

Roj: STS 7102/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7102  
Id Cendoj: 28079130032012100505  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 394/2012  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil doce.

**VISTO** el recurso de casación registrado bajo el número 394/2012, interpuesto por el Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en representación de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A., con la asistencia de Letrado, contra el Auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2011, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 16/2010, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 29 de abril de 2011, que acordó desestimar la nueva solicitud de medidas cautelares formulada por la representación actora en escrito fechado el 11 de marzo de 2011 y referente a la suspensión de la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad de Madrid, para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del Plan Avanza. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A. interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo que fue registrado bajo el número 16/2010, contra la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 14 de julio de 2009, por la que se publica la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad de Madrid, para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del Plan Avanza.

**SEGUNDO.-** En el escrito inicial de interposición del recurso contencioso-administrativo solicitó la suspensión cautelar de la mencionada primera adenda del año 2008, petición que fue denegada por Auto de 5 de julio de 2010, confirmado por Auto de 4 de octubre de 2010.

**TERCERO.-** Contra dichos Autos, la representación procesal de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A., interpuso recurso de casación, que fue registrado bajo el número 6249/2010, en el que se dictó Auto de fecha 15 de marzo de 2011, por el que se declaró terminado el mismo por desistimiento de la parte recurrente.

**CUARTO.-** El Procurador Don Manuel Lanchares Perlado, en representación de SES ASTRA IBÉRICA, S.A., presentó escrito fechado el 11 de marzo de 2011, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*« Que tenga por presentado este escrito con sus documentos adjuntos, se sirva admitirlos, tenga por solicitada nuevamente y a la vista de la decisión de la Comisión Europea cuya copia se aporta como documento número 4 y de las nuevas circunstancias, la suspensión cautelar de adenda impugnada, en su actual estado de ejecución y hasta que la Comisión Europea resuelva el expediente incoado autorizando o no las ayudas como compatibles con el Tratado de la Unión Europea, debiendo exigirse por la Administración demandada a la empresa beneficiaria de su adjudicación que paralice la inversión y restituya el monto de los fondos recibidos, sin que pueda aplicarse el singular calendario para su devolución previsto en la propia adenda, que se extiende hasta el año 2003 . » .*

**QUINTO.-** Oídos el Abogado del Estado y el Letrado de la Comunidad de Madrid, por Auto de 29 de abril de 2011, se acordó desestimar la nueva solicitud de medidas cautelares formulada, y referente a la suspensión

de la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad Autónoma de Madrid para el desarrollo del programa de infraestructuras de telecomunicaciones en el ámbito del Plan Avanza.

**SEXTO.-** Recurrido en reposición el citado Auto, el mismo fue confirmado por Auto de fecha 20 de octubre de 2011 .

**SÉPTIMO.-** Por escrito de 14 de noviembre de 2011, la representación procesal de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A., interpuso recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de 18 de enero de 2012, y acordó elevar las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

**OCTAVO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 1 de febrero de 2012, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito con sus documentos anejos, por personado al Procurador que suscribe en representación de SES Astra Ibérica S.A., y por formalizado recurso de casación contra el *auto dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 20 de octubre de 2011* , por el que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el *auto dictado por la misma Sección el 29 de abril de 2011* por el que se acordó no haber lugar a la medida cautelar postulada y, tras la tramitación procesal oportuna, case y anule el referido auto y, en su lugar, dicte resolución en la que:

1º.- *Asumiendo los motivos de casación aducidos por mi mandante, los estime y, con arreglo a la pretensión cautelar ejercitada en el escrito de solicitud de la medida cautelar, declare la procedencia de suspender la eficacia de la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad de Madrid, para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del Plan Avanza, suscrita en fecha 19 de diciembre de 2008 a la que se da publicidad mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 14 de julio de 2009 (BOE de 19 de agosto de 2009) conforme recoge el apartado 75 de la resolución de la Comisión Europea de 29 de septiembre de 2009 en el que "la Comisión desea recordar al Reino de España que el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tiene efecto suspensivo y llama su atención sobre el artículo 14 del Reglamento (CE no 659/1999 del Consejo, que prevé que toda ayuda concedida ilegalmente podrá recuperarse de su beneficiario".*

