado debería recibir de la empresa una declaración sobre las otras ayudas de minimis recibidas. De forma alternativa, debería poderse garantizar que se respeta el límite mediante un registro central o, cuando se trate de regímenes de garantía establecidos por el Fondo Europeo de Inversiones, éste mismo podrá establecer listas de beneficiarios y exigir a los Estados miembros que informen a los beneficiarios de la ayuda de minimis recibida.

Las ayudas de minimis no requieren notificación previa ni remisión de información posterior. No obstante, se exige mantener un registro con toda la información necesaria para demostrar que se cumplen los requisitos.

La exención del deber de notificar se ha extendido igualmente a ciertas categorías. En la actualidad se regulan en el Reglamento CE 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE (Reglamento General de exención por categorías). Este Reglamento armoniza y consolida en un texto único las normas existentes, y amplía las categorías de ayudas incluidas anteriormente en la exención. Dentro de las condiciones y límites que determina, el Reglamento es de aplicación a los regímenes correspondientes a las siguientes categorías de ayudas:

- a) Ayudas de carácter regional.
- b) Ayudas a la inversión y al empleo a favor de las PYME.
- c) Ayudas a la creación de empresas por parte de empresarias.
- d) Ayudas a favor del medio ambiente.
- e) Ayudas para servicios de consultoría a favor de las PYME.
- f) Ayudas en forma de capital riesgo.
- g) Ayudas a investigación, desarrollo e innovación.
- h) Ayudas a la formación.
- i) Ayudas a favor de trabajadores desfavorecidos o discapacitados.

Como contrapartida los Estados miembros deben registrar la información relativa a la aplicación de los Reglamentos y cuanta sea necesaria para demostrar que se han cumplido las condiciones.

4.2. Procedimiento de notificación

La clave del régimen de notificación de ayudas de Estado está en la regulación de la UE no en la reproducción por las leyes españolas de estas obligaciones, de tal manera que la legislación española, en buena medida, no pasa de ser un recordatorio de aquella. Ahora bien, siendo cierta esta observación, la integración de la obligación de notificación en la LGS y su imbricación en el procedimiento de concesión de la subvención, con los controles administrativos a que éste está sujeto, como el previo de intervención, creo que ha supuesto un paso importante en orden al cumplimiento del régimen comunitario de ayudas de Estado. Para la LGS (art. 9) la comunicación se configura como un requisito para el otorgamiento. Ya desde 1987 se reguló un procedimiento de comunicación de los proyectos de concesión de ayudas (RD 1755/1987, de 23 de diciembre) pero su eficacia fue limitada. De hecho al Comisión detectó numerosos casos de ayudas no notificadas, algunos de los cuales terminaron en denuncia ante el Tribunal de Justicia. Tal vez la explicación resida en la falta de articulación de dicho deber con el procedimiento de concesión.

La regulación de la notificación de las nuevas ayudas se contiene en el artículo 108 TFUE que dispone: *«La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva».*

Se trata de un control previo que pretende evitar que el Estado miembro ejecute las ayudas antes de un pronunciamiento de la Comisión.

El procedimiento se inicia, por tanto, con la comunicación del proyecto de nueva ayuda o su modificación a la Comisión por el Estado miembro. De conformidad con el art. 2 del Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, (desarrollado por el Reglamento (CE) 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004) los Estados deben notificar a la Comisión cualquier proyecto de nueva ayuda, junto con la información necesaria para que la Comisión pueda adoptar decisión sobre su compatibilidad. El deber de notificación se extiende a todas las ayudas, incluidas las que, a tenor del art. 106.2 o del art. 107.2 TCE, son compatibles, a fin de que la Comisión pueda comprobar si reúnen las condiciones previstas.

