

# REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS CON INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

Por<sup>1</sup>

JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ASUNTO MAGEFESA.—III. LA NECESIDAD DE DAR CUMPLIMIENTO AL DERECHO COMUNITARIO: CONSIDERACIONES GENERALES.—IV. LAS HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN PLANTEABLES: 1. *Las subvenciones y las otras ayudas como actos anulables*: a) Consideraciones generales. b) Referencia al supuesto alemán. c) El planteamiento. 2. *Las subvenciones y las otras ayudas como actos nulos de pleno Derecho*: a) Incompetencia manifiesta. b) Omisión absoluta del procedimiento legal. c) Límites a la revisión de oficio de las subvenciones.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

Son, ciertamente, numerosos los estudios dedicados a analizar el papel del ordenamiento nacional en la aplicación del Derecho comunitario: los temas objeto de su atención han sido, básicamente, los relativos a los criterios para la elección de las normas internas encargadas de desarrollar y ejecutar el Derecho comunitario (1), y también los referentes a los principios rectores de las

---

(1) Cfr., entre la muy amplia bibliografía sobre ello, F. SANTAOLALLA GADEA, «La aplicación del Derecho comunitario en España», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español* (Dir. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO), tomo I, Madrid, 1986, págs. 385-502; J. SUAY RINCÓN, *Sobre la obligación de los Estados miembros de eliminar sus disposiciones internas incompatibles con el Derecho comunitario y sobre los medios de hacerla efectiva*, «Noticias CEE», núm. 30, 1987, págs. 123-126; del mismo autor, *La participación del Parlamento como órgano de control en el proceso de formación y ejecución del Derecho comunitario: la Comisión mixta para las Comunidades Europeas*, «Noticias CEE», núm. 63, 1990, págs. 37-66; F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Reflexiones sobre el desarrollo normativo del Derecho comunitario*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 2, 1987, págs. 338-363; R. ALONSO GARCÍA, *La ejecución normativa del Derecho comunitario europeo en el ordenamiento español*, núm. 121 de esta REVISTA, enero-abril 1990, págs. 213-243; además, *Sobre la posibilidad de desarrollo del Derecho comunitario a través de la técnica del Decreto-Ley*, núm. 123 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1990, págs. 297-302; E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.) y R. ALONSO GARCÍA, «Informe español sobre la ejecución del Derecho comunitario europeo con vistas a 1992», en el libro colectivo *The 1992 Challenge at National Level*, Nomos, Baden-Baden, 1990; finalmente, el informe español (en el que, asimismo, colabora J. L. PIÑAR MANAS) correspondiente a la segunda conferencia anual celebrada del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 1990 en Florencia, y publicado por el Departam-

relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de dicha actividad (2).

Ambos temas, muy importantes sin duda, no agotan, sin embargo, la cuestión. Ahora bien, no debe olvidarse que la expresión *mise en oeuvre* (3) abarca muy diversos fenómenos jurídicos

---

mento de Derecho del Instituto de la Universidad Europea; A. PÉREZ CALVO, «La capacidad del Estado para dictar normas básicas en desarrollo de la normativa comunitaria», en *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (Coord. A. PÉREZ CALVO), Madrid, 1990, págs. 203-208; P. PÉREZ TREMPES, «Derecho comunitario y bloque de la constitucionalidad», en *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (Coord. A. PÉREZ CALVO), Madrid, 1990, págs. 209-213.

(2) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986; J. M. BAÑO LEÓN, *Las Comunidades Autónomas en la Comunidad Europea*, Secretaría General de la Conselleria d'Administració Pública, Valencia, 1987; G. JAUREGUI, *Las Comunidades Autónomas y las relaciones internacionales*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1986; I. LASAGABASTER, *El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico*, IVAP, Oñati, 1986; J. TORNOS, E. AJA, T. FONT, J. M. PERULLES y E. ALBERTI, *Informe sobre las autonomías*, Ayuntamiento de Barcelona, 1987; A. MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1989, entre otras obras generales; E. ALONSO GARCÍA, «La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/85, de 2 de agosto, como puesta en práctica del artículo 93 de la Constitución», y S. MUÑOZ MACHADO, «La ordenación de las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas con la Comunidad Europea», ambas en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español* (Dir. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO), tomo I, Madrid, 1986, págs. 355-386 y 503-550; A. JIMÉNEZ BLANCO, *Notas en torno al no ejercicio por el Gobierno de la Delegación Legislativa operada por la Ley 47/85*, «Noticias CEE», núm. 27, 1987, págs. 11-18; T. R. FERNÁNDEZ, *La adaptación del ordenamiento jurídico español al ordenamiento comunitario y la Ley de delegación 47/1985, de 27 de diciembre*, «Noticias CEE», núm. 27, 1987, págs. 19-24; B. PENDÁS GARCÍA, *Formación, ejecución y desarrollo del Derecho derivado de las Comunidades Europeas en el Estado de las Autonomías*, «Noticias CEE», núm. 40, 1988, págs. 25-28; J. M. BAÑO LEÓN, *La ejecución autonómica del Derecho comunitario ante el Tribunal Constitucional*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 62, 1989, págs. 259-268; B. CASANOVAS Y LA ROSA, *Las competencias de las Comunidades Autónomas en la aplicación del Derecho comunitario europeo*, «Revista de Instituciones Europeas», núm. 3, 1989, págs. 767-787, y J. E. SORIANO, «La participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria», en el *Libro-homenaje al Profesor J. L. Villar Palasí*, Madrid, 1989, y *Comunidades Autónomas, Comunidades Europeas y Tribunal Constitucional*, «Revista de Derecho Político», núm. 29, 1989, págs. 9-36; asimismo, *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1990; E. CUENCA GARCÍA, *Presente y futuro de la Comunidad Europea*, «Revista de Estudios de Investigaciones de las Comunidades Europeas», núm. 9, 1989; D. VARELA Y SUANZES-CARPEGNA, *La conflictividad constitucional en la aplicación estatal y autonómica del Derecho comunitario*, «Integración Europea», núm. 2, invierno 88-89, págs. 57-86; M. PÉREZ GONZÁLEZ, Nota a la STC 525/88, «Revista Española de Derecho Internacional», 1989, I, págs. 210-216.

(3) Dicha expresión abarca no sólo la problemática en torno a la constitucionalidad de la atribución de competencias de las Comunidades Autónomas en favor de las Comunidades Europeas, la participación de las Comunidades Autónomas en las fases de formación y de aplicación del Derecho comunitario, y el control estatal del cumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de su obligación de desarrollar el Derecho comunitario, sino, además, la transposición de las normas comunitarias al Derecho interno, y la adecuación del ordenamiento interno a las exigencias del Derecho comunitario europeo. Para un análisis completo del término *mise en oeuvre*, ver G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Masson, París, 1983.

que no se agotan en los ya mencionados. Comprende, asimismo, la mecánica de la aplicación administrativa en el Derecho interno de los actos de las instituciones comunitarias.

En relación con ello cabe observar que el estudio de la ejecución no normativa del Derecho comunitario ha sido, en buena medida, marginado hasta la fecha, probablemente por la urgencia que exigía el tratamiento específico de cuestiones más generales (4). Este abandono, sin embargo, no está del todo justificado, ya que la llamada aplicación administrativa del Derecho comunitario no está exenta de problemas, de notable interés, por otra parte. La mejor manera de ilustrar la realidad y la actualidad de los mismos es, sin duda alguna, el examen del caso *Magfesa* (5). Un supuesto que se inserta en el contexto de las ayudas de Estado, que el Tratado de las Comunidades contempla en los artículos 92 y siguientes. El interés del caso estriba precisamente en que la Comisión de las Comunidades ha dictado una decisión que exige su inmediato cumplimiento, pero que suscita numerosas dificultades difícilmente solventables con arreglo al Derecho interno, motivadas por la aparente falta de la instrumentación jurídica adecuada para ello.

La línea expositiva del supuesto que nos ocupa puede ser la siguiente. Partiendo de dicha decisión comunitaria, y de los principios de aplicabilidad inmediata y directa, y de primacía del Derecho comunitario que delimitan el principio de autonomía institucional y procedimental, intentaré desglosar, una por una, las soluciones que, en vía de hipótesis, pudiera deducirse del ordenamiento jurídico español. Una temática que, en el fondo, encierra la posibilidad de determinar *si la Ley de Procedimiento Administrativo, en materia de revisión de oficio de actos declarativos de derechos que vulneran el Derecho comunitario, ofrece la cobertura suficiente a la obligación del Estado nacional de cumplir con el ordenamiento comunitario.*

Esta es la síntesis de la problemática que vamos a ver de la mano de un tema testigo. Y a modo de conclusión, añadiré algunas líneas para comentar, por un lado, la valoración de las solu-

(4) Corresponden a las comprendidas bajo el rótulo de *mise en oeuvre* que recoge la nota 3.

(5) Vid. decisión *Magfesa*, dictada por la Comisión de la CEE en fecha de 20 de diciembre de 1989 (no publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas), notificada mediante carta dirigida a la Representación Permanente de España ante la CEE el 5 de marzo de 1990.

ciones propuestas por las Comunidades Autónomas afectadas para el caso Magefesa que realizó el Consejo de Estado en dictamen, de fecha 18 de octubre de 1990; por otro, la fórmula de colaboración *informal* que adoptaron, conjuntamente, el Estado y las Comunidades Autónomas, que puede revelarse muy útil, no sólo de cara al eventual tratamiento de nuevos supuestos, sino también frente a la necesidad de articular una cooperación firme y estable entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la ejecución del Derecho comunitario.

## II. EL ASUNTO MAGEFESA

*Magefesa* es un grupo industrial español formado por cuatro sociedades industriales, cuyas fábricas están instaladas en los territorios de las Comunidades Autónomas de Cantabria, País Vasco y Andalucía. Como consecuencia de muy fuertes pérdidas desde 1983, pasa a ser gestionada por una firma de asesoría, Gestiber, desde el mes de noviembre de 1985, llevando ésta a cabo, desde mayo de 1986, un programa de actuación que previamente había sido negociado con los sindicatos. Por su parte, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas afectadas constituyeron tres sociedades interpuestas con objeto de controlar, de un lado, las ayudas que las mismas van a conceder (ayudas que se integran en los tres elementos que luego diré —avales crediticios, créditos y subvenciones), y de otro lado, el programa propuesto por Gestiber, y de asegurar el desempeño de las actividades industriales por *Magefesa* (6).

Tras solicitar información puntual sobre las ayudas estatales proyectadas mediante Carta de 13 de enero de 1987, y a la vista de las mismas, la Comisión de las Comunidades Europeas inició el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCEE, emplazando al Gobierno español a que formulara las observaciones que estimara oportunas (7). Insatisfecha con las alegaciones de las autoridades

(6) Fundamento I de la decisión.

(7) Fundamento II de la decisión *Magefesa*. En relación con ello, convendrá recordar las líneas generales del procedimiento. El artículo 93.2 TCEE habilita a la Comisión para que, en presencia de una ayuda «sospechosa» (en palabras del abogado general Mayras, en sus conclusiones presentadas en el caso 70/72, Comisión c. RFA, de 12 de julio de 1973), acuda al procedimiento que contempla dicho precepto, que se inicia emplazando a los Estados miembros y a los interesados (personas físicas y morales) para que manifiesten sus observaciones. Una vez que éstas han sido presentadas, la

españolas, la Comisión dictó la decisión de 20 de diciembre de 1989, notificada el 5 de marzo de 1990, en aplicación del artículo 93.2, párrafo 1, TCEE, llegando a las siguientes conclusiones:

- a) Los avales crediticios concedidos por las Comunidades Autónomas a *Magefesa*, por valor de 1.580 millones de pesetas, habida cuenta que representan, sin lugar a dudas, ayuda (...), puesto que le han permitido concertar créditos (...) difíciles de obtener sin la garantía estatal, dadas sus graves dificultades financieras (8), deben ser suprimidos.
- b) El crédito otorgado en condiciones distintas a las del mercado por el Fondo de Garantía Salarial por valor de 2.085 millones de pesetas es una ayuda, porque proporciona una ventaja financiera que la favorece con respecto a las demás empresas; de ahí, que se inste al Gobierno español bien a suprimirlo, bien a transformarlo en un crédito normal, en las condiciones del mercado (9).
- c) Las subvenciones no reintegrables por valor de 1.095 millones de pesetas, calificadas como ayudas equiparables a

Comisión puede decidir que el Estado interesado suprima o modifique la ayuda, en el plazo que fije. La decisión es ejecutoria.