2º. *Subsidiariamente a la pretensión principal de suspensión total de la eficacia de la adenda impugnada, en caso de que la empresa o empresas beneficiarias hayan recibido ayudas, se decrete la suspensión de las actuaciones subvencionales dirigidas a la tecnología terrestre de modo tal que aquéllas no puedan invertir las cantidades recibidas y que la Administración autonómica deje de asumir los costes recurrentes o de mantenimiento de los equipos, instalaciones o cualesquiera otros elementos de red, debiendo restituir las mismas a las Administraciones concedentes, o ingresar los fondos en una cuenta bloqueada, con el fin de que las beneficiarias no conserven su disposición en tanto no se acredite. con arreglo al artículo 88.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea vigente al tiempo de la firma de la adenda ( artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ) que ha recaído decisión definitiva por parte de la Comisión Europea respecto del otorgamiento de las ayudas . » .*

**NOVENO.-** Por providencia de fecha 14 de marzo de 2012, se admitió el recurso de casación.

**DÉCIMO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 10 de abril de 2012 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el 22 de mayo de 2012, en el que efectuó las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; siga el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, desestime el recurso, confirme el auto que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente según lo previsto en el art. 139 LJCA . » .

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de fecha 12 de julio de 2012, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuicamos, se interpone por la representación procesal de la entidad mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A. contra el Auto dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2011, que desestimó el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 29 de abril de 2011, que acordó denegar la suspensión de la ejecución de la resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 14 de julio de 2009, por la que se publica la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad de Madrid, para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del Plan Avanza.

El Auto dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2011, acuerda denegar la medida solicitada de suspensión de la referida resolución con base en los siguientes razonamientos:

« [...] Ciertamente en este caso circunstancia especial y sobrevenida cual es la incoación de un procedimiento por la Comisión Europea como consecuencia de la ayuda de Estado C 23/10 (ex NN 36/10).

En especial resultaría destacable que, como prevé el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la incoación del procedimiento previsto en tal precepto produce un inmediato efecto suspensivo.

Pero sobre ésta precisa cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de febrero de 2011, que precisamente ha sido aportada por la recurrente en la nueva solicitud de medida cautelar que ahora resolvemos.

En dicha Sentencia el Alto Tribunal indica lo que sigue:

«A lo que debe añadirse que, según los términos de la adenda objeto de litigio, se trataba de fondos presupuestarios correspondientes al año 2008, ya asignados cuando se dictan los autos de instancia, y se exige en ella que los proyectos incluidos en el programa objeto de la cofinanciación estatal culminen antes del 3 de abril del año 2010. No se trata, pues, de actuaciones en curso (ni de "medidas proyectadas") susceptibles de paralización o suspensión, sino de actos ya agotados en su eficacia propia e inmediata. No cabía, en consecuencia, y en la hipótesis de que pudiéramos sustituir a la de instancia, que esta Sala acceda, en sede cautelar, a la pretensión subsidiaria de que paralicemos la inversión o de que la "administración autonómica deje de asumir los costes recurrentes o de mantenimiento", ni a la de que se restituyan las cantidades recibidas o se ingresen en una cuenta bloqueada. Si se ha de producir, o no, el reintegro de las cantidades es algo que sólo al final del proceso podrá ser decidido.»

En el mismo sentido ha sido dictada después la STS de 11 de marzo de 2011.

Pues bien, parecidas circunstancias concurren también en el litigio que nos ocupa, en el que, como cabe ver de los contenidos de la propia resolución impugnada, la Administración General del Estado había de realizar aportaciones financieras con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para 2008 (cláusula sexta).

Y en lo que ahora pudiera importar más, para los proyectos encaminados a la extensión de la cobertura de la televisión digital terrestre (TDT), el anexo del acto impugnado dispone que la "fase 4" (última de todas ellas) habría de concluir el segundo semestre de 2009. También prevé como "cierre del programa", un objetivo final para diciembre de 2009. En fin, el Acuerdo Cuatro -como alega la Abogacía del Estado- de la adenda recurrida dispone que los proyectos que se lleven a cabo deberán proveer la cobertura antes de la fecha límite fijada en el Plan Nacional de Transición a la TDT y en cualquier caso antes del 3 de abril de 2010.