En España el artículo 9 LGS citado dispone que *«en aquellos casos en los que, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (sic), 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 de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, al objeto que se declare la compatibilidad de las mismas. En estos casos, no se podrá hacer efectiva una subvención en tanto no sea considerada compatible con el mercado común».*

Por su parte, el RD 1755/1987, de 23 de diciembre, dispone que todas las Administraciones y Entes públicos que se propongan establecer, conceder o modificar ayudas que hayan de ser objeto de comunicación previa, deberán remitir los correspondientes proyectos con una antelación de tres meses a la fecha prevista para su entrada en vigor, quedando igualmente en la indefinición lo que ha de entenderse por entrada en vigor de un proyecto.

Y el art. 16 RLGS establece que “para las subvenciones a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley General de Subvenciones, no podrá iniciarse ningún procedimiento de concesión de subvenciones sin que se haya producido la comunicación de los proyectos para su establecimiento, concesión o modificación a los órganos competentes de la Unión Europea” añadiendo que “el pago de la subvención estará en todo caso condicionado a que los órganos competentes de la Unión Europea hayan adoptado una decisión de no formular objeciones a la misma o hayan declarado la subvención compatible con el mercado común y en los términos en los que dicha declaración se realice, extremo éste que deberá constar en el acto administrativo de concesión”.

Resulta claro a partir de estas disposiciones que el procedimiento de concesión no debe iniciarse en ningún caso antes de la notificación ni la ayuda hacerse efectiva hasta que se declara la compatibilidad de forma expresa o presunta. Por el contrario, con respecto al momento en el que la comunicación ha de hacerse, la cuestión puede resultar dudosa. Cabe preguntarse si la exigencia queda satisfecha siempre que la comunicación se haga en cualquier momento anterior al inicio del procedimiento de concesión, es decir, de la convocatoria o si debe ser anterior al establecimiento del régimen de ayudas en su caso. En principio, parece que la expresión “proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención” de la Ley o el término “proyecto” del art. 108.3 TFUE obligan a situarla, siempre que se trate de un régimen de ayudas, con anterioridad a la aprobación de las bases reguladoras o, en su caso, de las normas sectoriales que establezcan el régimen en cuestión. Por esta respuesta aboga la STS de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006, 464), y la respuesta a la cuestión prejudicial que la precedió. Esta sentencia anuló el Decreto de la Xunta de Galicia 217/1994, de 23 de junio, sobre ayudas para el sector de la construcción naval en Galicia, por ser contrario a derecho por no haberse notificado a la Comisión Europea antes de su aprobación. El TS al conocer del asunto en casación planteó una cuestión prejudicial sobre la obligación de notificar estas ayudas a la que el TJCE respondió:

“...si un régimen de ayudas a la construcción y transformación naval como el establecido por el Decreto núm. 217/1994, que no está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/684, puede por sí solo generar la concesión de ayudas de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado, dicho régimen debe ser notificado previamente a la Comisión en virtud del artículo 93, apartado 3, del Tratado”.

Ahora bien, el Decreto anulado había establecido un régimen ayudas; por el contrario, en el caso de ayudas individuales, el punto de referencia debería ser el inicio del procedimiento de concesión o de formalización del convenio (art. 16.1 RLGS).

Cuestión distinta es si ha de esperarse a conocer la decisión, expresa o presunta, de la Comisión para iniciar el procedimiento o sólo para la efectividad de la ayuda. En este sentido la Ley (lo mismo que el art. 3 Reglamento 659/1999) sólo exige que la subvención no se haga efectiva hasta que sea considerada compatible y el RLGS (art. 16.2), dando un paso más en la concreción de esta exigencia, establece que el pago de la subvención estará en todo caso condicionado a que los órganos competentes de la Unión Europea hayan adoptado una decisión de no formular objeciones a la misma o hayan declarado la subvención compatible con el mercado común y en los términos en los que dicha declaración se realice, extremo éste que deberá constar en el acto administrativo de concesión.

En consecuencia, a tenor de lo expuesto, cabrá tramitar el expediente una vez hecha la comunicación, aun cuando deberá posponerse la resolución final hasta que la Comisión hubiera dictado la decisión de “no ayuda”, o la “decisión de no formular objeciones”, tras el examen previo de la notificación (art. 4.3 Reglamento) una decisión positiva, es decir, de compatibilidad, tras el procedimiento de investigación formal (art. 7.3) o, al menos, dictar una resolución sometida a la condición suspensiva de que se obtenga la pertinente decisión de Comisión.