El Estado miembro afectado está legitimado para recurrir en anulación en el plazo del artículo 173.3 TCEE, transcurrido el cual, y no habiéndose conformado a la decisión, la Comisión o cualquier Estado miembro podrán recurrir directamente al Tribunal de Justicia de las Comunidades.

En cualquier caso, el apartado tercero del artículo 93.2 TCEE concede al Consejo una potestad excepcional, supuesto que, a petición de un Estado miembro, y por unanimidad, puede declarar compatible una ayuda otorgada por aquél si circunstancias excepcionales lo justifican. Ahora bien, este «recurso jerárquico» al Consejo debe interponerse (en el plazo máximo de tres meses desde la petición, después del cual retorna dicha facultad a la Comisión), o bien antes de que la Comisión haya iniciado el procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCEE, o bien antes de pronunciarse definitivamente sobre la ayuda concedida mediante decisión, porque produce efectos suspensivos sobre aquel procedimiento.

Para un estudio más detallado del artículo 93.2 TCEE, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, capítulo séptimo, págs. 717-741, y «El control de las ayudas financieras nacionales», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español* (Dir. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO), tomo II, Madrid, 1986, págs. 619-647; G. BERNINI, «Las reglas de competencia», capítulo III de la obra colectiva *Treinta años de Derecho comunitario. Perspectivas europeas*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1981, págs. 349-403; B. GOLDMAN, y A. LYON-CAEN, *Derecho comercial europeo* (trad. española), Madrid, 1984, págs. 678-692; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I: «La Ley», Madrid, 1988, páginas 472 y ss.

(8) Fundamento IV de la decisión *Magefesa* y artículo 2, apartado a), de la misma.

(9) La Comisión, en el apartado b) del artículo 2 de la decisión *Magefesa*, exige que, cualquiera que sea la medida de cumplimiento (o supresión del crédito, o transformación del mismo), ésta produzca efectos retroactivos desde la fecha de la concesión del crédito.

la condonación de la deuda, supuesto que no contienen obligación de reembolso deben ser recuperadas.

La Comisión estimó que si tales ayudas contribuyen a consolidar la posición financiera de *Magefesa*, en cuanto que la exoneran de determinados gastos, le procuran también los recursos adecuados para que haga frente a sus obligaciones corrientes, y le facilitan la obtención de créditos en condiciones especiales, no es menos cierto que distorsionan directamente las relaciones comerciales entre los Estados miembros y falsean la competencia en los términos del artículo 92.1 TCEE (10). Las ayudas citadas, prosigue la Comisión, no forman parte de regímenes de ayudas existentes; son, tan sólo, ayudas puntuales (individuales) (11), que, en tanto que proyectos, debieron ser objeto de notificación (remite a un momento posterior las explicaciones referentes a la falta de notificación).

La Comisión fundamenta por ello la ilegalidad de las ayudas en la violación de las reglas de procedimiento, contempladas en el artículo 93.3 TCEE (12). Por otro lado, rechaza que las interven-

(10) Fundamento V de la decisión *Magefesa*. Condición necesaria para que sea declarada la incompatibilidad, es que la ayuda en cuestión atente contra la competencia. Para un examen más detenido del concepto de ayuda de Estado y de su procedencia, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 622; GOLDMAN y LYON-CAEN, *op. cit.*, pág. 622; y BERNINI, *op. cit.*, pág. 392. Por otro lado para una clasificación de las medidas de financiación susceptibles de constituir ayudas de Estado en el sentido del artículo 92.1 TCEE, vid. J.-W. RODRÍGUEZ CURIEL, *Compatibilidad con el mercado común de las ayudas de Estado a empresas públicas*, núm. 122 de esta REVISTA, mayo-agosto 1990; y la directiva de la Comisión sobre transparencia de las relaciones financieras entre Estados miembros y empresas públicas (de 25 de junio de 1980, DOCE 1980, 195, pág. 5, artículo 3).

(11) Estas solas consideraciones no prejuzgan de entrada la aplicabilidad de cualquiera de las excepciones recogidas en los apartados 2 y 3 del artículo 92 TCEE. Precisamente, una vez delimitado el supuesto de hecho, y determinada la aplicabilidad del artículo 92.1 TCEE, debe examinarse si aquél es subsumible en alguna de las excepciones previstas en el TCEE.

En este sentido, el Tribunal de Justicia, en el caso 78/76, *Steinike y Weinlig c. RFA*, de 22 de marzo de 1977, declara que «la prohibición del artículo 92.1 TCEE no es ni absoluta ni incondicional, acordando los párrafos 2 y 3 del artículo 93 TCEE, según los casos, a la Comisión, un amplio poder de apreciación, y al Consejo, un poder extenso con vistas a admitir ayudas por derogación de la prohibición general del artículo 92.1» (Fundamento 8). A su vez, en su Sentencia 323/82, *Intermills c. Comisión*, de 14 de noviembre de 1984, precisa que «como ha reconocido la propia Comisión, el otorgamiento de ayudas, especialmente bajo forma de tomas de participación por parte del Estado o de colectividades públicas, no podría ser considerado automáticamente contraria a las disposiciones del Tratado (CEE). Cualquiera que sea, pues, la forma bajo la cual hayan sido acordadas las ayudas, corresponde a la Comisión examinar si tales ayudas entran en conflicto con el artículo 92.1, y en caso afirmativo, apreciar si pueden, eventualmente, ser eximidas en virtud del párrafo 3 del mismo artículo, motivando, en consecuencia, su decisión» (Fundamento 32). Vid. también la STJCE 248/84, *RFA c. Comisión*, de 14 de octubre de 1987 (Fundamento 19; y las conclusiones del abogado general M. Darmon), entre otras.

(12) El artículo 93.3 TCEE se desglosa en dos fases. La primera, de carácter preli-

ciones públicas sancionadas sean subsumibles en los apartados 2 y 3 del artículo 92 TCEE (13), que contienen las excepciones que son compatibles con el Tratado comunitario. La Comisión, conseqüentemente, emplaza al Gobierno español a que le informe, en el

(12) El artículo 93.3 TCEE se desglosa en dos fases. La primera, de carácter preliminar, consiste en un examen sumario del proyecto de ayuda notificado (del que no nace derecho subjetivo alguno; vid. STJCE, Comisión c. RFA, 70/72, de 12 de julio de 1973) y tiene por objeto determinar si éste, desde un primer momento, es compatible con el TCEE o si, por el contrario, conlleva, al menos, dudas razonables. En este caso, la Comisión —que dispone de un poder exorbitante para oponerse a la ejecución de las ayudas, si las considera incompatibles con el mercado común— abrirá el procedimiento contradictorio del artículo 93.2. La fase preliminar presupone necesariamente la notificación del proyecto.

En un plazo máximo de dos meses desde la notificación (conforme a la STJCE 170/73, Lorenz, de 11 de diciembre de 1973), o de uno si se trata de ayudas individuales, la Comisión ha de decidir sobre la apertura del procedimiento contradictorio. Si no se pronuncia en dicho plazo, «el Estado miembro puede poner en vigor las medidas en cuestión una vez dirigido un preaviso a la Comisión» (STJCE 170/73, Lorenz), preaviso cuyo objeto radica en habilitar a esta última para obstaculizar y bloquear la puesta en marcha de las ayudas proyectadas mediante la incoación del procedimiento de examen de su compatibilidad con el Tratado CEE. Si la Comisión entiende suficiente el examen preliminar, dará por finalizado el procedimiento sin adoptar ninguna decisión formal. Incluso si no se ha desarrollado la fase preliminar (por no haber sido debidamente notificada la ayuda), cabe la apertura del procedimiento contradictorio, bien de oficio, bien a instancia de cualquier interesado que haya comunicado a la Comisión la concesión de la ayuda.

En consecuencia, frente a un proyecto de ayuda, o de modificación de la misma, la Comisión, toda vez que lo estime incompatible con el TCEE, abrirá el procedimiento del artículo 93.2 TCEE. El emplazamiento del Estado afectado y de los demás interesados tiene efecto suspensivo, de modo que se pospone la ejecución de la ayuda hasta que el procedimiento haya conducido a una decisión final.

Este es, a muy grandes rasgos, el mecanismo de aplicación de las reglas contenidas en el artículo 92 TCEE. El TJCE ha estudiado con mucha profusión el artículo 93.3 TCEE (asunto 70/72, Comisión c. RFA, de 12 de julio de 1973; asunto 170/73, ya citada; y entre las más recientes, dos asuntos: 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989, y 142/87, Bélgica c. Comisión, de 21 de marzo de 1990). Precisamente, a raíz de los asuntos 301/87, República Francesa c. Comisión, de 14 de febrero de 1990, y 142/87, Bélgica c. Comisión, ya citado, ha tenido lugar un giro jurisprudencial, con vistas a sancionar la violación del artículo 93.3 TCEE. Para el examen del mismo, me remito íntegramente a las excelentes conclusiones del Comisario de Gobierno francés O. FOUQUET, presentadas ante el Consejo de Estado en el asunto «Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires-Syndicat national des négociateurs de saumon», de 26 de octubre de 1990, contenidas en la «Revue Française de Droit Administratif», 7 (1), enero-febrero 1991, págs. 159 y ss.

(13) El TCEE declara compatibles automáticamente las ayudas enumeradas en el artículo 92.2 TCEE (ayudas sociales destinadas a consumidores individuales, o bien ayudas a damnificados como consecuencia del acaecimiento de desastres naturales, o bien ayudas otorgadas a determinadas regiones de la RFA perjudicadas por la división de Alemania), sin perjuicio de lo cual, en el párrafo 3 del artículo 92 TCEE, prevé una serie de ayudas susceptibles de ser consideradas compatibles con el TCEE (las destinadas bien a territorios económicamente desfavorecidos, bien a proyectos de interés común europeo, o bien al desarrollo de ciertas actividades o regiones económicas). Sobre el alcance y el significado de estas excepciones, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 632; GOLDMAN y LYON-CAEN, *op. cit.*, pág. 682; BERNINI, *op. cit.*, pág. 392; RODRÍGUEZ-CURIEL, *op. cit.*, pág. 411; y sentencias del TJCE Philip Morris, 730/79, de 17 de septiembre de 1980 (fundamental); RFA c. Comisión, 248/84, de 14 de octubre de 1987, y Ejecutivo regional walón y S. A. Glaverbel c. Comisión, 62 y 72/87, de 8 de marzo de 1988.

plazo de dos meses a partir de la notificación de la decisión, sobre las medidas destinadas a hacer efectivo su cumplimiento (artículo 3 de la decisión).

La posición de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas de Cantabria, País Vasco y Andalucía es distinta según las diferentes ayudas. En relación con los avales, que sean éstos retirados previo pago de la deuda al acreedor (esto es, a los Bancos), siendo recuperada a costa del deudor —*Magafesa*—. En ausencia de acuerdo entre avalista y acreedor para la retirada de aquéllos, o al no recuperarse la deuda, las autoridades concedentes podrían proceder al pago de los avales, precisando en caso de ser necesario para el cumplimiento de la decisión, el auxilio judicial (14). En relación con las subvenciones, y sin perjuicio de que este punto sea objeto de un análisis mucho más exhaustivo más adelante, las Comunidades Autónomas entienden que están facultadas para dictar resoluciones administrativas, destinadas a los beneficiarios de las mismas, y susceptibles de ejecución forzosa.

El Gobierno español, no sólo no recurre en plazo la decisión de la Comisión, de suerte que ésta gana firmeza (15), sino que, por el contrario, se conforma con su contenido presentando, al efecto, las medidas que cree pueden adecuarse mejor para su cumplimiento. Las cuestiones que se suscitan desde ahora son: por una parte, la delimitación conceptual del supuesto, dentro del contexto de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la ejecución no normativa del Derecho comunitario; y, por otra, el examen de las posibles soluciones, estrictamente jurídicas, al problema de la preceptiva recuperación de las subvenciones.

