

EL CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS POR LOS JUECES NACIONALES

Mercedes PEDRAZ CALVO

Magistrado

1. INTRODUCCIÓN

El primer informe de la Comisión sobre la Política de la Competencia, de abril de 1971, que se publicó unido al Quinto Informe General sobre la Actividad de las Comunidades, incluía reveladoras declaraciones sobre las Ayudas de Estado. La Comisión autodefinía su papel «como factor de coherencia y de eficacia sin el que se desarrollarían tensiones insostenibles en el seno del Mercado Común» y ponía el acento en la necesidad de transparencia de las ayudas «no sólo para permitir a las instancias comunitarias apreciar su incidencia y a los poderes públicos y a la colectividad medir exactamente su peso, sino igualmente para permitir que las empresas mismas puedan apreciar su situación de competencia real».

Casi treinta años más tarde las dificultades que el control de las ayudas públicas plantea apenas se han suavizado, porque éstas se despliegan a niveles muy difusos, y así su control choca con serios obstáculos prácticos: la forma de algunas ayudas hace muy difícil apreciar su incidencia, y resulta especialmente complicado aislar las consecuencias sectoriales de los sistemas de ayudas que tienen como finalidad estimular el desarrollo regional. Como consecuencia de una doctrina jurisprudencial clara del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Comisión, en 1995, efectúa la «Comunicación sobre la Cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado», con el objeto declarado de servir de guía en materia de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en el ámbito de las ayudas de Estado.

A los efectos de esta exposición resulta mucho más sugestivo e ilustrativo el texto de esta Comunicación que el posterior Reglamento del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CEE (actual art. 88): a los jueces y tribunales de los Estados miembros les interesa fundamentalmente el papel que se les atribuye expresamente para el control de las ayudas de Estado, y para su desempeño constituye un instrumento a utilizar la

«asistencia» de la Comisión a los órganos jurisdiccionales nacionales «mediante el establecimiento de una cooperación más estrecha con dichos órganos para la aplicación de los artículos 92 y 93».

2. EL PAPEL DE LOS JUECES NACIONALES EN EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido que la última frase del apartado 3 del artículo 93 del Tratado CEE (actual art. 88 CE) tiene efecto directo. El tenor literal del precepto es el siguiente: «El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva» y la prohibición alcanza tanto a las ayudas ejecutadas y no notificadas (excepto las «existentes») como a las notificadas, hasta el momento en que la Comisión las autorice.

En este contexto, la misión encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales es la de velar por los derechos de que gozan los particulares en virtud del efecto directo de la prohibición citada, haciendo valer todos los mecanismos y facultades a su disposición previstos en el Derecho interno para garantizar que la obligación del Estado de no ejecutar las ayudas se cumple. La Comunicación citada de la Comisión mencionaba expresamente que el juez nacional puede en su caso adoptar medidas provisionales, como la suspensión de las ayudas o la devolución de las sumas indebidamente percibidas por los beneficiarios de las mismas, así como ordenar la reparación de los daños sufridos por los perjudicados.

Se recuerda la sentencia *Francovich*, en la cual el TJCE estableció que: 1) el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violación del Derecho comunitario imputables a dicho Estado es inherente al sistema del Tratado; 2) el juez nacional que, siendo competente para conocer del litigio, no puede ordenar medidas cautelares, porque su Derecho interno no se lo permite, ha de excluir la aplicación de esa norma.

La cuestión preliminar que debe establecer el juez nacional que conoce de un litigio basado en la infracción del artículo 93.3 del Tratado CEE (actual 88 CE) es la determinación de si la actuación administrativa impugnada es o no una «ayuda» a los efectos estudiados.

Brevemente conviene recordar que, en una delimitación *subjetiva* la «ayuda de Estado» incluye la otorgada a todos los niveles, manifestaciones y emanaciones de la autoridad pública, ya que lo fundamental no es *quién* conceda la ayuda, sino el hecho de que ésta se lleve a cabo, directa o indirectamente, con cargo a fondos públicos.

En el aspecto *objetivo*, basta con que constituya una ventaja comparativa otorgada a una o unas determinadas empresas sobre bases más favorables a las que rigen en el mercado. En cuanto a la delimitación

formal, pueden concederse de muy variadas formas, desde por medio de una Ley hasta con la forma de cualquier tipo de acto administrativo. Por último, su *finalidad* es indiferente si infringen la prohibición de que tales medidas falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

La jurisprudencia de los dos últimos años del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia ha definido como ayudas las que se recogen a continuación, a título ilustrativo.