Igualmente, según la previsión del art. 16 RLGS, cuando los órganos de la Unión Europea hubieran condicionado la decisión de compatibilidad estableciendo exigencias o requisitos cuyo cumplimiento

podiera verse afectado por la actuación del beneficiario, las condiciones establecidas deberán trasladarse al beneficiario, entendiéndose que son asumidas por éste si en el plazo de quince días desde su notificación, no se hubiera producido la renuncia a la subvención concedida.

En todo caso lo que resulta claro a partir de estas disposiciones es que el procedimiento de concesión no debe iniciarse en ningún caso antes de la notificación ni la ayuda hacerse efectiva hasta que haya decisión sobre la compatibilidad de forma expresa o presunta.

El órgano al que han remitirse los proyectos de ayuda es la Secretaría de Comisión Interministerial para Asuntos Europeos, ubicada en la Dirección General de Coordinación del Mercado Interior y otras Políticas Comunitarias, de la Secretaría de Estado para la Unión Europea (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación).

Dentro de la Comisión existe un Grupo de Trabajo de Ayudas, de carácter técnico, que se ocupa de que los proyectos vayan completos y reúnan las condiciones para su compatibilidad. La Comisión Interministerial podrá recabar los datos adicionales que estime necesarios y aprobar instrucciones para la normalización de la información.

La Comisión Interministerial, previo informe, en su caso, del Consejo Rector establecido en el art. 4 de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de Incentivos Regionales, acordará la remisión de los proyectos a la Comisión de la Unión Europea, procediendo de acuerdo con la normativa aplicable (art. 3).

La remisión a la Comisión de la Unión Europea de los proyectos de ayudas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación habrá de hacerse en el plazo de un mes contado desde la recepción de los mismos⁶.

El plazo general para el examen previo es de dos meses, que puede ser prorrogado con el consentimiento tanto de la Comisión como del Estado miembro, y que también puede ser reducido por la Comisión. El silencio es positivo, de manera que si el Estado no obtiene respuesta en el plazo previsto quedará facultado para establecer la ayuda. No obstante, para ejecutar la ayuda es necesario un preaviso a la Comisión, que aún dispondrá de un plazo de quince días más para adoptar una decisión.

Si se inicia procedimiento de investigación formal el plazo ordinario será de 18 meses.

El deber de comunicación alcanza en la misma medida a CCAA y a las Entidades locales que deben canalizarla a través de la Administración General del Estado. Ya desde 1992 existe un Acuerdo de la Conferencia Sectorial para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas, a tenor del cual actúa como órgano de coordinación la Secretaría de Estado para la Unión Europea a través del cual se canalizan sus proyectos a la UE.

5. NORMAS APLICABLES A LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y A EMPRESAS DE SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

No quisiera terminar esta primera parte de la exposición sin hacer una referencia a las normas aplicables a las empresas públicas. Tal vez alguien pudiera objetarme que en la LGS no se contiene la menor referencia a las subvenciones que les puedan otorgar la Administración de la que dependen y los posibles límites derivados de las normas sobre competencia. Lo cual es cierto pero, como trataré de demostrar, sólo en apariencia.

Para empezar he de recordar que, de acuerdo con el art. 2 LGS, beneficiarias de subvenciones pueden ser cualesquiera entidades públicas o privadas, y por tanto también una empresa pública. Tampoco estará de más recordar la enorme importancia que ha adquirido el sector público empresarial en los ámbitos autonómico y local. No son incluso infrecuentes los casos en que se canaliza a través de empresas públicas el ejercicio de auténticas funciones administrativas. En este contexto cabe plantearse si el régimen de los fondos presupuestarios que pudieran percibir en forma de subvenciones viene o no afectado por la normativa comunitaria y qué repercusión ha tenido en esta situación la LGS.