(14) Sobre la solución propuesta por las Comunidades Autónomas en relación con los avales, me remito a mis observaciones contenidas en el apartado c) del punto 2 del capítulo IV del presente trabajo.

(15) En efecto, cuando la decisión dictada por la Comisión no ha sido recurrida en el plazo del artículo 173.3 TCEE («... dos meses a partir... de su —el acto— notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo»), gana firmeza y deviene inatacable porque «... tolerar a un Estado miembro, al que ha sido destinada una decisión adoptada de acuerdo con el apartado 1 del artículo 93.2 TCEE, una oportunidad adicional de poner en cuestión la validez de la misma con ocasión de una aplicación referida a él en el artículo 93.2 (segundo apartado) TCEE, a pesar de la expiración del plazo fijado en el artículo 173.3 TCEE, no será conciliable con los principios rectores de los remedios legales establecidos por el TJCE, y comprometería la estabilidad del sistema y del principio de seguridad jurídica sobre el que está basado» (STCJE 52/83, Comisión c. Francia, de 15 de noviembre de 1983, fundamento 10; vid. también asuntos 156/77, Comisión c. Bélgica, de 12 de octubre de 1978, Fundamentos 20 y 24, y 52/84, Comisión c. Bélgica, de 15 de enero de 1986, Fundamento 13). La decisión es, pues, definitiva transcurrido el plazo del artículo 173.3 TCEE.

### III. LA NECESIDAD DE DAR CUMPLIMIENTO AL DERECHO COMUNITARIO: CONSIDERACIONES GENERALES

La decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 20 de diciembre de 1989 impone al Gobierno español, por la incompatibilidad de las mismas con las disposiciones del TCEE, la recuperación de las ayudas otorgadas por las Comunidades Autónomas de Cantabria, País Vasco y Andalucía a la empresa *Magfesa*.

La decisión va dirigida, como afirma su artículo 4, al Estado español. Sobre él, pues, recae la obligación de dar cumplimiento al Derecho comunitario (16). Como es sabido, la decisión «... será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios» (artículo 189, párrafo 4, TCEE). En la medida en que está dirigida a un Estado miembro, como es el caso, reviste los caracteres propios de un acto administrativo comunitario que debe ser, inexcusablemente, objeto de ejecución por las instancias nacionales. La decisión, por lo demás, obliga no sólo en cuanto al resultado, sino además en cuanto a los medios, de suerte que los Estados destinatarios de la misma deberán conformarse con la elección del instrumento jurídico de su aplicación en Derecho interno (17). Es aquí donde precisamente surge la cuestión a abordar. ¿A quién compete, en consecuencia, la elección de la forma jurídica adecuada para ejecutar la decisión de la Comisión en el Derecho interno?

(16) En la medida en que el Estado español es el destinatario de la decisión, ha de cumplirla. De no hacerlo, la Comisión estaría legitimada para interponer un recurso de incumplimiento especial del artículo 93.2, apartado 2, TCEE.

(17) El TCEE (artículo 189.4) caracteriza a la decisión como obligatoria en todos sus elementos. «Ello justifica que obligue en cuanto al resultado, pero también en relación a los medios a seguir con vistas a alcanzar el fin que aquélla determine.» Vid. G. ISAAC, *Droit communautaire général*, págs. 124 y ss.; J. MEGRET, M. WAELBROECK, J. V. LOUIS, D. VIGNES, J. L. DEWOST y G. VANDERSANDEN, *Le Droit de la Communauté Economique Européenne. La Cour de Justice. Les actes des institutions*, vol. 10, tomo I, ULB, Bruselas, 1983; R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés Européennes. Les institutions. Les sources. Les rapports entre ordres juridiques*, Lieja, 1983; J. BOULOUIS, *Droit institutionnel des Communautés Européennes*, París, 1984 (puesta al día el 1 de junio de 1986); T. C. HARTLEY, *The foundations of European Community Law*, Oxford, 1981; J. V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire. Perspectives Européennes*, Commission des Communautés Européennes, Bruselas-Luxemburgo, 1983; P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Etude des sources du Droit communautaire*, Lieja, 1975; y J. BOULOUIS y R. M. CHEVALIER, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, tomo I, 4.ª ed., Dalloz, París, 1987.

De acuerdo con el principio de autonomía institucional y procedimental consagrado en la jurisprudencia comunitaria, la decisión de qué órganos son competentes y con arreglo a qué procedimiento se llevará a cabo la ejecución del Derecho comunitario debe decidirse conforme al derecho interno. Los Estados miembros sobre quienes recae la responsabilidad de la aplicación del Derecho comunitario quedan sujetos al cumplimiento de una obligación de resultado, cuando menos. Desde la perspectiva comunitaria, es sabido, tan sólo se toma en consideración el efectivo cumplimiento de las obligaciones comunitarias que incumben a los Estados. En relación con ello, es cierto que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para la elección de los órganos que asumirán la función de aplicación, y del procedimiento al que aquéllos deberán someterse. No lo es menos, sin embargo, que esa libertad de apreciación conoce límites: en concreto, los derivados de los principios de primacía y de aplicabilidad directa, inmediata y uniforme (18).

Corresponde, pues, lógicamente, al Derecho interno determinar a qué órgano concreto se atribuye la ejecución del Derecho comunitario (19). A este propósito recuérdese que el Tribunal Constitucional ha zanjado lo que hasta ahora constituía una fuente de incertidumbre, a pesar del acuerdo casi unánime entre la doctrina. Me refiero a la fijación de un criterio con arreglo al cual atribuir a un determinado ente público las competencias de ejecución en una materia concreta (20). Y si bien la STC 252/1988, de

(18) Vid. G. ISAAC, *op. cit.*, pág. 191; R. ALONSO GARCÍA, *La ejecución normativa*, cit., pág. 213; J. M. BANO LEÓN, *Las Comunidades Autónomas*, cit., pág. 68; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1989, pág. 189. Por su parte, la más reciente jurisprudencia comunitaria reitera constantemente el contenido y el alcance del principio en los términos siguientes: «... en principio, la recuperación de una ayuda legalmente otorgada se hará conforme a las disposiciones procedimentales del Derecho nacional, bajo reserva, sin embargo, de su aplicación, de modo que no se haga prácticamente imposible la recuperación exigida por el derecho comunitario» (Sentencia 142/87, Bélgica c. Comisión, de 21 de marzo de 1990, fundamento 61; y asuntos 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989, fundamentos 8 y 9; y 5/89, Comisión c. RFA, de 20 de septiembre de 1990, fundamento 12).

(19) La determinación del órgano competente se efectuará en el Derecho interno «... mediante su confrontación con el bloque constitucional» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 179), respetando estrictamente las exigencias superiores resultantes de la adhesión, inherentes a la idea de Comunidad.

(20) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno*, cit., págs. 97 y ss.; J. M. BANO LEÓN, *Las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 70 y ss.; RUILOBA SANTANA, «Repercusiones del ingreso de España en la Comunidad Europea sobre la constitución del Estado de las Autonomías. Aspectos generales», en *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1985, págs. 23 y ss.; P. PÉREZ TREMPES, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Madrid, 1987, págs. 220 y ss.

20 de diciembre, deja pendientes numerosas cuestiones relativas a la ejecución del Derecho comunitario (21), sienta el principio general de que son «las reglas internas de delimitación de competencias las que, en todo caso, van a fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Ello supone la asunción de la doctrina tradicional en punto al tema de la fundamentación de la ejecución autonómica del Derecho comunitario europeo.

En definitiva, el Tribunal Constitucional acoge el principio de autonomía institucional, que, en su momento, consagró el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (22). Pero va más allá, precisando, como es lógico, que en la ejecución del Derecho comunitario, concurrirá aquella Administración, bien el Estado, bien las Comunidades Autónomas, que tenga atribuida la competencia material sobre la que versa la normativa comunitaria.

---

(21) Entre otras, deja sin resolver las relativas a la constitucionalidad de la atribución de competencias de titularidad autonómica a las Comunidades Europeas (fenómeno que describe MUÑOZ MACHADO como «descomposición en el equilibrio interno de poderes» —*op. cit.*, pág. 28—; sobre el debate planteado en la doctrina alemana, vid. J. M. BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pág. 69), la participación de las Comunidades Autónomas en los procesos de formación de la voluntad de las instituciones comunitarias cuando afectan a sus competencias o intereses, y el control estatal sobre el cumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de la obligación de aplicar correctamente el Derecho comunitario.

Por otro lado, la decisión de fondo sobre la titularidad de la competencia objeto del conflicto es, cuando menos, muy discutida, porque ¿cómo puede sostenerse que unas directivas comunitarias, dictadas con objeto de fijar medidas de control sanitario sobre carnes frescas destinadas al comercio entre países comunitarios, tienen como fin establecer una regulación para el comercio y la sanidad exteriores? Por el contrario, lo que persiguen es la ordenación interior del comercio y de la sanidad entre los Estados miembros, supuesto que las competencias atribuidas a las Comunidades Europeas, al ser ejercitadas, no dan lugar a relaciones externas entre los mismos (una excelente crítica a la STC 252/88 se halla en J. M. BAÑO LEÓN, *La ejecución autonómica*, cit., págs. 262 y ss.; vid., además, M. PÉREZ GONZÁLEZ, *Nota a la STC 252/88*, cit.). Es cierto que la argumentación del Alto Tribunal resulta de un proceso lógico —aunque con ello se desapodera siempre a las Comunidades Autónomas—, bien razonado constitucionalmente. Ahora bien, no es menos cierto que la instauración definitiva del mercado único obligará al Tribunal Constitucional a replantear su doctrina, en el sentido de que ya no será posible encuadrar medidas internas de ejecución normativa del Derecho comunitario en el ámbito de las relaciones externas del Estado.

(22) La STC expresa en su fundamento segundo que «... son las "Autoridades centrales" de cada uno de los Estados miembros de la CEE, las responsables de que las autorizaciones se concedan y mantengan sólo en tanto se respeten las prescripciones comunitarias, sin prejuzgar, por consiguiente, cuál deba ser la Administración competente —si la estatal o la autonómica— para la concesión de dichas autorizaciones y para velar por el mantenimiento de las condiciones previstas. Lo único que las directivas imponen en este punto es que la Administración Central sea el interlocutor único de la CEE, pero ésta es una exigencia que, como bien se comprende, podría ser satisfecha a través de fórmulas y expedientes diversos, y no sólo frente a lo que da a entender el Letrado del Estado, mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado de las intervenciones dichas».

ria. A su vez, al rechazar de plano que el artículo 27.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña pueda ser atributivo de una competencia nueva, consagra la tesis de que las Comunidades Autónomas están facultadas para ejecutar aquellas normas comunitarias que afecten a sus propias competencias (y dentro de los límites de las mismas), con arreglo al sistema interno de distribución de competencias con el Estado, con independencia de que los Estatutos de Autonomía contemplen, de forma expresa, su «capacidad» para la ejecución de los Tratados internacionales (23). El Tribunal Constitucional incorpora, de esta manera, la teoría de las competencias implícitas en materia de ejecución del Derecho comunitario (24). Además, cuando una Comunidad Autónoma asume la competencia ya estatutaria, ya implícita de ejecución de una norma comunitaria que versa sobre una materia de la que aquélla es titular, sobre dicha Comunidad Autónoma recae la obligación de cumplimiento y de aplicación del Derecho comunitario (25).

La determinación, en el plano interno, de la autoridad constitucional o legalmente competente para ejecutar el Derecho comunitario no trasciende, sin embargo, a este último plano.

---

(23) A este respecto, el TC declara que «... las normas estatutarias que, como la recogida en el artículo 27.3 del Estatuto de Autonomía para Cataluña, prevén que la Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados Internacionales en lo que afectan a materias atribuidas a su competencia no son, como resulta evidente, normas atributivas de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la Generalidad».

