

# Las ayudas y subvenciones en el Derecho Comunitario

Enrique Muñoz de Juan

Letrado de la Cámara de Cuentas de Andalucía

El artículo pretende delimitar los conceptos de ayuda y subvención en el Derecho comunitario y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, analizando la responsabilidad patrimonial de los Estados cuando son otorgadas ilegalmente.

Dentro de lo que se califica como actividad de fomento de la Administración, los poderes públicos, con la finalidad de impulsar determinadas actuaciones de los ciudadanos, ofrecen ayudas de distinta naturaleza, generalmente de carácter económico.

Los medios de fomento se configuran como uno de los instrumentos más eficaces de promoción de la iniciativa económica privada, pero también como una vía a través de la que se puede orientar el mercado en una concreta dirección.<sup>(1)</sup>

(1) JORDANA DE POZAS. L., *Ensayo sobre una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo*, en *Estudios de Administración Local y general en honor a Jordana de Pozas*. Madrid. 1961, I. y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER., S. *Derecho Administrativo Económico*, I. Madrid. 1988.

En nuestros días, la diversidad de incentivos de consecuencias económicas y que fomentan una determinada actividad, tienen tal importancia que han originado que a todos ellos se les denomine con el término común de ayudas. Así, pueden considerarse ayudas públicas los préstamos bonificados, avales, premios, becas..., en definitiva aquellos impulsos financieros que conllevan una ventaja patrimonial o económica en favor del beneficiario.

Por ello, es preciso delimitar los conceptos de ayuda y subvención, ya que dentro de los incentivos económicos que conllevan para la Administración una salida de dinero público en favor de un particular o de un organismo, esta última ocupa un papel sobresaliente.

La subvención, en un concepto ya consolidado, se configura como una atribución patrimonial que un ente administrativo otorga a título no devolutivo y afecto al cumplimiento de una determinada carga a favor de personas privadas.<sup>(2)</sup>

Este concepto excluye las transferencias ya que suponen una entrega o desplazamiento dinerario o en especie entre agentes de las Administraciones Públicas, de estas a otras entidades públicas o privadas y a particulares, así como las realizadas a otra Administración Pública, sin contrapartida directa de los entes beneficiarios,

(2) FERNÁNDEZ FARRERES. G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid. 1985.



destinándose a financiar operaciones genéricas.<sup>(3)</sup>

Por ende, las transferencias no pueden considerarse subvenciones porque no están afectadas a una finalidad específica, concreta y determinada ni sometidas a una carga por los beneficiarios. En definitiva, se puede afirmar que toda subvención es una transferencia pero no toda transferencia se configura como una subvención.

En nuestro Derecho positivo, el artículo 81. 2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria recoge dos conceptos distintos, sin especificar qué considera ayudas y qué subvenciones.

Todos los demás textos legales que incluyen alguna regulación sobre la materia, utilizan indistintamente los términos de subvención y ayuda. Por ejemplo, verbi gratia: el artículo 1 del Reglamento de Procedimiento para la Concesión de Subvenciones Públicas de 17 de diciembre de 1993, el artículo 4. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 mayo de 1982, el artículo 38 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988, el artículo 4. 1 b) de la Ley de la Cámara de Cuentas de Andalucía de 17 de marzo de 1988 o el artículo 2 de la Ley Foral de 9 de junio de 1997, por la que se regula el Régimen General para Concesión y Control de Subvenciones en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. También el artículo 308 del nuevo Código Penal se refiere al delito por fraude de subvención, desgravación o ayuda.

Únicamente la Ley de Subvenciones de la Comunidad de Madrid

de 8 de marzo de 1995, considera a las subvenciones que no a las ayudas, configurando su artículo 1 como notas definitorias: que la entrega se realice sin contraprestación por los beneficiarios, afectada a un fin, propósito o actividad y cuyo incumplimiento originará su reintegro, debiendo responder su finalidad a una utilidad pública o interés social.

Una nueva perspectiva viene dada por nuestra incorporación a la Unión Europea, lo que obliga a un examen detallado de esta materia en el Derecho comunitario.

El artículo 92.1 del Tratado de la Comunidad Europea dice: "Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los 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".

