



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Grado en Economía

La Política de Ayudas Públicas:

Evolución, concepto y compatibilidad

Presentado por:

Juan Carlos Ortega González

Tutelado por:

Vicente Mambrilla Rivera

Valladolid, 9 de Diciembre de 2015



“...Bajo un sistema de laissez faire el nivel del empleo depende en gran medida del llamado estado de la confianza. Si tal estado se deteriora la inversión privada declina, lo que se traduce en una baja de la producción y el empleo (directamente y a través del efecto secundario de la reducción del ingreso sobre el consumo y la inversión) ...”

Michal Kalecki



AGRADECIMIENTOS

Quisiera dar mi agradecimiento al profesor D. Vicente Mambrilla Rivera, por dedicar parte de su tiempo a ofrecerme ayuda para la elaboración de este trabajo. Muchas gracias por su paciencia y disposición.

A mi familia y amigos por todo el apoyo y el afecto mostrado durante este periodo de tiempo.



RESUMEN

El presente Trabajo está orientado al análisis de la compatibilidad del régimen de ayudas estatales con el mercado común en virtud de lo dispuesto en el artículo 107 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Para ello ha sido necesario, la realización de un enorme trabajo de investigación y síntesis sobre un tema que en la actualidad carece de desarrollo y actualización.

Por este motivo, se intenta dar una respuesta económico-jurídica actualizada sobre el grado de aplicabilidad de las ayudas, en concreto en el ámbito comunitario, ante la carencia en el ordenamiento nacional, en los diferentes sectores que componen la estructura productiva de una nación. A tal fin, las instituciones europeas con arreglo al Tratado, considerarán la existencia de una serie de excepciones en el otorgamiento de ventajas patrimoniales, necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de las economías regionales y así evitar falseamientos indebidos sobre la competencia.

Palabras clave: Ayudas estatales, compatibilidad con el mercado común, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, excepciones, falseamientos.

ABSTRACT

This paper is aimed at analyzing the compatibility of State aid scheme with the common market under the provisions of Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union. It has been necessary for the realization of an enormous research and synthesis on a topic that currently lacks development and updating.

For this reason, we try to give an update on the extent of applicability of aid, particularly at the community level in the absence in the national legislation in the various sectors that make up the productive structure of a nation economic - legal response. To this end, the European institutions under the Treaty, considered the existence of a number of exceptions in granting capital assets necessary to ensure the proper functioning of regional economies and avoid undue distortions of competition.

KEYWORDS: State aid, compatibility with the common market, treaty on the Functioning of the European Union, exceptions, distortions.



ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN (págs. 7-11)**

- 2. MARCO REGULADOR DE LAS AYUDAS PÚBLICAS.**
 - 2.1.- Evolución de la política de ayudas públicas.....págs. 13-17**

 - 2.2.- Disposiciones específicas para determinados sectores económicos (págs. 18-31)**
 - 2.2.1.- Sector agrario.....págs. 18-22**
 - 2.2.2.- Sector transporte.....págs. 12-26**
 - 2.2.3.- Empresas SIEG.....págs. 26-31**

 - 2.3.- Concepto de ayuda Pública (págs. 31-46)**
 - 2.3.1.- Elementos integrantes del concepto.....págs. 33-46**

 - 2.4.- Ayudas de minimis (págs. 46-52)**
 - 2.4.1.- Sector agrícola.....págs. 49-51**
 - 2.4.2.- Sector de la pesca.....págs. 51-52**

 - 2.5.- Ayudas compatibles con el 107 TFUE (págs. 53-85)**
 - 2.5.1.- Compatibilidad “ope legis”págs. 54-60**
 - 2.5.2.- Ayudas que pueden ser compatibles.....págs. 61-85**

 - 2.6.- Consideraciones relativas al art. 108 TFUE (pág. 86)**

- 3. ANEXO**
 - 3.1.- Ayudas al sector financiero europeo.....págs. 88-95**
 - 3.2.- Comentario respecto a las ayudas otorgadas a los bancos: ámbito comunitario.....págs. 95-97**



3.3.- Ayudas estatales a las entidades bancarias en el ámbito español.....págs. 97-103

3.4.- Comentario respecto a las ayudas dirigidas a las entidades nacionales.....págs. 104-105

4. CONCLUSIONES (págs. 106-109)

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1.-Fuentes Doctrinales.....págs. 111-112

5.2.-Fuentes Jurisprudenciales.....págs. 112-113

5.3.-Otras Fuentes Bibliográficas.....págs. 113-116



SECCIÓN I

INTRODUCCIÓN



1. INTRODUCCIÓN

En los países desarrollados predomina un sistema económico comúnmente denominado economía de mercado y que se basa en dos principios fundamentales; la libre competencia¹ y la libertad de empresa².

Este modelo de “economía de mercado³” es hoy por hoy un paradigma universalmente aceptado como modelo de organización de las actividades económicas en la convicción de que la implantación de un mercado con libre competencia, mejora la eficiencia y eficacia ⁴en la asignación de recursos, además de generar incentivos a la innovación y la inversión.

Sin embargo no existe ningún mercado con una competencia plena, ya sea por la intervención del Estado en la economía conforme a lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Española o a través de actos o prácticas de empresas, tales como, prácticas abusivas, colusorias o concentraciones⁵ económicas.

Obviando la existencia de competencia plena, es cierto que la competencia⁶ es condición indispensable para que exista libertad económica, y a su vez tiene que

¹ Principio que representa la libertad de elección para todos los agentes económicos que actúan en el mercado.

² Permite a todos los operadores económicos ostentar la facultad de acceder a cualquier actividad comercial. Viene recogido en el artículo 38 de la Constitución Española. Este derecho debe articularse en base a un parámetro que es la economía de mercado, que si bien no existe como concepto técnico jurídico, son consideraciones de carácter económico que establecen el modelo global del sistema económico y social predominante.

³ Como ya hemos establecido, se trata de consideraciones donde prima la libertad tanto del individuo como de las empresas dentro del mercado. El contrapunto es un sistema económico “economía planificada” donde las decisiones en la asignación tanto de la producción como los recursos depende en su totalidad del Estado.

⁴ Esta eficiencia y eficacia, se traslada al consumidor en forma de precios más asequibles o en un incremento de la oferta de bienes, así como de la variedad y calidad de los productos.

⁵ *Vid.* Reglamento (CE), nº 1/2003 de 16 de Diciembre 2002.

⁶ El derecho moderno de defensa de la competencia nace en EEUU. Resaltar que en 1981 se publica el Sherman Act, la primera legislación antitrust para evitar los monopolios y cárteles, y para evitar que el poderío económico de los empresarios arrollara la economía de mercado. Se ha modificado en múltiples ocasiones (Clayton Act, Celler Kefanver Act,...) y actualmente sigue en vigor.



existir una política de defensa⁷ de la misma, que la proteja frente todo ataque contrario al interés público y que impida su falseamiento. Estamos por lo tanto ante el principio rector que desempeña un papel fundamental en el proceso de integración comunitaria.

La implantación de un mercado interno supone la creación de un espacio sin fronteras en el que existe libertad de circulación de personas, capitales, bienes y servicio, donde se debe de respetar el principio de libre competencia por parte de la Unión y los Estados Miembros (EM) para conseguir una asignación eficiente de recursos⁸.

A fin de evitar amenazas a las estructuras de mercado y en aras de garantizar el principio de libre competencia, el TCCEE estableció en sus originarios artículos 85 y ss., los fundamentos del régimen jurídico de la competencia entre los Estados miembros, que en la actualidad, luego del Consejo de Lisboa de 2007 se recogen en los artículos 101 y siguientes del TFUE⁹, que comentaré con mayor detenimiento en posteriores epígrafes del presente trabajo.

En el ámbito nacional, cabe destacar que la primera reglamentación legislativa se encuentra incorporada en ley de defensa de la competencia¹⁰ (en adelante

⁷ Creciente importancia de la defensa de la competencia hasta tal punto de convertirse en uno de los principales elementos de la política económica.

⁸ Artículo 120 TFUE: Los Estados miembros y la Unión actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 119 (realización de una política económica que se base en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados Miembros).

⁹ Los artículos que regulan la competencia van desde el 101 hasta el 109 del TFUE, recogidos en el Título VII, Capítulo I "Normas sobre Competencia". Si bien es cierto se pueden agrupar en dos bloques es decir; primer bloque; del art.101 al 106, establecen las disposiciones aplicables a las empresas por diferentes actos, como prácticas colusorias, posiciones dominantes en el mercado y concentraciones económicas. El segundo bloque lo forman las disposiciones en lo referente a ayudas públicas. Son los artículos 107,108 y 109 del TFUE.

¹⁰ La primera ley de Competencia Española fue la ley 16/1989 de 17 de Julio. Derogó la anterior ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, pero esta solo incluía y cito textualmente "*la prohibición de las prácticas restrictivas instrumentadas merced a la colusión, así como los abusos por parte de las empresas con dominio del mercado*". No tenía en cuenta el control de las concentraciones económicas, argumentando que una concentración económica era "*deseable por tantos conceptos en España, donde más del 90 por 100 de las empresas cuentan con cinco o menos empleados, debiendo el Estado favorecer los*



LDC) de 1989 y su posterior Reglamento. Esta disposición legislativa presenta dos objetivos básicos: por una parte, el propósito de superar los defectos de la ley 110/1963¹¹, por otra parte, tratar de incorporar al Derecho interno las normas comunitarias de política de competencia, que jugaron un importante papel en la creación y funcionamiento del mercado común. Por consiguiente lo que impulsó en España el desarrollo de políticas que garantizaron la competencia, fue el desarrollo de estas en el marco europeo. En la actualidad la ley que regula la competencia en España es la ley 15/2007, de 3 de Julio¹² y su Reglamento de 2008 (aprobado a través del Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero).

Así pues, una vez señalado el significado del principio de libre competencia, constituye una tarea urgente de los diversos legisladores, nacionales y supranacionales¹³, delimitar la intervención del Estado en la economía, ya que los fundamentos sobre los que se asienta la competencia, criterios de capacidad y libertad, pueden verse potencialmente vulnerados por el Estado u otras

procesos de concentración que redunden en la formación de unidades de producción o distribución de dimensiones más adecuadas a las actuales necesidades económicas". Tampoco tuvo en cuenta el control de ayudas públicas. Por ello no se puede considerar la primera ley de competencia. Por consiguiente se entenderá como la primera ley de Competencia española, la ley 16/1989 recogida en el BOE núm. 170 de 18 de Julio de 1989.

¹¹ Recogida en BOE núm. 175, de 23 de Julio de 1963. *Ibíd.* Pie de página anterior.

¹² Esta ley se guía por cinco principios claros que cito textualmente son; "...*garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno...*". Publicado en BOE núm. 159, de 4 de Julio de 2007.

¹³ A este respecto, debemos destacar que el órgano encargado de preservar la competencia en el mercado español será la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), así lo establece el artículo 11 de la LDC.

Mientras que en el plano comunitario será la Comisión Europea (La labor de la Comisión consiste en comprobar si las ayudas son compatibles con los principios del régimen de ayudas públicas y si guardan proporción con el objetivo perseguido. En tal caso, la Comisión autorizará la concesión de la ayuda. Informe XIV de política de la competencia 1994, (Vid. Pág.185)) y el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).



entidades públicas a través de las concesiones de ayudas públicas¹⁴ a los agentes económicos.

Por consiguiente, y al margen de lo que establezcan las diferentes Constituciones económicas de los Estados miembros, habrá que analizar la regulación vigente en esta materia de ayudas públicas tanto a nivel comunitario como español.

¹⁴ Es cierto que el régimen de ayudas públicas, forma parte de un espacio jurídico que es la defensa de la Competencia. Sin embargo se trata de un régimen con alto grado de autonomía, ya que cuenta con sus propios principios y desarrollo.



SECCIÓN II

MARCO REGULADOR DE LAS AYUDAS **PÚBLICAS**



2. MARCO REGULADOR DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

2.1.- EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE AYUDAS PÚBLICAS: Disposiciones materiales

Como ya hemos citado, el control de las ayudas públicas surge para promover un sistema de competencia no falseada ni distorsionada. Por lo tanto, es necesario hacer un breve inciso sobre la evolución del control de estas ayudas en el ámbito europeo, para observar como los Estados Miembros y la Comunidad Europea en su conjunto, han hecho frente a la problemática de las ayudas.

El problema derivado de las ventajas patrimoniales, tiene su origen en la manera en la que han sido predefinidas las mismas, como una barrera u obstáculo comercial utilizado en favor de la defensa de los mercados nacionales, siendo esta idea incompatible¹⁵ con el proceso de integración donde coexiste la libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios. A su vez, será incompatible con el juego competitivo¹⁶ de los mercados.

Es por ello que los sucesivos Tratados han intentado controlar y regular el uso de estas medidas.

El 18 de abril de 1951 se firma el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹⁷ y en su artículo 4¹⁸.c) se reconoce la incompatibilidad

¹⁵ Una ayuda pública a una empresa de un sector determinado, puede originar efectos restrictivos equivalentes “*al establecimiento de una tarifa aduanera a los productos similares que proceden de los distintos países miembros*”. Véase pág.424-425 del “Tratado del Derecho de la Competencia y la Publicidad” Arpio Santacruz.

Por lo tanto estas ayudas se declaran incompatibles, ya que van en contra del proceso de integración de la UE. Sin embargo, existe un conjunto de ayudas públicas que se pueden conceder, se trata de ayudas excepcionales (existencia de flexibilidad en la normativa).

¹⁶ El intervencionismo ilimitado de los poderes públicos tiene como consecuencia una reducción de la competitividad de las empresas así como la creación de sistemas económicos débiles, generando en última instancia efectos negativos sobre los consumidores.

¹⁷ Publicado en BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986.

¹⁸ El artículo 4 también reconoce como incompatibles; los derechos de entrada y salida así como las restricciones a la circulación de los productos; las prácticas restrictivas utilizadas para el reparto de los mercados; prácticas colusorias que establecen discriminaciones entre compradores, productores o usuarios, ya sea en materia de fijación de precios o tarifas como de barreras que obstaculicen la libre elección del consumidor.



de; cito textualmente *“las subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma”*. Así mismo, los Estados Miembros de la Comunidad¹⁹ comienzan a preocuparse sobre la influencia que provocan las ayudas en la libre competencia.

Un ejemplo de incompatibilidad dictada por el artículo 4.c) del tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, es la sentencia²⁰ del tribunal de justicia (sala quinta) de 12 de Diciembre de 2002, relativa a la ayuda estatal concedida por Bélgica a la empresa siderúrgica Cockerill Sambre S.A.

En este sentido, el Tratado ya dispuso en su artículo 95²¹, que la Comisión podría utilizar su autoridad para intervenir en los sectores del carbón y del acero, si

¹⁹ En el tratado Constitutivo de la CECA, ya se regulaban las situaciones de incumplimiento de la competencia, siempre que la acción fuera de tal naturaleza que *“pudiere provocar un desequilibrio grave, al aumentar sustancialmente las diferencias de los costes de producción por medios distintos de un cambio en los rendimientos”*. Cfrs. Artículo 67 del tratado CECA. No obstante, señalar que este artículo, ya impuso a la Comisión como órgano supervisor del régimen de ayudas (Previa consulta al Comité Consultivo y al Consejo).

²⁰ Sentencia donde Bélgica recurre la Decisión 2001/198/CECA de la Comisión, de 15 de noviembre de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Bélgica. Asunto C-5/01. Se declara que la ayuda concedida por Bélgica a la empresa siderúrgica Cockerill Sambre SA, por un importe de 553,3 millones de francos belgas (13,7 millones de euros), constituye una ayuda pública por incumplimiento del artículo 1.2 del Código de ayudas a la siderurgia (Al tratarse de transferencias de recursos públicos por parte del Estado miembro en favor de empresas siderúrgicas en forma de tomas de participación, aportaciones de capital o medidas similares), el artículo 6 de dicho Código (La Comisión no fue informada, con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones, de los proyectos destinados a conceder o modificar las ayudas previstas en los artículos 2 a 5) y el artículo 4 c) del Tratado CECA (Se reconocen como incompatibles con el mercado común del carbón y del acero, y quedarán por consiguiente suprimidos y prohibidos dentro de la Comunidad, las subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma) y por consiguiente es incompatible con el mercado común.

El tribunal, no obstante, desestimó el recurso de anulación del Reino de Bélgica y condenó en costas a Bélgica.

Cabe destacar, además, que la Comisión en este tipo de situaciones puede utilizar la autoridad que le concede el artículo 95 del Tratado Constitutivo de la CECA.

Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 31 de marzo de 1998, de la empresa Preussag Stahl AG (Asunto T-129/96).

²¹ Nos dice el artículo 95, que si se produce un cambio profundo en las condiciones económicas o técnicas que afectan al mercado común del carbón y el acero, entonces la Comisión podrá introducir en sus normas de aplicación, las modificaciones apropiadas *“siempre y cuando no contravengan las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 y no afecten a la relación entre las competencias atribuidas a la Comisión y las demás instituciones europeas”*.



empresas de este sector fueran beneficiarias de fondos públicos y permitir la concesión de los mismos (siempre que no incumplan los artículos 2, 3 y 4 del Tratado, Véase pie de página 21).

Sin embargo, las incompatibilidades derivadas de la concesión de ayudas públicas con los artículos definidos en el Tratado CECA (2, 3 y 4), imposibilitó la existencia de una cierta flexibilidad en el otorgamiento de las mismas.

No obstante a lo largo de los años, estas condiciones impuestas en la concesión se han ido suavizando²².

En 1957, se firman en Roma los famosos Tratados de Roma que son dos;

1. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM)²³, que a pesar de su importancia, no contempla disposiciones ni medidas sobre ayudas estatales al sector de la energía atómica²⁴. Todo ello, considerando que el artículo 6 dispone que la Comisión podrá otorgar asistencia financiera a empresas que fomenten programas de investigación. (Proviene de Fondos Comunitarios y no de

²² La decisión nº 2496/96/CECA de la Comisión de 18 de diciembre de 1996 por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas estatales en favor de la siderurgia (Texto pertinente a los fines del EEE), es un claro ejemplo de la rebaja en las condiciones de concesión de fondos públicos. El artículo 1 de la decisión dispone lo siguiente *“las ayudas a la industria siderúrgica, sean de carácter específico o no, financiadas por un Estado miembro, entes públicos territoriales o por medio de recursos estatales, con independencia de su forma, podrán considerarse ayudas comunitarias, y por tanto compatibles con el buen funcionamiento del mercado común, sólo si se ajustan a lo dispuesto en los artículos 2 a 5”*. Se considerarán ayudas comunitarias; ayudas a la investigación y desarrollo, ayudas para la protección del medio ambiente, disposiciones especiales (ayudas a la inversión concedidas a las empresas siderúrgicas con arreglo a programas generales de ayuda) y ayudas al cierre (cubrir indemnizaciones a los trabajadores,...).

Anteriormente hubo otras decisiones como por ejemplo la decisión de la Comisión de 29 de mayo de 1996 relativa a la concesión de una ayuda de Estado a la empresa siderúrgica griega Halyourgia Thessalias AE. Para el establecimiento de las normas comunitarias relativas a ayudas a la siderurgia, la Comisión utilizó la decisión 3855/91/CECA
Más información Diario Oficial nº L 338 de 28/12/1996 p. 0042 – 0047. “Sexto Código de ayudas a la siderurgia”

²³ Publicado en BOE núm. 1, de 1 de enero de 1986 y DO C 327, de 26 de Octubre de 2012.

²⁴ Véase. Pág. 426 del “Tratado de Derecho de la Competencia.....” Arpio Santacruz.



subvenciones de Estados Miembros, por tanto no son consideradas ayudas estatales, *Vid.* Artículo 7 del citado acuerdo)

2. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). En este tratado sí que se recogen medidas aplicables a las ayudas otorgadas por los Estados. En particular los artículos que recogen estas disposiciones son los artículos 92, 93 y 94 del citado pacto. También tuvo en consideración la existencia de disposiciones específicas para regular la concesión de ayudas dirigidas a sectores económicos como son el agrícola²⁵ y los transportes²⁶ o en favor de algunas empresas (empresas encargadas de la gestión de servicios económicos general o que tengan el carácter de monopolio fiscal²⁷).

En 1985, se crea el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea²⁸ (en adelante TCCE). Durante sus primeros años, los artículos que regulaban las ventajas eran los dispuestos con arreglo al Tratado CEE. Pero tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999²⁹, las disposiciones 92-94 del tratado CE recibieron la numeración de los artículos 87-89³⁰.

²⁵ Artículo 42 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, relativo a las normas aplicables a la producción y comercio agrícola, donde establece que el Consejo podrá autorizar la concesión de ayudas en dos casos; 1. para la protección de las explotaciones desfavorecidas. 2. En el marco de programas de desarrollo económico.

²⁶ Artículo 77 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, dice “*Serán compatibles con el presente Tratado las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público*”.

²⁷ Artículo 90.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, establece que las empresas SIEG (servicios de interés económico general) quedan sometidas a las normas sobre competencia del tratado salvo que la aplicación de estas medidas no impida la consecución de los objetivos de estas empresas.

²⁸ Publicado en DO C 325/33, de 24 de Diciembre de 2002 (Versión consolidada).

²⁹ Destacar Reglamento (CE) nº 994/98, del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.

³⁰ Ocurre lo mismo para el resto de artículos. Los arts. 42, 77 y 90 del Tratado CEE se convierten en los artículos 36, 73 y 86 del Tratado CE respectivamente.



Actualmente las disposiciones aplicables a las ayudas otorgadas por los Estados se encuentran recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE³¹), siendo una modificación del Tratado de la CE, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La numeración de los artículos también varía siendo ahora los arts. 107-109 de TFUE los encargados de regular las ayudas públicas.