La Sentencia de 29 de enero de 1998 TJCE (asunto C-280/1995), Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana, dictada en recurso por incumplimiento de una Decisión de la Comisión relativa a una ayuda de Estado, declara el incumplimiento por Italia de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE. El Gobierno italiano, mediante una Orden Ministerial estableció a favor de las empresas italianas de transporte por carretera por cuenta ajena un crédito fiscal relativo a varios impuestos. Se declaró por el Tribunal que esta medida constituía una ayuda, que era ilegal (no autorizada) e incompatible por aplicación del artículo 92 del Tratado (actual 87) y del Reglamento 1107/1970. Se ordena suprimirla y recuperarla con aplicación de las normas de Derecho interno, especialmente las relativas a los intereses de demora sobre los créditos del Estado, intereses que empezaran a devengarse desde la fecha de concesión de la ayuda.

La Sentencia de 19 de febrero de 1998 del TJCE (asunto C-309/1995), Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea declara inadmisibles por extemporáneo un recurso de anulación. La Comisión pretendía que se anulase una Decisión que declaraba compatible con el Mercado Común una ayuda de 660 francos por hectárea que el Estado francés concedió a determinados viticultores de esa nacionalidad para obtener un precio de destilación preventiva más próximo al precio del mercado del vino de mesa de otros Estados miembros.

La Sentencia de 2 de abril de 1998 del TJCE (asunto C-367/1995 P), Comisión de las Comunidades Europeas/Chambre Syndicale Nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs, resuelve un recurso de casación contra una Sentencia de l Tribunal de Primera Instancia, declarando nula una Decisión de la Comisión denegatoria de la solicitud formulada por unas empresas de transporte de fondos de declarar que el Estado francés infringió los artículos 92 y 93 (ahora 87 y 88) del Tratado al otorgar ayudas a una empresa.

El servicio francés de correos había constituido una empresa cuyo capital social era propiedad en un 99 por 100 del Estado; esta empresa a su vez constituye (y suscribe el 99,2 por 100 del capital) una segunda, llamada Securipost, a fin de transportar fondos, custodiar, proteger y vigilar dicho transporte. El organismo de Correos le adscribe más de 200 funcionarios, y contrata con la misma la realización de estos servicios, antes desempeñados por el propio Correos y le concede un anticipo rein-

tegrable. Más tarde Correos suscribe un aumento de capital mediante la aportación del valor neto de la rama de actividades que le ha cedido, (concretado en una aportación dineraria) y le concede un segundo préstamo-anticipo al tipo bancario básico incrementado en medio punto.

En estas circunstancias la Comisión consideró que Securipost había recibido apoyo de Correos y en definitiva del Estado francés en el momento de su constitución e introducción en el mercado, pero que tal apoyo no constituía una ayuda de Estado en los términos previstos en el artículo 92.1 del Tratado (actual 87). El Tribunal de Primera Instancia llegó a conclusiones diferentes: la Comisión no había tenido en cuenta o no había valorado debidamente que: 1) los funcionarios cedidos volvían en su caso a la Administración, sin coste alguno para Securipost en concepto de indemnización por despido ni cotización por seguro de desempleo; 2) si bien la cesión de locales no era gratuita, no se acreditó que el alquiler abonado fuese competitivo; 3) no constaba que las tarifas aplicadas en concepto de alquiler de vehículos fuesen competitivas; 4) no se comprobó en qué condiciones se produciría el reintegro del anticipo de 15 millones de francos, y 5) por último, no se comprobaron los precios cobrados por Securipost a Correos, precios que los denunciantes señalaban como sensiblemente más altos que los facturados a otros clientes.

El Abogado General recordó en sus conclusiones que el artículo 93.3, última frase (actual 88), tiene efecto directo y que si se ejecuta una ayuda no notificada a la Comisión, los interesados pueden invocar dicha disposición ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Señaló que estos órganos jurisdiccionales son los que deben garantizar a los interesados que «extraerán de este hecho todas las consecuencias, conforme al Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas contraviniendo esta disposición o eventuales medidas provisionales», y que si bien la Comisión es la única competente para declarar la compatibilidad de una ayuda con el Mercado Común (sometida al control del TJCE), no lo es en lo relativo a la cuestión de si existe o no una ayuda.