⁶ En el caso de proyectos de las Comunidades Autónomas es de aplicación el Acuerdo de la Conferencia Sectorial para asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (*BOE* núm. 216, de 8 de septiembre de 1992) sobre notificación a la Comisión de las Comunidades Europeas de los proyectos de ayudas públicas.

Las normas comunitarias aplicables quedan recogidas en el artículo 106 TFUE en los siguientes términos:

1. *Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.*
2. *Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Unión.*
3. *La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.*

Un examen del artículo reproducido en relación con el art. 345 TFUE permite obtener, como conclusión, que en el Derecho Comunitario no se prohíbe a los Estados la creación de empresas públicas, sin embargo se consagra el principio general de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas. No obstante, dicho principio ha de ser matizado en función de otras finalidades, con las que ha de conciliarse, tales como la utilización del sector público como instrumento al servicio de objetivos de política económica nacional. De otra parte, hay que considerar la excepción consagrada en el apartado 2, cuya extensión se determina por los Estados pero cuyo control se ejerce por la Comisión y ha de estar inspirado en el principio de proporcionalidad y necesidad de la medida.

Pues bien ¿se ha hecho eco de esta situación la LGS? Es necesario diferenciar dos fases en función del texto primitivo del art. 2.2 LGS y del texto resultante de la modificación introducida en este por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007. Hasta esta modificación no existía ningún trato privilegiado de las subvenciones a empresas públicas. Se veían afectadas por la Ley en la misma medida que las empresas privadas, lo cual, además resultaba coherente con ciertas previsiones del derecho interno. Efectivamente, en el derecho interno, el Real Decreto-ley 15/1997, de 5 de septiembre, suprime la Agencia Industrial del Estado, en la que se agrupaban la mayor parte de las empresas públicas deficitarias de España, para integrarlas en la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), dando nueva redacción, entre otros, al apartado 4 del artículo 12 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de Derecho público, que queda redactado en los siguientes términos: «La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y las sociedades participadas por ésta no podrán percibir subvenciones, avales, ni subrogaciones de deuda, ampliaciones de capital ni cualquier otro tipo de aportaciones equivalentes, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, a menos que provengan de conceptos de subvenciones y ayudas que estas sociedades puedan obtener en las mismas condiciones que otros posibles beneficiarios y de acuerdo con las normas que las regulan». Así pues las empresas de la SEPI tienen vedado el acceso de forma directa a las ayudas públicas. Por tanto, como consecuencia de esta previsión, va a quedar proscrito un gran bloque de posibles subvenciones con cargo a los presupuestos públicos. El precepto de la Ley 5/1996 era coherente con el entonces vigente art. 2.2 LGS.

Pero ¿qué es lo que nos dice al respecto la LGS en su redacción vigente, es decir, a partir de la modificación del art. 2.2 por la LPGE para 2007?.

Lo que nos dice, entre otras cosas que no nos conciernen en este momento, es que quedan excluidas de la LGS las transferencias “que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tengan atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

Como se ve, la solución que introduce la citada disposición final de la Ley de PGE para 2007 no es sino dejarlas fuera de la LGS. Dicho en otras palabras que las subvenciones de concesión directa a

favor de empresas públicas no están sometidas a la LGS en ninguno de sus preceptos, ni sustantivos (principio de libre competencia del art. 8) ni formales, como el deber de comunicación de las ayudas a la Comisión. Es decir, que la LGS no sólo no se contiene ningún precepto complementario para hacer efectivo lo dispuesto en el art. 106 TFUE sino que lo ignora. Naturalmente ello no quiere decir que este no les sea aplicable. Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, estas transferencias, en la medida en que tengan naturaleza de Ayudas de Estado, quedan sujetas a las restricciones del TFUE (arts. 106, y 107 a 109) pues aunque la LGS, una vez modificada, las deje fuera de su ámbito, de la normativa comunitaria solo quedan exceptuadas las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal.