Una vez fijado la evolución del control de las ayudas públicas, desarrollaremos brevemente la temática de aquellas disposiciones específicas ya incluidas en el tratado CEE (agrícola, transporte y empresas SIEG), y actualmente recogidos en los arts. 42, 93 y 106.2 del TFUE.

Es cierto que también existen ciertas ayudas estatales que son compatibles con el artículo 107 TFUE (Incluso algunas incompatibles se otorgaban de igual forma³²), pero profundizaremos sobre este tema más adelante (pág. 53 y ss. Del presente Trabajo).

³¹ Publicado en DO C 326 de 26 de Octubre de 2012.

³² El artículo 34 de la ley nº 43/1995, de 27 de Diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Publicado en BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1995. (actualmente Ley 27/2014, de 27 de Noviembre)

Este artículo dice *“que la realización de actividades de exportación dará derecho a las empresas a practicar deducciones de la cuota íntegra del 25 %”*.

Como el impuesto sobre sociedades en el ordenamiento jurídico español entro en vigor antes de la adhesión de España a la Comunidad Europea, ello permitía a España conceder ventajas fiscales a empresas siderurgias, que a priori no eran compatibles con el art.107 TFUE (antiguo art.87) ni con el 4. c) de CECA.

Entonces, empresas competidoras de las entidades españolas, alentaron a la Comisión sobre las ayudas estatales en cubierto que realizaba España y no fue hasta la decisión de la Comisión, de 31 de octubre de 2000, relativa a las leyes españolas sobre el impuesto de sociedades (Publicada en Diario Oficial nº L 060 de 01/03/2001), donde en su artículo 1 señala que *“toda ayuda de conformidad con al art.34 de la ley nº43/1995 en favor de empresas siderúrgicas, es incompatible con el mercado común del carbón y el acero”*. Se trata de un claro ejemplo de práctica en cubierto.



2.2.-SECTORES ECONÓMICOS EXENTOS DE LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LAS AYUDAS OTORGADAS POR LOS ESTADOS: DISPOSICIONES ESPECIALES O ESPECÍFICAS.

2.2.1- Sector Agrario

El primer sector que cuenta con disposición específica es el sector agrícola. Cabe destacar que el término “agrícola³³” también hace referencia al sector pesquero³⁴ y al ganadero según el artículo 38.1 TFUE (antiguo art. 32 TCE).

Desde el origen de la Unión Europea, los mercados agrícolas han gozado de cierta autonomía³⁵ e importancia que otros sectores no han tenido. Se debe a que el propio ordenamiento europeo a través de los tratados, destaca la especificidad en los objetivos planteados por el mercado agrario (recogidos en el artículo 39 del TFUE). Así mismo, para la consecución de estos objetivos se crea una organización común de los mercados agrícolas³⁶ donde adoptará

³³ Artículo 38.1 TFUE dice “*Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos*”.

³⁴ Vid. Reglamento (UE) nº 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Diciembre de 2013 sobre la Política Pesquera Común, por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 1954/2003 y (CE) nº 1224/2009 del Consejo, y se deroga los Reglamentos (CE) nº 2371/2002 y (CE) nº 639/2004 del Consejo y la Decisión 2004/585/CE del Consejo. Publicado en DO L 354/22 de 28 de Diciembre de 2013.

³⁵ Esa autonomía del Derecho agrario europeo tiene su fundamento en los objetivos que el Tratado de Roma fijó para la PAC. Estos objetivos establecen “...*un procedimiento de toma de decisión agrario específico conocido como Comitología...*” (Comités compuestos por representante de cada país). Véase pág. 49, Guillem Carrau “La PAC tras el Tratado de Lisboa” No obstante, también cuenta con una Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea que controla la mayor parte de las ayudas agrarias. Más info, texto Javier Guillem Carrau “La PAC tras el Tratado de Lisboa” (2011)

³⁶ *Cfrs.* Reglamento (UE) nº 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 922/72, (CEE) nº 234/79, (CE) nº 1037/2001 y Reglamento (CE) nº 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007, por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas. Publicado en DO L 347/671, de 20 de Diciembre de 2013.



diferentes formas y disposiciones específicas según los productos³⁷ (Artículo 40.1 TFUE).

Esta situación se produce porque el propio legislador, motu proprio, es consciente de que la realización de los objetivos de la PAC (Política agrícola común) no es compatible con las normas de competencia (Parlamento y Consejo³⁸ tienen autoridad para establecer que disposiciones del derecho de la competencia se aplica a la producción y comercio de los productos agroalimentarios, a través del artículo anteriormente citado artículo 42 TCCEE o con la misma numeración 42 TFUE, pie de página 25).

En este sentido, el Reglamento (UE) nº 1379/2013³⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de Diciembre de 2013 por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, señala que se aplicarán las normas sobre competencia de acuerdos y prácticas del artículo 101 TFUE al sector agrícola y pesquero siempre y cuando su

³⁷ Cada producto tendrá una disposición específica, un ejemplo es el azúcar. Debido a los problemas estructurales del sector azucarero, que puso en jaque la competitividad e incluso la viabilidad de todo el sector, desde 2006 se permite a los Estados Miembros conceder ayudas estatales para la reestructuración del sector como queda fijado en el Reglamento (CE) nº 320/2006 del Consejo de 20 de febrero de 2006, por el que se establece un régimen temporal para la reestructuración del sector del azúcar en la comunidad y se modifica el Reglamento (CE) nº 1290/2005 sobre la financiación de la política agrícola común. (DO L 58/42, de 28 de Febrero de 2006).

La decisión de la Comisión que autoriza este reglamento se recoge en 1999/468/CE: Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, publicado en Diario Oficial nº L 184 de 17/07/1999 p. 0023 – 0026.

³⁸ Tras el Tratado de Lisboa, la competencia para adoptar reglamentos ya no corresponde solo al Consejo sino al Parlamento y Consejo europeos.

³⁹ Publicado en DO L 354, de 28 de Diciembre de 2013. Modifica los Reglamentos (CE) nº 1184/2006 y (CE) nº 1224/2009 del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) nº 104/2000 del Consejo.

En lo dispuesto en su artículo 41, no solo no se aplicarán las normas de competencia cuando estas no permitan alcanzar los objetivos de la PAC, sino también cuando los acuerdos, decisiones y prácticas de las organizaciones de productores que afecten tanto a la producción o venta como a la utilización de instalaciones comunes para el almacenaje, tratamiento o transformación de los productos pesqueros y acuícolas “...no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos, no creen otras restricciones a la competencia que no sean esenciales para lograr los objetivos de la PPC, no excluyan a la competencia, no entrañen en modo alguno una compartimentación de los mercados dentro de la Unión....”.



aplicación no comprometa los objetivos del artículo 39 TFUE⁴⁰. Por lo tanto se deja de aplicar el artículo 101 TFUE en favor de los objetivos de la PAC⁴¹.

Llama la atención que este reglamento (regula las normas de competencia del sector pesquero y acuícola) no tenga en cuenta la aplicabilidad de los artículos 107-109 TFUE en la aplicación de sus medidas, cuando los anteriores reglamentos que modifica, sí que recogen la aplicabilidad de estas disposiciones, tales como el Reglamento (CE) nº 1184/2006⁴².

Por lo tanto existe una carencia de preceptos para regular las ayudas públicas en el Reglamento (UE) nº 1379/2013⁴³. No obstante, es necesario resaltar la existencia de dos Reglamentos que recogen estas disposiciones: uno para productos agrícolas y el otro para productos de la pesca y acuicultura.

- ✓ El Reglamento (UE) 1308/2013 (*Vid.* Pie de página 36), recoge la aplicabilidad en la producción y comercio agrícola de los arts.107 y ss. (Artículo 211 del Reglamento 1308/2013), siempre y cuando no interfiera

⁴⁰ Los objetivos de la PAC son los siguientes;

1. *“...incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra;*
2. *garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura*
3. *estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos;*
4. *asegurar al consumidor suministros a precios razonables...”*

⁴¹ *Vid.* Reglamento (UE) nº 1306/2013 del Parlamento Europeo y Consejo, de 17 de Diciembre de 2013, sobre la financiación, gestión y seguimiento de la PAC. Publicado en DO L 347/549 de 20 de Diciembre de 2013.

⁴² Publicado en DO L 214/7 de 4 de Agosto de 2006. Este reglamento tiene actualmente uso, en el caso de productos agrícolas que no cuenten con una organización común de mercado al amparo del Reglamento (UE) nº1379/2013 o Reglamento nº1308/2013.

Entonces a estos productos se les aplicará las normas de competencia recogidas en el Reglamento citado.

En su art.3 dice *“Las disposiciones del artículo 88, apartado 1, y del artículo 88, apartado 3, primera frase, del Tratado serán aplicables a las ayudas concedidas en beneficio de la producción o del comercio de los productos agrícolas”*

⁴³ Sí que tiene en consideración el apoyo financiero que se puede otorgar a medidas dirigidas a reestructurar o crear organizaciones de productores pesqueras o acuícolas. Pero no específica, que medidas tienen que ser compatibles con arreglo a los arts. 107-109 TFUE.



en los pagos efectuados por los Estados Miembros y recogidos en los art.212-218⁴⁴, ni en los objetivos establecidos en el artículo 39 TFUE.

- ✓ El Reglamento (UE) nº 508/2014⁴⁵ del Parlamento Europeo y Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, se encarga de regular las ayudas estatales de los productos pesqueros. Dice su artículo 8 que serán aplicables a las ayudas concedidas por los Estados Miembros a las empresas del sector, las disposiciones recogidas en los arts. 107-109 TFUE, salvo los pagos efectuados por los EM dentro del ámbito de aplicación del art.42 TFUE (Pago destinados a la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales o pagos que se integran dentro de un programa de desarrollo económico para el sector pesquero y acuícola).

No serán subvencionables por tanto, las operaciones dirigidas a la construcción o el aumento de la capacidad de un busque de pesca; las actividades de pesca exploratoria; operaciones dirigidas a la repoblación, salvo aquellas operaciones que cuenten con condiciones especiales en virtud del Reglamento; operaciones de transferencia de propiedad de una empresa (Véase artículo 11 del citado Reglamento de 2014).

La excepcionalidad de este reglamento respecto al anterior es que si la financiación pública (pagos de los EM, *vid.* Artículo 13 del presente

⁴⁴ En estos artículos se recogen pagos de Estados Miembros exentos de los art.107-109 FUE. Esos pagos son los siguientes; 1. Pagos nacionales en relación con programas de ayuda al sector vitivinícola, 2. Pagos nacionales en el sector de los renos en Finlandia y Suecia, 3. Pagos nacionales para la distribución de productos a niños, 4. Pagos nacionales para la destilación de vino en casos de crisis, 5. Pagos nacionales en el sector del azúcar en Finlandia, 6. Pagos nacionales en el sector de la apicultura, 7. Pagos nacionales a los frutos de cáscara. Tener en cuenta el Reglamento de ejecución (UE) nº 641/2014 de la Comisión de 16 de Junio de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) nº 1307/2013 (Reglamento 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la política agrícola común).

⁴⁵ Publicado en DO L 149/1, de 20 de Mayo de 2014. Periodo de vigencia 2014-2020. Deroga los Reglamentos (CE) nº 2328/2003, (CE) nº 861/2006, (CE) nº 1198/2006 y (CE) nº 791/2007 del Consejo, y el Reglamento (UE) nº 1255/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo.



Reglamento) excede lo establecido en el Reglamento, se aplicaran los arts. 107-109.

Destacar que los pagos efectuados por los Estados Miembros, proceden de los propios Estados y del FEMP (Fondo Europeo Marítimo y de Pesca).

En el caso de ayudas por categorías dentro del sector agrícola y pesquero (ayudas a PYMES, a la investigación, protección del medio ambiente...), serán los reglamentos (UE) nº 1388/2014⁴⁶ de la Comisión, relativo al sector de la pesca y nº 702/2014⁴⁷ de la Comisión, relativo al sector agrícola, los que establezcan las disposiciones a seguir. Junto con estas ayudas, hay que subrayar la existencia de ayudas de minimis en el sector de la agricultura y pesca (Recogidas en los Reglamentos (UE) nº 1408/2013⁴⁸ de la Comisión y nº 717/2014⁴⁹ de la Comisión, respectivamente). Ambos regímenes los desarrollaremos más adelante (Pág. 46 y ss. del presente trabajo, ayudas minimis y pág. 79 y ss., categorías de ayudas exentas de aplicación “Ayudas sectoriales”).

2.2.2.- Sector Transporte

El segundo sector económico a destacar es el sector del transporte (genera el 1% del PIB comunitario). La especificidad se recoge en el artículo 93 TFUE

⁴⁶ Véase Reglamento (UE) nº 1388/2014, de la Comisión de 16 de Diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Publicado en DO L 369/37 de 24 de Diciembre de 2014.

⁴⁷ Reglamento (UE) nº 702/2014, de la Comisión de 25 de Junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Publicado en DO L 193/1 de 1 de Julio de 2014.

⁴⁸ Reglamento (UE) nº 1408/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector agrícola. Publicado en DO L 352/9, de 24 de diciembre de 2013. Periodo de vigencia, 1 de Enero de 2014 hasta 31 de Diciembre de 2020.

⁴⁹ Reglamento (UE) nº 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura. Publicado en DO L 190/45, de 28 de Junio de 2014. Periodo de vigencia, 1 de Enero de 2014 hasta 31 de Diciembre de 2020.



(antiguo artículo 73 TCE y 77 del TCCEE, *Ibid.* pie de página 26). En primer lugar el art.100.1 TFUE señala que las disposiciones recogidas en el art.93 solo se aplican a los transportes por ferrocarril, carreteras y vías navegables. Quedan excluidas, la navegación marítima y aérea, donde el Parlamento y el Consejo (art.100.2 TFUE), podrán establecer disposiciones adecuadas para estos dos regímenes⁵⁰.

Para que la organización y financiación de los servicios públicos de transporte (autobús, tranvía, metro y ferrocarril) en los Estados Miembros, se consideren compatibles con el mercado interior y estén exentas de la obligación de notificación previa de ayudas estatales a la Comisión, se establece el Reglamento (CE) nº 1370/2007⁵¹ (*Véase infra* Comunicación citada en el pie de página 51).

Es necesario la aplicación de este reglamento⁵², para lograr el cumplimiento de la parte del art.93 que dice “...Serán compatibles con los Tratados las ayudas que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público...” (Obligaciones de Servicio Público).

En cambio la otra parte del art.93 TFUE que dice “...serán compatibles las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes...”, no se recoge en el Reglamento (CE) nº 1370/2007, sino en las Directrices comunitarias⁵³ sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias (*Véase*

⁵⁰ *Vid.* Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas. Publicado en DO C 99/3, de 4 de abril de 2014.

⁵¹ Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y Consejo, de 23 de Octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº1191/69 y (CE) nº 1107/70 del Consejo. Publicado en DO L 315/7, de 3 de Diciembre de 2007.

Tener en cuenta el Comunicado de la Comisión relativa a directrices de interpretación del reglamento 1370/2007. Publicado en DO C 92/1 de 29 de Marzo de 2014.

⁵² *Loc.cit.* Juan Arpio Santacruz pág. 437 del “Tratado de derecho....”

⁵³ Publicada en DO C 184 de 22 de Julio de 2008. Las medidas de apoyo que contemplan estas directrices son las siguientes; apoyo a empresas ferroviarias mediante la financiación de infraestructuras, ayudas para compra y renovación de material rodante (Muchas de estas ayudas para compra también se incluyen en el reglamento nº 1370/2007), la amortización de deudas por los Estados para el saneamiento financiero de las empresas ferroviarias, ayudas de



Síntesis de las Directrices citadas). La Comisión utiliza estas directrices para permitir que la financiación pública contribuya al desarrollo de la movilidad sostenible.

Volviendo a las ayudas relativas a las obligaciones de servicio público (OSP) que se sitúan en el Reglamento (CE) nº 1370/2007, señalar que las compensaciones o reembolsos de servicio público⁵⁴ que hagan las autoridades nacionales a los operadores de tales servicios, para su prestación o para cumplir las obligaciones tarifarias no se deben notificar, están exentas⁵⁵ (artículo 9.1 del Reglamento (CE) nº 1370/2007).

Sin embargo, ayudas dentro del ámbito navegación marítima o aérea⁵⁶ se deben notificar a la Comisión, ya que esas ayudas pueden ser declaradas no compatibles con los arts.107-109 TFUE.

Formarán parte del ámbito de aplicación, según el artículo 1.2 del presente Reglamento “...todas las explotaciones nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera...”. Sin obviar a aquellas compensaciones a los servicios de transporte

reestructuración de las empresas ferroviarias, ayudas a la coordinación de los transportes y por último garantías estatales a empresas ferroviarias.

⁵⁴ “...Toda ventaja de carácter financiero en su mayoría, concedida directa o indirectamente por una autoridad pública mediante recursos públicos durante el período de ejecución de una obligación de servicio público o en relación con ese período...”. (Artículo 2 g) del Reglamento 1370/2007, de 23 de Octubre de 2007).

⁵⁵ Dice el art.109 TFUE que “...el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 108 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento...”. En el caso de estas compensaciones, y conforme al 108.3 TFUE, están exentas de notificación.

⁵⁶ *Cfrs.* Sentencia del Tribunal de Justicia (sala segunda) de 21 de Noviembre de 2013. Publicado en STJUE 21-11-2013. Asunto C-284/12. Litigio entre la compañía aérea Deutsche Lufthansa AG y la gestora del aeropuerto de Frankfur-hahn (Alemania) Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, relativo al cese y recuperación de las ayudas de Estado que Flughafen concedió a la compañía Ryanair Ltd.

No obstante, también se deben notificar aquellas compensaciones a los servicios que se explotan por su interés turístico o histórico. Estos servicios se regirán directamente por el artículo 93 del TFUE.

Estas compensaciones no formaran parte del ámbito de aplicación de este Reglamento.



de viajeros por vías navegables interiores (Siempre y cuando exista seguridad jurídica en la aplicación del Reglamento de 2007, es decir, que su aprobación se realice de forma transparente mediante un acto vinculante y no exista perjuicio respecto al Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros⁵⁷(Cabotaje marítimo) << Apartado 2.1.2 del Comunicado de la Comisión de 2014, relativa a directrices de interpretación del Reglamento 1370/2007>>).

En caso de que exista perjuicio u omisión en la aplicación de este Reglamento de 2007 respecto a los servicios de transporte por vías navegables interiores, esta prestación se regulará en virtud del artículo 93 del TFUE (a través de los Reglamentos citados en el pie de página 58).

Asimismo, los servicios que forman parte del ámbito de explotación, han sido modificados durante el transcurso de los años (mayor flexibilidad en la concesión de compensaciones) y lo podemos comprobar con la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Julio de 2003, en el asunto C-280/00⁵⁸.

⁵⁷ Publicado en DO L 364, de 12 de Diciembre de 1992.

Existen diferencias entre el Reglamento actual y este en lo relativo a la duración de los pactos, los derechos exclusivos, los límites de adjudicación directa de pequeños acuerdos y otras diferencias en cuanto a su aplicación al transporte de mercancías (*Ibidem* párrafo 2 del apartado 2.1.2 del Comunicado de la Comisión de 2014 relativa a directrices de interpretación del reglamento 1370/2007).

Otros requisitos respecto al transporte de viajeros en vías navegables se recogen en el Reglamento (CEE) nº 3921/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, por el que se determinan las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías o de personas por vía navegable en un Estado miembro y Reglamento (CE) del Consejo nº 1356/96, de 8 de julio de 1996, relativo a las normas comunes aplicables al transporte de mercancías o personas por vía navegable entre los Estados miembros con el fin de obtener la libre prestación de servicios en dicho transporte.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Julio de 2003, en el asunto C-280/00, entre Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg y Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, por la concesión del Gobierno regional alemán de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el Landkreis Stendal (Alemania) a Altmark Trans y de subvenciones públicas para la ejecución de dichos servicios.

Cabría preguntarse entonces ¿Los Estados disponían de la misma flexibilidad de la que le otorga en la actualidad el Reglamento nº 1370/2007 en cuanto a la concesión de compensaciones en el sector transporte?

La sentencia se produce en 2003 donde la base normativa de los servicios de transporte, se regulaba en virtud del Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de



Para finalizar con este apartado, destacar que esta sentencia nos sirve de nexo entre las disposiciones específicas del sector transporte y las empresas SIEG (tema que desarrollamos a continuación).

2.2.3.- Empresas de servicios de interés económico general (SIEG)

En la sociedad europea, los servicios de interés económico general⁵⁹ cumplen un importante papel, hasta tal punto, de ser considerados como servicios de

servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (modificado por el Reglamento (CEE) n. 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991 <<DO L 169/1, de 26 de Junio de 1991>>).

Este reglamento según lo dispuesto en su artículo 1, se aplicaba a todas las empresas de transporte que explotasen servicios de transporte por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, aunque a la vez, se permitía a los Estados excluir del ámbito de aplicación del Reglamento, las compensaciones otorgadas a los servicios urbanos y de cercanías.

En caso de imponer obligaciones de servicio público para los servicios urbanos y de cercanías, dice el artículo 1.5 que las condiciones y las modalidades tales como, métodos de compensación debe definirse con arreglo a las secciones II, III y IV del presente Reglamento (Siendo necesaria su notificación).