La Sentencia de 7 de mayo de 1998 del TJCE (asuntos acumulados C-52/1997, C-53/1997 y C-54/1997), Epifanio Viscido y otros/Ente Poste Italiana, resuelve en el marco de una solicitud de decisión prejudicial planteada por un juzgado italiano que la disposición litigiosa no era constitutiva de ayuda. Un grupo de trabajadores había presentado una demanda contra Correos solicitando que se consideraran indefinidos sus contratos suscritos por tiempo determinado, denunciando que esta empresa estaba exenta por Ley de las normas de aplicación general en materia de duración de los contratos de trabajo. Los demandantes consideraban que tal exención era constitutiva de una ayuda de Estado en el sentido previsto en el artículo 92 del Tratado (actual 87).

La Sentencia de 12 de noviembre de 1998 del TJCE (asunto C-415/1996), Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas,

resuelve en sentido desestimatorio un recurso de anulación contra una Decisión de la Comisión. Ésta a su vez modificaba en ejecución de sentencia otra anterior declarando que las ayudas concedidas por España a Hytasa no son compatibles con el Tratado: en concreto consideró ayudas públicas otorgadas con infracción de lo dispuesto en el artículo 93.3 (actual 88) una aportación de capital de 4.200 millones de pesetas por parte de la Dirección General de Patrimonio del Estado que formaba parte del proceso de privatización.

La Sentencia de 1 de diciembre de 1998 del TJCE (asunto C-200/1997), *Ecotrade Srl/Altiforni e Ferriere di Servola Spa* resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Italia relativa a la interpretación del artículo 92 (actual 87) del Tratado: si una Ley que permite las excepciones a las normas de Derecho común en materia de quiebra para determinadas empresas es contraria a lo previsto en el artículo 4, letra c), del Tratado CECA. El TJCE declaró que tales excepciones eran incompatibles con el Tratado en los siguientes supuestos: 1) si la empresa es autorizada para continuar su actividad económica en circunstancias en que no lo permitiría el Derecho común en materia de quiebra; y 2) si disfrutó de una o varias ventajas como una garantía del Estado, un tipo de gravamen reducido, una exoneración de la obligación de pago de multas y otras sanciones pecuniarias o una renuncia efectiva, total o parcial de los ingresos públicos, a las que no habría podido aspirar otra empresa insolvente en el marco de la aplicación de las normas de Derecho común en materia de quiebra.

La Sentencia de 28 de enero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia (asunto T-14/1996), *Bretagne, Angleterre, Irlanda/Comisión de las Comunidades Europeas*, estima un recurso de anulación de una Decisión de la Comisión adoptada el 7 de junio de 1995. La Diputación Foral de Vizcaya y la empresa «Feries Golfo de Vizcaya» firmaron un acuerdo por el que la primera se comprometió a adquirir de la segunda un número determinado de vales de viaje a un cierto precio. La Comisión había determinado que el acuerdo no constituía una ayuda de Estado, y el Tribunal declara que dicha adquisición de un elevado número de vales de viaje por parte de la Diputación Foral no tiene el carácter de una transacción comercial normal.

La Sentencia de 28 de enero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia (asunto T-230/1995), *Bretagne, Angleterre Irlanda/Comisión de las Comunidades Europeas*, desestima una solicitud de indemnización relativa a la misma decisión de la Comisión objeto de la sentencia anterior (la de 7 de junio de 1995). La solicitud se fundaba en la tardanza de la Comisión en notificar la decisión, no en la decisión misma, y fue desestimada por falta de nexo causal y por falta de prueba de los perjuicios morales.

La Sentencia de 12 de febrero de 1999 del Tribunal de Primera Instancia (asunto T-86/1996), *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt Unternehmen (ADL)/Comisión de las Comunidades Europeas*, niega legi-

timación tanto a una empresa del sector como a una asociación de empresas en un recurso de anulación de una decisión que prohíbe a Alemania la prórroga de una normativa fiscal sobre la adquisición de aviones nuevos en dicho Estado.

La Sentencia de 29 de abril de 1999 del TJCE, Reino de España/Comisión, estima el recurso de anulación de una Decisión que declara que son ayudas de Estado en el sentido del artículo 92 (actual 87) del Tratado, las medidas adoptadas por el Estado español en favor de la empresa Tubacex. El problema se había planteado porque el Estado español aplicó un tipo de interés del 9 por 100 a las cantidades que dicha empresa adeudaba al Fogasa y a la Seguridad Social. El Tribunal estimo que: 1) acreditado que la anticipación por parte del Fogasa de cantidades para el pago de salarios no es constitutiva de una ayuda de Estado; 2) puesto que el Fogasa acreedor público actúa como lo haría un acreedor privado tratando de recuperar las sumas que se le adeudan, para lo cual celebra convenios con el deudor, de aplazamiento y fraccionamiento de pago, lo que no constituye una ayuda de Estado, y 3) dado que el interés que aplica el acreedor público es más alto que el aplicado por el sector privado, no es constitutivo de ayuda de Estado el que se iguale aquél con éste.