En suma, en la actualidad todos esos proyectos han de haberse ejecutado en su plenitud. Y más aún, los referentes al despliegue de la TDT, que concentran el interés de la recurrente, debieron haberlo sido antes de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (el 14 de diciembre de 2010) del trámite de alegaciones derivado de la incoación del procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Incluso debieron serlo antes de la carta de 29 de septiembre de 2010 por la que la Comisión notificó a España su decisión de incoar el procedimiento aludido.

*Procede, en consecuencia, desestimar la solicitud cautelar que nos ocupa en la medida en la que los argumentos referentes a la ponderación de intereses en conflicto ya han sido decididos por el Tribunal en Autos anteriores, así como en otros muchos entre las mismas partes en litigio, que han sido validados por el Tribunal Supremo, y, en lo referente a la incoación de procedimiento por la Comisión Europea, en la medida en la que, al encontrarse ya ejecutados los proyectos objeto de financiación, resulta imposible su suspensión.*

*Tampoco puede acogerse la petición de que la Administración demandada exija a la empresa beneficiaria de su adjudicación que paralice la inversión y restituya el monto de los fondos recibidos, sin que pueda aplicarse el calendario para su devolución previsto en la adenda.*

*La petición no puede ser atendida, como decimos, porque se extiende más allá de la mera suspensión del acto administrativo impugnado y las consecuencias de la ejecutividad de tales actos, extendiéndose sobre terceros que no figuran como demandados en el presente litigio, y sin que lo pedido sea consecuencia natural de la suspensión de un acto ya ejecutado.».*

Y, el Auto de la Sala de instancia de 20 de octubre de 2011, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 29 de abril de 2011, confirma la decisión de denegar la suspensión con los siguientes argumentos:

« [...] En primer lugar, y en relación con la aprobación de una prórroga posterior a la Adenda, lo que supondría, según la recurrente, que la resolución impugnada en los autos principales no hubiera desplegado todos sus efectos, conviene subrayar que tal circunstancia resulta ajena a este recurso y que, además, en la Adenda se señala que los proyectos que se lleven a cabo deberán proveer la cobertura antes de la fecha límite fijada en el Plan de Transición a la TDT para el municipio o área afectada y, en cualquier caso, antes del 3 de abril de 2010, data evidentemente ya rebasada con creces y en la que, como es bien sabido, se produjo el cese de las emisiones con tecnología analógica ("apagón analógico"). Otra cosa es que la Adenda sea objeto de prórroga en lo atinente a las redes de banda ancha, cuestión ajena a la "litis".

[...] Sobre el resto de la argumentación del recurrente, en la medida en que, en lo sustancial, reitera lo que en su momento alegó para respaldar una hipotética medida cautelar, es menester reproducir cuanto expresamos en el Razonamiento Jurídico Segundo de la resolución ahora impugnada:

" Ciertamente en este caso circunstancia especial y sobrevenida cual es la incoación de un procedimiento por la Comisión Europea como consecuencia de la ayuda de Estado C 23/10 (ex NN 36/10).

En especial resultaría destacable que, como prevé el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la incoación del procedimiento previsto en tal precepto produce un inmediato efecto suspensivo.

Pero sobre ésta precisa cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de febrero de 2011, que precisamente ha sido aportada por la recurrente en la nueva solicitud de medida cautelar que ahora resolvemos.

En dicha Sentencia el Alto Tribunal indica lo que sigue:

«A lo que debe añadirse que, según los términos de la adenda objeto de litigio, se trataba de fondos presupuestarios correspondientes al año 2008, ya asignados cuando se dictan los autos de instancia, y se exige en ella que los proyectos incluidos en el programa objeto de la cofinanciación estatal culminen antes del 3 de abril del año 2010. No se trata, pues, de actuaciones en curso (ni de "medidas proyectadas") susceptibles de paralización o suspensión, sino de actos ya agotados en su eficacia propia e inmediata. No cabía, en consecuencia, y en la hipótesis de que pudiéramos sustituir a la de instancia, que esta Sala acceda, en sede cautelar, a la pretensión subsidiaria de que paralicemos la inversión o de que la "administración autonómica deje de asumir los costes recurrentes o de mantenimiento", ni a la de que se restituyan las cantidades recibidas o se ingresen en una cuenta bloqueada. Si se ha de producir, o no, el reintegro de las cantidades es algo que sólo al final del proceso podrá ser decidido.».