Pero no será la LGS la que facilite su efectividad. Lo cual es, a nuestro juicio, una omisión especialmente lamentable en un momento de crecimiento desmesurado, por no decir incontrolado, del sector público empresarial de las Administraciones territoriales, en el que hubiera sido muy útil, y no sólo desde el punto de vista de la competencia, precisar en qué medida podían financiarse estas entidades con cargo a los Presupuestos públicos.

6. RECUPERACIÓN DE AYUDAS DE ESTADO

Nos referíamos anteriormente a tres tipos de de ayudas: las ayudas existentes, las nuevas ayudas y las ayudas ilegales. Pues bien, la primera incidencia de la normativa comunitaria en la LGS se produce en la regulación del procedimiento de comunicación de las nuevas ayudas. La segunda incidencia se va a producir en relación las ayudas ilegales, es decir, en relación con aquellas que se aplican antes de su notificación a la Comisión Europea o que se ejecutan antes de que esta se pronuncie favorablemente.

Cuando llega a conocimiento de la Comisión la existencia de ayudas de este tipo, ésta, tras el correspondiente procedimiento, podrá adoptar una “decisión negativa”, si llega a la conclusión de que son incompatibles con el mercado común. Dicha decisión se denomina “decisión de recuperación”. Lo que dice concretamente el art. 14 del R 659/1999 es lo siguiente:

“Cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda (denominada en lo sucesivo «decisión de recuperación»). La Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho Comunitario”.

Dicha “decisión de recuperación” puede tener su origen también en otros supuestos: Así, cuando la Comisión revoca una decisión suya anterior cuando estuvo basada en una información incorrecta (art. 14 Reglamento 659/1999) o en el caso de las “ayudas abusivas” por la forma en que son utilizadas por el beneficiario (art. 16). Incluso cabe una decisión de recuperación en el caso de ayudas ilegales (no notificadas) que resulten compatibles, limitada en este caso a los intereses.

La decisión en cuestión tiene por destinatarios a los Estados, no al beneficiario, sin perjuicio de que éste sea considerado parte interesada, y de que quede obligado al reintegro con los correspondientes intereses, de acuerdo con las normas de procedimiento del Estado español “siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la Decisión de la Comisión”.

Pues bien, la LGS se va a ocupar de las consecuencias que derivan de las ayudas ilegales, bien que someramente, en el título que dedica al reintegro de los subvenciones. Los preceptos a considerar son dos: uno que afecta a lo sustantivo (art. 37.1h LGS) y otro a lo formal (art. 41. 2 LGS).

En primer lugar, cuando la LGS enumera las causas de reintegro de las subvenciones en su art. 37, incluye en la enumeración la siguiente:

h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea (sic) de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro. (La referencia ha de entenderse hecha a los arts. 107 a 109 del TFUE)

La expresión “decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro”, no es otra que la que el Reglamento 659/1999, en desarrollo de dichos artículos, denomina “decisión de recuperación”.

Pese a la inclusión de esta causa de reintegro en el Título II LGS, junto con los demás propias de la gestión de las subvenciones, no pueden desconocerse varias especialidades. Me refiero al devengo de intereses, a la prescripción del derecho a exigirlo y al propio procedimiento. Estas peculiaridades, impuestas por el Derecho Comunitario, habrá que aplicarlas, aunque se aparten de la normativa aplicable a las subvenciones que derivan de las otras causas de reintegro, por la primacía de aquél.

a) *Intereses de demora*

El artículo 37 LGS establece de modo expreso el devengo de intereses de demora cuando proceda el reintegro de las subvenciones percibidas por alguna de las causas contempladas en el mismo, sin que se contemple excepción para ninguna de ellas, entre las cuales está la derivada de una decisión de recuperación.

El tipo aplicable será el del interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente, lo que se ha convertido en la práctica habitual. El tipo queda así equiparado al interés de demora en el ámbito tributario, y diferenciado del que rige, con carácter general, para los derechos de naturaleza pública no tributarios, que es el interés legal sin dicho incremento.