(24) Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 65 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*; B. PENDÁS GARCÍA, *op. cit.*; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *op. cit.*; RUILOBA SANTANA, *op. cit.*; ALONSO GARCÍA, *op. cit.*; pág. 231. Sin embargo, el TC no declara absoluto el criterio de la competencia material para la ejecución del Derecho comunitario en el plano interno, en tanto en cuanto «... tampoco cabe ignorar que, tanto la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el artículo 93 CE (adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias, es decir, del llamado derecho derivado; sobre el alcance del art. 93 CE, véase la STC 28/91, de 14 de febrero, f. jco. 4) como, de otra parte, el hecho de que sea la Administración Central del Estado (en razón, por ejemplo, de las cláusulas contenidas en los párrafos 10.º y 16.º del apartado primero del art. 149 CE) la competente para realizar actuaciones que, cuando no está presente esa conexión con el exterior, corresponden a la Administración Autonómica, obligan a articular el ejercicio de las competencias propias del Estado y de la Comunidad Autónoma de modo tal que una y otra, sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los Estatutos le atribuyen ni echen cargas innecesarias sobre los administrados».

(25) La obligación de resultado predicable respecto de la directiva (y siempre respecto de la decisión) se impone indistintamente a todas las autoridades del Estado miembro, comprendiendo las jurisdiccionales (asuntos 14/83, Van Colsen y Kamann, de 10 de abril de 1984, y 222/84, Johnston, de 15 de mayo de 1986), y las regionales cuando aparecen investidas de las potestades correspondientes (Sentencias 96/81 y 97/81, Comisión c. Países Bajos, de 25 de mayo de 1982).

Como es sabido, en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, los Estados miembros son los únicos responsables frente a la Comunidad. Quedan sujetos, por tanto, a dicho principio general en todo caso, de tal forma que deben responder de las eventuales conductas contrarias a las disposiciones del TCEE de las Comunidades Autónomas (26).

Y en relación con el tema concreto que nos ocupa, debe advertirse que en el ámbito de las ayudas de Estado contempladas en los artículos 92 y siguientes del TCEE, el Tribunal de Justicia entiende que dichos preceptos se aplicarán aunque la ayuda haya sido otorgada o prevista por un ente público no estatal (una región, o una corporación local), comprometiendo, de este modo, la responsabilidad del Estado (27).

Salvo que el incumplimiento derive de una imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente el Derecho comunitario —el TJCE no ha acogido jamás esta causa de exoneración— (28), las autoridades nacionales no pueden según una jurisprudencia constante, «fundarse en disposiciones, prácticas o situaciones de su Derecho

---

(26) En tal caso, el Estado miembro no puede invocar dificultades insalvables, resultantes de su estructura jurídico-constitucional (doctrina reiterada sistemáticamente por el TJCE). El asunto sólo se resolverá, bien dictando medidas administrativas internas, bien entablando acciones de responsabilidad, si hubo terceros perjudicados. Vid., en este sentido, D. SIMON y A. BARAV, *La responsabilité de l'Administration en cas de violation du droit communautaire*, «Revue du Marché Commun», núm. 305, marzo 1987, págs. 165 a 174; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad de la Administración española por daños causados por infracción del Derecho comunitario*, «Gaceta Jurídica de la CEE», núm. 60, febrero 1989, págs. 2 a 4.

(27) El TJCE, en el caso 169/82, Comisión c. Italia, de 17 de marzo de 1984, equipara las ayudas instituidas por la región siciliana a las nacionales, a los efectos de declararlas incompatibles con el TCEE (en esta misma línea, vid. SSTJCE 130/83, Comisión c. Italia, de 11 de julio de 1984; 323/82, Intermills c. Comisión, de 14 de noviembre de 1984; 52/84, Comisión c. Bélgica, de 15 de enero de 1986; 234/84 y 40/85, Bélgica c. Comisión, de 10 de julio de 1986 ambas). La Sentencia 248/84, RFA c. Comisión, de 14 de octubre de 1987, reitera, de forma expresiva, la doctrina anterior al señalar que «... el hecho de que el programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federal o regional, o una colectividad territorial, y no por el Gobierno central, no impide la aplicación del artículo 92.1 TCEE, siempre que sus condiciones se cumplan» (fund. 17). Confirman este extremo las Sentencias 74/89, Comisión c. Bélgica, de 21 de febrero de 1990; 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989, y 5/89, Comisión c. RFA, de 20 de septiembre de 1990.

(28) Sin embargo, la alegación por parte de los Estados demandados de este argumento como causa de la inaplicación del artículo 92.1 TCEE ha permitido al TJCE instrumentarlo como límite máximo para la aplicación de aquél, toda vez que admite su invocación tan sólo como único (y último) medio de defensa frente a un recurso por incumplimiento (asunto 52/84, Comisión c. Bélgica, de 15 de enero de 1986; 227 a 230/85, Comisión c. Bélgica, de 14 de enero de 1988; 63/87, Comisión c. Grecia, de 7 de junio de 1988; 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989; 74/89, Comisión c. Bélgica, de 21 de febrero de 1990; 142/87, Bélgica c. Comisión, de 21 de marzo de 1990; y 5/89, Comisión c. RFA, de 20 de septiembre de 1990).

interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones resultantes de decisiones comunitarias» (29). En tales circunstancias, la apreciación de la responsabilidad directa de un Estado nacional en su Derecho interno es competencia de los Tribunales Nacionales, que decidirán sobre la misma aplicando el ordenamiento interno (30).

El evidente peligro que encierra una formulación tan tajante del principio de responsabilidad de los Estados miembros obliga a éstos, ciertamente, a adoptar medidas garantes del cumplimiento del Derecho comunitario (31): «por lo tanto, nada sorprendente que las autoridades centrales de los Estados miembros vigilen con una atención muy especial la *mise en oeuvre* del Derecho comunitario y su respeto por las colectividades descentralizadas, ya se trate de Estados federados, de provincias, con amplia autonomía, o de colectividades más o menos descentralizadas. De ahí ciertos problemas constitucionales, o más sencillamente, relacionales» (32). Un planteamiento que nos sitúa frente a problemas nada fáciles de resolver en muchos casos, y que obliga a realizar un esfuerzo importante, que todavía está en sus inicios, para encontrar las fórmulas institucionales idóneas.

Queda así descrito, a muy grandes rasgos, el panorama jurídico de la ejecución no normativa del Derecho comunitario en el que debe situarse el supuesto contemplado en la decisión *Magefesa*. Consecuentemente con lo dicho, debemos proceder ahora a analizar las distintas posibilidades jurídicas, si las hay, que ofrece nuestro ordenamiento jurídico con vistas a proporcionar el adecuado cumplimiento de la Resolución de la Comisión en este concreto caso.

---

(29) Así se ha pronunciado el TJCE en numerosas ocasiones (asuntos 215/83, Comisión c. Bélgica, de 28 de marzo de 1985; 52/84, Comisión c. Bélgica; 69/86, Comisión c. Italia, de 21 de febrero de 1987; 1/86, Comisión c. Bélgica, de 17 de junio de 1986; 227 a 230/85, Comisión c. Bélgica; 14/88, Italia c. Comisión, de 14 de noviembre de 1989; 74/89, Comisión c. Bélgica; y 5/89, Comisión c. RFA).

(30) Vid. D. SIMON y A. BARAV, *op. cit.*; y GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*

(31) A propósito del control por parte del Estado del cumplimiento autonómico de la obligación de desarrollar el Derecho comunitario de conformidad con el mismo, vid. MANGAS MARTÍN, *op. cit.*; MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, págs. 104 y ss.; J. M. BAÑO LEÓN, *Las Comunidades Autónomas*, cit., págs. 103 y ss.; J. E. SORIANO, *op. cit.*, págs. 86 y ss.; R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 235 y ss.; B. PENDAS GARCÍA, *op. cit.*, págs. 35 y ss.

(32) BIANCARELLI, *op. cit.*, pág. 52.

## IV. LAS HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN PLANTEABLES

Es preciso abordar, pues, el núcleo central del tema; porque si, como ha quedado claro, es ineludible la obligación de dar satisfacción a la decisión de la Comisión de las Comunidades, no es menos cierto que, como es sabido, las subvenciones (33) concedidas por las Comunidades Autónomas son actos firmes declarativos de derechos con arreglo al Derecho interno y, en principio, pues, irrevocables. No obstante, la decisión de la Comisión las califica de ilegales por incumplimiento del artículo 93.3 TCEE.

De ahí que sea necesario arbitrar el mecanismo jurídico adecuado para cumplir con el contenido de la decisión sin que el ordenamiento jurídico interno se resienta, si es que ello es posible; en definitiva, ver qué medios y procedimientos hay para ello. Se trata, pues, atendiendo a la calificación jurídica de la infracción, de estudiar aquellos instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico pone a nuestra disposición en materia de revocación de actos administrativos, con el fin de hallar la vía que proporcione una adecuada solución al conflicto planteado, teniendo siempre presente que las subvenciones y las demás ayudas son actos declarativos de derechos, con las consecuencias que ello comporta.

---

(33) Aunque los avales no van a ser objeto del presente estudio, la cuestión es, asimismo, discutida.

En lo referente al concepto y a la naturaleza jurídica de la figura de la subvención, me remito íntegramente, por obvias razones, a la exhaustiva obra de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit. No obstante, quien esté interesado en conocer el significado y el papel de las medidas de fomento (no ya sólo la subvención, sino también los créditos, avales, etc.) en el ámbito económico, puede consultar concretamente el Manual de S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, tomo I, cit., especialmente págs. 448 y ss. Por su parte, M. SÁNCHEZ MORÓN, en su obra *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1990, estudia detalladamente la más reciente jurisprudencia constitucional acerca de la incidencia de la actividad administrativa de fomento por medio de subvenciones sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Quizá convendría apuntar desde este mismo momento, precisamente antes de entrar en el examen del fondo del problema, algo que, aunque pueda parecer obvio, sin embargo, no debe ser pasado por alto. Y es que, en el orden conceptual, debe ser formulada una precisión esencial: cuando el Tratado de las Comunidades emplea el término «ayudas de Estado» comprende, con una evidente amplitud, «... no solamente las prestaciones positivas, tales como las propias subvenciones, sino igualmente intervenciones que, bajo formas diversas, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, son de una idéntica naturaleza y tienen efectos idénticos» (STJCE 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen, de 23 de febrero de 1961, como muestra de una jurisprudencia constante). Por lo tanto, a los efectos del presente análisis, haré uso de una expresión «pacífica» para referirme a todas aquellas medidas cuya erradicación del ordenamiento jurídico español demanda la decisión de la Comisión, porque, en definitiva, todas ellas constituyen actos administrativos declarativos de Derechos que es preciso expulsar de la vida jurídica.

1. *Las subvenciones y las otras ayudas como actos anulables*

a) *Consideraciones generales.*

El artículo 48.1 de la LPA establece que «son anulables utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el Título V de esta Ley, los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

De estos medios me interesa destacar la revisión de oficio de los actos anulables. La decisión de la Comisión emplaza, no a la empresa beneficiaria, sino a las Autoridades nacionales directamente (artículo 4 de la misma), a recuperar las ayudas otorgadas en contradicción con las disposiciones del Tratado.

El artículo 110 de la LPA dispone que:

- «1. En los demás casos, la anulación de los actos declarativos de derechos requerirá la previa declaración de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
2. Sin embargo, podrán ser anulados de oficio por la propia Administración los actos declarativos de derechos cuando concurren las siguientes circunstancias:
  - a) que dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley y, en tal sentido, lo haya dictaminado el Consejo de Estado;
  - b) que no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados.»

Para determinar qué apartado del artículo 110 LPA es aplicable (al menos, en pura hipótesis), habrá que apreciar, previamente, la calificación jurídica de la infracción que se predica de las subvenciones. La propia Comisión, en su decisión, tan sólo afirma la ilegalidad de las ayudas impugnadas como causa de su incompatibilidad con el Tratado CEE, incompatibilidad que conduce a la exigencia de la expulsión del ordenamiento jurídico interno de

los actos generadores de dicha ilegalidad. Así pues, ¿infringen manifiestamente la ley actos administrativos declarativos de derechos dictados por las autoridades nacionales en vulneración de un acto aplicativo de las disposiciones del Tratado CEE? La respuesta a esta primera cuestión parece no ofrecer dudas.