No obstante, las concesiones del Gobierno regional solamente se basaron en el artículo 77 del TCCEE (Esta disposición permite a los Estados Miembros conceder ayudas para compensar los costes derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público en el sector de los transportes terrestres.), pero sin tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento de 1969, por lo tanto incumplió un criterio básico; (Pero perfectamente podría haber incumplido otro potencial); El artículo 77 por sí mismo, no otorga potestad al Gobierno para conceder subvenciones, sino se complementa con la aplicación de los principios que integra el Reglamento 1191/69 (DO L 156/1, de 28 de Junio de 1969). Y no otorga potestad al Gobierno, porque la compensación no se considera un caso o una condición excepcional conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1107/70, relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 130/1, de 15 de Junio de 1970).

Entonces tal y como refleja el artículo 3, (*“los Estados miembros no adoptarán medidas de coordinación ni impondrán obligaciones inherentes a la noción de servicio público que impliquen la concesión de ayudas con arreglo al artículo 77 del Tratado salvo en los casos y condiciones siguientes”*), los Estados no pueden invocar la aplicación del artículo 77 fuera de los casos previstos.

En este sentido, el criterio potencial hubiese sido el siguiente; el legislador aplica la compensación en virtud de lo dispuesto por el Reglamento (impone obligaciones de servicio público). En el caso de que exista carencia de notificación (podría ocurrir debido a que el legislador no otorga importancia al Reglamento), se incumple lo establecido en el citado artículo 1.5 y 14 del Reglamento, siendo esa compensación incompatible con el régimen de ayudas.

En la actualidad, estos problemas se han erradicado, en concreto el de notificación, ya que no es necesario notificar a la Comisión las compensaciones reconocidas como compatibles en el Reglamento 1370/2007. Y en los casos, donde las compensaciones no son reguladas por este Reglamento, se regirán en virtud del artículo 93 (No existen los problemas latentes ni potenciales).

En definitiva, existe una mayor flexibilidad a la hora de conceder compensaciones, tanto en virtud del artículo 93 como en el del Reglamento de 2007.

⁵⁹ Vid. documentos de trabajo de los servicios de la Comisión. “Comisión Europea, Bruselas, 29 de abril de 2013” SWD (2013) 53 final/2.



interés común dentro de la propia Unión Europea. El artículo 106.2 (antiguo art.86 TCE) será el encargado de regular el alcance de estos servicios, estableciendo que “...*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión...*”.

Tal y como dice el artículo, las empresas encargadas de los servicios económicos están sometidos a las normas de competencia siempre y cuando este sometimiento no impida la consecución de los objetivos de las mismas. Entonces podemos establecer una serie de preguntas ¿Cuando una ayuda estatal destinada a estas empresas está exenta o es regulada por las normas de competencia? ¿Qué condiciones ha de cumplir? ¿Existe ayuda pública o no?

Estas preguntas nos permiten relacionar las disposiciones 106.2 y 93 del TFUE, a través de la sentencia C-280/00.

Dicho esto, conviene empezar señalando que la resolución C-280/00, se centra en un supuesto donde existe una concesión de subvención estatal a una empresa del sector transporte para compensar los costes procedentes de ejecutar los servicios de transporte urbano.

Por consiguiente se podría entrar a valorar si esa ayuda está dirigida a empresas que forman parte del ámbito SIEG. En nuestro estudio no lo haremos, pero si la subvención resulta que está destinada a una empresa SIEG⁶⁰, entonces no se considerará ayuda pública.

⁶⁰ Una empresa privada o pública SIEG es aquella que realiza una actividad económica con el objetivo de garantizar un servicio público general y necesario para el ciudadano, que el mercado por sí mismo no realizaría si no existiese intervención pública. *Loc.cit.* pág. 19 de “Documentos de Trabajo de los Servicios de la Comisión”, de 29 de abril de 2013.



A tal fin, el Tribunal de Justicia impuso cuatro condiciones⁶¹, (en los fundamentos 89-93 del asunto Altmark), en las cuales, se permite a las compensaciones que están destinadas a cubrir los costes de ejecución que tiene una empresa en la realización de un servicio público, no ser consideradas como ayudas estatales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 107 TFUE (Entonces este artículo carece de aplicabilidad).

En un principio, estas condiciones sirvieron para conocer los requisitos que deben cumplir las compensaciones para que sean consideradas compatibles con el régimen de ayudas públicas del Derecho de la Competencia.

No obstante, y considerando que se cumplen las limitaciones impuestas por el Tribunal, la aplicación de un artículo u otro del Tratado que garantice la compatibilidad dependerá en todo caso de la dirección de la compensación, es decir, si la compensación va dirigida a una empresa de servicio público (se aplica el artículo 106.2) o si es a una empresa de servicio público del sector transporte terrestre (artículo 93 << Actualmente otorgar la compatibilidad en virtud del artículo 93 no es tan complejo como lo fue unos años atrás>> *ibíd.* pie de página 59).

Sin embargo, la Comisión para aclarar las dudas tanto a los Estados Miembros (otorgantes de la ayuda) como para los beneficiarios, acerca de en qué casos

⁶¹ Las cuatro condiciones son las siguientes, a saber;

- 1- *“La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos de la ejecución del servicio público teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.*
- 2- *Transparencia y objetividad en el cálculo de la compensación.*
- 3- *En caso de que la elección de la empresa encargada de ejecutar las obligaciones del servicio público, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.*
- 4- *La empresa que recibe la compensación debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas”.*



son compatibles las compensaciones en este ámbito, crea un paquete de ayudas estatales (vigente en la actualidad) para los servicios públicos de interés económico general⁶².

Está compuesto por cuatro instrumentos;

En primer lugar, la Decisión de la Comisión⁶³, de 20 de diciembre de 2011, declara que determinados tipos de compensaciones⁶⁴ concedidas a algunas empresas SIEG, son compatibles con el mercado interior y estarán exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado. Como ya hemos citado, no se aplica a las ayudas estatales concedidas a empresas del sector del transporte terrestre e incluso en el ámbito del transporte aéreo y marítimo, la decisión solo se aplica en empresas de este sector que proveen un servicio de interés económico general.

En segundo lugar, el Marco de la Unión Europea⁶⁵ sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. Cabe decir, que este Marco solo se elabora con la meta de cumplimentar a la Decisión. Por lo tanto, los principios integrados en dicho texto se aplican a las compensaciones no cubiertas por la Decisión.

⁶² *Ibidem* pág.26 de “Documentos de Trabajo de los Servicios de la Comisión”, de 29 de abril de 2013.

⁶³ Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Publicada en DO L 7/3, de 11 de Enero de 2012.

⁶⁴ El artículo 2 de la decisión, nos determina que ninguna compensación podrá sobrepasar el límite de 15 millones de euros anuales. La presente decisión se centra en la prestación de servicios que atiendan necesidades sociales, presten atención médica,... El periodo de funcionamiento de la empresa ejecutando el servicio no podrá superar los 10 años, si supera este periodo entonces la decisión solamente se aplicará en la medida que la empresa necesite una inversión importante.

⁶⁵ Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011). DO C 8/15, de 11 de Enero de 2012.



Si bien, las compensaciones que se otorguen con arreglo a este Marco sí que se deben notificar, al contrario que las concedidas conforme a la Decisión de 2011. (Véase fundamento 7 del Marco de la Unión Europea de 2011).

En tercer lugar, Comunicación de la Comisión⁶⁶, relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general.

Junto con estos tres instrumentos indicar, en cuarto lugar, el Reglamento (UE) nº 260/2012⁶⁷ de la Comisión, de 25 de abril de 2012, establece los requisitos que permiten eximir a las ayudas de menor importe dirigidas a empresas SIEG de la aplicación del 107 TFUE.

La característica de este reglamento es que su aplicación solo se corresponde con ayudas minimis⁶⁸, es decir, ayudas de poca cuantía que no se consideran ayuda estatal por no afectar a la competencia y/o el comercio entre países de la UE y por consiguiente, no están sujetas a la obligación de notificación recogida en el Artículo 108.3 TFUE. (Citadas en el apartado 2.2.1).

⁶⁶ DO C 8/15, de 11 de Enero de 2012. El objetivo de esta Comunicación es aclarar las nociones “*subyacentes a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las compensaciones por servicio público*” Fundamento 3 de la presente Comunicación.

⁶⁷ Véase Reglamento (UE) nº 360/2012 de la Comisión de 25 de abril de 2012 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general. Publicado en DO L 114/8, de 26 de Marzo de 2012.

Según su artículo 1, el ámbito de aplicación solamente integra a ayudas que se conceden a empresas que prestan un servicio de interés económico general, quedando excluidas del reglamento; las ayudas a empresas que operan en el sector de la pesca y acuicultura, ayudas concedidas a empresas productoras de bienes agrícolas, ayudas concedidas a empresas del sector del carbón, ayudas concedidas a empresas en crisis....

⁶⁸ Artículo 2 del Reglamento (UE) nº 260/2012, establece que el importe total de la ayuda no puede superar los 500 mil euros durante cualquier periodo de tres ejercicios fiscales, independientemente de si la ayuda concedida por el Estado miembro es financiada entera o parcialmente con recursos procedentes de la Unión. El período se determinará tomando como referencia los ejercicios fiscales utilizados por la empresa en el Estado miembro correspondiente. En cambio en el reglamento de minimis general el límite son 200 mil euros, aunque esto no influye sobre este reglamento porque es complementario.



Para cerrar el apartado de disposiciones específicas, destacar la existencia de algunas medidas estatales utilizadas para salvaguardar los intereses de seguridad y defensa de los distintos Estados. Este régimen jurídico que surge con los primeros Tratados Constitutivos de la UE, en la actualidad se recoge en el artículo 346⁶⁹TFUE.

Pero estas ayudas tienen que cumplir unas determinadas condiciones; “...*tienen que ser ayudas destinadas a la producción de bienes militares, además se debe justificar que existe un debilitamiento de la seguridad nacional interna y no deben alterar las condiciones de competencia del mercado interno del resto de productos...*” (Santacruz, 2014⁷⁰).

Una vez establecida la línea de orientación del trabajo; ya hemos señalado la evolución y las disposiciones específicas del régimen de ayudas públicas, conviene empezar a desarrollar el concepto.

¿Qué se entiende por ayuda pública?

2.3.- CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA

Surge para dar respuesta a una necesidad urgente de delimitar el ámbito de aplicación de la política de ayuda pública. En realidad no existe una definición propia del concepto de ayuda pública⁷¹, pero sí una acotación del campo de

⁶⁹ El artículo 346 TFUE (antiguo art.296) dispone “*todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares*”.

⁷⁰ Véase pág. 447 del “Tratado de derecho de la competencia y la Publicidad” Arpio Santacruz.

⁷¹ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Modernización de las ayudas estatales en la UE”. El papel de la Comisión (respecto al concepto de ayuda pública) solamente se limita a la aplicación y entendimiento de las medidas del TFUE, tal y como las interpreta el Tribunal de Justicia. Con esta Comunicación, la Comisión prevé establecer en un futuro cercano un concepto de ayuda pública que permita una mayor facilidad en su aplicación.



actuación de la Comisión en el seguimiento y control de las ayudas que afectan a las empresas. (La Comisión no persigue todo tipo de ayudas⁷²)

Como se expone a continuación, es el propio artículo 107 TFUE el que delimita el concepto mediante condiciones de incompatibilidad de las ayudas con el mercado común. Dice el artículo 107.1 *“Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”*.

En el ámbito español el artículo 11 de la Ley de Competencia Española (en adelante LDC⁷³), no recoge ninguna condición de incompatibilidad sino que solamente se centra en definir las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) <<Quijano, 2012>>.

2.3.1.-Elementos integrantes del concepto

⁷² La Comisión tiene como objetivo alentar a los Estados Miembros a reducir el flujo de ayudas públicas global y que estas ayudas se orienten a objetivos con un claro interés comunitario. Para conseguir este fin, la Comisión se ha mostrado muy estricta respecto a las ayudas ilegales e incompatibles obligando a los Estados a recuperar el importe de las ayudas, aplicando el artículo 15 del Reglamento (UE) nº 2015/1589 del Consejo.

Cita. Comunicación de la Comisión “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles”. Publicado en DO C 272/4 de 15 de Noviembre de 2007.

⁷³ Si bien, el artículo 19.2 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de Competencia, sí que recogía el concepto de ayuda pública y establecía como ayudas *“las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia”*.

Véase pág. 3 de la “Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución” nº 11 de 1 de Julio de 2012. Jesús Quijano González.



En base a estos principios de incompatibilidad, la Comisión y el Tribunal de Justicia⁷⁴ europeos han ido construyendo una definición de ayuda estatal que depende de cuatro requisitos⁷⁵ o formalidades;

- Beneficio económico para una empresa.
- Ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos públicos.
- Favorecer a determinadas empresas o producciones.
- Amenace la competencia, afectando a los intercambios comerciales entre estados miembros.

En cualquier caso, las medidas que cumplan estos requisitos pero sean de menor importancia, como veremos más adelante (*Vid.* págs. 46 y ss. del presente trabajo), están excluidas de la disposición 107 TFUE y por lo tanto no son ayudas públicas.

1. Beneficio económico o ventaja patrimonial

Debemos entender por beneficio económico, aquella ventaja financiera que recibe de manera directa o indirecta, una o varias empresas a través de las autoridades públicas y que les permite mejorar su posición económica frente al resto de competidores (teniendo en cuenta la situación competitiva de la empresa antes de recibir la ayuda).

Esta ventaja podría obtenerse con una simple subvención de las autoridades públicas (prestación positiva). Sin embargo el concepto de ayuda pública es más general y abarca tanto las aportaciones de recursos a una empresa (vía directa)

⁷⁴ El artículo 348 TFUE, otorga potestad al tribunal de justicia para resolver sentencias a puerta cerrada preservando la confidencialidad de la información. El tribunal establece que las medidas que no son selectivas, es decir que no benefician a empresas concretas, no se integran en el ámbito de aplicación del art.107 TFUE.

⁷⁵ *Cfrs.* pág. 5 del Informe de la CNMC sobre las ayudas pública en España 2015. *Vid.* “Concepto de ayuda estatal en la UE y normativa reguladora” Diputación foral de Vizcaya.



como cualquier reducción de las cargas a las que debería hacer frente en condiciones de mercado (vía indirecta)⁷⁶.

Una vez definido el concepto de ventaja patrimonial como base material de la ayuda, es necesario profundizar en la mejora de posición obtenida por el beneficiario de esa ayuda. Es decir, hemos señalado que una ayuda es un beneficio económico que mejora la posición de la empresa frente a sus competidores.

Esto nos indica que existe ventaja patrimonial cuando se mejora la posición económica de la empresa, pero no siempre se puede constatar que existe una mejora en la posición y en múltiples ocasiones la constatación de esa mejora puede presentar excesivas dificultades⁷⁷, por la poca importancia que concede el artículo 107.1 TFUE a la forma de la ayuda.

⁷⁶ El concepto de subvención recogido en los artículos 2 y 3 de la ley 38/2003 de 17 de Noviembre, General de Subvenciones (Vigente hasta el 1 de Enero de 2016) no guarda relación alguna con el de ayuda del Estado que establece el TFUE y la LDC española, aunque muchos de los preceptos y medidas que integran esta ley podrían formar parte del ámbito de aplicación de los arts.107-109 TFUE.

Así es el caso de los artículos 8.2 que establece “...Cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores...” y 9.1 “...En aquellos casos en los que, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención, las Administraciones públicas o cualesquiera entes deberán comunicar a la Comisión de la Unión Europea los oportunos proyectos de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 30/1992⁷⁶, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, al objeto que se declare la compatibilidad de las mismas...”.

Por último señalar que las subvenciones son una modalidad muy importante del gasto público y por tanto deben ajustarse a las directrices de la política presupuestaria, que otorga seguridad jurídica y continuidad en la aplicación a los principios inspiradores de la consolidación presupuestaria (Ley de Estabilidad Presupuestaria o ley orgánica 2/2012, de 27 de Abril, de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera).

⁷⁷ En el punto 25 de la Comunicación de la Comisión “Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación” (2014/C 198/01), se establece lo siguiente, a saber; Cuando un organismo de investigación al cual se le concede ayuda estatal realiza proyectos bajo contrato o presta servicios de investigación a una empresa, no existe transmisión de ayuda pública a la empresa debido a que el organismo de investigación recibirá una remuneración por sus servicios, siempre y cuando se cumpla que el precio al que prestan sus servicios sean precios de mercado o en ausencia de este, que ese precio refleje el coste real del servicio.

Por lo tanto, si el organismo de investigación cuenta con ayuda estatal será muy complicado determinar si de manera indirecta genera una ventaja para la empresa, y así esta última, puede mejorar su posición frente al resto de competidores. En esta situación tendríamos que aplicar el “criterio de mercado”.



Por lo tanto, es el propio artículo 107.1 quien no especifica la forma de la ayuda⁷⁸ generando una problemática en el análisis para conocer si una ayuda constituye una ventaja patrimonial o no.

En su resolución, la Comisión ha impulsado en estos últimos años la incorporación de un análisis económico (análisis coste-beneficio⁷⁹) para conocer la compatibilidad de las ayudas, cuando en el pasado el análisis de compatibilidad era de naturaleza jurídica.

El problema no radica en aquellos casos en los que la ventaja patrimonial procede de una subvención o de suministros de materiales, energía, bienes de equipo o maquinaria,...en definitiva, que procede de aportaciones de recursos por parte del Estado a las empresas. En estas situaciones es francamente fácil determinar si una ayuda otorga un beneficio económico.

Será en aquellos casos en los que la intervención pública adopta diferentes modalidades y donde la ventaja depende de la particularidad de tal intervención. En este ámbito se ha creado un indicador llamado “criterio de mercado” o “inversor privado⁸⁰” que nos permite examinar si una transacción económica de las autoridades públicas supone una ventaja para el beneficiario.

Según este criterio⁸¹, existe beneficio económico cuando la prestación otorgada por la autoridad pública a una empresa no sea equivalente (más favorable) a la prestación que dicha empresa⁸² hubiera podido obtener de un

⁷⁸ Las ayudas pueden ser “*subvenciones, bonificaciones de intereses, exoneraciones de impuestos, garantías de préstamo, adquisición de terrenos, suministros de bienes...*”. Vid. Pág. 452 Tratado de Derecho de la Competencia y Publicidad “Ayudas Públicas” Juan Arpio Santacruz.

⁷⁹ También la legislación nacional, en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, tiene en consideración los aspectos jurídicos y económicos para analizar la competencia (artículo 3 párrafo 3 del presente Real Decreto). Publicado en BOE núm. 50, de 27 de Febrero de 2008.

⁸⁰ Véase Págs. 6 y 7 del Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España 2015.

⁸¹ Vid. pág 5. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, nº 11, 1 de Julio de 2012. “Las ayudas públicas; Evolución y situación actual”. Jesús Quijano González.

⁸² El concepto de empresa corresponde a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, independientemente del modo de financiación y de su estatuto jurídico (Es indiferente la forma



inversor privado en el mercado. Este principio se aplica a una amplia gama de medidas⁸³; préstamos blandos⁸⁴, venta de bienes inmuebles por las autoridades

que pueda adoptar, la presencia o no de ánimo de lucro, la calificación civil o mercantil...). *Cfrs.* Apartado 21 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de Abril de 1991, en el asunto C-41/90, de Klaus Höfner.

Puede ejercer la actividad económica directamente o de manera indirecta (siendo una entidad que controla al operador de la actividad económica, siempre y cuando el legislador nacional le otorgue la facultad de realizar operaciones financieras, comerciales, inmobiliarias y mobiliarias). *Vid.* Pág.2 Diputación Foral de Vizcaya “Concepto de ayuda estatal en la Unión Europea y normativa reguladora”.

Llama la atención el caso de las actividades artesanales, excluidas del Derecho mercantil (ley 2/2007, de 15 de Marzo, de sociedades profesionales), pero que se consideran actividades empresariales según el TFUE. *Ibidem* Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de Octubre de 2005 en los asuntos acumulados C-266/04 a C-270/04, C-276/04 y C-321/04 a C-325/04.

⁸³ Véase págs. 453-470 Tratado de Derecho de la Competencia y Publicidad. Juan Arpio Santacruz.

⁸⁴ Se consideran ventaja cuando el tipo de interés que otorgan es inferior al del mercado, de ahí el concepto de préstamos blandos. *Vid.* Pág. 9 y 10 Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España 2015.



públicas, garantías⁸⁵, exenciones fiscales, participación pública⁸⁶ en el capital de las empresas, donaciones..., etc.

⁸⁵ Las garantías normalmente suelen estar ligadas a una obligación financiera (prestamos,...) contraída por un prestatario a un prestamista. Estas se pueden conceder de forma individual o dentro de un régimen de garantías. (Cfrs. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, apartado 1.2. Publicado en DO C 155/10 de 20 de Junio de 2008).

Esta medida supone una ventaja cuando el Estado asume el riesgo de la garantía y además renuncia, en parte o en todo, a la prima (derivada de la asunción de riesgo del Estado) que tiene que pagar la empresa. Esto genera un ahorro a la empresa (le permite obtener crédito en condiciones más favorables que si hubiese acudido al mercado (Principio del inversor privado) y una pérdida de recursos al Estado.

En este sentido, todas las disposiciones nacionales en cuanto a ayudas otorgadas en forma de garantías deben cumplir lo impuesto en la Comunicación citada, como así lo recoge la pág. 1 del Decreto 111/2014, de 17 de Junio, por el que se desarrolla un programa extraordinario de concesión de avales públicos para la financiación empresarial.

Es importante aplicar correctamente el criterio de inversor privado para determinar si una garantía adopta la forma de ayuda o no.

Por este motivo, es importante señalar el asunto en el que Francia otorgó ayudas estatales en forma de préstamos y garantías a la empresa Stardust Marine. A priori, la decisión de la Comisión (2000/513/CE, de 8 de Septiembre de 1999, relativa a las ayudas concedidas por Francia a la susodicha empresa), estableció que las aportaciones de capital recibidas por la empresa Stardust Marine no eran compatibles con el mercado común "decisión negativa".