En el mismo sentido ha sido dictada después la STS de 11 de marzo de 2011.

Pues bien, parecidas circunstancias concurren también en el litigio que nos ocupa, en el que, como cabe ver de los contenidos de la propia resolución impugnada, la Administración General del Estado había de realizar aportaciones financieras con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para 2008 (cláusula sexta).

*Y en lo que ahora pudiera importar más, para los proyectos encaminados a la extensión de la cobertura de la televisión digital terrestre (TDT), el anexo del acto impugnado dispone que la "fase 4" (última de todas ellas) habría de concluir el segundo semestre de 2009. También prevé como "cierre del programa", un objetivo final para diciembre de 2009. En fin, el Acuerdo Cuatro -como alega la Abogacía del Estado- de la adenda recurrida dispone que los proyectos que se lleven a cabo deberán proveer la cobertura antes de la fecha límite fijada en el Plan Nacional de Transición a la TDT y en cualquier caso antes del 3 de abril de 2010.*

*En suma, en la actualidad todos esos proyectos han de haberse ejecutado en su plenitud. Y más aún, los referentes al despliegue de la TDT, que concentran el interés de la recurrente, debieron haberlo sido antes de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (el 14 de diciembre de 2010) del trámite de alegaciones derivado de la incoación del procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Incluso debieron serlo antes de la carta de 29 de septiembre de 2010 por la que la Comisión notificó a España su decisión de incoar el procedimiento aludido.*

*Procede, en consecuencia, desestimar la solicitud cautelar que nos ocupa en la medida en la que los argumentos referentes a la ponderación de intereses en conflicto ya han sido decididos por el Tribunal en Autos anteriores, así como en otros muchos entre las mismas partes en litigio, que han sido validados por el Tribunal Supremo, y, en lo referente a la incoación de procedimiento por la Comisión Europea, en la medida en la que, al encontrarse ya ejecutados los proyectos objeto de financiación, resulta imposible su suspensión.*

*Tampoco puede acogerse la petición de que la Administración demandada exija a la empresa beneficiaria de su adjudicación que paralice la inversión y restituya el monto de los fondos recibidos, sin que pueda aplicarse el calendario para su devolución previsto en la adenda.*

*La petición no puede ser atendida, como decimos, porque se extiende más allá de la mera suspensión del acto administrativo impugnado y las consecuencias de la ejecutividad de tales actos, extendiéndose sobre terceros que no figuran como demandados en el presente litigio, y sin que lo pedido sea consecuencia natural de la suspensión de un acto ya ejecutado.*

*[...] A mayor abundamiento, en Auto de 4 de octubre de 2011, también dictado como consecuencia de recurso de reposición deducido por la misma actora en pieza separada de medidas cautelares del Recurso 630/09 de nuestro conocimiento, se señala, con argumentación de análogo sesgo:*

*"Según cabe ver, el conjunto de motivos de reposición incide sobre los mismos argumentos y alegaciones que desestimase ya el Tribunal en sus resoluciones precedentes (la que ahora es impugnada y otras dos anteriores en las que se denegó una primera medida cautelar de suspensión).*

*La constatación de ello permitiría, sin necesidad de más argumentos, su desestimación.*

*Pero, para mayor claridad y ajuste de la respuesta, hemos de reproducir lo ya expresado con respecto a aquellas cuestiones.*