El tipo de interés legal se suele modificar con periodicidad anual por lo que puede cambiar durante el período de devengo. En tal caso será de aplicación el art. 17.2 LGP que, siguiendo una doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 28 de septiembre y 11 de octubre de 1990, entre otras), dispone que *el interés de demora resultará de la aplicación, para cada año o periodo de los que integren el periodo de cálculo, del interés legal fijado en la Ley de Presupuestos para dichos ejercicios.*

El momento inicial de devengo será el del pago de la subvención, no el del vencimiento del plazo para justificar o rendir la cuenta, y el final, la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro.

A partir del momento en que se acuerde el reintegro, el devengo de los intereses sobre la cantidad liquidada habrá de seguir el régimen establecido para los derechos de la Hacienda Pública en la Ley General Presupuestaria (art. 11), la cual a su vez se remite a la Ley General Tributaria (LGT) y al Reglamento General de Recaudación. Por tanto, el obligado gozará de un plazo para ingresar en período voluntario, sin recargos ni intereses. Vencido el plazo para el ingreso en período voluntario, en los términos fijados en la LGT (art. 62), sin que se haya hecho efectiva la cantidad liquidada, se inicia el período ejecutivo, lo que determina la exigencia de los intereses de demora y de los recargos de dicho período (art. 161 LGT): recargo ejecutivo (5 por 100), recargo de apremio reducido (10 por 100) y recargo de apremio ordinario (20 por 100), los dos primeros de los cuales son incompatibles con la exigencia de intereses (art. 28 LGT).

Pues bien, este marco legal presenta excepciones en el caso de que el reintegro sea consecuencia de una decisión de recuperación de la Comisión Europea (art. 37.3 h) LGS), tanto en cuanto al tipo como en cuanto al período de devengo. En tal caso, será aplicable “un tipo adecuado que fije la Comisión”, según nos dice el art. 14.2 Reglamento CE 659/1999, previsión que se desarrolla en el cap. 5 del Reglamento 794/2004.

Tampoco existe coincidencia en el *dies ad quem*. A tenor del citado art. 14.2 “los intereses se devengarán desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación”. Es decir, que si bien en el *dies a quo* habrá coincidencia (entre puesta a disposición de la ayuda y pago no tiene por qué haber diferencia) no puede decirse lo mismo del *dies ad quem*, que mientras en las subvenciones nacionales será la “la precisa fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro”, sin perjuicio de los recargos e intereses que puedan generarse en fase recaudatoria, en las derivadas de una decisión de recuperación será “la fecha de recuperación”, sin desdoblamiento del período de devengo.

b) *Prescripción*

La prescripción de los derechos de reintegro se regula por la LGS siguiendo, en lo sustancial, el régimen establecido en la LGP para los derechos de naturaleza pública, si bien la LGS contiene ciertas peculiaridades, fuera de las cuales habrá de aplicarse el régimen común.

La LGP impone (art. 15) un desdoblamiento del tiempo para que se produzca prescripción de derechos de modo que, primero, se fija un plazo prescriptivo para el reconocimiento y liquidación del crédito a favor de la Hacienda Pública, más allá del cual no cabrá practicar estos actos, y sólo a partir de éste nacerá la acción para exigir el cobro, mediante el ejercicio de la función recaudatoria, para lo que se establece un segundo plazo. Sin embargo, en la LGS no se contiene mención del segundo de los plazos, por lo que habrá de aplicarse el general de cuatro años a contar desde la fecha de notificación de la liquidación. Por el contrario, se ocupa del plazo de prescripción para reconocer o liquidar el reintegro reiterando el general de cuatro años, aunque con peculiaridades en la fijación de la fecha inicial de cómputo (dies a quo) y en las causas de interrupción. A tenor del art. 39 LGS, éste plazo se computará, en cada caso:

- a) *Desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora.*
- b) *Desde el momento de la concesión, en el supuesto previsto en el apartado 7 del artículo 30.*
- c) *En el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un período determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo.*

Una vez más se omite la referencia a las peculiaridades de la prescripción de los reintegros derivados de una decisión de recuperación. En relación con esta el art. 15.1 Reglamento 659/1999 establece que “las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas estarán sujetas a un plazo de prescripción de diez años.