La Sentencia de 19 de mayo de 1999 de TJCE (asunto C-6/1997), República Italiana contra Comisión CE, resuelve, en el marco de un recurso de anulación, que el concepto de ayuda de Estado comprende no sólo prestaciones positivas, como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. Declara que una medida que concede exenciones tributarias a las empresas del transporte de mercancías por carretera por cuenta ajena constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 (87 nuevo) del Tratado CE.

La Sentencia de 17 de junio de 1999 del TJCE (asunto C-295/1997), Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rilnaldo Piaggio Spa, resolviendo una cuestión prejudicial en relación con la Ley italiana 95/1979, que estableció el procedimiento de administración extraordinaria de las grandes empresas en dificultades. Las empresas en administración extraordinaria se rigen por las normas generales de la Ley sobre la Quiebra, pero a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento del régimen ordinario en materia de quiebra, en el caso de la administración extraordinaria la suspensión de toda acción de ejecución se extiende a las deudas de naturaleza fiscal, así como a las sanciones, intereses y recargos en caso de ingreso tardío del Impuesto de Sociedades. El Tribunal resolvió que constituye concesión de una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 (actual 87): 1) la autorización a una empresa para continuar su actividad económica en circunstancias en las que dicha posibilidad hubiera quedado excluida en el marco de la aplicación del régimen ordinario en materia de quiebra, y 2) la concesión de ventajas como la garantía de

sus deudas por el Estado, la aplicación de un tipo de gravamen reducido, una exoneración de la obligación de pago de multas y otras sanciones pecuniarias, o una renuncia del Estado al cobro de créditos públicos, si otra empresa comprendida en el régimen ordinario de la quiebra no hubiera podido aspirar a tales concesiones.

El Tribunal previamente declara: en el marco de un procedimiento de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho nacional o pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el artículo 92 del Tratado CE (actual 87); no obstante, el juez nacional que debe resolver un litigio cuyo objeto sea «que extraiga consecuencias de la infracción de la última frase del apartado 3 del artículo 88 CE (antiguo art. 93, apartado 3, última frase) puede solicitar aclaraciones a la Comisión «o puede plantear una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 92 (actual 87) del Tratado, para determinar si las medidas estatales controvertidas constituyen ayudas de Estado que deberían haber sido notificadas a la Comisión.

Un primer dato respecto del protagonismo de los jueces nacionales en la materia nos lo ofrece la comprobación de que entre las doce sentencias reseñadas, tres fueron dictadas en respuesta a una cuestión prejudicial.

3. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ ESPAÑOL EN EL CONTROL DE LAS AYUDAS DEL ESTADO

En nuestro Derecho interno, la concreción de esta intervención del juez nacional como aplicador del Derecho comunitario, en el marco de la colaboración con las autoridades comunitarias que se ha descrito, plantea básicamente dos problemas: la configuración del objeto del proceso contencioso-administrativo y la legitimación en dicho proceso.

A. LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa incluye entre sus propósitos la desaparición del tradicional carácter «revisor» de esta jurisdicción, y concibe el recurso contencioso-administrativo como el medio para «obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración» (Exposición de Motivos).

El cambio operado se concreta en el artículo 1.1 de la Ley que señala como área del conocimiento de los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo «las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo...». Los artículos 25 y siguientes de la Ley señalan el objeto

del recurso contencioso-administrativo, y como actividad administrativa impugnabile las siguientes posibilidades: *disposiciones generales, actos administrativos expresos, actos administrativos presuntos, actos de trámite, inactividad de la Administración y vía de hecho.*

De estos posibles objetos de recurso, y en el marco del tema objeto de esta reflexión, conviene precisar que el artículo 25 de la nueva Ley, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, establece que puede recurrirse un acto de trámite cuando determine la imposibilidad de continuar el procedimiento, cuando produzca indefensión, y cuando produzca perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos. El control de la potestad reglamentaria de la Administración se articula en la Ley mediante la impugnación directa de disposiciones generales, el recurso indirecto con ocasión de actos de aplicación (recurso fundado en que la disposición general es contraria a derecho) y la cuestión de ilegalidad (que debe plantearse por el juez o tribunal que ha dictado sentencia firme por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada).