*Con relación a la aplicabilidad del artículo 108 del Tratado, la Sala decía:*

*«Pues bien, parecidas circunstancias concurren también en el litigio que nos ocupa, en el que, como cabe ver de los contenidos de la propia resolución impugnada (apartado sexto), la Administración General del Estado había de realizar aportaciones financieras con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para 2008. Lo propio había de hacer la Ciudad Autónoma de Ceuta con cargo a sus propios presupuestos de 2008. Y en lo que ahora pudiera importa más, el Acuerdo Cuatro de la adenda recurrida dispone que los proyectos que se lleven a cabo deberán proveer la cobertura antes de la fecha límite fijada en el Plan Nacional de Transición a la TDT y en cualquier caso antes del 3 de abril de 2010. En suma, en la actualidad todos esos proyectos han de haberse ejecutado en su plenitud. Y más aún, los referentes al despliegue de la TDT, que concentran el interés de la recurrente, debieron haberlo sido antes de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (el 14 de diciembre de 2010) del trámite de alegaciones derivado de la incoación del procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Incluso debieron serlo antes de la carta de 29 de septiembre de 2010 por la que la Comisión notificó a España su decisión de incoar el procedimiento aludido. Procede, en consecuencia, desestimar la solicitud cautelar que nos ocupa en la medida en la que los argumentos referentes a la ponderación de intereses en conflicto ya han sido decididos por el Tribunal en Autos anteriores, así como en otros muchos entre las mismas partes en litigio, que han sido validados por el Tribunal Supremo, y, en lo referente a la incoación de procedimiento por la Comisión Europea, en la medida en la que, al encontrarse ya ejecutados los proyectos objeto de financiación, resulta imposible sus suspensión».*

*Consecuentemente, como decimos, los efectos suspensivos del indicado artículo 108.2 (que es lo que la recurrente pretende hacer valer) se proyectan para el futuro pero no permiten dejar sin efecto situaciones jurídicas ni la restitución de prestaciones ya materializadas pues ello no es efecto suspensivo sino casi bien distinta.*

*Niega por otra parte el actor el efectivo carácter de ejecutado del acto administrativo impugnado .» .*

El recurso de casación se articula en la formulación de dos motivos de casación, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

El primer motivo de casación, por infracción de los artículos 129.1 y 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , en relación con el artículo 728.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia que la Sala de instancia ha realizado una aplicación incorrecta del principio periculum in mora y no ha ponderado, adecuadamente, los intereses en conflicto, atendiendo a los perjuicios reales que la ejecución del acto causa a los intereses de la mercantil recurrente.

En el segundo motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en relación con el artículo 728.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se imputa a los Autos de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2011 y de 20 de octubre de 2011 no haber tomado en consideración la apariencia de buen derecho, en cuanto que la Comisión Europea ha iniciado el procedimiento de investigación previsto en el apartado 2 del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contra el Reino de España, lo que constituye una circunstancia sobrevenida a la primera solicitud de adopción de la medida cautelar instada, que revela que se puso en cuestión el procedimiento seguido para financiar los costes asociados a la extensión de la plataforma TDT por interferir en el principio de **neutralidad tecnológica**.

#### **SEGUNDO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.**

El primer y el segundo motivos de casación, que analizamos conjuntamente, deben ser estimados, acogiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 16 de julio de 2012 (RC 6539/2011 ), en que acordamos que era procedente que la Sala de instancia dictara un nuevo Auto, en relación con la medida cautelar solicitada por la mercantil recurrente SES ASTRA IBÉRICA, S.A., teniendo en cuenta la incidencia del procedimiento incoado por la Comisión Europea, conforme a lo previsto en el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , que obliga al Estado miembro a no ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva que satisfaga tanto el principio de efectividad del Derecho Comunitario, como el aseguramiento de que los fondos serán devueltos al Estado en el caso de que se dictara su ilegalidad, en los siguientes términos:

« [...] A partir de esta premisa, repetimos, no resulta ya discutible que la Sala de instancia estaba obligada, si fuera posible, a acceder a la suspensión interesada. Cuando la Comisión inicia el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 108 antes citado, "el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva", y esa obligación estatal recae también, en la medida en que estén concernidos, sobre los órganos jurisdiccionales que conocen de las correspondientes impugnaciones cuando se solicitan en ellas medidas cautelares.