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en diferentes resoluciones, ha comparado los términos subvención y ayuda, estimando que la primera se trata de una prestación en metálico o en natura otorgada para el mantenimiento de una empresa al margen del pago, por el comprador o usuario, de los bienes o servicios que produce, en tanto la segunda es un concepto más general que comprende no solo prestaciones positivas, como son las subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesan sobre el presupuesto de una empresa y que, sin ser subvenciones, tienen idéntica naturaleza y efectos.

*En nuestro Derecho positivo, el artículo 81.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria recoge dos conceptos distintos, sin especificar qué considera ayudas y qué subvenciones*

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia Banco Exterior de España de 15 de marzo de 1994 (C-387/92, Rec. I-879), expresa: "El artículo 92 del Tratado tiene por objeto evitar que los intercambios entre Estados miembros resulten afectados por ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo formas diversas, falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

Posteriormente añade: "[...] el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias 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".

En la sentencia Syndicat français de L'Express international, de 11 de julio de 1996 (C-34/94. I. 3577) concluye que el concepto de

(3) SESMA GONZÁLEZ. B. *Las subvenciones y su control. Sindicatura de Comptes. Valencia. 1997.*



ayuda comprende también las intervenciones que, bajo formas diversas alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen los mismos efectos. Así, considera que el suministro de bienes o la prestación de servicios en condiciones preferenciales pueden constituir ayudas de Estado.

La creación del mercado común provoca un efecto movilizador y un incremento sustancial de la concurrencia de los agentes económicos, oferentes y demandantes, con la inmediata consecuencia del aumento de la competencia de las empresas para mantener o ampliar sus posiciones en el mercado. Las normas sobre la competencia de la Comunidad Europea tratan de evitar los acuerdos sobre precios o condiciones de comercialización, los reparos de mercados, las limitaciones a la producción o comercialización de productos y las medidas que puedan falsear o restringir la libre competencia dentro del mercado <sup>(4)</sup>.

Las ayudas o subvenciones se han transformado en uno de los instrumentos del moderno intervencionismo económico, incidiendo en el funcionamiento normal del mercado, pudiendo llegar incluso a distorsionar gravemente el principio de libre competencia y de la competencia leal. Si el intervencionismo de cada uno de los Estados mediante la concesión de ayudas puede ocasionar importantes perturbaciones en sus sistemas económicos internos, aún más cuando el objetivo está en alcanzar un merca-

do único supranacional. Por tanto, las ayudas no pueden ser utilizadas para favorecer y proteger a los productores nacionales, trasladando las dificultades a otros países de la Unión <sup>(5)</sup>.

El artículo 2 del Tratado define como objetivos de la Comunidad Europea el desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, la expansión continua y equilibrada, la estabilidad creciente, la elevación del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la componen. Para alcanzar estos fines y tras la creación de un mercado común y la aproximación de las políticas económicas de los Estados, el artículo 3 enumera una serie de instrumentos, entre los que destaca "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común".

Los artículos 85 a 90 del Tratado contienen las normas materiales que regulan la competencia, para seguidamente los artículos 92 a 94, establecer las normas aplicables a las ayudas otorgadas por los Estados.

La propia Comisión de la Comunidad Europea en su duodécimo Informe sobre la Política de la Competencia, resalta como la regulación de los artículos 92 a 94 del Tratado de la Comunidad Europea trata de evitar que las ayudas puedan ser utilizadas como una forma de proteccionismo para favorecer a los productores nacionales, ofrecerles ventajas en la competencia y evitar la adaptación estructural necesaria. En resumen, para trasladar las dificultades a los competidores de otros Estados. A la vista de la im-

portancia del comercio de productos industriales en la Comunidad, estas ayudas, aunque puedan parecer beneficiosas desde un punto de vista nacional a corto plazo, pueden amenazar y poner en peligro la unidad del Mercado Común.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal comunitario que para determinar si una medida concreta tiene la consideración de ayuda de Estado y por tanto, destinada a favorecer a los productores nacionales, procede examinar si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables con los de los organismos gestores del sector público habrían efectuado aportaciones de capital de la misma importancia. A este respecto su sentencia de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión (C-42/93, Rec. I-4177) precisó: "aun cuando el comportamiento del inversor privado, al que debe compararse la actuación del inversor público que persigue objetivos de política económica, no es necesariamente el del inversor ordinario que coloca capitales en función de su rentabilidad a un plazo más o menos corto, si debe ser, por lo menos, el de un holding privado o grupo privado de empresas que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo".