La principal novedad de la Ley en cuanto al objeto del recurso es la posibilidad de impugnar la inactividad de la Administración, para lo que ha previsto dos supuestos: 1) que la Administración, en virtud de una disposición, acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, y 2) que la Administración no ejecute sus actos firmes.

Por último, la Ley 29/1998 regula el recurso contra la llamada «vía de hecho» que el Tribunal Constitucional definió en la Sentencia 160/1991 (de 18 de julio) como una «pura actuación material, no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica» y que la doctrina identifica con el ejercicio por la Administración de prerrogativas fuera de las potestades que tiene legalmente atribuidas o sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

En cualquiera de estos recursos, la pretensión que puede ejercitar el actor es la anulación del acto o disposición impugnados y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada junto con la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, incluyendo la indemnización de daños y perjuicios. En caso de recurso contra la inactividad de la Administración la pretensión alcanzará a la condena de la misma a cumplir su obligación, y en caso de recurso contra la vía de hecho a la declaración de que ésta es contraria a Derecho, debe cesar y restablecerse la situación jurídica.

Numerosas cuestiones relativas al objeto del proceso contencioso-administrativo pueden plantearse y se han suscitado en litigios donde se cuestionan posibles ayudas de Estado.

Así en alguno de los recursos tramitados en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco impugnando diferentes normas forales «de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica», se solicitó por los

demandados la terminación del recurso por falta de objeto, al haber perdido vigencia las mismas por su temporalidad y por haber sido derogadas por sustitución.

La Sala de lo Contencioso-administrativo dictó tres Autos de fecha 10 de septiembre de 1999, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, en los que resuelve: no declarar terminados los recursos *por no extinguirse su objeto* ya que la norma impugnada tiene «ultraactividad» y «vestigios de vigencia» no excluyéndose toda aplicabilidad (R. 2671/93-1) y porque «no cabe hablar siquiera de ultraactividad de la norma derogada, sino de la normal eficacia, aún no agotada, de una norma coyuntural...» respecto de la cual, la Sala señala, cabe esperar una «segura actividad de aplicación» (R. 2679/93-1).

En los tres casos, el proceso se encontraba paralizado porque la Sala había sometido una cuestión de interpretación relevante para su decisión al TJCE en relación con el artículo 92.1 TCE.

En el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional el 3 de marzo de 1999, se declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión de Consumidores de España contra «posibles medidas en ejecución de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, modificada por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social», es decir, contra los llamados «costes de transición a la competencia». El recurso pretendía impedir que por la Administración se llevasen a cabo actos de reconocimiento del derecho de compensación de costes de transición al régimen de mercado competitivo, y en concreto que no se afectase la tarifa eléctrica a los consumidores, y caso de haberse afectado, su cese.

La Sala consideró «obvio que no se impugna ninguna de las actividades administrativas susceptibles de impugnación según lo establecido en los artículos 25 y siguientes de la nueva Ley 29/1998».

B. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La legitimación activa no puede ser conferida en el proceso contencioso-administrativo por razón del único y simple interés en el restablecimiento de una legalidad presuntamente infringida. Es necesario que el recurrente pretenda con su acción obtener un beneficio, material o jurídico, o evitarse un perjuicio concreto del que ha sido privado o que le ha sido ocasionado como consecuencia de la actuación administrativa objeto de impugnación.

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que están legitimadas «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo». El Tribunal Constitucional ha entendido como «interés legítimo» cualquier ventaja o utilidad derivada de la repa-

ración pretendida (STC 60/1982, 62/1983 y otras) y se constata una corriente jurisprudencial favorable al reconocimiento de los intereses colectivos e incluso de los intereses denominados doctrinalmente «difusos» como título legitimador de la acción individual o colectiva. El límite se encuentra en que no puede sustentar la legitimación activa el simple interés por la legalidad o los agravios potenciales o futuros.

La legitimación de las entidades públicas para acceder al recurso contencioso-administrativo está ampliamente reconocida en nuestro Derecho, regulada en el artículo 19 de la Ley de la jurisdicción.

La legitimación constituye un problema procesal de primer orden en los litigios relativos a la impugnación de actos constitutivos de ayudas de Estado. Como ejemplo concreto, en la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, resolviendo la impugnación de tres normas forales reguladoras del Impuesto de Sociedades, en recurso interpuesto por la Federación de Empresarios de La Rioja, se desestima un motivo de inadmisibilidad opuesto por las demandadas, de falta de legitimación de la actora, motivo que ya había sido objeto de alegación previa, resuelta por Auto de 7 de abril de 1998.