*Lo que ocurre es que, según ya anticipamos en nuestras sentencias precedentes, el eventual cambio en la situación jurídica derivado de la apertura del procedimiento comunitario, en cuanto nueva "circunstancia" alegable a los efectos de lo dispuesto en el artículo 132.1 in fine de la Ley Jurisdiccional , ha de ser puesto en relación con las medidas que sean objeto específicamente de la pretensión cautelar. Cuando se trate de situaciones ya consumadas (y no de las "medidas proyectadas" a las que de modo expreso se refiere el artículo 108.2 citado) difícilmente cabrá su suspensión, aun cuando no puedan ser excluidas, según acto seguido analizaremos, otras medidas cautelares.*

*En el caso que nos ocupa, al igual que en otros similares, y según los términos de la adenda objeto de litigio, se trataba de fondos presupuestarios correspondientes al año 2008, ya asignados cuando se dictan los autos de instancia, y se exige en ella que los proyectos incluidos en el programa objeto de la cofinanciación estatal culminen antes del 3 de abril del año 2010. No se trata, pues, de actuaciones en curso susceptibles de paralización o suspensión cuando la Comisión adopta su acto de 29 de septiembre de 2010, sino de actos ya agotados en su eficacia propia e inmediata. Y son precisamente estas consideraciones - que también reflejábamos en nuestras sentencias precedentes- las que el tribunal de instancia aduce para rechazar la "nueva" pretensión cautelar planteada por "Ses Astra Ibérica, S.A."*

Frente a ellas la sociedad recurrente afirma que "la adenda no ha agotado sus efectos" pues prevé un plazo de hasta quince años para devolver las cantidades. Solicita que "la empresa o empresas beneficiarias que hayan recibido ayudas [...] no puedan invertir las cantidades recibidas y que la Administración autonómica deje de asumir los costes recurrentes o de mantenimiento de los equipos, instalaciones o cualesquiera otros elementos de red, debiendo restituir las mismas a las Administraciones concedentes". En último extremo pretende que se ingresen "los fondos en una cuenta bloqueada, con el fin de que las beneficiarias no conserven su disposición, en tanto no se acredite, con arreglo al artículo 88.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea vigente al tiempo de la firma de la adenda ( artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ) que ha recaído decisión definitiva por parte de la Comisión Europea respecto del otorgamiento de las ayudas".

[...] Los motivos de casación deben ser estimados pues el tribunal de instancia no lleva hasta sus últimas consecuencias la obligación de suspender las ayudas públicas inherente a la apertura del procedimiento comunitario. Es comprensible, con los matices que ulteriormente expondremos, que declinara hacerlo respecto de lo que ya estaba ejecutado, tanto más cuanto que se atenía a lo expuesto por esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias antes referidas. Pero debió proteger de un modo más activo, en sede cautelar, los intereses de la parte demandante que ésta había invocado en cuanto derivados directamente del artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , aun cuando ello supusiera adoptar medidas sui generis diferentes de la mera suspensión (la Sala de instancia en su auto de 4 de octubre de 2011 afirma que rechaza dictar "un pronunciamiento cautelar positivo").

Antes de seguir adelante será oportuno que transcribamos parte del contenido de la "Comunicación de la Comisión Europea relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales" (2009/C 85/01). Si bien desprovista de valor normativo directo y no citada por "Ses Astra Ibérica, S.A." en su recurso, las consideraciones que contiene sobre las medidas cautelares (apartado 2.2.6, epígrafes 56 a 62) sin duda constituyen un autorizado criterio sobre los efectos jurídicos derivados de aquella normativa.

La Comisión Europea recuerda que la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de deducir las consecuencias legales pertinentes de las infracciones de la obligación de suspensión no se limita a sus sentencias finales. Como parte de su función de conformidad con el (antiguo) artículo 88, apartado 3, del Tratado CE , los órganos jurisdiccionales nacionales también están obligados a dictar medidas cautelares cuando ello sea necesario para salvaguardar los derechos individuales y la eficacia del aquel precepto.

En la Comunicación se analizan, por un lado, "los casos más sencillos" en los que todavía no se haya desembolsado la ayuda ilegal pero exista el riesgo de que se pague durante el transcurso del procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional. En estos casos, el deber del órgano jurisdiccional nacional de impedir las infracciones del (antiguo) artículo 88, apartado 3, del Tratado CE puede obligarle a dictar medidas cautelares que impidan el desembolso ilegal hasta que se resuelva el fondo del asunto.