Es preciso destacar el criterio recogido en la sentencia de 13 de julio de 1988, Francia/Comisión, (102/87, Rec. 4067) por el que [...] una ayuda puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros y falsear la competencia, incluso cuando la empresa beneficiaria no participa ella misma en las exportaciones, dado que se encuentra en una situación de competencia con productores procedentes de otros Estados miembros". En

(4) FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la Competencia*. Navarra 1994. También FONT GALÁN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia. 1986

(5) FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid. 1993.



efecto, cuando un Estado miembro de la Comunidad Europea concede una ayuda a una empresa, la producción interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que con ello disminuyen sensiblemente las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado miembro<sup>(6)</sup>.

También la ayuda puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros, incluso en aquellos casos en los que el beneficiario exporta la totalidad de su producción fuera de la Comunidad, teniendo en cuenta la interdependencia de los mercados en los que actúan las empresas comunitarias, como reconoce la sentencia Tubemeuse, de 21 de marzo de 1990 (C-142/87. Rec. I. 959).

Delimitados los supuestos de incompatibilidad de las ayudas, los apartados 2 y 3 del artículo 92 enumeran una serie de ayudas que son compatibles con el mercado común o susceptibles de ser declaradas compatibles, como son: las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, las aplicadas a remediar los perjuicios ocasionados por las calamidades naturales o acontecimientos extraordinarios, las destinadas a favorecer el desarrollo económico de aquellos territorios

(6) Una ayuda estatal fortalece la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda sentencia Philip Morris/Comisión, de 17 de septiembre de 1980 (730/79. Rec. 2671). Además, como advierte la sentencia de 11 de noviembre de 1987, Francia/Comisión (259/85, Rec. 4393) "las ayudas de importancia relativamente escasa pueden, no obstante, afectar a los intercambios entre los Estados miembros cuando el sector de que se trata se caracteriza por una fuerte competencia".

en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en los que se aplican salarios más bajos, las dedicadas a estimular la aplicación de un proyecto importante de interés común europeo (para poner remedio a una perturbación grave de la economía de un Estado miembro) las encaminadas a facilitar el desarrollo de ciertas actividades o regiones, (siempre que no alteren las condiciones en que se desarrollan los intercambios), las asignadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio y aquellas otras que apruebe el Consejo a propuesta de la Comisión.

El análisis de las ayudas y subvenciones en la Comunidad se realiza en un primer momento por la Comisión a través de un examen permanente con los Estados miembros de los sistemas de ayuda, debiendo ser informada de los proyectos de creación o modificación de estas. La Comisión está facultada para proponer a los Estados las medidas correctoras que demande el desarrollo progresivo de la Comunidad y puedan ser consideradas compatibles. Sin embargo, frecuentemente los Estados incumplen la obligación de notificación y de abstenerse de ejecutarlas hasta tanto no exista una autorización expresa de la Comisión<sup>(7)</sup>. Al tener conocimiento de la entrega de una ayuda ilegalmente, es decir, sin notificación previa, viene obligada a examinar su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 92. 1º o si se encuentra en alguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado. Cuando concluya que no se puede encuadrar en ninguna de las causas de excepción, resolverá sobre

(7) MATTERA. A, *El mercado único Europeo, sus reglas, su funcionamiento*. Madrid. 1991.

su compatibilidad con el mercado común y ordenará al Estado miembro la recuperación de la ayuda.

Dado el carácter no coactivo ni vinculante de las recomendaciones que la Comisión pueda formular tras la previa investigación y análisis de las ayudas, si el Estado no acepta dicha recomendación, aquella incoar el procedimiento previsto en el artículo 93. 2, que podrá concluir en una decisión obligatoria para el Estado.

*La doctrina del Tribunal ha mantenido que el otorgamiento de una ayuda incompatible con el artículo 92, sin previa notificación a la Comisión, produce efectos jurídicos inmediatos*

Ahora bien, si el Estado afectado no acatare y cumpliera la decisión de la Comisión, tanto esta última como cualquier otro Estado interesado pueden acudir al Tribunal de Justicia, quien podrá declarar no sólo la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común, sino también condenar al Estado a su recuperación, lo que a la luz de recientes resoluciones jurisdiccionales puede tener importantes consecuencias, como veremos a continuación.