La parte dispositiva de la Decisión determinó que las aportaciones de capital realizadas a Stardust Marine por un valor de 450,4 millones de francos no pueden declararse compatibles con el mercado interior según lo dispuesto en el artículo 107 TFUE. Además se exigió la devolución de esas aportaciones al patrimonio francés a través de la aplicación del artículo 11 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo (Publicado en DO L 83/1 de 27 de Marzo de 1999). Algunos artículos de este reglamento fueron modificados pero la aplicación del artículo 11 que dispone de el "requerimiento de recuperación" (El Reglamento nº 794/2004 introdujo en el artículo 11 un método de cálculo de intereses aplicable a la ayuda ilegal), se mantuvo vigente hasta el 24 de Septiembre de 2015, cuando se constituyó el Reglamento 2015/1589 del Consejo (*Loc.cit.* pie de página 203 del presente trabajo).

Actualmente el requerimiento de suspensión de la concesión o de recuperación de la ayuda se recoge en el artículo 13 del Reglamento 2015/1589.

Pero la sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2002 (asunto C-482/99), impugnó la Decisión de la Comisión haciendo uso de la autoridad concedida por el artículo 263⁸⁵ TFUE (antiguo 230 TCE).

El artículo 263 párrafo 2 dice "el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión". Además podrá anular sanciones previstas realizadas por la Comisión "artículo 8.6 del Reglamento 2015/1589" (Véase también el Reglamento (UE) 734/2013, actualmente derogado por el de 2015), ya que goza de una competencia jurisdiccional plena que ha sido otorgada por el Parlamento Europeo y el Consejo, a tenor del artículo 261.

Por lo tanto, el Tribunal impugnó la Decisión porque aprecia que la Comisión aplicó erróneamente el criterio de inversor privado, ya que no analizó los préstamos y garantías adjudicados a Stardust



Para concluir con este apartado, señalar (Jesús Quijano, 2012⁸⁷) que los Estados no siempre han estado de acuerdo con la aplicación estricta del criterio de mercado en algunas de sus transacciones de fondos a empresas, sobre todo cuando estas transacciones se producían para satisfacer intereses económicos y sociales de la nación. Quizás el ejemplo más claro lo encontramos en el caso de las ayudas públicas que España concedió a Intelhorce SA, recogido en la Decisión de la Comisión⁸⁸ de 25 de Marzo de 1992. No obstante y aunque no se

en el contexto de la época en que fueron adjudicados. En virtud de lo establecido, el Tribunal anuló la Decisión 2000/513/CE y condenó en costas a la Comisión.

⁸⁶ El concepto de participación pública comprende; participación directa del Estado y de otras colectividades regionales, así como la participación desempeñada por organismos financieros y empresas públicas (artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas. Publicado en DO L 195 de 29 de Julio de 1980.

Dispone que una empresa pública es *“cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”*.

Ibíd. pág. 93 “Participación de las autoridades públicas en los capitales de las empresas”. Bol. CE 9-1984.

⁸⁷ Pág. 207 “Política de ayudas otorgadas por el Estado” abril 2002. Jesús Quijano.

⁸⁸ Decisión de la Comisión de 25 de Marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce SA (antes Industrias Textiles de Guadalhorce SA), denominada actualmente GTE General Textil España SA, fabricante, de propiedad estatal, de tejidos de algodón. Publicado en DO L 176/57 de 30 de Junio de 1992.

El periodo en el cual la Comisión investiga la concesión de ayudas abarca desde 1986 hasta 1989 (Tras la entrada de España en la Comunidad Europea), cuando se vende al empresario italiano Orefici.

En esta Decisión, la Comisión interpreta que el Reino de España proporciona fondos públicos no compatibles con el mercado interno a Intelhorce SA. Su consideración se fundamenta en que un inversor privado en condiciones normales de mercado realiza aportaciones de capital para obtener el máximo rendimiento de su inversión y obtener una mejor posición económica.

No obstante, la aportación monetaria de España solo va dirigido a obtener un rendimiento monetario por la venta de la participación de la empresa a operadores privados (una vez rescatada la empresa, se vendió a operadores privados). Esto genera distorsiones en el mercado porque si el Reino de España no hubiese aportado 5869 millones de pesetas (la aportación total fue de 17 mil millones pesetas desde la fundación de la empresa), los compradores no hubieran pagado 2000 millones de pesetas por el capital de dicha empresa (El precio hubiese sido inferior). Si la Comisión se hubiera basado solamente en este criterio, esta Decisión tendría que haber sido anulada por el Tribunal de Justicia ya que iría contra lo establecido en la disposición 107.3 TFUE. No se puede aplicar el criterio de mercado a situaciones económicas y sociales de excesiva gravedad para una región.

El problema radica en que tampoco se podía considerar la ayuda como ayuda regional (más adelante trataremos este tema), en primer lugar porque estas ayudas no se notificaron a la Comisión, tal como recoge el artículo 108.3 TFUE (Al tratarse de una región que se incluye en los mapas de ayudas regionales presentados por el Estado a la Comisión).



pueda aplicar en este caso, es preciso aclarar que el artículo 108.2 TFUE permite al Consejo declarar algunas ayudas compatibles con el mercado interior, cuando existen circunstancias excepcionales, que desarrollaremos más adelante.

2. Ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos públicos

El segundo elemento del concepto de ayuda pública viene recogido en el artículo 107.1 “*las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales*”. Según este requisito, existirá ayuda pública cuando su financiación⁸⁹ proceda directa o indirectamente de fondos estatales y sean otorgadas por el Estado.

En segundo lugar es que a pesar de que Málaga en 1992 era una región protegida según el artículo 107.3 TFUE a) (art.92 CEE) y por lo tanto la ayuda podía ser destinada para el desarrollo regional (se trataba de una región con graves problemas de subempleo o con un nivel de vida anormalmente bajo), la ayuda estatal no cumplió con uno de los principales objetivos que es restablecer la viabilidad de la empresa.

En tercer lugar, tampoco eran ayudas que se destinaron a salvaguardar un interés común europeo o a poner remedio a una grave perturbación de la economía de un Estado miembro (art.107.3 b)).

Estas tres consideraciones de la Comisión establecieron la no compatibilidad de las ayudas con lo dispuesto en los artículos 92 y 93 del Tratado de CEE.

El Estado español alegó por su parte, la obligación que impuso a Intelhorce a utilizar el 80% de sus aportaciones en inversiones, permitiendo el desarrollo de la región de Málaga desde el plano económico. También alegó que las ayudas eran necesarias para reestructurar la empresa (cosa que no hicieron porque no mejoraron la viabilidad de la misma) y así poder salvaguardar puestos de trabajo.

Las conclusiones según el TJUE es que el Estado Español utilizó las ayudas para rescatar esta empresa y luego privatizarla (alegando el excesivo volumen de pérdidas que presentaba la empresa). Por lo tanto obligó a Intelhorce a devolver las ayudas recibidas al patrimonio nacional, basándose en la Sentencia 70/72, de 12 de Julio de 1973 (kohlegesetz), que permite a los Estados Miembros recuperar las ayudas otorgadas de forma ilegal a los beneficiarios.

Véanse los Reglamentos (UE) nº 734/2013, (Publicado en DO L 204/15, de 22 Julio de 2013), (CE) nº 659/1999 del Consejo (Publicado en DO L 83/1 de 27 de Marzo de 1999) y (CE) 794/2004 del 21 de Abril de 2004 (Publicado en DO L 140 de 30 de abril de 2004) y (UE) nº 2015/1589, del Consejo, que deroga todos los Reglamentos anteriormente citados.

(Cfrs. 89/348/CEE: Decisión de la Comisión de 23 de noviembre de 1988 relativa a la concesión de ayudas por el Gobierno francés a una empresa fabricante de material para el sector del automóvil. Publicado en DO L 143, de 26 de Mayo de 1989).

El asunto de Intelhorce se resuelve con la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga en la que se imputa delitos de estafa, falsedad y malversaciones de fondos públicos a los compradores de la empresa en 1989 (Condena al empresario italiano Orefici). Vid. Sentencia 60/2008, de 26 de Mayo de 2008, recurso de amparo 4309-2004.

En 1997, Intelhorce pasa a denominarse Hitema SA (Hilados y Tejidos Malagueños SA), participada en un 51% por antiguos trabajadores.

⁸⁹ Cfrs. Apartado 19 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de Marzo de 1993, en los asuntos C-72/91 y 73/91, de Sloman Neptun (Empresa naviera de Bremen). En este apartado se establece la consideración de que las ayudas solo pueden ser obtenidas directa o indirectamente de recursos del Estado, basándose en la Sentencia de 24 de Enero de 1978, de Van Tiggele.



En cuanto al método de financiación, destacar que los fondos no necesariamente tienen que ser imputables al presupuesto público, basta con que estén bajo control público y a disposición de las autoridades competentes para que se les califique como fondos estatales. Por lo tanto, también se considerarán fondos estatales los ingresos que proceden de las tasas parafiscales⁹⁰.

Es preciso señalar que no se considerarán fondos estatales los ingresos obtenidos de la recaudación del peaje para transitar por las autopistas, reconocido en el apartado 105⁹¹ de la Sentencia del Tribunal, de 15 de Enero de 2013, en el asunto T-182/10.

Tampoco los fondos europeos serán atribuibles al concepto de fondo estatal⁹², aun así tiene que existir coherencia entre las acciones de la UE y los Estados Miembros.

Por otra parte, las ayudas no necesariamente debe concederlas el Estado aunque si deben ser imputables a él. Pueden otorgar ayudas, las instituciones y órganos centrales, así como las Comunidades Autónomas o entidades locales. También aquellos organismos públicos e incluso de organismos intermediarios

⁹⁰ “Son ingresos obtenidos por el Estado que no están previstos en la ley de presupuestos generales, ni se aplican por tanto a gastos presupuestarios, ni se regulan por disposición general con carácter de ley”.

Op.cit.<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/exacciones-parafiscales/exacciones-parafiscales.htm>.

Para quienes están sometidos a ellos, tienen el mismo carácter obligatorio que el impuesto, pero se diferencian de éste en que tienen un destino preciso y determinado de antemano (Vid. Sentencia nº C-545/94).

Véase apartados 27-32 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de Diciembre de 1992, en el asunto C-17/91.

⁹¹ Cita. El apartado 105 dice “Las cantidades correspondientes al producto del incremento del peaje se transfieren, por lo tanto, directa y exclusivamente entre sociedades privadas, sin que ningún organismo público adquiera sobre ellas la posesión o el control, ni siquiera con carácter temporal. Por consiguiente, no se trata de fondos estatales”. Siempre y cuando se entienda que los fondos estatales son todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que estos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado.

⁹² A pesar de las conclusiones de los abogados generales VerLoren van Themaat, presentadas en los asuntos acumulados Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will y otros (sentencia de 13 de octubre 1982, 213/81 a 215/81, Rec. p. 3583), no se puede considerar ayudas estatales a las ventajas financiadas con recursos comunitarios. El Tribunal de Justicia ha reiterado esta propuesta a partir de la Sentencia de Sloman antes citada.



privados designados por el Estado⁹³, como por ejemplo, el FROB, Banco de España.....

En el caso, de ventajas otorgadas por entidades que están bajo el control de las autoridades estatales, como las empresas públicas, es muy complicado⁹⁴

⁹³ Cfrs. Apartado 21 de la declaración del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 22 de Marzo de 1977, en el asunto 78/76. Se reconoce que el artículo 92 (actual artículo 107 TFUE), se aplicará a todas ayudas otorgadas por organismos tanto públicos como privados que sean creados o designados por el Estado para gestionar la ayuda.

⁹⁴ *Ibid.* apartados 51-57 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, asunto C-482/99. Se reconoce la no imputabilidad al Estado de medidas adoptadas por una empresa pública por el mero hecho de estar sometidas únicamente al control estatal (Fundamento 17). Es decir, aunque el Estado pueda controlar una entidad pública y ejercer influencia sobre sus operaciones, no se puede dar por supuesto el ejercicio de dicho control en un caso concreto (conceder una ayuda pública).

Es necesario demostrar si las autoridades públicas tuvieron algo que ver en la adopción de dicha ayuda (Resultará muy difícil para un tercero demostrar el grado de implicación de las autoridades públicas, <<Fundamento 54>>).

No obstante, para demostrar la implicación estatal en una empresa pública, tanto en este asunto como en otros muchos, la Comisión se basa en indicios como los que se enumeran a continuación; Integración de la empresa en la estructura de la administración pública, la naturaleza de sus actividades, el estatuto jurídico de la empresa (Regida por el Derecho público o por Derecho de Sociedades Común), la intensidad de la tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa, etc....

En esta sentencia la Comisión apreció erróneamente que las entidades Altus, Credit Lyonnais y SBT (Posteriormente privatizadas) se encontraban bajo el control del Estado por el mero hecho de ser empresas públicas y consideró, por tanto sus aportaciones de capital a Stardust no constituían un comportamiento prudente a efectos del criterio de inversor privado (Véase pie de página 85 del presente Trabajo).

Tal y como decimos en el pie de página 85, el Tribunal desestimó la decisión de la Comisión.

Sin embargo, sí que existen diferentes casos, donde la Comisión en virtud de la intensidad de la tutela que ejercen las autoridades sobre la gestión de las empresas públicas, determina el grado de implicación correspondiente.

Un claro ejemplo de ello, lo encontramos en el caso de las ayudas recibidas por la empresa Alfa Romeo. La Comisión tiene en cuenta que la empresa automovilística recibe un beneficio público través del IRI (Instituto para la reconstrucción industrial) y Finmeccanica (empresa automovilista que por aquel entonces estaba controlada por el Estado).

La Comisión juzga en función del alto control del Estado sobre las entidades que proporcionan la aportación de capital, y por consiguiente, esta situación la lleva a deducir indicios sobre la existencia de una ayuda estatal.

Incluso llega a afirmar que aunque la dotación económica otorgada a IRI y Finmeccanica no fuera destinada a ser una aportación de capital, “no cabe duda de que las aportaciones controvertidas se efectuaron a través de fondos públicos destinados a intervenciones económicas”. (Fundamento 14 de la citada Sentencia).

El dictamen final de la sentencia es que el Tribunal considera que existe una ayuda pública (615 mil millones de LIT, sin contar intereses) otorgada a la empresa automovilística y se condena en costas a la República italiana. *Vid.* Apartado 13-15 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de Marzo de 1991, en el asunto C-305/89, que tiene por objeto que se anule la Decisión 89/661/CEE de la Comisión, de 31 de mayo de 1989, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo, empresa del sector del automóvil (Publicado en DO L 394).

A tal fin, la Comisión obliga a los Estados a informar entre las relaciones existentes entre los poderes públicos y las empresas públicas a través de la Directiva nº 2006/111/CE, de 16 de



establecer si quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE.

Por último, cabe señalar la existencia de ayudas decididas por el Estado, cuyo origen no proviene de fondos estatales. En el presente trabajo no se va a abordar⁹⁵ este supuesto.

3. Favorecer a determinadas empresas o producciones

En el inciso del art.107.1 TFUE “favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, podemos observar el carácter selectivo (Diputación Foral de Vizcaya, 2009⁹⁶) de la disposición. (Para poder interpretar este inciso hay que tener claro el concepto de empresa⁹⁷).

En este sentido, la jurisprudencia admite que una medida nacional se considera ayuda pública cuando esta última, beneficie a un determinado grupo de empresas en perjuicio de otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídicamente comparable (Fundamento 33, del asunto T-399/11, Banco Santander/Comisión y fundamento 56, del asunto C-88/03, Portugal/Comisión)

Si la medida se aplica a todos los operadores económicos, estamos ante una medida de carácter general donde el Estado no tiene ningún poder facultativo sobre ella y por lo tanto no estará comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE y no se considerará ayuda estatal⁹⁸.

Dentro del concepto de selectividad, el Tribunal de Justicia a partir del asunto C-409/00, apartado 48, amplió la extensión del mismo reconociendo que “*el hecho*

Noviembre de 2006 (Publicado DO L 318). *Cita*. Págs. 488 del “...Tratado de Derecho de la Competencia y Publicidad...” Juan Arpio Santacruz.

⁹⁵ Véase pág.6 de “Revista de Derecho de la Competencia...” Jesús Quijano.

⁹⁶ *Cita*. Pág. 3 del informe de la Diputación foral de Vizcaya “Concepto de ayuda estatal en la UE y normativa reguladora”.

⁹⁷ *Loc. cit. supra* Pie de página 82 del presente Trabajo “Concepto de empresa”.

⁹⁸ *Ibidem* pie de página 74 del presente Trabajo. Si la medida no se dirige a una categoría particular de empresas y producciones no se considera ayuda pública.



de que el número de empresas que pueden aspirar a obtener una medida estatal sea muy significativo o que dichas empresas pertenezcan a distintos sectores de actividad no puede ser suficiente para desvirtuar su carácter selectivo y, por consiguiente, para excluir la calificación de ayuda de Estado". Si bien es cierto, ya en el apartado 11 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de Noviembre de 1984 (asunto 323/82, SA Intermills), se confirmaba la expansión del concepto (no de forma tan clara como en el asunto 409/00) considerando que tres sociedades beneficiarias de fondos estatales, con su propia individualidad jurídica pueden formar un grupo único de empresas y la medida seguir siendo selectiva.

Para comprender mejor el carácter selectivo de la ayuda destaco, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal General, de 7 de Noviembre de 2014, en el asunto T-399/11⁹⁹.

⁹⁹ Sentencia que tiene por objeto un recurso de anulación de los artículos 1, apartado 1, y 4 de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011 (Publicado en DO L 135/1 de 21 de Mayo de 2011), relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07.

Artículo 1 y 4 de la Decisión establecen lo siguiente, a saber; el primero dispone que España no notifique a la Comisión la existencia de ayudas incompatibles (incumple el art. 108.3 TFUE) y el segundo, exige al Reino de España recuperar las ayudas otorgadas.

En el citado fallo, la Comisión expone su motivo para considerar que la medida tiene carácter selectivo, puesto que benefició a un determinado grupo de empresas que realizaban sus inversiones en el extranjero.

La otra parte (Banco Santander) expone que es el artículo 12.5 del Real Decreto nº 4/2004 de 5 de Marzo de 2005, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del impuesto sobre sociedades, el que le permite, en caso de adquirir una participación de una sociedad extranjera (que no tribute en España) deducirse de la base imponible del impuesto sobre sociedades, en forma de amortización, el Fondo de Comercio (que es la parte del importe de la diferencia entre "...el precio de adquisición de la participación y el patrimonio neto de la entidad participada a la fecha de adquisición...").

El tribunal motu proprio consideró que lo dispuesto en el artículo 12.5 no tiene carácter selectivo, además de no proporcionar una ventaja a la sociedad.

No obstante, en el caso de ventajas fiscales, considerar su carácter selectivo en un marco jurídico concreto (empresas que se encuentren en una situación jurídica comparable), es bastante laborioso, puesto que, la propia existencia de ventaja solo puede apreciarse en relación con una imposición considerada "normal". (El tipo impositivo normal es el vigente en la zona geográfica que constituye el marco de referencia, *ibíd.* Fundamento 56, asunto C-88/03, Portugal/Comisión) Además, en este caso concreto, no existe tal ventaja en el determinado marco de referencia, debido a que el marco está integrado por todas las empresas nacionales, es decir, toda empresa del territorio nacional puede deducirse su Fondo de Comercio y por lo tanto beneficiarse de esta medida.

En este sentido, no existe selectividad en la medida y se trata de un error in procedendo o de forma de la Comisión (Se la condena a costas).



Además, también pueden existir algunos tipos de medidas selectivas que no se consideran ayudas estatales (medidas específicas dirigidas a ciertos trabajadores en situaciones especiales, etc....) y por lo tanto, su regulación no depende del artículo 107 TFUE. Así como, aquellas medidas generales realizadas por el Estado (medidas de política fiscal o económica que producen distorsiones en la competencia al atribuir una ventaja económica a un conjunto de empresas <<Fundamento 32, de los asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05, Air Liquide Industries Belgium SA>>), que no se regularán por el régimen de ayudas sino por los artículos 116 y 117 TFUE.

4. Distorsión sobre la competencia y sobre los intercambios comerciales entre estados miembros

Llama la atención que en algunas sentencias recogidas en el apartado anterior y bajo la línea propuesta por José Luis Da Cruz Vilaca¹⁰⁰, se conceda por parte de la Comisión una gran importancia al concepto de “selectividad”. Es más, se considera el criterio de selectividad como un principio de causa-efecto, es decir, si la ayuda es selectiva entonces se producen efectos sobre la competencia y los intercambios.

La minusvaloración a estas dos condiciones proviene sobre todo por parte de la Comisión, que se conforma con nombrar o enunciar los efectos sobre la competencia y los intercambios que tiene la medida. Así quedó reflejado en la Decisión 2002/142/CE¹⁰¹, de 18 de julio de 2001, relativa a la ayuda estatal ejecutada por los Países Bajos en favor de Valmont Nederland BV.

Este hecho ha ocasionado que el Tribunal en numerosos casos se muestre contrario a la actuación de la Comisión y tenga en consideración el efecto de las

¹⁰⁰ José Luis Da Cruz Vilaca “Regímenes fiscales y ayudas estatales: los límites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia”, pág.232. (2010).