El tratado CEE, como, por lo demás, todo el Derecho comunitario, forma parte de nuestro ordenamiento interno. A mayor abundamiento, el Tratado CEE (como los demás Tratados comunitarios), es la primera de las normas del ordenamiento comunitario, se halla en su cúspide, a la cabeza de la jerarquía normativa comunitaria; es «la base de una legalidad comunitaria», en palabras de PESCATORE. Fundamenta, encuadra y delimita el Derecho comunitario porque «cada institución actuará dentro de los límites de las competencias atribuidas por el presente Tratado» (artículo 4.1 *in fine* TCEE). De ahí que, en razón de su carácter inicial y fundamental, PESCATORE reclame su denominación de «Constitución europea» (34) (o «Constitución comunitaria» en palabras de J. V. LOUIS).

No puede objetarse, en consecuencia, que la vulneración de disposiciones contenidas directamente en el Tratado CEE no constituya una infracción manifiesta de la Ley. El carácter manifiesto se revelará caso por caso mediante la confrontación del acto administrativo y su contenido y alcance (de otorgamiento de subvención) con la norma contemplada en el Tratado CEE. En éste, en concreto, no hay duda posible, ya que la infracción ha sido constatada formalmente por la Comisión, cuya decisión ha sido, además, consentida al no haberse recurrido.

Y si es claro que la transgresión del artículo 93.3 TCEE debe estimarse como constitutiva de una infracción manifiesta de Ley, no lo es tanto, sin embargo, la cuestión relativa al límite temporal para la revocación de oficio. De la lectura de la decisión de la Comisión —no resulta totalmente nítida en este punto— parece desprenderse que ha podido transcurrir, en algunos casos, el plazo de cuatro años de que dispone la Administración para revocar las subvenciones otorgadas a la empresa *Magefesa*.

El vencimiento de este plazo supone que la vía del artículo 110.2 LPA se cierra automáticamente como hipótesis de solución del presente caso. En tal encrucijada, ¿cómo será posible satisfacer la exigencia comunitaria?

(34) PESCATORE, *op. cit.*, pág. 59; J. V. LOUIS, *op. cit.*, págs. 45-50.

b) *Referencia al supuesto alemán.*

Esta misma cuestión se ha planteado también en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia 5/89, de 20 de septiembre de 1990, en la que la Comisión interpone un recurso frente a la RFA (en virtud del artículo 93.2, párrafo segundo TCEE) por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la decisión 88/174/CEE, de 17 de noviembre, que consideraba que una ayuda en forma de subvención acordada por el *Land* de BADEN-WÜRTEMBERG a una empresa, infringía los artículos 93.3 TCEE por falta de notificación previa, y 92.1 por incompatibilidad con el Tratado CEE.

El Gobierno alemán invocó la imposibilidad absoluta de aplicar la decisión en razón del principio de protección de la confianza legítima que exige la previa apreciación de los intereses en causa con objeto de anular un acto administrativo irregular, declarativo de derechos. También la prohibición, contenida en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo del *Land* de BADEN-WÜRTEMBERG, de revocar el acto administrativo declarativo de derechos una vez transcurrido el plazo de un año desde que la Administración tuvo conocimiento de las circunstancias justificantes de la anulación. Además, y en relación con el vencimiento del plazo previsto para la revocación de dicha subvención por la Administración, entendió también que el plazo del artículo 48 citado deriva, no sólo del Derecho positivo alemán, sino también del principio general de protección de la confianza legítima, de forma que, una vez transcurrido aquél, el beneficiario de una ayuda debe ser totalmente protegido frente a las demandas de restitución de la misma. De ahí que proponga deducir del principio de protección de la confianza legítima un plazo equivalente, aplicable en Derecho comunitario, que concilie tanto los intereses comunitarios como los particulares del beneficiario de tal ayuda, basado en una serie de criterios: en primer lugar, el plazo sería interrumpido por la decisión de la Comisión, que se equipararía a la revocación del acto por la Administración, de suerte que el beneficiario de la ayuda debería tener en cuenta, desde esa fecha, que el Estado miembro reclamará su devolución; en segundo lugar, el inicio del plazo podría corresponder con el momento en que la Comisión tiene conocimiento de la ayuda; y finalmente, si la Comisión no puede concluir el procedimiento en el plazo de un

año, sí puede solicitar al Tribunal de Justicia medidas provisionales en el curso de un procedimiento por incumplimiento.

El Tribunal de Justicia, sin embargo, no acogió ninguno de los elementos de esta propuesta. Recuerda, por el contrario, que «... un Estado miembro no podría invocar disposiciones, prácticas o situaciones de su orden jurídico interno para sustraerse de la ejecución de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. En particular, una disposición que prevea un plazo para la revocación de un acto administrativo declarativo de derechos debe ser aplicada, de manera que no haga prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho comunitario y tome plenamente en consideración el interés comunitario».

Este asunto, el 5/89 del TJCE contribuye también, ciertamente, a poner de relieve la actualidad del tema. Evidencia que las dificultades con que debe enfrentarse el Derecho positivo español para ejecutar correctamente los actos administrativos de las instituciones comunitarias no son privativas de nuestro ordenamiento, sino que se manifiestan con parecida intensidad en el ordenamiento interno de otros Estados miembros.

c) *El planteamiento.*

En respuesta a la cuestión que antes quedó planteada de saber cómo es posible ejecutar el contenido de la decisión, no hay que olvidar que, evidentemente, siempre es posible que la Administración nacional decida, pura y simplemente, incumplirla, en cuyo caso quedaría comprometida la responsabilidad del Estado. Ahora bien, esta alternativa del incumplimiento tan sólo debe considerarse cuando no sea, precisamente, tal alternativa, sino la consecuencia ineludible a que está abocado el Estado infractor. De ahí que, en mi opinión, convenga examinar previamente, si el caso *Magfesa* es reconducible o no, al artículo 109 LPA, esto es, si las subvenciones concedidas en infracción del Derecho comunitario son, o no, susceptibles de ser declaradas nulas de pleno derecho, conforme al artículo 47.1 LPA. Aquí late la esencia del tema.

Obviamente, en el caso de que el asunto que nos ocupa no hallase acogida en el artículo 109 LPA, por no ser susceptible de encaje en alguno de los supuestos tasados en el artículo 47.1 LPA, incumpliría indefectiblemente el Estado español las obligaciones

derivadas de la decisión de la Comisión. Es, pues, imprescindible analizar ahora esta segunda hipótesis.

2. *Las subvenciones y las otras ayudas como actos nulos de pleno Derecho*

El artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que:

«La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47.»

Por su parte, el tenor del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo que hay que tener en cuenta es el siguiente:

«Los actos de la Administración son nulos de pleno Derecho en los casos siguientes:

- a) los dictados por órgano manifiestamente incompetente;
- b) aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito;
- c) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.»

En una primera aproximación deben rechazarse, en relación con el caso *Magfesa*, por razones obvias, los supuestos que contemplan actos de contenido imposible, actos constitutivos de delito, o aquellos dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. La exposición, por consiguiente, habrá de centrarse partiendo de los motivos restantes: incompetencia manifiesta del órgano que ha dictado el acto, y la omisión absoluta del procedimiento legal para la adopción del acto.

a) *Incompetencia manifiesta.*

Abstracción hecha del caso *Magfesa*, es claro que un órgano administrativo, en Derecho positivo español, y por vía de principio, es competente siempre que haya sido previamente habilitado por una norma. A falta de norma habilitante, concurrirá vicio de incompetencia manifiesta en el órgano administrativo.

La competencia es la medida de la potestad atribuida a cada órgano: la potestad, a su vez, es el presupuesto de la competencia, de forma que, sin la primera, ésta no puede ser invocada. ¿Puede sostenerse que, como consecuencia de la transferencia de competencias que acompañó a la adhesión de España a las Comunidades Europeas, exista un desapoderamiento radical del Estado español en materia de ayudas de Estado, capaz de fundar el necesario cumplimiento de la decisión de la Comisión en la invocación del vicio de incompetencia manifiesta? Si tal desapoderamiento fuera cierto, la Administración nacional carecería de potestad, y con mayor razón aún, de competencia a través de sus órganos, para conceder subvenciones. Si, por el contrario, la integración española en la CEE implica, en materia de ayudas de Estado, tan sólo la transferencia de las competencias de información y de fiscalización (esto es, de enjuiciamiento de su conformidad con el Derecho comunitario) de las existentes, carecerá de fundamento la eventual utilización del artículo 47.1, párrafo a).

Pues bien, el Derecho comunitario primario establece que la Comisión goza de un amplio poder para enjuiciar la compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas concedidas por los Estados miembros (35) —artículo 3.f) TCEE—. En concreto, se trata de un poder discrecional que faculta a la Comisión para recabar información sobre las ayudas otorgadas, o proyectadas (artículo 93, párrafos 1 y 3 TCEE) por los Estados, también para fiscalizar la compatibilidad de las mismas con el Mercado Común (36) —incluso, cuando se susciten dudas, por pequeñas

(35) Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 636; B. GOLDMAN y A. LYON-CAEN, *op. cit.*, pág. 688; y BERNINI, *op. cit.*, pág. 393.

(36) La jurisprudencia del TJCE parece confirmar que la apertura y el desarrollo del procedimiento previsto en el artículo 93.2 TCEE tienen carácter imperativo siempre que haya, al menos, dudas sobre la compatibilidad de las ayudas. Así, en el caso 84/82, RFA c. Comisión, de 20 de marzo de 1984, el TJCE precisó que «uno de los rasgos principales que distingue la base de examen del artículo 93.2 TJCE de la fase preliminar del artículo 93.3, estriba en la ausencia, en dicha fase inicial, de cualquier obligación,

que sean— (artículo 93.2 TCEE), y finalmente, para imponer criterios que los Estados deben observar, necesariamente, en el otorgamiento de las ayudas (artículo 93.3 TCEE). De ello, se desprende que la Comisión tiene encomendada la labor de investigar las ayudas de Estado, y eventualmente, de oponerse a ellas.

Este poder se traduce en un examen constante de la Comisión, realizado con la colaboración de los Estados miembros, sin que ello signifique que éstos hayan dejado de estar facultados para otorgar, o prever, ayudas desde el momento de la adhesión a las Comunidades europeas. Los poderes de la Comisión están tasados. Los Estados miembros retienen en todo caso el poder de instituir ayudas, sin perjuicio del control que sobre las mismas efectúa la Comisión. De ahí que la decisión comunitaria funde la ilegalidad de las subvenciones en el caso que nos ocupa en los siguientes motivos: en primer lugar, la falta de notificación preceptiva (como así lo exige el artículo 93.3 TCEE) del plan de restructuración de *Magefesa* (37); en segundo lugar, la estimación de las subvenciones como ayudas de Estado, en la calificación del artículo 92.1 TCEE, no subsumibles en el régimen de exenciones del artículo 92, párrafos 2 y 3 del TCEE, por entender que ponen en peligro el buen funcionamiento del Mercado Común al falsear o debilitar la competencia. Los Estados miembros están facultados, pues, para conceder o prever ayudas, pero además, en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental, son absolutamente libres para designar los órganos competentes para llevar a cabo dicho otorgamiento conforme al Derecho interno (38).

---

concerniendo a la Comisión, de emplazar a los interesados para que presenten sus observaciones antes de dictar decisión alguna». Tal procedimiento «... reviste, sin embargo, carácter indispensable desde el momento en que la Comisión topa con serias dificultades para apreciar si un proyecto de ayuda es compatible con el mercado común» (fund. 13).

(37) Fundamento VII de la decisión *Magefesa*.

(38) La autonomía institucional es incondicional dentro del respeto a los principios esenciales del Derecho comunitario, como resulta de la jurisprudencia del TJCE. Es revelador, en este sentido, el tenor de las Sentencias 205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor*, de 21 de septiembre de 1983: «... de acuerdo con los principios generales sobre los que se basa el sistema institucional de la Comunidad y que rigen las relaciones entre ésta y los Estados miembros, corresponde a estos últimos, en virtud del artículo 5 TCEE, asegurar en sus territorios la ejecución de las reglamentaciones nacionales (...) conforme a las reglas de forma y de fondo de su Derecho nacional», si bien «... esta regla debe conciliarse con la necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario» (fund. 17).