Las demandadas alegan el «carácter **incierto e inacreditado** del efecto positivo que una sentencia estimatoria acarrearía para la entidad recurrente», alegación desestimada por la Sala sentenciadora con el siguiente razonamiento:

«... el colectivo empresarial recurrente plantea, entre otras cosas, su aspiración de que los puntos de conexión que determinan la aplicación del régimen foral del Impuesto de Sociedades, permitan beneficiarse del régimen de incentivos creado por las Normas Forales impugnadas no sólo a las entidades domiciliadas en el País Vasco, sino también a quienes lo tienen fuera de él pero operan, realizan inversiones o crean puestos de trabajo en los Territorios Forales, o cuestionan que tales incentivos se puedan alcanzar en el que operan los empresarios sometidos a la normativa estatal como serían los recurrentes.

Se trata de situaciones que, aun desconocidas por la Norma —que no es aplicable a quien se sitúe en las coordenadas de las que los demandantes parten—, revisten toda la significación de un interés legitimante en el proceso orientado a cuestionar no el contenido positivo de preceptos que les sean directamente aplicables, sino el vacío, la omisión o la vertiente negativa de la regulación. Los efectos favorables de la anulación de dichas disposiciones y su incidencia sobre el círculo de intereses del colectivo empresarial accionante se inscriben en la línea de consecución de tales propósitos, y serán o no inmediatos según se contemple la vertiente positiva o negativa de la citada aspiración, pero su certeza es manifiesta».

Más adelante veremos las consecuencias que en el fondo de este mismo recurso tuvo en la consideración del Tribunal sentenciador la legitimación de la actora.

C. LAS MEDIDAS CAUTELARES

En los recursos contencioso-administrativos que tienen su origen en litigios de Derecho de la competencia, por la propia naturaleza de los conflictos subyacentes y por las exigencias de la actividad económico-empresarial, se hace necesario adoptar medidas provisionales tendentes a evitar que en el período de tiempo que necesariamente debe transcurrir entre la iniciación del proceso y la Sentencia desaparezca la eficacia de ésta.

Es así que en estos litigios, la adopción de medidas cautelares constituye un instrumento fundamental para garantizar la protección efectiva de los derechos en discordia. El Derecho comunitario europeo contempla la adopción de medidas cautelares que, en palabras del Abogado General Ruiz Jarabo, son «el instrumento para hacer realidad el principio general de que la necesidad del proceso para tener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón».

Frente a la concepción de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 de la ejecutividad del acto administrativo y la excepcionalidad de la suspensión, la Ley 29/1998 ha tratado de dar respuesta a la exigencia constitucional de articular un sistema de medidas cautelares, como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Las medidas en su regulación actual tienen una naturaleza instrumental, y como consecuencia de este carácter se consagra por la Ley en una cláusula abierta la posibilidad de adoptar «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia». En muchos supuestos la medida adecuada será la de la suspensión de la ejecución del acto administrativo, pero en otros la medida a adoptar será diferente.

La adopción, modificación o revocación de la medida será siempre a instancia de parte, y no podrá decidirla el órgano judicial de oficio, excepto para declarar su extinción por haber recaído sentencia firme o cualquier otra resolución que ponga fin al procedimiento en el que se han acordado. La medida o medidas pueden solicitarse en cualquier estado del proceso, con dos excepciones: en los recursos contra reglamentos deben solicitarse en el escrito de interposición del recurso o en el de demanda, y en los supuestos de vía de hecho, inactividad de la Administración y ejecución de actos firmes, en que pueden solicitarse antes de la interposición del recurso.

El artículo 130 de la Ley 29/1998 tiene el siguiente tenor literal: «1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada.»

Este precepto plantea bastantes dudas, que la jurisprudencia deberá disipar, sobre cuestiones como la desaparición de la referencia a los «daños y perjuicios de muy difícil o imposible reparación», concepto que si bien había sido abandonado por el Tribunal Supremo en materia tributaria, no puede ser apartado en otras en que el recurso perdería su **finalidad legítima** si la sentencia tutela la pretensión del administrado pero no existe la posibilidad de reparar el daño o perjuicio causado.

Puesto que la adopción de medidas cautelares puede acarrear perjuicios a terceros o al interés público, la Ley ha previsto que en estos casos, «cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos».