¹⁰¹ Queda reflejado en el apartado 19 de la Decisión que dice sobre la ayuda que “... Puede esperarse que afecte al comercio entre Estados miembros ya que Valmont y su industria matriz Valmont Industries Inc. actúan en sectores en los que los productos se comercializan internacionalmente...”.



ventajas sobre los intercambios. Así parece indicarlo el fundamento 20, de los asuntos acumulados 6/69 y 11/69, Francia/Comisión, *“que un tipo de redescuento preferencial para la exportación, concedido por un Estado en favor únicamente de sus productos nacionales exportados con el fin de ayudarles a competir en los restantes Estados miembros con los productos originarios de éstos, constituye una ayuda en el sentido del artículo 92, por cuya observancia debe velar la Comisión”*.

Todo ello se produce a pesar de que el artículo 107.1 TFUE, otorga gran importancia a estos dos requisitos, ya que considera que las ayudas estatales son incompatibles con el mercado interior en *“...la medida que en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados Miembros...”* y *“...que falseen o amenacen falsear la competencia...”*.

A continuación se desarrolla brevemente y por separado ambos requisitos.

Centrándonos primero en los intercambios comerciales destacar que es necesario que exista alcance interestatal, es decir que las ayudas afecten al comercio entre Estados Miembros. Por lo tanto, los intercambios intraestatales quedan bajo el sometimiento de la ley de Competencia Española (LDC)¹⁰².

Para considerar que se produce una alteración en los intercambios comerciales, basta con que la ayuda influya en el desarrollo normal de los mismos (desarrollándose los intercambios de manera distinta a como lo harían de no concederse la ayuda) y otorgue una mejora de posición a una empresa frente al resto de competidores. Así se recoge en la Sentencia del Tribunal de 17 de Septiembre de 1980, asunto 730/79, Philip Morris¹⁰³, apartado 11.

¹⁰² Pág. 213 “Política de ayudas otorgadas por el Estado” abril 2002. Jesús Quijano.

¹⁰³ El apartado 11 de la susodicha Sentencia recoge lo siguiente, *“cuando una ayuda financiera concedida por un Estado refuerza la posición de una empresa en relación con otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios, debe considerarse que la ayuda afecta a la competencia”*.

También considera que no solo se tiene que evaluar el efecto actual de la ayuda sino también el efecto potencial, tal y como recoge el apartado 13 *“...opina que la ayuda distorsiona o está a punto de distorsionar la competencia y afecta al comercio entre Estados miembros...”* de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de Julio de 1995, en los asuntos acumulados T-447/93, 448/93 y 449/93.



Al estar estas condiciones muy relacionadas, prácticamente el apartado 11 del asunto de Philip Morris, nos sirve también para definir la condición de distorsión de la competencia. Pero existe una definición idónea del requisito de distorsión que viene recogida en el apartado 46 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de Abril de 1998, en el asunto T-214/95¹⁰⁴.

2.4.- Ayudas de Minimis (menor importancia)

Existen ayudas de menor importancia que quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 107.1 TFUE. Siguiendo las pautas marcadas por los autores; Estoa Pérez, Arpio Santacruz y Jesús Quijano, esta exclusión tiene su origen en que estas ayudas no pueden considerarse como tal, debido a que no cumplen con dos de las cinco condiciones del apartado anterior (no distorsionan la competencia y no afectan al intercambio comercial entre los Estados Miembros).

Fue en 1992, cuando se comenzó a reconocer la cláusula “minimis¹⁰⁵” a través de las Directrices de la Comisión¹⁰⁶ sobre ayudas a pequeñas y medianas empresas (PYME). En su artículo 3.2 se establecía “...no todas las ayudas tienen repercusiones apreciables sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros. Esto ocurre particularmente en el caso de la ayuda proporcionada en cantidades muy pequeñas, principalmente a las PYME...”. Además se impuso

¹⁰⁴ Dice el apartado 46, de la Sentencia de Vlaams Gewest “Desde el momento en que una entidad pública favorece a una empresa que opera en un sector caracterizado por una fuerte competencia otorgándole una ventaja, existe una distorsión de la competencia o un riesgo de que se produzca. Si la ventaja es pequeña, la competencia resulta falseada en escasa medida, pero resulta falseada de todos modos. Ahora bien, la prohibición que establece el apartado 1 del artículo 92 del Tratado se aplica a toda ayuda que falsee o amenace falsear la competencia, sea cual fuere su importe, en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros”. *Ibíd.* Pág. 233 de “Regímenes fiscales y ayudas estatales: los límites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia”. José Luís Da Cruz Vilaca.

En este sentido cabe preguntarse ¿existe o no distorsión de competencia cuando en el mercado no existe un producto similar o sustitutivo del bien producido por el beneficiario de la ayuda? No, pero esta situación raramente se produce.

¹⁰⁵ La expresión de esta palabra proviene del latín. “*Minimis non curat praetor*” El pretor no se ocupa de lo insignificante o “*Minimis non curat lex*”, la ley no se ocupa de asuntos sin importancia.

¹⁰⁶ *Ibídem* DO C 213, de 19 de Agosto de 1992.



que esta ayuda no podía sobrepasar el límite de 50 mil ecus (unidad de cuenta utilizada en la CE antes de la llegada del euro). Las directrices de la Comisión fueron modificadas en 1996 por la Comunicación (DO C 68 de 6 de Marzo de 1996, véase *infra* pie de página 107), que ampliaba el margen de la ayuda hasta los 100 mil ecus¹⁰⁷ durante un periodo de 3 años.

Con el fin de regular la cláusula surge el Reglamento nº 994/98 del Consejo, de 7 de Mayo de 1998¹⁰⁸. Este reglamento permitió considerar algunas ayudas compatibles con el mercado común y por lo tanto, permitir que ciertas ventajas estén exentas de notificación a la Comisión. Posteriormente la Comisión estableció una nueva legislación con el Reglamento (CE) nº 69/2001¹⁰⁹ de la Comisión, de 12 de Enero de 2001, anulando las directrices y la Comunicación, mencionadas en el párrafo anterior. En este reglamento impuso el límite de la ayuda en 100 mil euros durante un periodo de tres años.

En la actualidad, el Reglamento general que se aplica a las ayudas de minimis, es el Reglamento (UE) nº 1407/2013 de la Comisión, de 18 de Diciembre de

¹⁰⁷ No solo para ayudas en forma de subvención, sino también para ayudas en forma de garantías crediticias, préstamos y desgravaciones fiscales. Eso sí, dichas ventajas siempre deben convertirse en equivalentes de subvención a efecto de aplicación de límite máximo previsto por la norma minimis. Véase Reglamento de la Comisión relativa a ayudas de minimis (Publicado en DO C 68/9 de 6 de Marzo de 1996).

¹⁰⁸ *Cfrs.* Reglamento (CE) nº 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 (antes artículo 92) y 88 (antes artículo 93) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales. (Publicado en DO L 142 de 14 de Mayo de 1998).

Además en su artículo 2.1, se reconoce que la Comisión podrá emitir reglamentación respecto a ayudas que en un periodo dado no superen un determinado importe fijo o minimis, siempre y cuando, la Comisión consulte al Comité Consultivo (*Vid.* Artículo 8 de dicho Reglamento), formado por representantes de los Estados Miembros y presidido por el representante de la Comisión (*Véase* art. 7 del precepto).

¹⁰⁹ Publicado en DO L 10/3, de 13 de Enero de 2001.

Fue sustituido por el Reglamento (CE) nº 1998/2006 de la Comisión, de 15 de Diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis. (DO L 379/5 de 28 de Diciembre de 2006). Elevó el umbral a 200 mil euros en un periodo de tres ejercicios fiscales, salvo en el sector transporte.

Op. Cit. Págs. 626-636 Revista de Derecho Comunitario Europeo “La Regulación de las ayudas minimis en el derecho comunitario”. Abel Estoa Pérez.



2013¹¹⁰, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis.

En su artículo 3.1, se establece que las ayudas de menor importancia concedidas a una única empresa, no deben sobrepasar los 200 mil euros durante cualquier periodo de tres ejercicios fiscales. Siempre y cuando esta empresa no se dedique a realizar por cuenta ajena operaciones de transporte de mercancías por carretera, ya que el límite máximo de la ayuda será de 100 mil euros (Es decir, se prohíbe la utilización de estas ayudas para la compra de vehículos de transporte de mercancías por carretera).

Además la ayuda se debe expresar como subvención en efectivo o como equivalente de subvención en el caso de ayudas con diferente forma al de una subvención, pero que cumplan el requisito de transparencia (Cumplimiento del requisito: cálculo del equivalente bruto¹¹¹ sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo).

Están exentas de la aplicación de este Reglamento, aquellas ayudas dirigidas a empresas que operan en la producción primaria de bienes agrícolas, en la transformación y comercialización de productos agrícolas¹¹², en el sector de la pesca y la acuicultura (Reglamento nº 104/2000¹¹³), junto con ayudas destinadas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados Miembros¹¹⁴.

¹¹⁰ Publicado en DO L 352/1 de 24 de Diciembre de 2013. Periodo de vigencia 2014-2020.

¹¹¹ *Vid.* Artículo 4 del Reglamento nº 1407/2013 de la Comisión.

¹¹² Las ayudas a empresas que actúan en el sector de transformación y comercialización de productos agrícolas están exentas siempre que se cumplan dos condiciones (artículo 1 c) párrafo 1 y 2); cuando el importe de la ayuda se determine en función del precio o de la cantidad de productos de este tipo adquiridos a productores primarios o comercializados por las empresas interesadas; cuando la ayuda esté supeditada a que una parte o la totalidad de la misma se repercuta a los productores primarios.

¹¹³ Reglamento nº 104/2000 del Consejo, de 17 de Diciembre de 1999, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la pesca y la acuicultura. (Publicado en DO L 17/22, de 21 de Enero de 2000). Derogado por el Reglamento nº 1379/2013, *Ibíd.* Pie de página 39 del presente trabajo.

¹¹⁴ *Vid.* Artículo 1 del Reglamento (UE) nº 1407/2013. Un apunte respecto a este artículo:



Asimismo el Reglamento general de minimis será complementario del Reglamento (CE) nº 306/2012 de la Comisión, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general (*Loc.cit.* pág. 30, pies de página 67 y 68).

Tal y como se señaló anteriormente, el régimen de minimis tanto en el sector agrícola como en el pesquero, quedan eximidos de la aplicación del Reglamento general de minimis. Por lo tanto, es necesario desarrollar los Reglamentos (UE) nº 1408/2013 de la Comisión y nº 717/2014 de la Comisión, del sector agrícola y pesquero respectivamente.

2.4.1.- Ayudas minimis en el sector agrícola

El sector agrícola no forma parte del ámbito de aplicación de los Reglamentos generales que regulan las ayudas minimis, porque la Comisión siempre tuvo en cuenta las normas especiales aplicables a este sector y el riesgo asociado de que las ayudas de menor importancia pudieran encontrarse bajo el ámbito de lo dispuesto en el artículo 107.1 TFUE,

En 2004, se reconocía por primera vez la existencia de algunas ayudas de menor importancia dirigidas al sector agrícola que quedaban excluidas del régimen de ayudas públicas. Así pues, este reconocimiento quedaba recogido en el Reglamento (CE) nº 1860/2004¹¹⁵ de la Comisión, de 6 de Octubre de 2004, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis en los sectores agrarios y pesqueros. Este reglamento no tenía en consideración una regulación diferente de las ayudas, independientemente de si afectaban al ámbito de la producción como al de la transformación y comercialización.

También se consideran exentas de aplicación las ayudas que condicionan la utilización de productos nacionales en lugar de extranjeros.

¹¹⁵ Publicado en DO L 325/4 de 28 de Octubre de 2004. En el artículo 3 del presente Reglamento establecía que la ayuda total de minimis no podía exceder de 3000 euros en un periodo de tres años. Este límite se aplicaba independientemente de la forma de la ayuda.



Esta situación da un vuelvo en 2006 cuando se aprueba el Reglamento (CE) nº 1998/2006 de la Comisión. Las actividades de transformación y comercialización se excluyen del ámbito del Reglamento 1860/2004 para formar parte del Reglamento 1998/2006. Ante tal disposición, era necesario derogar el Reglamento de 2004 y constituir uno nuevo¹¹⁶, aplicable únicamente al sector de la producción de productos agrícolas.

Actualmente, se mantiene la separación en la regulación de estos dos sectores de la agricultura. Mientras que las ayudas a las actividades de transformación y comercialización¹¹⁷ se disponen en el reglamento general de 2013, las ayudas al sector de la producción se recogen en el Reglamento (UE) nº 1408/2013¹¹⁸ de la Comisión.

Según el artículo 3 del Reglamento 1408/2013, el importe¹¹⁹ de las ayudas concedidas por el Estado a una única empresa no podrá exceder de 15 mil euros durante tres ejercicios fiscales. El límite máximo de las ayudas se aplicará cualquiera que sea la forma de la ayuda o el objetivo perseguido¹²⁰.

¹¹⁶ Reglamento (CE) nº 1535/2007 de la Comisión, de 20 de Diciembre de 2007 ,relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis en el sector de la producción de productos agrícolas. Publicado en DO L 337/35, de 21 de Diciembre de 2007. El susodicho Reglamento incremento el importe de las ayudas hasta los 7,5 miles de euros en un periodo de tres ejercicios fiscales.

¹¹⁷ Solamente están exentas de aplicación por el Reglamento 1407/2013, las ayudas dirigidas a empresas de transformación y comercialización, en los casos nombrados en el pie de página 112 del presente Trabajo.

¹¹⁸ *Loc.cit.* pie de página 48.

¹¹⁹ Mientras que el importe acumulado de las ayudas concedidas a empresas cuya actividad consiste en la producción primaria de productos agrícolas no excederá del tope anual limitado en un 1% de la producción anual. Véase art.3, apartado 3, de dicho Reglamento.

¹²⁰ *Ibidem* artículo 3 apartado 5. También establece que la limitación se aplica independientemente de si la ayuda concedida por el Estado está total o parcialmente financiada con recursos de la UE.



Al igual que el Reglamento general de 2013, la ayuda se debe expresar en subvención. En caso de que la ayuda se conceda de otra forma al de una subvención, el importe de la ayuda será su equivalente de subvención bruta¹²¹.

La exención de las ayudas del ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/2013, serán las siguientes; las ayudas cuyo importe se fije sobre la base del precio o la cantidad de los productos comercializados; las ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados miembros¹²²; las ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados.

Por último, señalar una situación en la que la empresa opera tanto en el sector de la producción primaria como en otros sectores que se integran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento general. En este caso, las ayudas concedidas a la empresa estarán reguladas por el susodicho reglamento, salvo que el Estado Miembro garantice, a través de una separación de actividades, que la producción primaria no se beneficia de las ayudas de minimis concedidas con arreglo al Reglamento citado¹²³.

2.4.2.- Ayudas minimis en el sector de la pesca

Al igual que el sector agrario, las ayudas minimis concedidas al sector de la pesca comienzan a regularse a partir del Reglamento de 2004. Posteriormente en 2007, las ayudas a este sector se legislan en un reglamento específico¹²⁴.

¹²¹ El límite máximo de la ayuda es expresado de forma bruta, es decir, antes de la deducción de impuestos y otras cargas. Al igual que ocurre con los demás reglamentos de ayudas de minimis. Aunque para ello, tal y como hemos establecido en la página anterior, la ayuda deberá ser transparente (*Vid.* Art.4 del Reglamento 1408/2013).

¹²² En concreto las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, al establecimiento y la explotación de una red de distribución o a otros gastos corrientes relacionados con la actividad exportadora.

¹²³ *Cita.* Artículo 1, apartado 2.

¹²⁴ Reglamento (CE) nº 875/2007 de la Comisión, de 24 de Julio de 2007, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y que modifica el Reglamento (CE) nº 1860/2004. Publicado en DO L 193/6 de 25 de Julio de 2007. El reconocimiento de que las ayudas de minimis tiene un efecto menor sobre la competencia, de lo que se creía en 2004 (salvo que el importe de la ayuda sea excesivo), permitió ampliar el



En la actualidad, el Reglamento que dispone de la regulación de las ayudas minimis destinadas al sector pesquero es el Reglamento (UE) nº 717/2014 de la Comisión¹²⁵. El importe de la ayuda se sigue manteniendo en 30 mil euros como tope máximo nacional (sin exceder el importe acumulativo¹²⁶ que represente el 2,5% del volumen de negocios anual en el ámbito pesquero) durante tres ejercicios fiscales.

Al igual que en el Reglamento general y el Reglamento de las ayudas de minimis del sector agrario, las ayudas otorgadas en distinta forma al de una subvención, tienen que tener como requisito la transparencia, para poder calcular su equivalente de subvención bruta¹²⁷.

En cuanto a las ayudas que se eximen de la aplicación de dicho Reglamento¹²⁸, serán las contempladas en el artículo 1.1 y son las siguientes; ayudas para la transferencia de propiedad de una empresa; ayudas para la pesca experimental; ayudas para la repoblación directa¹²⁹; ayudas para la compra, construcción o importación de buques pesqueros; ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados; ayudas para las operaciones que incrementen la capacidad de pesca de un buque o equipos que incrementen la capacidad de un buque para localizar peces; ayudas para la modernización o sustitución de motores principales o secundarios de los buques; las ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados

límite impuesto en el reglamento de 2004 (recordemos de 3000 euros) y en las Directrices para el examen de las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura, hasta los 30 mil euros en el Reglamento de 2007.

¹²⁵ *Loc. cit.* Pie de página 49.

¹²⁶ *Vid.* Anexo, apartado 2 del Reglamento 717/2014.

¹²⁷ Véase arts. 3,4 y 5 del Reglamento citado.

¹²⁸ En el caso de que una empresa opere tanto en el sector de producción agrícola primaria como en el de la pesca, la empresa podrá recibir ayudas minimis por el primer sector como por el segundo, siempre y cuando no se sobrepasen los límites establecidos y se garantice que la producción primaria agrícola no se beneficia de las ayudas destinadas al sector de la pesca.

¹²⁹ No estará exenta cuando esté explícitamente prevista como medida de conservación por un acto jurídico de la Unión o en caso de repoblación experimental.



miembros¹³⁰; las ayudas cuyo importe se fije sobre la base del precio o la cantidad de los productos adquiridos o comercializados y por último las ayudas para la paralización temporal o definitiva de las actividades pesqueras¹³¹.

2.5.-AYUDAS ESTATALES COMPATIBLES CON EL RÉGIMEN DE AYUDAS DEL 107 TFUE

Como ya hemos analizado, todas aquellas ventajas a empresas concedidas por la autoridad pública que generan distorsiones en la competencia y/o en el comercio entre los Estado miembros, se considerarán ayudas estatales y por lo tanto son incompatibles con el mercado común. Así mismo, se permiten ayudas estatales de bajo importe (minimis) porque no tienen efecto sobre la competencia y también aquellas ayudas dirigidas a sectores con disposiciones específicas (sector de la agricultura y pesca, transporte, empresas de SIEG y medidas de seguridad y defensa).

Bien, dicho esto, el artículo 107 en los párrafos segundo y tercero, se caracteriza por la permisividad en la concesión de medidas excepcionales, que cumplen todos los requisitos del concepto de ayuda pública, pero no son declaradas incompatibles con el mercado común siendo completamente lícitas.

Conviene precisar las condiciones de compatibilidad de uno y otro apartado. El apartado 2 del artículo 107 TFUE establece *que "...Serán compatibles con el mercado interior..."*, por lo tanto considera que todas las ayudas que cumplan lo establecido en el artículo 107.2 TFUE serán compatibles por ley, existiendo *"compatibilidad ope legis o de pleno derecho"*.

Mientras que el 107.3 TFUE establece que las ayudas *"...Podrán considerarse compatibles con el mercado interior..."*, si se cumplen las condiciones

¹³⁰ Son las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, al establecimiento y el funcionamiento de una red de distribución o a otros gastos corrientes relacionados con la actividad exportadora.

¹³¹ Excepto aquellas ayudas para la paralización temporal o definitiva, que estén dispuestas en el Reglamento (UE) nº 508/2014. *Vid.* Página 21, pie de página 45 del presente ensayo.



establecidas dentro de este apartado, dejando un amplio margen de apreciación a las Instituciones Europeas para valorar si existe compatibilidad o no¹³².

De todas maneras, una ayuda será compatible con el mercado siempre que promueva un interés común. Este inciso normativo ha permitido a la Comisión determinar distintos criterios de apreciación de los regímenes de ayudas (por ello separamos las exenciones de oficio o de iure con las eventuales o compatibilizables), eso sí, siempre y cuando la política de ayudas sea transparente¹³³, geográficamente equilibrada y no discriminatoria¹³⁴.

Una vez analizado, el régimen de ayudas (Serán compatibles siempre que vayan en línea con las políticas adoptadas a nivel comunitario) y las distintas compatibilidades, conviene empezar desarrollando el apartado 2 del artículo 107 TFUE.

2.5.1.-Compatibilidad “*ope legis*”

Serán compatibles con el mercado interior las ayudas que cumplan las tres categorías recogidas en el artículo 107.2 TFUE.

2.5.1.1.-La primera categoría será *“las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos”*¹³⁵. En principio esta

¹³² *Ibíd.* Página 38, pie de página 88 del presente trabajo. Caso Intelhorce “Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones con un nivel de vida bajo” y que al final se declararon incompatibles con el mercado.

¹³³ Permite evaluar a la Comisión el nivel de intensidad de la ayuda y comprobar sus efectos en el mercado. Véase pág.48 “Las ayudas de Estado y el Derecho Comunitario” Rosa Cárdenas Ortiz y que se basa en consideraciones definidas por De las Heras “Las ayudas Públicas en la Comunidad”.