Pero, quizá, sean más significativas todavía las Sentencias 51 a 54/71, *International Fruit Company*, de 15 de diciembre de 1971, al afirmar que «... cuando las disposiciones del Tratado o de los reglamentos reconocen poderes a los Estados miembros o les impo-

El Derecho comunitario, en consecuencia, deja a la apreciación de los Estados la fijación de los órganos competentes para ejecutar las normas y los actos de las instituciones comunitarias. Por añadidura, el propio Tribunal de Justicia ha confirmado esta doctrina en el ámbito de las ayudas de Estado. Sirvan como botón de muestra estos dos casos. En su Sentencia 169/82, Comisión c. Italia, de 27 de mayo de 1984, sobre un régimen de ayudas a la agricultura establecido por Ley por la región de Sicilia, equipara las ayudas regionales a las ayudas estatales. Asimismo, la Sentencia 248/84 RFA c. Comisión, de 14 de octubre de 1987, declara que «el hecho de que el programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federal o regional, o una colectividad territorial, y no por el Gobierno central, no impide la aplicación del artículo 92.1 TCEE siempre que se cumplan sus condiciones» (39).

Por lo tanto, si por un lado, el Derecho comunitario autoriza a los Estados miembros a designar los órganos competentes para la ejecución de aquél en el plazo interno (afirmación que se desprende, no tanto de la labor jurisdiccional del TJCE, cuanto del contenido de los artículos 92 y 93 TCEE) y el ordenamiento jurídico español hace lo propio en relación con las Comunidades Autónomas en la medida de sus competencias (40), y, por otro lado,

---

nen obligaciones en orden a la aplicación del Derecho comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de estos poderes y la ejecución de estas obligaciones pueden ser confiadas por los Estados miembros a determinados órganos internos, depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado miembro» (fund. 4).

Ahora bien, mientras que el TJCE declara completa la autonomía institucional en los términos ya expuestos, la autonomía procedimental está sujeta, por su parte, a la condición de no perturbar la necesidad de aplicar uniformemente el Derecho comunitario (STJCE 94/71, Schüter, de 6 de junio de 1972; 229/83, Leclerc c. «Au blé vert», de 10 de enero de 1985): «... en la medida en que el procedimiento previsto por el Derecho nacional es aplicable a la recuperación de una ayuda ilegal, las disposiciones pertinentes del Derecho nacional deben ser aplicadas de forma que no hagan prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho comunitario...» (asuntos 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989, fund. 9; y 142/87, Bélgica c. Comisión, de 21 de marzo de 1990).

Ahora bien, no es pacífica en la doctrina la distinción postulada por G. ISAAC (en *Droit Communautaire Général*, cit., pág. 191), a partir del examen de la labor jurisprudencial del TJCE. Ni J. V. LOUIS (*L'ordre juridique communautaire*, cit., pág. 121), ni R. KOVAR («Relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales», en *Treinta años*, cit., pág. 143), o J. BOULOUIS (*Droit Institutionnel*, cit., pág. 182), entre otros, advierten ese matiz predicado respecto de la autonomía procedimental que el TJCE reconoce a los Estados miembros en la aplicación del Derecho comunitario. Lo cierto es que la mencionada puntualización parece pecar de artificiosa, cuando menos, porque, si desde un punto de vista estrictamente teórico, podría resultar a todas luces admisible, en la práctica, correría el riesgo de quebrar en determinados supuestos. En todo caso, su exposición en este momento contribuye a apuntalar el argumento sobre el que se sustenta todo el razonamiento posterior.

(39) Sobre el particular, me remito a la nota 27.

(40) STC 252/88, de 20 de diciembre.

aquél no ha sustraído a las Administraciones nacionales la potestad de otorgamiento de ayudas de Estado, no queda más alternativa, para este concreto supuesto, que declarar la inexistencia de vicio alguno de incompetencia manifiesta y, por lo tanto, no es posible que la Administración proceda a la revocación de las subvenciones mencionadas invocando el artículo 47.1.a) LPA.

b) *Omisión absoluta del procedimiento legal.*

Conforme a la doctrina más firme y a la jurisprudencia más arraigada, el vicio de la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido que contiene el artículo 47.1, apartado c), de la LPA será estimado, cuando haya sido dictado el acto cuya anulación se persigue prescindiendo, radicalmente, del procedimiento que el ordenamiento jurídico había previsto para ese concreto supuesto. No es precisa la ausencia de todo procedimiento, sino la de aquellos trámites que se consideran esenciales dentro del procedimiento exigido legalmente. El ordenamiento jurídico es claro al exigir que la condición determinante de la apreciación de este vicio de nulidad de pleno derecho consiste en que el acto haya sido aprobado conforme a un procedimiento inidentificable con aquél prescrito por la Ley, por no concurrir los elementos esenciales del mismo que lo caracterizan (41).

Interpretado en estos términos, el vicio de omisión total y absoluta del procedimiento legal debe ser apreciado no sólo a la luz del Derecho interno, sino también a la del Derecho comunitario. Y ello porque, como consecuencia de la adhesión española a las Comunidades Europeas, corresponden a las instituciones comunitarias, en concreto, a la Comisión, las competencias en materia de información y fiscalización de las ayudas otorgadas, o proyectadas por el Estado español, normas comunitarias éstas que forzosamente hay que considerar integradas en el procedimiento de otorgamiento de tales ayudas.

Bien es verdad que el Estado español dispone de un amplio poder de apreciación para la determinación del procedimiento a seguir en el campo de la ejecución del Derecho comunitario. Así viene a reconocerlo el ya mencionado principio de autonomía institucional y procedimental. Pero, y a diferencia del principio de

---

(41) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 601.

autonomía institucional en sentido estricto, que es completo, la autonomía procedimental debe respetar los «imperativos propios de Derecho comunitario» (42), esto es, los principios de primacía, aplicabilidad directa y aplicabilidad uniforme del mismo. Garantizar estos principios depende del respeto, precisamente, de las reglas procedimentales del artículo 93.3 del Tratado. Sólo si el Estado sigue los cauces preceptuados por dicho artículo, estará actuando en consonancia con el Tratado.

El propio Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las obligaciones de garantizar el respeto de las reglas procedimentales contenidas en el artículo 93.3 TCEE. En las Sentencias 234/84 y 40/85, Bélgica contra Comisión, de 10 de julio de 1986, sobre la suscripción de un aumento de participación pública (a cargo de la región walona), el Tribunal de Justicia ya hace mención de la obligación de información contemplada en el artículo 93.3 TCEE (43).

No obstante, la Sentencia 310/85, Deufil contra Comisión, de 24 de febrero de 1987, recaída sobre una decisión de la misma de fecha 10-7-1985 (85/471) que ordenó a dicha sociedad, beneficiaria de la ayuda, su restitución, refleja claramente el propio alcance de la obligación de notificar el artículo 93.3 TCEE (44). Tras calificar el Tribunal de Justicia la subvención otorgada a la sociedad Deufil por la Administración alemana como ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 del TCEE, entiende que «debería haber sido notificada de conformidad con el artículo 93.3, y... no debería haber sido entregada antes del fin del procedimiento emprendido por la Comisión. Cuando, contrariamente al artículo 93.3, la subvención proyectada ha sido ya desembolsada, esta

---

(42) Vid. nota 38.

(43) Sin embargo, en este asunto, el TJCE recurre a la obligación de información que pesa sobre los Estados interesados para fundar la desestimación del recurso interpuesto por el Reino de Bélgica contra una decisión de la Comisión. El incumplimiento por parte de Bélgica de dicha obligación lleva al TJCE a la siguiente conclusión: «... la legalidad de la decisión debe apreciarse en función de los elementos de información de los que la Comisión podría disponer en el momento de dictarla» (fund. 16).

(44) El abogado general Marc Darmon ya sostuvo en sus conclusiones que «... en principio, a primera vista, nada permite pensar que el demandante haya podido esperar legítimamente que la ayuda otorgada tuviera carácter definitivo, en atención al interés general de la Comunidad: no fue objeto (la ayuda) de notificación previa (prevista en el art. 93.3 TCEE), por parte de las autoridades nacionales (alemanas).

Y precisamente esta formalidad esencial persigue prevenir el desembolso de ayudas ilegales porque «el Estado miembro interesado no puede ejecutar las medidas proyectadas», antes de que la Comisión, informada «en tiempo útil», se haya pronunciado definitivamente sobre su compatibilidad con las reglas del artículo 92 TCEE».

decisión puede adoptar la forma de *injonction* dirigida a las autoridades nacionales para que ordenen la restitución».

También las Sentencias 301/87, Francia contra Comisión, de 14 de febrero de 1990 (45), 142/87, Bélgica contra Comisión, de 21 de marzo de 1990 (46), y, 5/89, Comisión contra RFA, de 20 de septiembre, confirman toda la jurisprudencia anterior. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que «... un Estado miembro, cuyas autoridades han concedido una ayuda en violación de las reglas procedimentales del artículo 93 del Tratado, no podría invocar la confianza legítima de los beneficiarios para sustraerse de la obligación de tomar las medidas necesarias en vista de la ejecución de una decisión de la Comisión que le ordena recuperar la ayuda» (47).

De ahí que de la falta de notificación previa debe deducirse su ilegalidad *ipso facto*. Así se expresa el abogado general MARC DARMON, en sus conclusiones al caso 94/87, Comisión contra RFA: «en vista del carácter *fundamental* de la obligación de notificación de nuevas ayudas, prevista en el artículo 93.3 TCEE, y en razón del efecto directo de esta disposición, tenemos derecho a sostener que toda empresa beneficiaria de ayudas de Estado debe ser consciente de que tal ayuda debe ser previamente notificada a la Comisión y que, en su ausencia, su reembolso puede ser exigido. Además, ninguna confianza legítima puede nacer en la base de un beneficiario de una ayuda no notificada. Este último está sometido a una obligación de prudencia, de vigilancia y de circunspección. La ausencia, por el beneficiario, de toda comprobación al

---

(45) El TJCE, en el asunto 301/87, Francia c. Comisión, realizó una serie de puntualizaciones sobre el alcance y contenido del artículo 93.3 TCEE, de entre las que importa destacar las siguientes: 1) la Comisión, cuando constata que una ayuda ha sido otorgada o modificada sin previa notificación, está habilitada para, una vez emplazado el Estado miembro afectado, ordenarle la suspensión inmediata de la misma mediante decisión provisional, en espera del examen de la ayuda, y la aportación de todos los documentos, informaciones y datos necesarios para examinar su compatibilidad con el mercado común; 2) asimismo, podrá ejercer esta potestad cuando la ayuda, válidamente notificada en esta ocasión, haya sido ejecutada por el Estado, en contra de la prohibición del artículo 93.3 TCEE, sin esperar el resultado del procedimiento contradictorio del artículo 93.2; 3) si el Estado no respeta la «*injonction*», la Comisión puede poner fin al procedimiento y adoptar la decisión constatando la compatibilidad o la incompatibilidad de la ayuda sobre la base de los elementos de que dispone.

(46) En opinión del abogado general G. Tesaurò, el contenido y el fin de las obligaciones contenidas en el artículo 93.3 TCEE implican que toda ayuda acordada en violación de aquéllas es ilegal.

(47) STJCE 5/89, Comisión c. RFA, fundamento 16.

respecto, le impide poder prevalerse útilmente de su confianza legítima» (48).

De todo lo expuesto, se infiere que la falta de adecuación a las reglas procedimentales del artículo 93.3 por parte de los Estados miembros es causa de ilegalidad. La falta de notificación en plazo del proyecto de ayuda, es causa de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 93.3 TCEE. La falta de respeto de estas reglas de procedimiento, siendo como son normas de orden público e imperativo, y de efecto directo (49), legitiman su invocación en el plano comunitario. Por mi parte, entiendo que esta posibilidad es trasladable al Derecho interno en la medida en que se ha omitido uno de los trámites esenciales que integran el procedimiento del artículo 93.3 del TCEE. La omisión de esta obligación, «fundamental», en palabras del Abogado General Marc DARMON (50), posibilitaría que la Administración española, procediera a declarar nulas las subvenciones otorgadas, por contravenir el contenido del artículo 47.1.c) de la LPA, en aplicación del artículo 109 de la misma Ley.