De la doctrina del Tribunal manifestada, entre otras, en sentencia de 14 de septiembre de 1994, Es-



paña/Comisión (C-278/92, 279/92 y C-280/92, Rec. 4106), se desprende que: "la recuperación de una ayuda estatal ilegalmente otorgada no puede en principio considerarse desproporcionada en relación con los objetivos de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado.

Por otra parte, el Estado miembro cuyas autoridades hayan concedido una ayuda infringiendo las normas de procedimiento previstas en el artículo 93 no podrá invocar la confianza legítima de los beneficiarios para eludir la obligación de adoptar las medidas necesarias al objeto de ejecutar la Decisión de la Comisión mediante la cual se le ordene recuperar la ayuda. A estos efectos, tampoco puede invocar el principio de seguridad jurídica".

La doctrina del Tribunal ha mantenido que el otorgamiento de una ayuda incompatible con el artículo 92 o incumpliendo el artículo 93.3 del Tratado, es decir, sin la previa notificación a la Comisión, produce efectos jurídicos inmediatos, como son, la suspensión del pago de la ayuda en tanto se decida sobre su compatibilidad o, en su caso, el reintegro de la misma.

La recuperación de una ayuda estatal otorgada ilegalmente no puede considerarse desproporcionada en relación con los objetivos de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado, como afirma la sentencia Bélgica/Comisión, de 21 de marzo de 1990. Pero también se debe tener presente, como dice la sentencia Deufil/Comisión, de 24 de febrero de 1987 (310/85, Rec. 901) que no cabe invocar el principio de confianza legítima de los beneficiarios para eludir la obligación de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión y recuperar la ayuda.

*La concesión de una ayuda ilegal produce un beneficio económico que no han disfrutado sus competidores, lo que, indudablemente, repercute en el mercado, introduciendo distorsiones en el funcionamiento de la libre competencia*

El Tribunal ha reconocido que el principio de confianza legítima forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, pero a este ordenamiento no puede oponerse a una legislación nacional que no garantice el respeto a la confianza legítima y a la seguridad jurídica, en un tema como la devolución de ayudas indebidamente recibidas. De tal suerte que las empresas comunitarias beneficiadas por una ayuda, sólo pueden depositar una confianza legítima en la validez de la misma cuando se conceda con observancia del artículo 93 del Tratado.

Es constante el criterio de que la restitución de una ayuda ilícita debe efectuarse, si no existe normativa específica comunitaria, con arreglo a las disposiciones aplicables del Derecho nacional relativas al procedimiento, pero con la salvedad de que dichas disposiciones no pueden aplicarse de forma que imposibiliten prácticamente la restitución exigida por el Derecho comunitario.

En sentencia de 20 de septiembre de 1990, Comisión/República Federal de Alemania (C-5/89, Rec. I. 4337) se expresa que: "Constituye jurisprudencia reiterada el que un Estado miembro no pueda alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para eludir el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario.

Más concretamente, una disposición que prevea un plazo para la revocación de los actos administrativos declarativos de derechos debe ser aplicada, lo mismo que todas las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, de manera que se tenga plenamente en cuenta el interés comunitario y que no haga prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho comunitario".

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente por la sentencia Alcan Deutschland, de 20 de marzo de 1997 (C-24/95, Rec. I. 1594), así: "En virtud del Derecho comunitario, la autoridad competente está obligada, ateniéndose a una Decisión definitiva de la Comisión que declara la incompatibilidad de una ayuda y exige su recuperación, a anular el acto por el que se concedió la ayuda otorgada ilegalmente, aún cuando dicha autoridad sea hasta tal punto responsable de la ilegalidad de dicho acto que su anulación resulte frente al destinatario de la ayuda contraria a la buena fe, toda vez que dicho destinatario no pudo depositar una confianza legítima en la legalidad de la ayuda por no haberse observado el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado".