La dificultad que hasta la fecha vienen encontrando los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa para señalar el importe de las garantías en los supuestos en que el recurso tiene una *cuantía indeterminada* constituye un obstáculo que debe ser muy tenido en cuenta en supuestos como el que nos ocupa.

Tomando como ejemplo un recurso en el que se solicite la suspensión de un acto administrativo que es impugnado por ser constitutivo de una ayuda de Estado comprendida en el artículo 93.3 (nuevo 88) el cálculo de los perjuicios que al solicitante le podría causar la no-suspensión sería más sencillo que la determinación de los que traerá a las empresas o sectores afectados la suspensión. Puesto que la Ley 29/1998 vincula la efectividad de la medida cautelar a la prestación de garantía (ésta además queda afecta durante un año al abono de los daños que la práctica de la medida hubiera podido ocasionar a la Administración o a los particulares afectados), resulta evidente la dificultad de concretar la cuantía de la caución, y si se concretase, de ser aportada por el recurrente.

En el marco normativo que se ha descrito brevemente, quien impugne un acto administrativo por considerar que se trata de una de las ayudas de Estado incluidas en el artículo 93.3 (88 nuevo) del Tratado CE, y pretenda que se adopte la medida cautelar de suspensión de su ejecución, deberá solicitarlo en el marco de un recurso contencioso-administrativo, que debe interponerse en los plazos previstos por el artículo 46 de la Ley 29/1998, estando legitimado para ello, razonando que el recurso perderá su finalidad legítima si no se adopta la medida solicitada, y señalando los intereses particulares y generales afectados.

4. ALGUNOS EJEMPLOS

Un ejemplo paradigmático de los problemas que el Juez Nacional debe enfrentar en un recurso de estas características lo ofrece la Sentencia dictada el 30 de septiembre de 1999 por la Sala de lo Contencioso-ad-

ministrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 3753/1996). En el fundamento jurídico segundo, la Sala hace notar:

«El recurso se inaugura con una cuestión de Derecho Comunitario Europeo de la que se hacen derivar consecuencias de Derecho interno, consistentes en la declaración de nulidad de pleno derecho de las Normas Forales combatidas... por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, por cuanto se habrían aprobado las mismas omitiendo el trámite previsto por el artículo 93.3 del Tratado CEE, de comunicación previa a la Comisión de todo proyecto de concesión de beneficios para las empresas susceptible de ser calificada como “ayuda de Estado”...»

La sentencia continúa planteándose la necesidad de concretar, en primer lugar, si ha de entrar en juego el efecto directo del artículo 93.3, y, en su caso, la calificación como ayudas de las medidas contenidas en la Norma impugnada.

La Sala reconoce que las normas generales, y no sólo las medidas concretas de reconocimiento o concesión formal de una ayuda, pueden ser consideradas actos sometidos a notificación, por lo que entra a examinar si las Normas litigiosas:

«han de quedar sujetas a la obligación de previa comunicación del indicado artículo en razón de ser calificables como consagradoras de un régimen de “ayudas de Estado” a favor de Empresas determinadas que falseen la competencia o amenacen falsearla».

La sentencia se plantea a continuación la necesidad, sugerida por la actora, de suscitar una decisión prejudicial al TJCE, lo que rechaza con el siguiente argumento:

«... en el presente caso, de los hechos y situaciones que dan cobertura al interés procesal de la asociación de empresarios riojanos y de las fundamentaciones que en Derecho constitucional se formulan en otros capítulos del recurso, se llega a la conclusión rotunda de que se está en presencia de un conflicto de Derecho netamente interno y resoluble por el juego de las propias normas y principios constitucionales y de legalidad ordinaria, excediendo de los intereses legitimantes y de las facultades concretas de dicha asociación suscitar una cuestión como la de la definición de las “ayudas de Estado”, que lo que ponen en conflicto hipotético es a la normativa tributaria vasca con la igualdad de trato, la libre competencia y el derecho de libre establecimiento por parte de las empresas comunitarias, y no con los principios y derechos fundamentales que los ciudadanos españoles pueden oponer al contenido de tales regulaciones fiscales...».