Pero aquí, una vez más, surge un escollo en la interpretación del derecho interno. ¿Cómo puede legitimarse la preceptiva intervención de un órgano de la propia Administración concedente de las subvenciones cuando aquella actuación puede obstaculizar, hipotéticamente, el cumplimiento del Derecho comunitario? Es decir, ¿hasta qué punto es admisible, desde la perspectiva comunitaria, que la Administración nacional supedite la revocación de los actos declarativos de derechos dictados en infracción del Derecho comunitario al dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado? ¿Se compadece con el Derecho comunitario el papel que según el derecho interno debe desempeñar necesariamente el Consejo de Estado? (51).

---

(48) Conclusiones presentadas en el asunto 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989.

(49) Así lo proclaman las Sentencias del TJCE 77/72, Carmine Capolongo c. Azienda Agrícola Maya, de 19 de junio de 1973; 120/73, Lorenz c. RFA; 122/73, Nordsee Deutsche Hochseefischerei, y 141/73, Fritz Lohrey, todas de 11 de diciembre de 1973.

(50) STJCE 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989.

(51) El Tribunal Constitucional en la Sentencia 56/90, de 29 de marzo, se pronuncia con rotundidad y claridad sobre el papel del Consejo de Estado dentro del ordenamiento jurídico, llegando a las siguientes conclusiones: de un lado, «... no forma parte de la Administración activa. Es, por el contrario, conforme al artículo 107 CE y al artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, un órgano consultivo que actúa en todo caso con autonomía orgánica y funcional en garantía de su objetividad e independencia (art. 1.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado)»; de otro lado, «... pese a la dicción

El problema se plantea, precisamente, cuando el dictamen es, además de preceptivo, vinculante, como ocurre en este caso. Si, en pura hipótesis, el Consejo de Estado dictaminara en contra de la revisión de oficio (52), ésta no podría ser acordada, de modo que el Estado español se vería imposibilitado para cumplir sus obligaciones frente a la Comunidad Económica Europea. No es presumible, ciertamente, que esta hipótesis pueda darse en la práctica, pero su mera posibilidad obliga a reflexionar acerca de la procedencia misma de la exigencia de un dictamen vinculante, ya que existe una decisión comunitaria de inexcusable observancia (una vez que ha devenido firme, y por lo tanto, irrecurrible) que elimina *a priori* cualquier otra alternativa que no sea la de su simple cumplimiento.

Por lo demás, interponer un elemento potencialmente distorsionador, como es el carácter vinculante del dictamen del Consejo de Estado, entre la decisión de la Comisión de las Comunidades y el efectivo cumplimiento del Derecho comunitario en el plano interno, carece, en mi opinión, de respaldo desde la perspectiva comunitaria. Sentado el principio de autonomía institucional y procedimental, tantas veces enunciado, éste no implica que los Estados miembros dispongan de libertad absoluta para la elección del procedimiento adecuado con arreglo al Derecho interno, porque, si bien «en el estado actual del Derecho comunitario, y en ausencia de normas comunitarias sobre la materia, es el Derecho interno el aplicable a las acciones en justicia que impliquen al Derecho comunitario, y a la ejecución por las autoridades nacionales de las obligaciones comunitarias, esta autonomía procedimental no es absoluta: está limitada por imperativos esenciales

---

literal del artículo 107 CE que se refiere a él como Supremo Órgano Consultivo del Gobierno tiene en realidad carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción del Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición (arts. 7 y 9 LOCE) y de sus funciones consultivas, que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente en el diseño competencial a que se remite la Norma Fundamental, realizado por los artículos 20 a 23 LOCE». Para un examen más detenido del fallo del TC, vid. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Posición institucional del Consejo de Estado (Comentario al fundamento jurídico n.º 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo)*, núm. 122 de esta REVISTA, mayo-agosto 1990.

(52) Es evidente que este supuesto es, con toda probabilidad, muy difícilmente planteable en la realidad. Bien podría calificarse de supuesto «de laboratorio». Se trata de un problema teórico, más bien formal, en la medida en que se impone, por encima de otras consideraciones, la idea básica de que debe darse satisfacción al Derecho comunitario, en cumplimiento de las disposiciones del Tratado, máxime cuando la decisión ha devenido firme por no haber sido recurrida en plazo.

del Derecho comunitario... entre ellos, la obligación de no hacer prácticamente imposible el ejercicio de un derecho o la ejecución de una obligación, procedente del Derecho comunitario» (53).

A ello hay que unir los términos del artículo 5.2 del Tratado, que el Abogado General MANCINI recuerda en sus conclusiones en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia 227`a 230/85, de 14 de enero de 1988, Comisión contra Bélgica, a resultas de la cual «... los Estados miembros se abstendrán —los Estados evitarán introducir— de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado».

Entiendo que, en una futura modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo, acaso habría que considerar estas puntualizaciones, en relación a la aplicación no normativa del Derecho comunitario: el dictamen del Consejo de Estado, contemplado en el artículo 109 (y por extensión, en el artículo 110.2 LPA), quizá deberá configurarse únicamente como preceptivo en el ámbito de la ejecución no normativa del Derecho comunitario. La exclusión de su carácter vinculante supondría la eliminación de toda inseguridad jurídica, supuesto que la eventual contradicción entre un acto administrativo individual dictado por las instituciones comunitarias, y la opinión del Consejo de Estado, en ningún caso conduciría al incumplimiento del Derecho comunitario por parte de la autoridades nacionales. A ello hay que añadir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, favorable a esta tesis.

c) *Límites a la revisión de oficio de las subvenciones.*

La revisión de oficio de los actos administrativos, es obvio, debe instrumentarse con prudencia y con moderación, intentando buscar el equilibrio entre el principio de respeto a la seguridad jurídica y el de legalidad de la actuación administrativa. De ahí que el propio artículo 112 LPA establezca que:

«Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su

---

(53) Conclusiones del abogado general Marc Darmon en el asunto 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989. El imperativo de la aplicación del Derecho comunitario ha sido invocado en otras Sentencias (229/83, Leclerc c. «Au blé vert», de 10 de enero de 1985; y 5/89, Comisión c. RFA, de 20 de septiembre de 1990).

ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o de las Leyes.»

En consecuencia, el artículo 112 fija los límites a la facultad revisora de la Administración, aunque, bien es verdad que, en palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «no es otra cosa que una advertencia en orden a la modulación en ciertos casos de las consecuencias inherentes al ejercicio de las facultades revisoras y una ratificación del carácter restrictivo con que dicho ejercicio debe contemplarse, un temperamento, en definitiva, de los rigores propios de la revocación que se corresponde, por otra parte, con la imprescindible limitación de los efectos típicos de la nulidad que se impone en ocasiones a resultas de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia (protección de la buena fe o del tercero inocente o de la confianza legítimamente generada por acto viciado, etc.)» ( 54).

Precisamente por ello, quizá sea ésta una buena ocasión para llamar la atención sobre la potencialidad que encierra el artículo 112 LPA porque, concebido como punto de equilibrio entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica, podría configurarse como el cauce adecuado para la introducción en el ordenamiento jurídico español del principio de la confianza legítima.

Este principio, establecido en el Derecho Administrativo alemán (55), y consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (56), pretende amparar las situaciones jurídicas establecidas frente a cambios legislativos bruscos, normas excepcionalmente retroactivas, o frente a la revo-

(54) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 636.

(55) Concretamente, en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG*). Este artículo ha sido objeto de estudio por parte de F. HUBEAU, *Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, «Cahiers de Droit Européen», núm. 1, 1983, págs. 143-162; y de R. GARCÍA-MACHO, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en el *Libro-homenaje al Profesor Villar Palasí*, Cívitas, Madrid, 1989, págs. 453-466.

(56) Vid., además de la bibliografía citada en la nota precedente, J.-Y. VINCENT, *Le retrait des actes administratifs unilatéraux (examen comparatif des solutions adoptées en Droit européen et en Droit français)*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1, enero-marzo 1974, págs. 31-55; y M. LETEMENDIA, *Retrait et abrogation des actes administratifs individuels en droit communautaire et en droit anglais*, ULB, Bruselas, 1987.

En relación con la jurisprudencia comunitaria, consúltese el estudio sistemático de R. GARCÍA-MACHO y las más recientes Sentencias (entre ellas, las 310/85, Deufil c. Comisión, de 24 de febrero de 1987; 94/87, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989; y 5/89, Comisión c. RFA, de 20 de septiembre de 1990).

cación de actos administrativos declarativos de derechos irregulares, aunque su alcance concreto difiere en el Derecho comunitario, respecto al Derecho alemán. En el ámbito del Derecho comunitario, el TJCE lo ha interpretado siempre de forma muy restrictiva (57), delimitándolo a partir de diversos criterios, como la notificación expresa de las medidas normativas sustantivas, la existencia de un interés público perentorio, y la existencia de un período de tiempo transitorio. De ahí, que lo haya acogido en contadísimas ocasiones para fundamentar la prevalencia del principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad. El TJCE, de hecho, estima que la confianza legítima de los administrados ha sido vulnerada, tan sólo cuando la norma, o el acto comunitario, aún siendo legales, son de tal naturaleza que transgreden los parámetros razonables de las relaciones entre la Administración y los administrados (58). No obstante, el propio TJCE ha tenido oportunidad de declarar en diversas ocasiones que el principio de la confianza legítima forma parte del Derecho comunitario (59). Incluso, ha llegado a afirmar que «... el hecho de que el Derecho nacional se provea de los mismos principios (refiriéndose a los de la confianza legítima y de la seguridad jurídica) ... no puede, por tanto, considerarse contrario al Derecho comunitario» (60).

Lo que se ha expuesto conduce a plantear la siguiente cuestión: ¿sería admisible, obviamente en un plano estrictamente teórico, la invocación del principio de la confianza legítima en el caso *Magfesa*? Dicho de otro modo, ¿podrían *Magfesa* o sus acreedores oponerse en base a este principio a la revocación de las subvenciones?

Es evidente que *Magfesa* no podría hacerlo. Y ello porque, como señala el TJCE, en su reciente Sentencia 5/89, Comisión contra RFA, del 20 de septiembre de 1990 (61), «... hay que destacar, no obstante, que, habida cuenta del carácter imperativo del control de las ayudas de Estado operado por la Comisión en vir-

---

(57) Y, sin embargo, el propio TJCE ha declarado reiteradamente que el principio de la confianza legítima forma parte del Derecho comunitario. Sobre una posible explicación de tan restrictiva interpretación jurisprudencial, véanse F. HUBEAU, *op. cit.*, págs. 160 y ss.; y R. GARCÍA-MACHO, *op. cit.*, págs. 465 y ss.

(58) Vid. F. HUBEAU, *op. cit.*, pág. 162; y R. GARCÍA-MACHO, *op. cit.*, pág. 466.

(59) Sentencias 205 a 215/82, Deutsche Milchkontor GmbH y otros c. RFA, de 21 de septiembre de 1983 (fund. 20); y 5/89, Comisión c. RFA (fund. 13).

(60) STJCE 205 a 215/82, Deutsche Milchkontor GmbH y otros c. RFA (fund. 30).

(61) Fundamento 14.

tud del artículo 93.3 TCEE, las empresas beneficiarias de una ayuda no podrían tener, en principio, confianza legítima en la regularidad de la ayuda más que si ésta ha sido acordada respetando el procedimiento previsto en dicho artículo. En efecto, un operador económico diligente, debe, normalmente, estar en medida de asegurarse que este procedimiento ha sido respetado». Por su parte el Abogado General MARC DARMON, en sus conclusiones a la Sentencia 94/87, Comisión contra RFA, hizo valer el mismo argumento, en los siguientes términos: «... ninguna confianza legítima puede nacer en la base de un beneficiario de una ayuda no notificada. Este último está sometido a una obligación de prudencia, de vigilancia y de circunspección. La ausencia, por el beneficiario, de toda comprobación al respecto le impide poder prevalerse útilmente de su confianza legítima». Y la Sentencia 5/89 refleja, una vez más, la actitud restrictiva con la que el TJCE acoge el principio de la confianza legítima. Introduce el TJCE continuas matizaciones que delimitan el contenido del principio, hasta el punto de llegar a sostener que los destinatarios de las ayudas no pueden alegarlo en su favor cuando la autoridad concedente ha omitido la obligación de notificarlas, pues sobre ellas pesa una obligación «de vigilancia».