¹³⁴ En cuanto a estos dos requisitos;

El principio de no discriminación garantiza que la Comisión tenga un trato igualitario y no arbitrario con todos los Estados Miembros sin excepción; mientras que el equilibrio geográfico se obtiene concediendo ayudas a determinadas regiones que sufren desventajas comparativas. Véase págs. 47-48 “Las ayudas de Estado y el Derecho Comunitario” Rosa Cárdenas Ortiz.

¹³⁵ En España, a título de ejemplo, destacar aquellas subvenciones directas, a fondo perdido, a los adquirentes finales de determinados bienes y servicios, financiadas con cargo a una o varias Administraciones Públicas y conocidas como Planes Renove. Las líneas de ayuda son muy variada; automóviles [a partir del Real Decreto 898/2009, de 22 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos, Plan 2000 E de apoyo a la



primera condición es siempre compatible con el mercado, incluso a simple vista se puede catalogar de innecesaria, según lo expuesto en nuestro concepto de ayuda pública, ya que no es una ventaja dirigida a determinadas empresas o producciones sino a consumidores¹³⁶.

Pero el Tratado incluye esta condición, por el riesgo de una utilización interesada de la ventaja con el objetivo de lograr, por parte de empresas, un favorecimiento selectivo. Puede ocurrir el caso en el que una empresa actuando de mala fe, se beneficie de manera indirecta de ayudas destinadas a personas físicas o jurídicas, que no son empresas, tales como los consumidores¹³⁷ (si los consumidores utilizan la ayuda para adquirir bienes producidos por una entidad concreta).

Por ello, se establece que las ayudas “...se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos...”¹³⁸, y precisen de un componente social, evitando así, que las ayudas vayan dirigidas a incrementar el producto nacional

renovación del parque de vehículos, (Véase asunto C-409/00, de 13 de Febrero de 2003)], motocicletas, electrodomésticos, ventanas, calderas,..... *Ibíd.* Págs. 94-96 del “Informe anual sobre ayudas públicas” de CNMC en 2009.

¹³⁶ Persona física que recibe bienes o servicios actuando con fines privados (no como profesionales o empresarios). Además Véase pág.216 “Política de ayudas otorgadas por el Estado” abril 2002. Jesús Quijano.

¹³⁷ *Vid.* Apartado 108 de la Sentencia del Tribunal de 4 de Marzo de 2009, Italia/Comisión, en el asunto T-424/05. Considera que los beneficiarios efectivos de la ventaja fiscal no son sociedades cotizadas de pequeña y mediana capitalización sino las personas partícipes de los fondos y las SICAV. Téngase en cuenta *Cfrs.* Fundamento 75 del asunto T-177/07.

¹³⁸ Hay que determinar si la prohibición se impone al origen geográfico o al tipo de producto afectado. En el supuesto de que se concediera una ayuda a personas mayores para pagar parte de su factura de calefacción eléctrica, ¿Existe discriminación a efectos del 107.2 a) si no se concede la ayuda cuando el tipo de calefacción sea con carbón o gas? Como se trata de una ayuda a productos de sustitución del producto de referencia (mercado de referencia, *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. [DO C 372 de 9.12.1997]), que son todos los combustibles para calefacción, no constituye una ayuda estatal. El concepto de discriminación del 107.2 a) solo existe cuando se refiere al origen o al suministrador del producto que se trata y no cuando se impulsan medidas que realizan una distinción entre dicho producto y los productos competidores.



bruto de la nación o que beneficien de manera específica o selectiva a una determinada empresa¹³⁹.

2.5.1.2.-La segunda categoría se refiere a *“las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional”*. La noción de desastres naturales aglutina a un conjunto de fenómenos de la naturaleza tales como; terremotos, avalanchas, huracanes, tormentas, etc....

En cambio se entenderá por *“...otros acontecimientos de carácter excepcional...”*, aquellos sucesos en los que se integran las guerras, huelgas,

¹³⁹ Ejemplo de la aplicabilidad del 107.2 a) TFUE.

Cfrs. Sentencia del Tribunal General, de 15 de Julio de 2010, en el asunto T- 177/07, que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 2007/374/CE de la Comisión, de 24 de enero de 2007, relativa a la ayuda estatal C 52/2005, ejecutada por la República Italiana para la adquisición de descodificadores digitales (Publicado en DO L 147/1, de 8 de Junio de 2007).

El suceso se origina en 2004 cuando se abona una subvención de 150 euros *“a todo usuario del servicio de radiodifusión, si está al corriente de pago de la cuota de abono correspondiente, que compre o alquile un aparato que permita la recepción, en abierto y sin cargo alguno para el usuario y para el proveedor de contenidos, de las señales televisivas digitales terrestres (T-DVB/C-DVB) y de la interactividad inherente a éstas. El importe máximo de la subvención concedida es de 110 millones de euros”* previsto por la ley de presupuestos italiana de 2004.

Sin embargo, la Comisión a través de su Decisión considera que la medida (concesión de la República Italiana de una subvención para la adquisición durante los años 2004-2005 de determinados descodificadores terrestres), constituye una ayuda estatal y por lo tanto es incompatible con el mercado común y se declara su ilegalidad (artículo 1 de dicha Decisión).

El tribunal en su apreciación, determina que la medida es muy ventajosa para los consumidores, ya que rebaja el precio de los descodificadores más sofisticados a nivel de precio de los descodificadores más básicos.

No obstante, y bajo el supuesto de que la medida pudiera ser ventajosa para las emisoras terrestres y los operadores por cable (Nunca una ayuda dirigida a consumidores es calificada como tal, porque estaría desnaturalizando la excepción 107.2), la no consideración de que esa medida beneficiase directamente a los operadores del mercado de la televisión digital (emisores por vía satélite), permitió que el Tribunal desestimase este recurso de la Comisión. *Ibid.* Fundamento 76-78 del presente fallo.

A tal fin, esta sentencia nos sirve para valorar el marco de regulación de ayudas destinadas a los consumidores (exentas de aplicación del régimen general de ayudas, por ser compatibles de iure).

Como apunte específico señalar que se condena a costas a Mediaset (empresa italiana) beneficiaria de la ayuda concedida por la República Italiana, por el efecto que tuvo esa subvención sobre el falseamiento de la competencia entre empresas del sector (se trata de subvenciones no neutrales desde el punto de vista tecnológico y que no se notificaron, por consiguiente se declararon ilegales <<Fundamento 176 de la Sentencia>>).

De haber tenido solo efectos sobre los consumidores, la decisión de la Comisión hubiese sido anulada.

Véanse apartados 51-53 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de Junio de 2002, en el asunto C-382/99, Países Bajos/Comisión y apartados 17-36 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de Septiembre de 2000, en el asunto C-156/98, Alemania/Comisión.



actos terroristas, sabotajes, así como los grandes accidentes nucleares e industriales (de gran magnitud) y los incendios que generen pérdidas generales¹⁴⁰.

Tanto el concepto de “desastre natural” como el de “acontecimiento excepcional”, deben ser interpretados de forma restrictiva, según lo considerado por la Comisión. Por consiguiente, la reacción ante un suceso de estas características, tiene que ser tanto precisa como urgente. Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal de Justicia en numerosos asuntos¹⁴¹.

Ello implica, que para aprobar la concesión de estas ayudas es necesario que las autoridades competentes de los Estados Miembros reconozcan el suceso (como un desastre natural o acontecimiento excepcional) y que exista una relación causal directa entre el suceso y el daño sufrido por la empresa (*ibíd.* apartado 331, pág. 53 de las Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020).

Es importante destacar que estas medidas comienzan a ser autorizadas por la Comisión, tras las inundaciones ocasionadas por el río Morsa situado en el sureste de los Países Bajos, en 1953¹⁴².

¹⁴⁰ En el caso de incendio, en un único centro de transformación que goza de la cobertura proporcionada por un seguro comercial ordinario, la Comisión no reconocerá el carácter excepcional de este acontecimiento.

¹⁴¹ Véase apartado 79 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de Febrero de 2006, en los asuntos acumulados C-346/03 y C-529/03. Dice lo siguiente “*El artículo 92, apartado 2, letra b), del Tratado dispone que las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional son compatibles con el mercado común. Al tratarse de una excepción al principio general de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado común, esta disposición debe ser objeto de una interpretación estricta...*”, y por lo tanto tiene que existir “*...una relación directa entre los daños causados por el acontecimiento de carácter excepcional y la ayuda de Estado y es necesaria una evaluación lo más precisa posible de los daños sufridos por los productores afectados...*”. También *Vid.* Apartado 37 de la Sentencia del Tribunal, de 11 Noviembre de 2004, asunto C-73/03, España/Comisión.

¹⁴² Esta circunstancia excepcional se vuelve a producir en 2002 con las inundaciones que asolaron a los países de Europa Central y que obligó a la Comisión a adoptar una Comunicación al Consejo y Parlamento Europeo para constituir un fondo de socorro. La finalidad de este fondo es la de proporcionar asistencia, a través de ayudas, a los habitantes de los países miembros y países candidatos, víctimas de catástrofes naturales en general y de inundaciones en particular.



No obstante, se permite eximir de la categoría de desastre natural o de otros acontecimientos generales, las enfermedades de origen animal o de plagas vegetales¹⁴³ (organismos nocivos, *ibídem* art.2 de la Directiva 2000/29/CE del Consejo). Así como, las condiciones climáticas adversas¹⁴⁴, que sufren tanto el sector agrícola como el pesquero, como heladas, tormentas o granizo, y que no se contabilizarán como desastres naturales por el mero hecho de estar cubiertos por seguros comerciales.

Para finalizar este apartado, podemos afirmar que los riesgos cubiertos mediante un contrato de seguro, no forman parte de la categoría desastres naturales¹⁴⁵ o acontecimientos excepcionales.

¹⁴³ La Comisión, en una ocasión, reconoció que la aparición generalizada de una enfermedad totalmente nueva constituía un acontecimiento de carácter excepcional. Si no se considera como acontecimiento de carácter excepcional, toda ayuda concedida será incompatible con el mercado salvo que el apartado c del 107.3 TFUE valore lo contrario.

En el caso de la ayuda para la prevención de daños a los bosques causados por plagas vegetales, el riesgo de que se produzca la plaga vegetal se deberá demostrar mediante datos científicos y será reconocido por una organización científica pública. Entonces y solo en este caso, la plaga vegetal será un acontecimiento de carácter excepcional.

Op. Cit. Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020.

¹⁴⁴ Para que un fenómeno climático adverso pueda considerarse como desastre natural, se tiene que dar condiciones meteorológicas desfavorables, tales como; heladas, tormentas y granizo, hielo, lluvias torrenciales o persistentes o sequía grave, que destruyan más del 30 % de la media de la producción calculada sobre la base de los tres años anteriores o de una media trienal basada en el periodo quinquenal anterior, excluidos los valores más alto y más bajo. *Ibíd.* Punto 35 (34) de las Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020 (2014/C 204/01).

Si estos problemas climáticos no revisten gravedad (que destruyan más del 30%), entonces las ayudas otorgadas en favor a esta excepción, no serán compatibles con el régimen de ayudas.

En la sentencia del tribunal, en los asuntos acumulados C-346/03 y C-529/03, el Tribunal desestima el recurso de casación de la República Italiana, de aplicación del artículo 107.2 b) TFUE, en la concesión de ayudas. La no justificación de categoría de desastre natural (de las ayudas otorgadas en beneficio de los productos agrícolas cultivados en invernadero, dirigidos a solventar la caída del precio de estos productos)) por parte del Estado Miembro, unido a la escasa gravedad climática, no fueron motivos suficientes para anular la validez de la Decisión nº 97/612/CE de la Comisión, de 16 de abril de 1997, relativo a las ayudas concedidas por la región de Cerdeña (Italia) en el sector agrario (Publicado en DO L 248).

¹⁴⁵ En el ámbito español, en el año 2007 y por mens legis (voluntad del legislador), se constituye el Real Decreto 477/2007, de 13 de abril (BOE núm. 90 de 14 de Abril de 2007), por el que se modifica el Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión. Surge por la necesidad por parte de la Administración General de Estado de dar una mejor respuesta a las situaciones de



2.5.1.3-El tercer supuesto lo conforman aquellas ayudas “concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división”.

Sorprende, que el régimen de ayudas del Tratado de Funcionamiento, recoja la compatibilidad de las ayudas concedidas para compensar las desventajas económicas de las regiones afectadas por la división de Alemania.

A este respecto, procede señalar, la expresión de “división de Alemania”, que se refiere a la línea divisoria (telón de acero) que se estableció en 1948 entre las dos zonas ocupadas (República democrática y República Federal Alemana). El aislamiento derivado de la división, generó desventajas económicas (Favorecidas por los distintos regímenes político-económicos) entre las empresas, tales como, el cierre de vías de comunicación o la pérdida de mercados como consecuencia de la interrupción de las relaciones comerciales entre ambas partes del territorio alemán¹⁴⁶(Fundamento 120 del asunto C-334/99).

Tras la caída del muro de Berlín, el 9 de Noviembre de 1989, esta división desaparece, pero el retraso económico de unas regiones con otras era tan evidente, que se necesitaba de una normativa jurídica que permitiese conceder ventajas a las regiones más asoladas. Por ello, en 1994 empezaron a surgir medidas compensatorias como “*la ayuda alemana para restablecer una línea*

emergencia o de naturaleza catastrófica, ya sean como consecuencia de inundaciones, temporales de lluvia y viento o incendios forestales y que afectan no solamente a inmuebles destinados a vivienda, sino también a actividades de carácter mercantil, industrial, comercial o de servicios que se desarrollan en ellos. Señalar que al tratarse de subvenciones el procedimiento de concesión se regirá por lo dispuesto en la ley 38/2003 (*loc.cit.* pie de página 76 del presente Trabajo), según el artículo 3.1 del Decreto citado.

¹⁴⁶ *Cfrs.* Apartado 120 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de enero de 2003, en el asunto C-334/99; apartado 52 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de Septiembre de 2000, en el asunto C-156/98.



ferroviaria en Baviera”, interrumpida como consecuencia de la división de Alemania.

El problema radica en que Alemania ha defendido hasta hace poco tiempo (De ahí que sorprenda que el TFUE recoja aún esta compatibilidad), que el retraso económico que sufren algunos de sus Landers procede de tal división, justificando la concesión de ayudas regionales a través de lo dispuesto en el apartado 2 c) del 92 del Tratado (art.107 TFUE), para el desarrollo de sus estados federales.

La Comisión Europea para conseguir erradicar esta problemática, consideró en el XXIV informe sobre la política de competencia, apartado 354, que a partir de 1996, toda ayuda recibida por los Estado federados de Alemania se regirían por lo dispuesto en el artículo 107.3 a)¹⁴⁷.

Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal en numerosas sentencias (*Vid. supra*. Apartados 121 y 53, respectivamente de las Sentencias, pie de página 146, así como en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, en el asunto C-277/00¹⁴⁸).

Por último y según lo avisado (el asombro que produce la aplicación actual de este supuesto de excepción), el nuevo texto de la versión consolidada del TFUE, nos da la razón y permite derogar esta excepción, tal y como se recoge en el propio artículo 107.2 c) “...*Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra...*”.

2.5.2.-Ayudas compatibilizables o que pueden llegar a ser compatibles

¹⁴⁷ No obstante, en 1994, la Comisión dejaba un margen para recurrir lo dispuesto en la letra c) del 107.2 TFUE, en el caso de tratarse de ayudas que tuvieran su origen en la división de Alemania.

¹⁴⁸ Dice su apartado 53; “*Por consiguiente, debe reconocerse que los distintos niveles de desarrollo entre los antiguos y los nuevos Estados federados se explican por causas distintas de la separación geográfica derivada de la división de Alemania y, en particular, por los regímenes político-económicos distintos establecidos en cada parte de Alemania*”.



Las ayudas estatales dispuestas o contempladas en el artículo 107.3 TFUE, exigen una serie de condiciones (cinco requisitos) para que sean compatibles con el mercado interior, es decir, estas ayudas tienen que estar sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos que neutralicen el efecto distorsionador que puedan generar en la libre competencia y en los intercambios comerciales en el seno de la Unión Europea¹⁴⁹.

Además como ya hemos establecido en el apartado ayudas compatibles (pág. 53-54), las Instituciones Europeas gozan de un amplio margen de apreciación para determinar las condiciones de aplicación de este párrafo 3 del artículo 92 del Tratado.

En principio, y a diferencia del párrafo 2 del 107 TFUE, en el párrafo 3 del mismo precepto, la Comisión dispone de un amplio poder discrecional, reconocido por la jurisprudencia del TJUE y cuyo ejercicio implica apreciaciones de orden económico y social que deben ser efectuadas en un contexto comunitario¹⁵⁰.

Por lo tanto, la Comisión será el organismo encargado del control de las ayudas públicas, eso sí, actuando bajo el control del juez comunitario¹⁵¹. Este control

¹⁴⁹ *Cita*. Pág. 294 de la tesis doctoral “Los beneficios fiscales en el ámbito del derecho tributario local” Manuel Alías Cantón.

¹⁵⁰ *Cfrs.* Apartado 24 del asunto 730/79, Philip Morris; apartado 35 del asunto C-278/95, Siemens; apartado 67 del asunto C-156/98, Alemania/Comisión. Este apartado 67 reconoce que “...según reiterada jurisprudencia, para la aplicación del artículo 92, apartado 3, del Tratado, la Comisión goza de una amplia facultad discrecional, cuyo ejercicio implica valoraciones de tipo económico y social que deben efectuarse en el contexto comunitario...”.

¹⁵¹ *Cfrs.* Apartado 23 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de Marzo de 2006, en el asunto C-237/04, Enirisorse SpA, dice “la apreciación de la compatibilidad de medidas de ayuda o de un régimen de ayudas con el mercado común es competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del juez comunitario” (Véanse también apartado 42 en el asunto C-39/94 de Syndicat français y otros c. La Poste y otros; apartado 14 del asunto C-354/90, de Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon).

Por consiguiente, ningún tribunal nacional según lo dispuesto en el artículo 267 TFUE puede “preguntar al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con el mercado común de una ayuda de Estado o de un régimen de ayudas”. Solamente los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán potestad para salvaguardar los derechos de los que corresponden a los justiciables, a raíz del efecto directo de la prohibición establecida en la última frase del apartado 3 del artículo 93 del Tratado (“...El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva...”) de la Comisión.



jurisdiccional, de los actos de la Comisión, se basa en comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de los hechos o la inexistencia de desviación de poder¹⁵².

No obstante, el Consejo también tendrá competencia para establecer las condiciones de aplicación del párrafo 3, otorgada a través del artículo 89 TCE (actual 109 TFUE), a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, y que le permite adoptar “...*los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 108 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento...*”. Además el artículo 107.3 letra e) permite al Consejo considerar compatibles con el mercado las ayudas que determine por decisión¹⁵³.

Sin embargo, a pesar de esta potestad que atesora el Consejo, su actividad normativa ha sido más bien escasa. Hasta la aprobación del Reglamento (CE) nº 994/98, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (*loc.cit.* pie de página 108), solo algunos sectores que cuentan con disposición específica habían sido objeto de regulación por parte del Consejo (*Vid. Supra.* Pie de página 57 del presente trabajo) y siguen siéndolo en la actualidad. (*Ibidem* pies de página 39, 41, 45, 51, 113 y más del presente trabajo).

¹⁵² *Vid.* Apartado 25 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de Octubre de 1980, en el asunto 138/79, SA Roquette Frères; apartado 68 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de Marzo de 1992, en el asunto C-174/87, Ricoh Co. Ltd. A tal fin, véase Pág. 50 de “Las ayudas de Estado y el derecho comunitario” Rosa Cárdenas.

¹⁵³ Según lo dispuesto en el artículo 108.2 párrafo 3, “...*el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión...*”.



Ante tal situación (ausencia de reglamentación por parte del Consejo), la Comisión es la encargada de establecer las condiciones de aplicación de las excepciones¹⁵⁴ que dispone el párrafo 3 del precepto mencionado (Salvo en sectores con disposición específica, cuya reglamentación se reparte entre estos dos organismos).

Para la aplicación de estos requisitos, la Comisión antes de 1998, dispuso de instrumentos normativos de alcance general (Directrices, cartas, marcos, etc...) y tras el Reglamento de 7 de Mayo de 1998, el Consejo permitió a la Comisión utilizar instrumentos específicos (Decisiones, Directivas, Reglamentos...) tales como los reglamentos de exención por categorías (No sujetas a la obligación de notificación del 108.3 TFUE y compatibles con el mercado común), que no solo incluyen a las ayudas de minimis (Como recogemos en el pie de página 108), sino también a las ayudas en favor de las pequeñas y medianas empresas¹⁵⁵, la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el empleo y la formación y aquellas ayudas que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado Miembro a efectos de la concesión de ayudas regionales¹⁵⁶.

¹⁵⁴ La Comisión, establece tres criterios generales cuyo cumplimiento es necesario para aplicar las condiciones de excepción del artículo 92.3 o 107.2 TFUE. Según José-Wenceslao Rodríguez Curiel (*Vid.* pág.414 del documento “Compatibilidad con el Mercado Común de las Ayudas de Estado a Empresas Publicas”, publicado en la revista de Administración Pública núm.122 de 1990), estos criterios son los siguientes;

1. *“...La compatibilidad con el Tratado debe ser determinada en el ámbito de la Comunidad y no exclusivamente en el de un Estado miembro.*
2. *Con objeto de garantizar el buen funcionamiento del mercado común, y teniendo en cuenta los principios de la letra f) del artículo 3 del Tratado, las excepciones recogidas en el apartado 3 del artículo 92 se deben interpretar restrictivamente cuando se examina un régimen de ayudas o un caso individual de aplicación (aplicación del principio general del Derecho, reconocido en la jurisprudencia del TJUE).*
3. *En particular, sólo serán aplicables cuando la Comisión esté en condiciones de establecer que, sin dicha ayuda, el juego de fuerzas del mercado no permitiría obtener que por sí mismo el futuro beneficiario de la ayuda adoptase una actitud que pudiera contribuir a la consecución de uno de los objetivos comprendidos en estas excepciones...”*

¹⁵⁵ La Comisión a través de la Recomendación 96/280/CE de 3 de abril de 1996 (Publicado en DO L 107 de 30 de Abril de 1996), establece una definición de pequeña y mediana empresa, recogido en el artículo 1 de dicho precepto (Establece 8 Condiciones).