La Sala continúa exponiendo que de haber sido la Administración del Estado, garante ante la Unión Europea del cumplimiento de las obligaciones de los Tratados, quien obligada a acudir a los tribunales nacionales por razón del reparto constitucional de competencias, hubiera invocado la invalidez de las normas impugnadas, habría examinado y resuelto

la cuestión, con o sin sometimiento de cuestión prejudicial al TJCE. Y ello porque la cuestión en ese supuesto «incide en un claro interés de fiscalización y control interno ante la Comunidad Europea, y, de otro modo, se despojaría al Estado de todo mecanismo efectivo para poder cumplir sus compromisos». La sentencia concluye que no procede hacer pronunciamiento ni remisión prejudicial sobre la cuestión de las «ayudas de Estado».

Como se indicó más arriba, esta sentencia reconoce legitimación a un colectivo de empresarios para impugnar una norma foral, pero se la niega para plantear que tal norma constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 93.3 (art. 88 nuevo) del Tratado.

En coherencia con el planteamiento expuesto, el mismo Tribunal, llegó a conclusiones diferentes en otros recursos, en los cuales la Administración del Estado impugnó unos concretos incentivos fiscales, con base, entre otros motivos, en la contradicción de las mismas con el Tratado CE.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por albergar dudas respecto de la interpretación del artículo 52 en relación con el apartado 1 del artículo 92 (art. 87 actual) del Tratado CE y considerar que la solución de los litigios precisaba una interpretación del Derecho comunitario, mediante tres autos de 30 de julio de 1997 acordó suspender el procedimiento (la impugnación de las llamadas «vacaciones fiscales») hasta que el TJCE se pronunciara con carácter prejudicial sobre si el régimen de incentivos establecido por las normas litigiosas pudiera resultar incompatible con los artículos 52 (43 nuevo) y 92.1 (87 nuevo) del TCE.

En el trámite de audiencia correspondiente (ante el TJCE), las demandadas en el procedimiento principal alegaron que las normas impugnadas son perfectamente compatibles con la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado. La representación del Gobierno español sostuvo que no cabe hablar de un sistema de ayudas, por la generalidad e indeterminación de los sujetos pasivos a quienes pueden afectar las medidas contenidas en las Normas Forales. La Comisión, por su parte, sostuvo que las medidas controvertidas constituyen ayudas de Estado, en el sentido del apartado 1 del artículo 92 (actual art. 87) del Tratado.

Es interesante señalar que la Comisión indicó que si no adoptó ninguna decisión respecto a la compatibilidad de las medidas litigiosas con el artículo 92 (87 actual) fue porque no le fueron notificadas; continuó señalando que el juez nacional no podrá declarar la incompatibilidad de las mismas basándose únicamente en la infracción del artículo 92.1 porque el mismo no tiene efecto directo; pero sí podrá garantizar a los justiciables que puedan alegar un incumplimiento de la obligación de notificación previa a la ejecución de las medidas, con todas las consecuencias, tanto en lo relativo a la validez de los actos que conlleven la ejecución de las medidas de ayuda, como a la devolución de las ayudas económicas concedidas.

El 1 de julio de 1999 el Abogado General presentó sus conclusiones en este recurso, y en las mismas se recoge que son medidas discriminatorias y que constituyen ayudas de Estado incompatibles con el mercado único.

En la fecha en que se redactan estas líneas, el TJCE no ha dictado sentencia, pero las actividades judiciales descritas han tenido consecuencias. En un artículo publicado en el número de julio 1999 de la revista *Forum fiscal de Bizkaia* el Abogado Javier Muguruza se preguntaba ¿qué implicará una sentencia en términos coincidentes con las conclusiones del Abogado General?, y contestaba: es previsible que la Comisión «exigirá la devolución de las cantidades dejadas de tributar en aplicación de los incentivos calificados como ayuda de Estado». Con un cierto tono profético concluía que sólo el desistimiento del recurso principal por parte de la Administración del Estado exoneraría al Tribunal Superior de Justicia de la obligación de dictar sentencia y de mantener la cuestión prejudicial.

El pasado 19 de enero de 2000 se hacía público el Acuerdo suscrito entre los ejecutivos central y autonómico vasco, que incluía la retirada de los recursos interpuestos por la Administración, 75 en total, contra los incentivos fiscales de las haciendas forales vascas, y el compromiso de éstas de retirar tales incentivos.

Esta reflexión no puede concluir sin poner de manifiesto que el juez nacional tiene competencias para controlar las ayudas de Estado: puede y debe velar porque se cumplan las obligaciones impuestas por el Tratado, y la configuración del proceso contencioso-administrativo por la Ley 29/1998 permite la impugnación de las medidas constitutivas de una ayuda ejecutada y no notificada o notificada y no autorizada.