Son, sin embargo, los supuestos como el presente, cuando el "pago ilegal" de la ayuda ya se ha realizado, los que presentan mayores problemas. En principio, a juicio de la Comisión Europea, los órganos jurisdiccionales deberían por lo general ordenar la recuperación íntegra (incluido el interés por el periodo de ilegalidad) o al menos "utilizar todas las medidas provisionales disponibles con arreglo al ordenamiento procesal nacional para, al menos, poner fin de forma provisional a los efectos anticompetitivos de la ayuda". Y, a estos efectos, distingue dos hipótesis:

A) Cuando no exista un procedimiento ya incoado por la Comisión Europea. Para estos supuestos, a tenor del punto 61 de la Comunicación, si "[...] el juez nacional, basándose en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios y en la práctica de la Comisión, llegue a la convicción razonable a primera vista de que la medida en cuestión supone una ayuda estatal ilegal, la solución más adecuada consistirá, en opinión de la Comisión y sin perjuicio del Derecho nacional, en ordenar el ingreso de la ayuda ilegal y del interés por el periodo de ilegalidad en una cuenta bloqueada hasta que se resuelva el fondo del asunto".

B) Cuando los procedimientos ante el órgano jurisdiccional nacional transcurran simultáneamente a una investigación de la Comisión. Para esta eventualidad -que es la del presente recurso- la Comisión Europea expone en el apartado 62 de la Comunicación su parecer sobre la adopción de las medidas cautelares en los siguientes términos:

"[...] Una investigación en curso de la Comisión no dispensa al órgano jurisdiccional nacional de su obligación de amparar los derechos individuales de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE [...]. Así pues, el órgano jurisdiccional nacional no puede limitarse a suspender su propio procedimiento hasta

que la Comisión se pronuncie, dejando entretanto sin protección los derechos del demandante de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE . Por consiguiente, cuando el órgano jurisdiccional nacional desee esperar al resultado de la evaluación de la compatibilidad por parte de la Comisión antes de dictar una orden de recuperación definitiva e irreversible, deberá adoptar las medidas cautelares pertinentes. También en este caso la orden de ingresar los fondos en una cuenta bloqueada parece una solución adecuada.

En caso de que:

a) La Comisión declare la ayuda incompatible, el órgano jurisdiccional nacional deberá ordenar que los fondos ingresados en la cuenta bloqueada se devuelvan a la autoridad que concedió la ayuda estatal (importe de la ayuda más el interés por el periodo de ilegalidad).

b) La Comisión declare la ayuda compatible, el órgano jurisdiccional nacional quedará exonerado de su obligación de Derecho comunitario de pedir la recuperación íntegra [...]".

[...] Aun cuando, repetimos, estos criterios no sean imperativos ni vinculantes para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (véanse, ad exemplum, los puntos 21 a 24 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2011, asunto C- 360/09 , en relación con otras comunicaciones de la Comisión Europea relativas a materias propias de la defensa de la competencia) no puede desconocerse su contenido, en especial cuando reiteran o asumen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto.

Pues bien, el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de velar por la aplicación efectiva de las normas del Tratado (en este supuesto, el tan citado artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ) se ha de traducir, en lo que a la tutela cautelar se refiere, en un papel más proclive a evitar, de modo provisional, los efectos ulteriores, en principio perniciosos, de lo que se considera -por parte de la Comisión- una ayuda pública ya ejecutada.

Seguimos considerando, sin embargo, que no es pertinente en este momento la medida de restitución o devolución de las cantidades objeto del convenio modificado, y en ello coincidimos con la Sala de instancia. De hecho, ni siquiera la Comisión Europea, que está habilitada al efecto por el artículo 11.2 del Reglamento número 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 , por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CEE , ha decidido requerir al Reino de España para que procediera a la recuperación preliminar de la ayuda "concedida ilegalmente". Tampoco reputamos pertinente acceder a la medida, propuesta por la sociedad actora en términos muy generales, de que las Administraciones concernidas "dejen de asumir los costes recurrentes o de mantenimiento de los equipos, instalaciones o cualquiera otro elemento de red" sin indicar previamente cuáles de éstos responden a la percepción de ayudas públicas y cuáles no.