¹⁵⁶ *Ibíd.* Artículo 1 “Exenciones por categorías” del Reglamento nº 994/98, que permite a la Comisión *“...mediante reglamentos adoptados con arreglo a los procedimientos definidos en el artículo 8 del presente Reglamento y de conformidad con lo previsto en el artículo 92 del Tratado, declarar compatibles con el mercado común y no sujetas a la obligación de notificación*



Así pues, fue la Comisión la que comenzó a constituir reglamentos de exención¹⁵⁷ en todos los campos mencionados en el apartado anterior, hasta que los aglutinó en el Reglamento general de exención por categorías, llamado Reglamento (CE) nº 800/2008 de la Comisión, de 6 de Agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado¹⁵⁸.

Una vez finalizada la vigencia de este Reglamento, en Junio de 2014, el Consejo tuvo que elaborar otro Reglamento¹⁵⁹ que modificaba el de 1998, para que la Comisión pudiese seguir adoptando Reglamentos de exención de Categorías

establecidos en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado, las siguientes categorías de ayudas...” ya definidas.

¹⁵⁷ Adoptó distintos Reglamentos por categorías;

Reglamento (CE) nº 70/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DO L 10 de 13 de Enero de 2001);

Reglamento (CE) nº 364/2004 de la Comisión, de 25 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 70/2001 con vistas a ampliar su alcance a las ayudas de investigación y desarrollo (DO L 63 de 28 de Febrero de 2004);

Reglamento (CE) nº 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DO L 337/3 de 12 de Diciembre de 2002);

Reglamento (CE) nº 1857/2006 de la Comisión, de 15 de Diciembre de 2006, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción de productos agrícolas (DO L 358 de 16 de Diciembre de 2006).

Directrices comunitarias sobre ayudas estatales a favor del medio ambiente (DO C 37, de 3 de Febrero de 2001).

Reglamento (CE) nº 68/2001 de la Comisión, de 12 de Enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a las ayudas a la formación. (DO L 10, de 13 de enero de 2001).

¹⁵⁸ Publicado en DO L 214/3, de 9 de Agosto de 2008 y BOE núm. 214, de 9 de Agosto de 2008. Las categorías de ayudas a las que se aplicará este Reglamento son las siguientes; Ayudas de carácter regional; ayudas a la inversión y el empleo en favor de las PYME; ayudas a la creación de empresas por parte de empresarias; ayudas en favor del medio ambiente; ayudas para servicios de consultoría en favor de las PYME y para su participación en ferias comerciales; ayudas en forma de capital riesgo; ayudas de investigación, desarrollo e innovación; ayudas a la formación; ayudas en favor de los trabajadores desfavorecidos o discapacitados.

Se eximen de aplicación según el artículo 1.2 del Reglamento citado; las ayudas a actividades relacionadas con la exportación y las ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados.

¹⁵⁹ Reglamento (UE) nº 733/2013 del Consejo, de 22 de julio de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 994/98 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales. (Publicado en DO L 204/11, de 31 de Julio de 2013). Véase también págs. 519-521 “Tratado de Derecho de la Competencia....” Juan Arpio Santacruz.



(En la actualidad el Reglamento más reciente emitido por el Consejo que otorga potestad a la Comisión para adoptar reglamentos de exención es el Reglamento (UE) nº 2015/1588¹⁶⁰ del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (versión codificada)).

Como conclusión a la introducción de ayudas compatibilizables, resaltar que el Consejo, solo se centra en la elaboración de reglamentación en favor de las ayudas minimis y de reglamentación general para determinar que categorías de ayudas están exentas de aplicación del artículo 107 y 108 TFUE, otorgando (a través de estos reglamentos de habilitación) potestad a la Comisión para adoptar reglamentos de exención. Por consiguiente, la actividad del Consejo en la disposición del régimen de ayudas públicas es muy débil.

¹⁶⁰ Publicado en DO L 248/3, de 24 de Septiembre de 2015. Incrementa las categorías de ayudas exentas y compatibles con el mercado común en relación con el Reglamento nº 994/98. Sigue considerando ayudas exentas de aplicación del 107.3 TFUE, las ayudas de minimis y las siguientes categorías de ayudas (idénticas a las del Reglamento nº 733/2013);

- i. *“...las pequeñas y medianas empresas,*
- ii. *la investigación, el desarrollo y la innovación*
- iii. *la protección del medio ambiente,*
- iv. *el empleo y la formación,*
- v. *la cultura y la conservación del patrimonio,*
- vi. *la reparación de los daños causados por las catástrofes naturales,*
- vii. *la reparación de los daños causados por determinadas condiciones climáticas adversas en el sector pesquero,*
- viii. *la silvicultura,*
- ix. *la promoción de los productos del sector alimentario no incluidos en el anexo I del TFUE,*
- x. *la conservación de los recursos biológicos marinos y de agua dulce,*
- xi. *los deportes,*
- xii. *los residentes de regiones alejadas, para el transporte, siempre que la ayuda tenga carácter social y se conceda sin discriminaciones por razón de la identidad del transportista,*
- xiii. *las infraestructuras de banda ancha básica, las pequeñas medidas de ayuda a infraestructuras individuales para redes de acceso de próxima generación, obras de ingeniería civil relacionadas con la banda ancha y de las infraestructuras de banda ancha pasiva, en zonas en las que no existe tal infraestructura o en las que no es probable que ese tipo de infraestructura se desarrolle en un futuro próximo,*
- xiv. *las infraestructuras en apoyo de los objetivos enumerados en los incisos i) a xiii) así como en la letra b) del presente apartado (ayudas que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro a efectos de la concesión de ayudas regionales) y que contribuyen a otros objetivos de interés común, particularmente los objetivos de Europa 2020...”*

Vid. También el artículo 2 de dicho Reglamento.



Examinados estos aspectos concretos en relación con las ayudas que pueden ser compatibles, procede analizar el número de supuestos que enumera el artículo 107.3 TFUE.

En este trabajo no vamos a enumerar los supuestos en el orden que establece el precepto, debido a que nos vamos a detener en el segundo supuesto, letra b), donde realizaremos un análisis de las ventajas estatales otorgadas a las entidades financieras conforme a dicha letra (realizado en el anexo del presente trabajo).

Por lo tanto empezaremos enumerando los supuestos a y c del artículo 107.3 TFUE, lo cual nos permite informar que estas dos excepciones inciden en el terreno de ayudas de carácter regional. A pesar de ser ayudas regionales, son extremadamente heterogéneas entre sí, permitiéndonos por tanto diferenciar entre ayudas a regiones especialmente retrasadas (letra a) respecto a las de regiones con ciertas dificultades (letra c)¹⁶¹.

2.5.2.1.-El primer caso (letra a) corresponde, como ya hemos adelantado, a *“las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave*

¹⁶¹ La propia jurisprudencia establece esta diferencia, recogida en el fundamento 19 del asunto 248/84, Alemania/Comisión, señalando que *“...Cuando un programa de ayudas de carácter regional reúne los requisitos del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, hay que comprobar a continuación en qué medida puede ampararse en una de las excepciones previstas por las letras a y c del apartado 3 del artículo 92 del Tratado...”*. Para diferenciar una excepción de otra, el uso de palabras como “anormalmente” o “grave” de la letra a) del 107.3 TFUE, nos permiten decretar que esta excepción solo es aplicable a regiones en que la situación económica sea muy desfavorable en relación al conjunto de la Comunidad.

Mientras que *“...la excepción recogida en la letra c tiene un alcance más amplio en cuanto permite el desarrollo de determinadas regiones, sin estar limitada por las circunstancias económicas previstas en la letra a, siempre que las ayudas a ellas destinadas «no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común»...”*.

Esta disposición (letra c) concede a la Comisión la facultad de autorizar ayudas destinadas a promover el desarrollo económico de las regiones de un Estado miembro desfavorecidas en relación con la media nacional (No obstante, la Comisión deberá a tal efecto realizar una evaluación de la incidencia que tienen las ayudas destinadas a promover el desarrollo económico sobre los mercados correspondientes del conjunto de la Unión, a fin de evitar que mediante una medida de ayuda, se cree un problema sectorial en el ámbito comunitario de mayor gravedad que el problema regional inicial).

No obstante *ibíd.* Pág. 50 y 51 de “Las ayudas de Estado y el derecho comunitario” Rosa Cárdenas basándose en fundamentos propuesto por Valle Gálvez “Las ayudas de Estado en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.



situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social¹⁶²”.

En primer lugar, destacar, que esta disposición se centra en regiones que son subvencionables porque, o bien su nivel de vida es bastante bajo o bien existe una grave situación de desempleo. En este sentido, la mayoría de ventajas de carácter regional son otorgadas a las pequeñas y medianas empresas¹⁶³ y no, salvo excepción¹⁶⁴, a las grandes empresas

En segundo lugar, la normativa general sobre ayudas regionales se recoge en las “Directrices de la Comisión sobre ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020¹⁶⁵” (incluye a las medidas que inciden en la letra a y c del precepto citado). En principio toda ayuda regional tiene que ser notificada a la Comisión, salvo aquellas ayudas regionales implementadas en los reglamentos de exención (recogidos en el Reglamento nº 800/2008, *vid.supra.* pie de página 158

¹⁶² Según el artículo 349, y habida cuenta de su situación social y económica, son las siguientes; la región de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, todas ellas, caracterizadas por su gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica de un reducido número de productos, factores cuya persistencia y combinación perjudican gravemente a su desarrollo.

¹⁶³ Las pequeñas y medianas empresas, tienden a verse más afectadas que las grandes por las desventajas regionales para invertir o mantener la actividad económica en zonas menos desarrolladas. Esto se debe a que las grandes empresas gozan de privilegios concedidos por las autoridades (suelen tener gran capacidad de negociación con la autoridad y por lo tanto, en algunas ocasiones, recibir ayudas sin justificación). También tienen mayor capacidad para atraer capital extranjero (menos condicionadas a la situación de la región) y sus inversiones, en la mayoría de casos, generan economías de escala (reduciendo sus costes a partir de la deslocalización).

¹⁶⁴ Solo serán compatibles las ayudas regionales otorgadas a las grandes empresas con el mercado interior, cuando estén destinadas a atraer nuevas actividades económicas a esas zonas (la ayuda se concede para inversiones iniciales) o para la diversificación de establecimientos existentes en nuevos productos o nuevos procesos innovadores.

Destacar en este inciso que las ayudas de funcionamiento o ayudas que reducen gastos corrientes de la empresa son incompatibles, aunque adopten la forma de ayuda regional (salvo las destinadas a empresas en regiones con una situación desfavorable).

Véase Fundamentos 15 y 16 de las Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional.

¹⁶⁵ Publicado en DO C 209/1, de 23 de Julio de 2013. Véase también las primeras Directrices sobre ayudas regionales elaboradas por la Comisión (Publicado en DO C 74/9, de 10 de Marzo de 1998).



del presente trabajo¹⁶⁶) adoptados por la misma, a través del reglamento de habilitación nº 994/98 del Consejo (Actualmente tener en cuenta el Reglamento 2015/1588 del Consejo, para determinar las categorías de ayudas exentas, *Vid.* Pie de página 160).

En tercer lugar, toda ayuda regional concedida por un Estado Miembro y con la obligación de notificarla a la Comisión, se incluye dentro de los mapas de ayudas regionales. En este sentido, el Estado Miembro presenta su mapa de ayudas regionales y la Comisión decide sobre su aprobación o denegación. (Véase punto 178 y 179 de la Directrices sobre ayudas regionales).

En todo caso, si ese mapa de ayudas cuenta con la aprobación de la Comisión, entonces se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea¹⁶⁷, constituyendo una parte integrante de las Directrices citadas¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Hay que tener en cuenta, el Reglamento de exención de ayudas regionales a la inversión, que no lo recojo en los pies de página mencionados, y que permite conceder ayudas regionales que se utilicen para "...complementar la ayuda concedida basándose en un régimen transparente de ayuda regional a la inversión, con un límite máximo del 50 % para el componente ad hoc de la ayuda total que vaya a concederse a la inversión...". Es decir se fija un tope máximo subvencionable del 50%.

Ibid. Reglamento (CE) nº 1628/2006 de la Comisión, de 24 de Octubre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas regionales a la inversión (Publicado en DO L 302/34, de 1 de Noviembre de 2006).

¹⁶⁷ Según el artículo 297 TFUE (anteriormente 254 TCE), establece que los actos legislativos se publicaran en el DOUE y entrarán "...en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación...".

¹⁶⁸ El mapa de ayudas regionales para España en el periodo 2014-2020 se encuentra publicado en la Decisión de la Comisión, de 21 de Mayo de 2014, C (2014) 3157 final.

En esta decisión se determinan las regiones que por su estado de gravedad son subvencionables por ayudas regionales en virtud de lo dispuesto en la letra a y c del 107.3 TFUE. Las ayudas se conceden a zonas con un PIB per cápita inferior al 75% de la media comunitaria (tomando de referencia la media de los tres últimos años) y que son regiones integradas en zonas de NUTS II <<800 mil-3 millones hab. >> y III <<150 mil-800 mil hab. >> (Nomenclatura de las Unidades Territoriales estadísticas).

La intensidad de la ayuda variará en función de las circunstancias de cada región. En zonas de NUTS II, el límite de ayuda fluctúa entre el 50 y el 25 % en equivalente de subvención bruta dependiendo de cuál sea su PIB per cápita respecto a la media comunitaria (Con posibilidad de incremento del 20% para regiones ultraperiféricas menos desarrolladas y del 10% para las demás regiones ultraperiféricas).

En el caso de NUTS III, el límite máximo varía del 15 al 10% en ESB (con posibilidad de incremento en virtud de si se trata de zona c predeterminada o no).

Apunte: la zona c (ayudas otorgadas a regiones según lo dispuesto en el artículo 107.3 c)) no predeterminada corresponde a las regiones que no cumplen las condiciones impuestas para la



En cuarto lugar, las ayudas que se eximen de la aplicación de los principios expuestos en las Directrices de la Comisión, son las dirigidas a sectores económicos con regímenes específicos (agricultura, pesca y transporte) y al sector del acero y las fibras sintéticas (Por no existir compatibilidad con el mercado interior).

2.5.2.2.-La segunda excepción a analizar incluye a las ayudas otorgadas a regiones con ciertas dificultades o como dice el apartado c, aquellas ayudas *“...destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común...”*.

Tal y como hemos apuntado (*Supra*. Pie de página 161, relativo a “fundamento 19 del asunto 248/84, Alemania/Comisión”), esta excepción permite a la Comisión tener la facultad para conceder ayudas a regiones o actividades con dificultades económicas, pero con un condicionante, que no afecte los intercambios comerciales entre los Estados Miembros.

A raíz de lo dispuesto, la Comisión podrá autorizar tres categorías de ayudas (ayudas regionales, infra. pie página 168, sectoriales y horizontales¹⁶⁹).

concesión de ayudas pero que los Estados Miembros designan siempre que reúnan determinados criterios socioeconómicos.

Un ejemplo práctico de equivalente de subvención bruta en el caso de los préstamos; *“el equivalente de subvención de un préstamo con bonificación de intereses en un año determinado es la diferencia entre los intereses que se devengarían aplicando el tipo de interés de referencia y los intereses realmente pagados”*. Cita Prof. Iñaki Heras, del departamento de organización de empresas. “Tema 11: Programas de ayuda de Política Industrial y Tecnológica en la CAPV”

¹⁶⁹ Se entiende como ayudas regionales aquellas que tienen como objetivo fomentar el desarrollo de las empresas situadas en regiones más desfavorecidas.

En cuanto a las ayudas horizontales se caracterizan por carecer de orientación regional o sectorial. Se trata de ayudas que tiene como objetivo incentivar la realización de determinadas actividades que tienen un alcance más amplio que las políticas sectoriales o regionales y que no están concedidas para favorecer específicamente a empresas concretas (punto 183 del XI informe sobre la política de Competencia de 1981 y dice “...In the case of horizontal aid measures where the objective is to incite investments promoting developments that have a wider coverage than those concerned with specific regional or sectoral policies and are not specific to individual undertakings...”). Ejemplos de ayudas horizontales; ayudas de salvamento, reestructuración, protección al medio ambiente y de investigación y desarrollo.

Las ayudas sectoriales benefician a sectores económicos específicos, también denominados, sectores sensibles. En la actualidad, las ayudas sectoriales se conceden a empresas del sector de la agricultura, banda ancha, televisión, carbón y acero, construcción naval, pesca y acuicultura, transporte.



En las páginas siguientes destacamos algunos ejemplos de los dos tipos de categorías de ayudas, sectoriales y horizontales.

2.5.2.2.1.-Ayudas horizontales

Antes de comenzar a analizar algunos ejemplos, conviene precisar que la mayoría de ayudas horizontales se rigen en virtud de las Directrices de la Comisión o de Reglamentos, tales como; ayudas a pequeñas y medianas empresas¹⁷⁰; capital riesgo¹⁷¹; empleo y formación¹⁷²; protección del medio ambiente; salvamento y reestructuración de empresas en crisis (las ayudas a la investigación, desarrollo e innovación se exponen en el “Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación”¹⁷³). No

Estos sectores según el punto 176 del VIII informe sobre la política de competencia de 1979, tienen problemas económicos graves y estas ayudas deben restaurar la viabilidad a largo plazo, resolviendo los problemas estructurales de la industria afectada y no tender a preservar el statu quo ni a diferir las decisiones y los cambios ineluctables.

¹⁷⁰ *Ibidem* pie de página 157. Además *Vid.* Artículos 15 y 16 de la Sección 2 “Ayudas a la inversión y al empleo en favor de las PYME” del Reglamento nº 800/2008.

¹⁷¹ *Cfrs.* Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo. Publicado en DO C 19/4, de 22 de Enero de 2014. Sustituye a la Comunicación de la Comisión por la que se modifican las directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo en pequeñas y medianas empresas. Publicado en DO C 329/4 del 7 de Diciembre de 2010. (A su vez modificó a las Directrices del 18 de Agosto de 2006 (DO C 194)). No obstante en la Sección 6 del Reglamento nº 800/2008 de la Comisión, se recogen algunas ayudas otorgadas en función a esta categoría, tal es el caso, de las ayudas en forma de capital riesgo que adopten la forma de participación en un fondo de inversión el cual se rija por una lógica de obtención de beneficios y sea gestionado con criterios comerciales. (*op.cit.* artículo 29 del citado Reglamento).

¹⁷² *Vid.* Pie de página 157. Destacar que en 2009 una Comunicación de la Comisión introdujo determinados criterios para que las ayudas (en forma de subvenciones salariales) destinadas al empleo en favor de los trabajadores discapacitados y desfavorecidos fueran compatibles con el mercado. Publicado en DO C 188/6 de 11 de Agosto de 2009.

¹⁷³ *Cfrs.* Comunicación de la Comisión “Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación”. (Publicado en DO C 198/1 de 27 de Junio de 2014). Destacar que el artículo 179 TFUE establece que “...La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados...”. En este sentido, tiene que existir una coordinación entre los Estados Miembros y la Unión “...en materia de investigación y de desarrollo tecnológico, con el fin de garantizar la coherencia recíproca de las políticas nacionales y de la política de la Unión...” realizando una serie de acciones, tales como;



obstante muchas medidas relativas a estas categorías ya vienen recogidas por el Reglamento de exención de la Comisión nº 800/2008 (*Vid.supra*. pie de página 158).

Tal y como se puede observar, y bajo el razonamiento de Jesús Quijano(Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, pág. 18), las ayudas horizontales se encajan en una zona intermedia entre la compatibilidad *ope legis* de las categorías del 107.2 TFUE, ya que incluyen medidas exentas por categorías, pero a su vez contiene otras categorías (o dentro de las exentas siempre que se produzcan dos casos; que se supere los umbrales según los cuales la ayuda debe ser notificada o que la ayuda se conceda a través de un procedimiento de no licitación) que si deben notificarse y por lo tanto la compatibilidad depende de las decisiones de las instituciones europeas.

En este trabajo y por falta de espacio, realizaremos un desarrollo solamente de las medidas horizontales de salvamento y reestructuración y de protección del medio ambiente¹⁷⁴.

- **Ayudas horizontales destinadas a la protección del medio ambiente**

Se trata de una categoría exenta por la Comisión desde la aprobación de las Directrices sobre la protección del medio ambiente de 2001 (*Vid.supra* pie de página 157 del presente trabajo). Ello unido a una mayor concienciación por

-
- “...ejecución de programas de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración, promoviendo la cooperación con las empresas, los centros de investigación y las universidades, y de estas entidades entre sí;
 - promoción de la cooperación en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración de la Unión con los terceros países y las organizaciones internacionales;
 - difusión y explotación de los resultados de las actividades en materia de investigación, de desarrollo tecnológico y de demostración de la Unión;
 - estímulo a la formación y a la movilidad de los investigadores de la Unión...”

Vid. Artículos 180 y 181 del Tratado citado. También Véase artículos 31-37 de la Sección 7 del Reglamento nº 800/2008.