La concesión de una ayuda ilegal produce un beneficio económico que no han disfrutado sus competidores, lo que, indudablemente,



repercute en el mercado, introduciendo distorsiones en el funcionamiento de la libre competencia. El otorgamiento ilegal de una ayuda ocasiona un perjuicio económico cierto y cuantificable en los competidores de la empresa beneficiada.

Surge, así, la cuestión de saber si tales competidores están o no facultados para reclamar al Estado miembro que se trate la reparación del quebranto patrimonial provocado. Situación que se mantiene aun cuando la Comisión obligue a la recuperación de la ayuda, ya que se restablece el juego de la libre competencia, pero no se reparan las consecuencias económicas durante el tiempo en que se disfrutaron.

Se plantea, por tanto, uno de los temas más debatidos en el Derecho comunitario, como es la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros frente a los particulares por infracción de las normas europeas.

A este respecto la sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991 (C-6/90 y C-9/90. I. 5357) afirma que: "la responsabilidad estatal por infracción del Derecho comunitario es inherente al sistema jurídico puesto en pie por los tratados, que atribuye a los particulares derechos subjetivos directamente invocables ante los jueces nacionales. El Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de este Derecho que les sean imputables". Criterio que se reitera en la sentencia Faccini Dori, de 14 de julio de 1994 (C-91/92. Rec. I. 3328).

En consecuencia, el fundamento de la responsabilidad del Estado

por infracción de las normas comunitarias reside en el ordenamiento jurídico europeo y no en los distintos Derechos nacionales, por lo que cualquier nacional afectado por la violación estatal de una disposición comunitaria puede reclamar la reparación del daño causado, independientemente de que su ordenamiento interno prevea o no ese tipo de acciones.

Recientemente en la sentencia Brasserie du pêcheur, de 5 de marzo de 1996 (C-46/93 y C-48/93. I. 1131) el Tribunal concluye que el derecho de reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado. De ello resulta que ese principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por un Estado, independientemente de cual sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento<sup>(8)</sup>.

Cabe preguntarse, si es aplicable el principio de responsabilidad patrimonial a la infracción de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. La respuesta debe ser afirmativa, pues esta sentencia ha abierto la posibilidad de que los particulares puedan reclamar judicialmente el pago de los daños y perjuicios por la infracción estatal, al conceder una ayuda incompatible con el artículo 92 o incumpliendo el artículo 93. 3 del Tratado, es

(8) En igual sentido se han manifestado las sentencias *British Telecommunication* de 26 de marzo de 1996 (C-

392/93. Rec. I. 1631); *Hedley Lomas* de 23 de mayo de 1996 (C-5/94. Rec. I. 2553); *Denkavit International Bv* de 17 de octubre de 1996 (C-283/94, C-291/94 y C-292/94. I. 5085) y *Dillenkofer* de 8 de octubre de 1996 (C-178/94, C-179/94, C-188/94 y C-190/94. Rec. I. 4848).

decir, sin la previa notificación a la Comisión<sup>(9)</sup>.

De la sentencia Brasserie du pêcheur se deduce que el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado por una violación del Derecho comunitario, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por la legislación nacional no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y, como en todo caso, no puede hacerse prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación. Por lo que no será conforme al Derecho comunitario limitar el daño indemnizable únicamente a los daños causados, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares.

Pero también, de esta misma resolución del Alto Tribunal comunitario se pueden extraer otras importantes consecuencias, ya que obligará a los Estados a reconsiderar una parte de su protagonismo en la economía, ante la eventualidad de que se le exijan los daños y perjuicios por los interesados al conceder una ayuda sin la autorización de la Comisión. Igualmente, verán más limitado su papel en una parte tan esencial de su actividad de fomento, ya que será únicamente la Comisión la que se pronuncie sobre la legalidad de las ayudas<sup>(10)</sup>. ■

(9) ORDÓÑEZ SOLÍS. D, *Incumplimiento de las Directivas, responsabilidad del Estado y derecho a indemnización de los particulares*. Noticias de la Unión Europea núm. 150. 1987 y GARCÍA GÓMEZ

MERCADO. F, *La responsabilidad del Estado español por incumplimiento del Derecho comunitario*. Noticias de la Unión Europea núm. 147. 1997.

(10) GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ. A, *La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por la violación del Derecho comunitario. El caso de las normas sobre ayudas de Estado*. Noticias de la Unión Europea núm. 148. 1997.