Nada hubiera impedido, sin embargo, que la Sala de instancia admitiera como medida cautelar el "bloqueo en una cuenta corriente" del importe de la ayuda ilegal (más sus intereses) hasta que se resuelva el fondo del asunto, al que se refiere la Comunicación de la Comisión Europea antes citada. Este mecanismo de bloqueo o consignación de cantidades percibidas debió adoptarse en el caso de autos pues satisface tanto el principio de efectividad del derecho comunitario como el aseguramiento de que, caso de corroborarse su ilegalidad, los fondos correspondientes serán devueltos al Estado o a otras Administraciones Públicas por quienes de ellos se beneficiaron.

Nuestro pronunciamiento en este recurso deberá, pues, en primer lugar acceder a la casación de los autos impugnados por no haber deducido todas las consecuencias, desde la perspectiva de los artículos 129 y 130 de la Ley Jurisdiccional , derivadas de y encaminadas a dar plena efectividad a la decisión comunitaria cuya eficacia viene directamente determinada por el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Pero no será posible ir más allá hasta el punto de resolver por nosotros mismos quiénes han sido las empresas beneficiarias de las ayudas, obligadas a la consignación de las cantidades percibidas, y actuar en consecuencia. La función del tribunal de casación no es, desde esta perspectiva, igual que la del de instancia. A éste le corresponde con los medios procesales a su alcance (que pueden determinar, entre otras actuaciones, el emplazamiento singular de los beneficiarios de las ayudas para su personación en la fase cautelar del proceso, así como la práctica de eventuales diligencias para mejor proveer que permitan conocer más precisamente el alcance efectivo y las circunstancias actuales de la entrega y percepción de los fondos recibidos, así como asegurarse de que no ha recaído aún la decisión final de la Comisión Europea en el procedimiento "ayuda de Estado C 23/2010"), le corresponde, decimos, verificar en qué condiciones resulta posible llevar a cabo el bloqueo en una cuenta corriente del importe de la ayuda ilegal.

*La ejecución de la medida, en los términos que acabamos de precisar, exige pues la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia, previas las actuaciones procesales que sean necesarias, adopte una nueva decisión cautelar. Reconocemos que esta solución presenta inconvenientes prácticos y de orden procesal no desdeñables pero, insistimos, se ajusta a las obligaciones que corresponden a los Estados miembros -en concreto, a sus órganos jurisdiccionales- en virtud de un precepto singular del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y la medida cautelar puede revestir diversas fórmulas, que a la Sala de instancia corresponderá sopesar, entre las que se encuentra la de obligar a las Administraciones signatarias del convenio cuya adenda se impugna a que sean ellas, en su calidad de titulares de los fondos públicos, quienes exijan su consignación a las empresas que los hayan recibido (de entre "los beneficiarios potenciales de la ayuda" a los que se refiere el punto 74 de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de septiembre de 2010, que ya han debido ser informados de su contenido), todo ello con carácter provisional, a la espera de la ulterior decisión de la Comisión Europea y del resultado final del proceso de instancia . » .*

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A. contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2011, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 16/2010 , que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 29 de abril de 2011 , que acordó desestimar la nueva solicitud de medidas cautelares formulada por la representación actora en escrito fechado el 11 de marzo de 2011 y referente a la suspensión de la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad de Madrid, para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del Plan Avanza.

Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede acordar la retroacción de las actuaciones procesales con el objeto de que la Sala de instancia dicte nueva resolución de medidas cautelares, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia.

#### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en primera instancia, ni las originadas en el presente recurso de casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

#### **FALLAMOS**

**Primero.- Que debemos declarar haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil SES ASTRA IBÉRICA, S.A. contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2011, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 16/2010 , que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 29 de abril de 2011 , que acordó desestimar la nueva solicitud de medidas cautelares formulada por la representación actora en escrito fechado el 11 de marzo de 2011 y referente a la suspensión de la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Comunidad de Madrid, para el desarrollo del Programa de Infraestructuras de Telecomunicaciones, en el ámbito del Plan Avanza.

**Segundo.- Acordar la retroacción de las actuaciones procesales** con el objeto de que la Sala de instancia dicte un nuevo Auto, relativo a la adopción de medidas cautelares, en los términos fundamentados.

**Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales** ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.  
**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.