El plazo de prescripción se contará a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario, bien como ayuda individual, bien en virtud de un régimen de ayudas”.

Ahora bien, estamos ante un plazo para que la Comisión pueda ordenar la recuperación. A partir de este momento entran en acción las competencias del Estado miembro, y por tanto entiendo que los plazos de prescripción deberán de ser los que en éste rigieran, es decir, los que fija en el Derecho español la LGS o la LGP (4 años para la cobranza).

c) *Procedimiento de reintegro*

Hasta la LGS, la ejecución de la decisión planteaba serios problemas en España pues el Derecho Comunitario se remite al Derecho de los Estados en cuanto al procedimiento, aunque, eso sí, urgiendo una ejecución inmediata. De conformidad con el art. 14.3 R 659/1999, “la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho Comunitario”.

Pues bien, frente a esta exigencia comunitaria, nuestro Derecho carecía de un cauce específico para exigir el reintegro en estos casos y el de revisión de oficio no siempre resultaba aplicable por cuanto no concurría necesariamente causa de nulidad que permitiera aplicarlo, ni la propia decisión podía considerarse título ejecutivo.

Con la tipificación de esta causa, la LGS ha venido a dar solución al problema al determinar el cauce procesal para la efectividad de la obligación que pesaba sobre el Estado.

Ahora bien, el reintegro por cualquiera de las causas que se enumeran en el art. 37 (no realizar la actividad subvencionada, no justificar...) va precedido de un procedimiento declarativo de la procedencia de reintegrar. A tenor del art. 41.1. LGS “el órgano concedente será el competente para exigir del beneficiario o entidad colaboradora el reintegro de subvenciones mediante la resolución del procedimiento regulado en este capítulo, cuando aprecie la existencia de alguno de los supuestos de reintegro de cantidades percibidas establecidos en el artículo 37 de esta Ley. Y el art. 42.1 LGS:

1. El procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo.

El ordenamiento español se ha dotado, por tanto, de un procedimiento para el reintegro de las subvenciones que se declara de aplicación a las que tienen su origen en una decisión de recuperación. Sin embargo, el reintegro por esta causa se aparta en algunos aspectos de estas previsiones, lo que es lógico pues a la Administración no le queda margen para acordar otra cosa que exigirlo. Por ello el art. 41 añade en su apartado 2:

“Si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso *ejecutará* dichos acuerdos”.

Por tanto, el responsable de la recuperación será la autoridad que la concedió (estatal, autonómica o local) que vendrá vinculada a ejecutar la decisión comunitaria.

Esta previsión no supone en realidad merma de garantías pues el beneficiario ya habrá podido intervenir en el procedimiento seguido en la Comisión. Si se hubiera vulnerado algún principio comunitario como el de confianza legítima esta circunstancia ya habrá sido valorada por comisión (art. 14.1 Reglamento in fine).

Es dudoso si estas previsiones autorizan a considerar que queda excluido el procedimiento declarativo, como defienden algunos, debiendo entrarse directamente la fase de ejecución. Frente a esta tesis se puede objetar que no cabe hablar de una exclusión total de la fase declarativa pues, al no ser el destinatario de la decisión de recuperación el beneficiario sino el Estado, será preciso determinar cuál es el órgano al que corresponde la gestión del recurso así como la identidad de los beneficiarios de la ayuda ilegal e incompatible, los importes, y trasladarle la orden de recuperación, actuaciones que son anteriores a la ejecución propiamente dicha, es decir, anteriores al cobro. Algunas de estas actuaciones tales la identidad de los beneficiarios de la ayuda ilegal e incompatible, y la determinación de los importes a reintegrar pueden resultar muy complejas.

No obstante, entiendo que estas actuaciones, no son sino incidencias de la fase de ejecución, y que no autorizan a hablar de una fase declarativa propiamente dicha. En último extremo, de considerarse integrantes de una fase declarativa, habrá que convenir que el sentido de la decisión de recuperación vendrá predeterminado.