En lo que respecta a terceros ajenos a la relación entre la Administración y *Magefesa*, la cuestión de la aplicación del citado principio resultaría discutida, ya que, obviamente, a esos terceros no les es exigible ese deber de vigilancia que pesa sobre la empresa subvencionada.

En cualquier caso —y esto es lo que quería resaltar—, parece claro que el principio de protección de la confianza legítima no puede perderse de vista en materia de revisión de oficio de actos administrativos. Su aceptación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas obliga a tenerlo presente en nuestro propio ordenamiento tanto más cuanto que, como ya he advertido, tiene encaje claro en el artículo 112 LPA. Así parece haberlo entendido ya el Consejo de Estado, que, en su Memoria del año 1988, declara que «... puede acreditar especial relevancia y fecundidad el principio de protección de la confianza legítima», el cual «... tiene un carácter general, está vinculado a los principios de seguridad jurídica, buena fe, interdicción de la arbitrariedad y otros, con los que puede combinarse y, por supuesto, no exige la

preexistencia de derechos subjetivos perfectos, que tienen otras vías de protección» (62).

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La decisión *Magefesa* por la que la Comisión de las Comunidades emplaza al Estado español a adoptar las medidas precisas para retirar del ordenamiento jurídico español las ayudas de Estado, consideradas incompatibles con el Tratado CEE, pone de manifiesto las dificultades que encierra la satisfacción de la obligación de cumplimiento del Derecho comunitario en el estado actual del Derecho positivo español. Este ha de solventar la contradicción que dimana, tanto de la regularidad de las subvenciones otorgadas por las autoridades nacionales, con arreglo exclusivamente al Derecho interno, como de su incompatibilidad con las disposiciones del Tratado CEE.

Las tensiones que dicha contradicción causa parecen, en la práctica, difícilmente superables en el Derecho interno. Los actos declarativos de derechos, de acuerdo con él son, en principio, irrevocables (63). La decisión *Magefesa* plantea tan sólo algunos de los problemas que, hipotéticamente, pueden llegar a suscitarse. Una reflexión que podría prolongarse respecto de muchas otras cuestiones que el presente examen no puede abordar.

Y si bien no deseo desviar la atención del tema objeto de estudio sí considero oportuno hacer una brevísima mención de otros eventuales obstáculos a la exigencia de satisfacción del Derecho comunitario.

---

(62) Pág. 82. A ello hay que añadir que dicho principio ha sido ya acogido por nuestros Tribunales Contencioso-Administrativos, si bien en el ámbito de la revocación de los actos administrativos permanece aún inédito. Ahora bien, hay que congratularse de esta primera recepción jurisprudencial (iniciada de forma implícita con la STS de 28 de febrero de 1989 —Ar. 1458—, y confirmada explícitamente por los sucesivos pronunciamientos de 26 de enero de 1990 —Ar. 598—, de 1 de febrero de 1990 —Ar. 1258—, y de 8 —Ar. 5180— y de 15 —Ar. 5185— de junio), recepción que habrá de ser objeto de una progresiva delimitación material, habida cuenta del riesgo que encierra una aplicación extensiva del principio de la confianza legítima sobre la acción de los poderes públicos y sobre el principio de legalidad.

(63) El principio de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derecho no es privativo del Derecho positivo español, sino que, por el contrario, está generalmente admitido por el Derecho de los Estados miembros de la CEE. Sobre este punto, consúltese J. BOULOUIS y R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, págs. 96 y ss.; M. LETEMENDIA, *op. cit.*, páginas 37 y ss.; y J.-Y. VINCENT, *op. cit.*, pág. 34.

Por un lado, si en ausencia de pronunciamiento por parte de la Comisión, el Gobierno central entiende que las subvenciones otorgadas por las Comunidades Autónomas son incompatibles con el tratado CEE, ¿qué solución podría arbitrarse para que el Estado no incurriera en responsabilidad ante las Comunidades? ¿Cabría la impugnación por parte del Estado de las subvenciones que considere contrarias al Derecho comunitario ante los Tribunales? ¿O tan sólo, sería posible acudir al mecanismo coactivo del artículo 155 CE? Hipótesis que enlazaría con el tema del control por parte del Estado del cumplimiento por las Comunidades Autónomas de su obligación de ejecutar correctamente el Derecho comunitario (64).

Por otro lado, si habiendo dictado la Comisión una decisión, las Comunidades Autónomas, no obstante, no se pliegan a ella, ¿cómo podría darse cumplimiento al Derecho comunitario si la Administración central no puede revisar de oficio actos de las Comunidades Autónomas?

Finalmente, si los actos dictados por las Comunidades Autónomas, y declarados compatibles con el TCEE por una decisión comunitaria, no infringen manifiestamente la ley, ¿sería posible reconducir el supuesto al párrafo 1 del artículo 110 LPA? Someter la exigencia del cumplimiento del Derecho comunitario al arbitrio de los Tribunales supondría introducir un factor de inseguridad que, difícilmente, podría beneficiar a las autoridades nacionales, porque ¿cómo satisfacer entonces la obligación de dar cobertura al contenido de la decisión de la Comisión, si el juez estimase que el acto administrativo dictado en aplicación de las disposiciones del TCEE es conforme al mismo? (65).

De ello se infiere que la situación jurídica resultante de la adhesión de España a las Comunidades Europeas puede resultar en materia de ejecución no normativa del ordenamiento comunitario, en cierto modo, dificultosa. Y preocupante, en la medida en

(64) Vid. nota 2.

(65) No se agotan ahí, sin embargo, todas las cuestiones desde la perspectiva jurisdiccional. Ténganse presentes, a modo de ejemplo, aquellos supuestos en los que la decisión de la Comisión —como la que es objeto de este análisis— constata formalmente una infracción del Tratado, y no es recurrida dentro del plazo fijado por el artículo 173.3 TCEE, ni por el Gobierno del Estado, ni por la empresa interesada. ¿Podía plantearse la cuestión prejudicial ante el TJCE una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo en vía judicial interna por la citada empresa cuando precisamente ésta no había impugnado en plazo ante aquél la decisión? ¿Se aplicaría en este supuesto la doctrina del acto consentido? En fin, son elementos que surgen al hilo de la exposición y que, no obstante, encierran una cierta dosis de incertidumbre.

que el Derecho positivo español no está preparado para asumir, con plenas garantías de éxito, la carga de aplicar administrativamente el Derecho comunitario —ni orgánica ni funcionalmente—.

El panorama del Derecho español, con independencia de la eventual solución del caso *Magfesa*, ofrece, en relación con la obligación de cumplir el contenido de las decisiones comunitarias, las siguientes alternativas: o bien hallar, mediante una interpretación extensiva como la emprendida, una vía de garantía entre las que instrumenta la Ley de Procedimiento Administrativo para la revisión de oficio de los actos favorables (artículos 109 y 110); o bien, en su ausencia, incumplir pura y simplemente, a pesar de que con ello, se comprometería la responsabilidad de las Autoridades nacionales (66).

Por su parte, el Consejo de Estado en el caso que nos ocupa, se pronunció en Dictamen de fecha 18 de octubre de 1990 a favor de la solución propuesta por las Comunidades Autónomas y sometida a su consulta. Consiste en la adopción de resoluciones, por la que se resuelve el pago a la Administración por la misma cantidad que las subvenciones otorgadas, susceptibles de ejecución forzosa, en caso de incumplimiento bien a través del artículo 109 LPA, bien por medio del artículo 110, cuando lo cierto es que muy difícilmente podrá alcanzarse un efectivo cumplimiento del Derecho comunitario, en este preciso caso. Consciente de ello, el Dictamen del Consejo de España apunta que «... la decisión pone fin, de modo lamentable para España, a un procedimiento cuyos costes de oportunidad y sus consecuencias económicas y jurídicas han de merecer una seria reflexión, y no sólo, también de ellas naturalmente, de las Autoridades ahora afectadas, para evitar su ulterior reiteración».

Si bien, económica y jurídicamente, el asunto *Magfesa* es desafortunado, por el contrario, desde la perspectiva de la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, introduce un tipo de acuerdo informal, digno de atención a los efectos de establecer vías formales de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas de carácter general y no sólo en sede de eje-

(66) El Estado español no podría invocar las dificultades insuperables de su ordenamiento jurídico como causa de exoneración de cualquier responsabilidad. El TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este motivo de alegación (asuntos 52/84, Comisión c. Bélgica, de 15 de febrero de 1986; 227 a 230/85, Comisión c. RFA, de 2 de febrero de 1989; 74/79, Comisión c. Bélgica, de 21 de febrero de 1990; 142/87, Bélgica c. Comisión, de 21 de marzo de 1990; y 5/89, Comisión c. RFA, de 20 de septiembre de 1990).

cución no normativa del Derecho comunitario (67) (en efecto, en relación con los avales, las Comunidades Autónomas se comprometen a pagar a los bancos los préstamos concedidos por éstos a *Magefesa*, para, una vez satisfecho el pago, reclamar judicialmente su montante a dicha empresa, cuando resulta claro que ésta no se halla en condiciones de saldar las deudas contraídas).

En línea con la observación precedente del Consejo de Estado y una vez sentada la idea de que la revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario no ofrece obstáculos radicalmente insuperables, quizá se lograra reducir, o incluso erradicar, el amplio margen de incertidumbre y de inseguridad jurídica que, hoy día, prevalece en el campo de la aplicación no normativa del Derecho comunitario insertando en el artículo 110 LPA un nuevo motivo de revisión de oficio, que contemplara la infracción del Derecho comunitario, sobre la que el Consejo de Estado tendría obligación de pronunciarse, pero sin que su dictamen adquiriera en tal caso carácter vinculante, y no estuviera sujeto a plazo alguno, siendo imprescriptible. Pero ésta es tan sólo una sugerencia que no hace sino reflejar la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico español a las exigencias derivadas de la integración en las Comunidades Europeas.

---

(67) Ya se han iniciado los primeros avances en la línea apuntada. J. E. SORIANO (en su trabajo *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea: primeros pasos en la dirección correcta*, «REDA», núm. 69, págs. 17-31) da cuenta de los dos Acuerdos adoptados por representantes del Gobierno Central y de las Comunidades Autónomas, con fecha de 28 de noviembre de 1990. De corte marcadamente informal —siguiendo en buena medida el ejemplo alemán que R. MORAWITZ tan brillantemente describiera en su obra *La colaboración entre el Estado y los Entes Autonómicos territoriales en la Comunidad Europea*, Ed. Civitas, 1985—, dichos Acuerdos versan sobre dos de los aspectos más problemáticos de la integración española en las Comunidades Europeas: en primer lugar, la participación de las Comunidades Autónomas en las actuaciones del Estado en procedimientos precontenciosos de la Comisión de las Comunidades Europeas y en los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia de Luxemburgo que afecten a sus competencias; y, en segundo lugar, el relativo a las ayudas de Estado.

Ambos Acuerdos son de gran valor puesto que facilitan en unos casos, y flexibilizan en otros, la intervención —siquiera sea de forma indirecta, a través de la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas— de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, ante las instancias de decisión comunitarias. En concreto, el Acuerdo en materia de ayudas de Estado se estructura en torno a: 1) la exigencia de información recíproca; y 2) la actuación de la Secretaría de Estado como órgano de coordinación de forma que la notificación de las ayudas públicas procedentes de las Comunidades Autónomas, así como las ulteriores actuaciones de éstas en la materia, se harán a través de su conducto (interviene a modo de vaso comunicante entre la Comisión europea y las Comunidades Autónomas).

En cualquier caso, para un análisis detallado de dichos Acuerdos, me remito a la exposición de J. E. SORIANO.

# JURISPRUDENCIA