¹⁷⁴ Véase paginas 527-530 del “Tratado del Derecho de la Competencia...” Juan Arpio Santacruz.



parte de la Unión Europea, a través de la estrategia Europa 2020¹⁷⁵, de conseguir un crecimiento sostenible, integrador e inteligente, hacen que las medidas destinadas a esta categoría tengan *satis animi* o el valor suficiente.

En la actualidad los criterios que utiliza la Comisión para comprobar la compatibilidad de las ayudas otorgadas a la protección del medio ambiente son “Las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020¹⁷⁶” (Sin obviar las medidas otorgadas a esta categoría recogidas en el Reglamento nº800/2008¹⁷⁷). Según su naturaleza, las ayudas dirigidas a proteger el medio ambiente tienden a favorecer a empresas cuya tecnología o productos elaborados sean respetuosos con el medio ambiente en detrimento de las entidades más contaminantes.

En principio el efecto de estas ayudas no distorsionará la competencia, puesto que está intrínsecamente vinculado al objetivo mismo de la ayuda, es decir, que la economía respete más el medio ambiente. No obstante, la Comisión tendrá en cuenta el efecto medioambiental general de la medida en relación con su impacto negativo en la posición en el mercado, y con ello los beneficios de las empresas que no reciben ayudas.

¹⁷⁵ Dicha estrategia ha fijado unos objetivos específicos en relación al medio ambiente que son; reducir un 20 % las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión en comparación con los niveles de 1990; incrementar hasta el 20 % el porcentaje de las fuentes de energía renovables en el consumo final de energía de la Unión; y mejorar un 20 % la eficiencia energética de la UE en comparación con los niveles de 1990.

En 2014 la Comisión propuso objetivos en materia de energía y clima para 2030 en la Comunicación “Un Marco Estratégico en Materia de Clima y Energía para el Periodo 2020-2030” COM (2014) 0015. Los pilares del Marco son los siguientes;

1. una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de un 40 % con respecto a los niveles de 1990;
2. un objetivo vinculante a escala de la UE de al menos un 27 % de fuentes de energía renovables;
3. una ambición renovada en materia de políticas de eficiencia energética;
4. un nuevo sistema de gobernanza y una nueva serie de indicadores para garantizar un sistema energético competitivo y seguro.

¹⁷⁶ Publicado en DO C 200/1 de 28 de Junio de 2014.

¹⁷⁷ Sección 4 artículos 17-35 del citado Reglamento sobre ayudas para la protección al medio ambiente.



Así mismo, cuanto menor sea el efecto¹⁷⁸ medioambiental de la medida más importante será verificar sus efectos en las cuotas de mercado y los beneficios de los competidores en el mercado en general¹⁷⁹.

Por consiguiente, el fin último de estas ayudas, es el de asegurar un nivel de protección medioambiental elevado en el ámbito comunitario. Por lo tanto son las propias empresas las que tienen que soportar los costes derivados de la contaminación, incentivando a aquellas que menos contaminen¹⁸⁰.

- **Ayudas horizontales destinadas al salvamento y reestructuración a empresas no financieras**

Las ayudas destinadas al salvamento o la reestructuración de empresas en crisis suelen formar parte del conjunto de medidas que más influye sobre el falseamiento de la competencia.

Estas ventajas pueden frenar el crecimiento económico en los sectores a los que afecta. En este sentido, tal situación, se produce debido a que el crecimiento de un sector productivo tiene su origen en que las empresas más innovadoras y eficientes crecen a expensas de entidades que cuentan con obsolescencia

¹⁷⁸ Un efecto nocivo de las ayudas es que impidan que “...los mecanismos del mercado ofrezcan resultados eficientes al recompensar a los productores más eficientes e innovadores y presionando a los menos eficientes para mejorar, reestructurarse o abandonar el mercado...”. Por ello hay que analizar el efecto medioambiental de la medida, ya que a largo plazo interferir en el proceso competitivo de entrada y salida puede asfixiar la innovación y ralentizar las mejoras de productividad en todo el sector.

¹⁷⁹ Fundamento 92 de las Directrices en materia de protección al medio ambiente. Según lo expuesto “Las ayudas también pueden tener efectos falseadores al permitir al beneficiario reforzar o mantener un poder de mercado sustancial. Incluso cuando no refuerzan directamente un poder de mercado sustancial, podrán hacerlo indirectamente, desincentivando la expansión de los competidores existentes, provocando su salida o impidiendo la llegada de nuevos competidores”.

¹⁸⁰ Un ejemplo de incentivo fiscal a las empresas que contaminen menos es la denominada <<exención por doble uso>> con arreglo al impuesto británico sobre el cambio climático, aprobada por la Comisión en 2002. Se trata de un gravamen medioambiental que grava el uso no doméstico de energía para combustible. Constituye un elemento central de la estrategia del Gobierno británico de alcanzar una reducción del 12,5 % en las emisiones de gases de efecto invernadero, cifra acordada en el Protocolo de Kioto. La exención por «doble uso» se aplica a los productos energéticos utilizados al mismo tiempo para combustible y otros usos (combustibles para la iluminación, calefacción y fuerza en la industria, el comercio, la agricultura, la administración pública y otros servicios). Cfrs. Apartado 416 del XXXII Informe sobre la política de Competencia de 2002-SEC (2003) 467.



tecnológica para la elaboración de sus productos finales, lo que las impide ser igual o más eficientes que las empresas tecnológicamente más avanzadas y por consiguiente el otorgamiento de ayudas a empresas poco eficientes puede generar un colapso en el crecimiento económico del sector.

En principio y según lo expuesto no existe ninguna razón para otorgar estas ayudas a empresas que están a punto de desaparecer por su ineficacia empresarial pero, y siempre existe un problema asociado, desde el punto de vista social y empresarial, la Administración debe salvar estas entidades para salvaguardar puestos de trabajo y tejido industrial (además hay que tener en cuenta que la desaparición de una empresa incrementa el nivel de concentración del mercado y a su vez reduce la oferta de bienes, pudiendo provocar un aumento de la inflación¹⁸¹).

Por lo tanto existe un conflicto, según Jaime Pérez-Bustamante y Fredrik Löwhagen, 2010¹⁸², entre la política de defensa de la competencia, por un lado, y la política social y de fomento empresarial, por otro.

Dicho esto, las ayudas a la reestructuración de empresas, para ser compatibles con el mercado común, tienen que estar relacionadas a un plan que permita a la empresa, en un plazo admisible, restaurar su viabilidad y que resulte beneficioso desde el punto de vista del interés del correspondiente sector comunitario. Además solo debe permitirse a las empresas recibir la ayuda una vez en un plazo

¹⁸¹ No menos cierto, es la situación que se produce cuando la demanda se mantiene inalterable y por lo tanto al otorgar una ventaja a una empresa ineficiente, puede ocurrir que los puestos de trabajo salvados a través de la ayuda no tuvieran efecto en el nivel de empleo. Se puede generar esta situación, si los competidores de la empresa beneficiaria tuvieran que realizar reestructuraciones que impliquen una reducción de utilización de factor trabajo y por consiguiente el efecto en el empleo puede ser cero (si se destruye los mismos puesto de trabajo garantizados por la ayuda) o negativo (suele ser lo habitual, se destruyen más puestos de trabajo de los que se salvan).

También existe la posibilidad de que el efecto sea positivo. A pesar de que las empresas competidoras despidan mano de obra, el nivel de empleo no se reduce a niveles anteriores a la concesión de la ayuda debido a que la mano de obra salvada por la ayuda es mayor que la despedida por las entidades competidoras. *Ibíd.* pág. 298 de “Las ayudas para la reestructuración empresarial” Jaime Pérez-Bustamante, Fredrik Löwhagen.

¹⁸² “Las ayudas para la reestructuración empresarial” Jaime Pérez-Bustamante, Fredrik Löwhagen. Págs. 297-318.



de diez años¹⁸³ (principio de «ayuda única», recogido en el fundamento 8 de las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis).

Si estos efectos (restaurar la viabilidad¹⁸⁴ teniendo en cuenta el interés comunitario de no afección a los intercambios comerciales) no son previsibles, aunque se realicen reducciones de capacidades de producción y de plantillas (elementos habituales de los planes de reestructuración) o esfuerzos para reducir pérdidas de explotación, no existirá un plan de reestructuración apto para merecer la compatibilidad con el mercado común.

¹⁸³ En el caso de recibir solamente una ayuda de salvamento (sin percibir inmediatamente después una ayuda para la reestructuración), el plazo para recibir la ayuda se acorta a 5 años, siempre y cuando la nueva ayuda se deba a circunstancias imprevisibles y no imputables a la empresa beneficiaria.

También puede existir excepciones, tales como, cuando la empresa necesita esa ayuda de salvamento o reestructuración y además esa necesidad se debe a circunstancias imprevisibles y no imputables a la empresa.

¹⁸⁴ Tener en cuenta el fundamento 7 de las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración, que dice “...*Cuando hay partes de una empresa en crisis que siguen siendo esencialmente viables, la empresa puede ser capaz de realizar una reestructuración que la lleve a abandonar algunas actividades que generan pérdidas estructurales y permita reorganizar las restantes actividades sobre una base que ofrezca una perspectiva razonable de viabilidad a largo plazo. Dicha reestructuración debe ser posible sin ayuda estatal...*”.

Véase también Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo «Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial» COM(2012) 742 final.



No obstante cuando se produce un plan de reestructuración¹⁸⁵ suele incluir tres facetas de saneamiento (No es obligatorio que se produzcan las tres); plan de saneamiento de las estructuras productivas¹⁸⁶, financiero y laboral¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Operaciones que forman parte de un plan de reestructuración y según lo dispuesto por José-Wenceslao “Compatibilidad con el Mercado Común de las Ayudas de Estado a Empresas Públicas” de 1990, son las siguientes;

- *“...Reducción de capacidades de producción, normalmente exigible tratándose de sectores con exceso de capacidad comunitaria. La reducción suele referirse a la capacidad global de la empresa, aunque a veces es admisible el producido respecto de la capacidad global del sector correspondiente del Estado miembro, en atención, por ejemplo, al cierre coetáneo de otras empresas.*
- *Reducción de puestos de trabajo.*
- *Abandono de producciones.*
- *Cesión de empresas o de activos.*
- *Cierre de centros de producción o desmantelamiento de instalaciones.*
- *Concentraciones de producciones.*
- *Reconversión de actividades a sectores no sensibles ni en crisis, desde el punto de vista comunitario.*
- *Especializaciones de plantas o producciones.*
- *Asunción de actividades comerciales en áreas en las que se abandona la actividad fabril.*
- *Creación de nuevas fábricas.*
- *Programas de reorganización, por ejemplo, para la mejora de la gestión.*
- *Realización de nuevas inversiones, que, aparte de las correspondientes a las operaciones anteriormente citadas, pueden referirse a: mejora de procesos, de la gestión y rendimientos y aumento de la productividad en general; I + D; etc....”*

¹⁸⁶ El plan de reestructuración de las estructuras productivas debe contener un programa de inversiones y los cierres previstos, así como las revaluaciones idóneas de activos industriales y financieros y los ingresos procedentes de las desinversiones proyectadas (cesiones de activos o de empresas), que harán disminuir el importe de la ayuda de Estado admisible. *Vid.* pág.416 del texto “Compatibilidad con el Mercado Común de las Ayudas de Estado a Empresas Públicas” José-Wenceslao.

¹⁸⁷ Respecto al saneamiento laboral, la Comisión no siempre acepta que la totalidad del mismo sea financiada mediante ayuda de Estado. Esto se debe a que la Comisión no quiere valorar la capacidad de una empresa en el número de trabajadores, sino en la maquinaria y el equipo, en términos de unidades físicas de producto, a pesar de las dificultades propias de la agregación de unidades de productos heterogéneos. Por lo tanto, si la reestructuración comprende una remodelación de la gama productiva, en beneficio de la fabricación de productos con mayor valor añadido, se producirá un incremento de la capacidad de producción medida en valor (no necesariamente por la incorporación de más mano de obra).

En cambio el saneamiento financiero suele adoptar la forma de capitalización de la estructura financiera (absorber pérdidas y dotar a la empresa de una estructura financiera, tal que los gastos financieros se reduzcan en una cuantía suficiente para que el beneficio después de intereses e impuestos sea aceptable). *Vid.* pág.417 del texto “Compatibilidad con el Mercado Común de las Ayudas de Estado a Empresas Públicas” José-Wenceslao.



En cambio las ayudas de salvamento son ayudas urgentes concedidas para permitir que la empresa en crisis¹⁸⁸ se mantenga operativa durante un tiempo limitado (solo tienen como objetivo el impedir que la empresa quiebre), normalmente seis meses, que permita la elaboración de un plan de reestructuración o de liquidación. Por lo tanto las ayudas de salvamento suelen ser las primeras medidas que se toman antes de comenzar a elaborar los planes de reestructuración.

Aun así, la concesión de este tipo de ayudas depende del cumplimiento de criterios rigurosos¹⁸⁹ para evitar ocasionar distorsiones o falseamientos en la competencia, según lo expuesto en el párrafo 1 y 2 de este apartado (Sin embargo y según el propio Tribunal en el asunto 323/82, *vid.infra*. pie de página 189, la alteración de las condiciones de intercambio tiene que ser muy grave para preferir la desaparición de la empresa a su saneamiento y reestructuración).

En este sentido la normativa que regula estas medidas, “Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis¹⁹⁰”, establece una serie de condiciones para ser aprobadas por la Comisión, tanto para las ayudas de salvamento como para las de reestructuración.

Los requisitos que tienen que cumplir las ventajas de salvamento son las siguientes (Fundamento 55 de las presente Directrices);

1. “...constituir apoyo temporal de liquidez consistente en garantías sobre préstamos o en préstamos;

¹⁸⁸ Concepto de empresa en crisis, recogido en el apartado 2.2 de las Directrices de 2014, indicadas en la misma página. Según lo dispuesto, se considera que una empresa está en crisis, si, de no mediar la intervención del Estado, su desaparición económica fuera casi segura a corto o medio plazo. Para ello se tiene que producir unas determinadas circunstancias (*Cfrs.* Fundamento 20 de las Directrices citadas).

¹⁸⁹ Como se reconoce en el fundamento 39 del asunto 323/82, *Inter Mills*, de 14 de Noviembre de 1984, para conceder estas ayudas tiene que existir un plan de reestructuración. En este caso se produjo una ayuda de salvamento (pago de deudas antiguas de la empresa) pero siempre acompañado de un plan de reestructuración. El Tribunal, por tanto, se posicionó en contra de la decisión de la Comisión, de que el efecto de esta ayuda influye en la condición de intercambio.

¹⁹⁰ Publicado en DO C 249/1, de 31 de Julio de 2014. Vigencia 2014-2020.



2. *el coste financiero del préstamo o, en el caso de las garantías de préstamos, el coste financiero total del préstamo garantizado, incluidos los tipos de interés del préstamo y la prima de garantía, deberá ajustarse a lo dispuesto en el punto 56¹⁹¹;*
3. *salvo que se especifique lo contrario en la letra d), todo préstamo debe reembolsarse y toda garantía liquidarse en un plazo de seis meses desde el pago del primer tramo al beneficiario;*
4. *los Estados miembros deben comprometerse a comunicar a la Comisión, en el plazo de seis meses a partir de la autorización de la ayuda de salvamento o, en el caso de las ayudas no notificadas, en un plazo de seis meses a partir del primer pago efectuado al beneficiario...* Además todo Estado miembro tiene que incluir un compromiso de presentar, dentro de un plazo de seis meses a partir de la autorización de la ayuda de salvamento; un plan de reestructuración (Si se presenta, se prorrogará la autorización de la ayuda de salvamento hasta que la Comisión tome una decisión definitiva sobre el plan recibido, a menos que la Comisión decida que la prórroga se debe limitar en el tiempo); un plan de liquidación o la prueba de que se ha reembolsado íntegramente el préstamo o de que se ha puesto fin al aval¹⁹².
5. *“...Las ayudas de salvamento no podrán utilizarse para financiar medidas estructurales, tales como adquisiciones de empresas o activos importantes, a menos que sean necesarias durante el período de salvamento para la supervivencia del beneficiario...”*

¹⁹¹ El fundamento 56 establece que “...El nivel de remuneración que un beneficiario deberá pagar por las ayudas de salvamento deberá reflejar la solvencia subyacente del beneficiario, descontando los efectos temporales tanto de los problemas de liquidez como del apoyo estatal, y deberá ofrecer incentivos para que el beneficiario devuelva las ayudas lo antes posible...”. La remuneración que exige la Comisión será a un tipo igual al tipo de referencia (Se utilizan el tipo de interés interbancario europeo Euribor, las cotizaciones swaps de venta o en su caso los tipos de las obligaciones del Estado) establecido en la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (Publicado en DO C 14/6, de 19 de Enero de 2008).

¹⁹² Cfrs. Apartado 55 d) de las citadas “Directrices sobre ayudas estatales....”.



En cuanto a las condiciones de las medidas de reestructuración se pueden resumir en dos puntos (*Vid.* Apartado 47 y 48 de las citadas Directrices);

1. El plan de reestructuración debe señalar las causas de las dificultades y deficiencias del beneficiario, así como, establecer la manera en que las medidas de reestructuración van a solucionar los problemas yacentes del beneficiario “Resolución del problema social”.
2. A su vez, debe restablecer la viabilidad a largo plazo del beneficiario en un período de tiempo razonable y se debe excluir cualquier ayuda que no sea otorgada en virtud al plan. La duración del período de reestructuración debe ser lo más breve posible y se ha de presentar a la Comisión.

Para finalizar con estas ayudas, señalar que todo Estado Miembro está obligado a notificar esta ayuda (si se cumple el principio del inversor privado, página 35-36 del presente trabajo, se puede otorgar estos fondos ya que no serían considerados como ayudas estatales). Además las empresas no podrán reiteradamente acudir a este tipo de fondos “principio de ayuda única”.

2.5.2.2.2.- Ayudas Sectoriales

Tal y como dijimos en el pie de página 169 del presente Trabajo, las ayudas sectoriales benefician a sectores económicos específicos, también denominados, sectores sensibles, en determinadas circunstancias. En la actualidad dichas normas se aplican a los sectores; Banda ancha; construcción naval; carbón y acero; agricultura, pesca y acuicultura; transporte, televisión etc...., todos ellos conforman los sectores estratégicos de una nación.

Mientras que empresas ubicadas en unos sectores son beneficiarias de ayudas estatales porque su sector se caracteriza por “...una rápida expansión, alto costo y fuerte competitividad como consecuencia del proceso de globalización...” (Estamos ante una situación de defensa de empresas que operan en sectores estratégicos ante la amenaza extranjera, Quijano, 2012, pág. 16 de “Revista de Derecho...”), otras empresas reciben estas ventajas por operar en sectores con tratamiento específico (agricultura, pesca, transporte....) o sectores cuya



disposición se recogía en el Tratado Constitutivo de la CECA (en revisión o prácticamente extinto).

En esta publicación y por cuestiones de espacio, vamos a desarrollar brevemente dos ayudas¹⁹³ que afectan a distintos sectores estratégicos. (Obviamente no vamos a examinar normas sectoriales en el sector de la agricultura o la pesca y acuicultura <<Nombrados en la pág. 22, Reglamentos (UE) nº 1388/2014 y 702/2014, del sector pesquero y agrícola respectivamente>>, ya que son temas estudiados en el presente ensayo, tanto en disposiciones específicas como en ayudas de minimis).

En este sentido, vamos a considerar dos tipos de medidas sectoriales:

- **Ayudas sectoriales en el sector de la Televisión o radiodifusión**

Podría existir cierta confusión a la hora de establecer cuál es la disposición adecuada para examinar la compatibilidad de las ayudas concedidas a este sector.

En la mayoría de casos al tratarse de un servicio de interés económico general, las ventajas otorgadas a empresas de este sector se regularán conforme al artículo 106.2 TFUE¹⁹⁴.

¹⁹³ *Loc.cit.* págs. 530-537 del “Tratado de Derecho de la Competencia...” Juan Arpio Santacruz.

¹⁹⁴ Siempre que cumplan una serie de condiciones, las ayudas concedidas a este sector se podrán acoger a la excepción del artículo 106 TFUE. Estas condiciones son (*Ibidem* fundamento 37 de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión de 2001);

- ✓ “...el servicio en cuestión debe estar claramente definido como un servicio de interés económico general por el Estado miembro correspondiente;
- ✓ la empresa en cuestión debe haber sido encargada explícitamente por el Estado miembro del suministro de dicho servicio;
- ✓ la prohibición de las ayudas estatales debe obstaculizar el cumplimiento de las tareas específicas asignadas a la empresa, y la excepción a dicha prohibición no debe afectar al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la UE...”.

En el caso concreto de la radiodifusión pública (Fundamento 38 de la presente Comunicación), este planteamiento debe adaptarse a las disposiciones del Protocolo de Ámsterdam, que establece que la función de servicio público sea atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, además de establecer también, “...una excepción a las normas del Tratado sobre la financiación de los servicios públicos de radiodifusión «en la medida en que la financiación se



No obstante, las ayudas también podrían ser reguladas por lo dispuesto en la letra d) del presente tratado, ya que no solo estamos ante un servicio de interés económico sino también cultural¹⁹⁵.

En principio, y salvo que existan circunstancias específicas como las del párrafo anterior, los fondos concedidos (que no tengan forma de compensación, sino se atribuirá al 106.2 TFUE, *vid.supra.* pág. 27 del trabajo, asunto C-280/00, Altmark) a los organismos o entes de radiodifusión se regulan en virtud de la letra c) del 107.3 TFUE.

Así se recoge en la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión¹⁹⁶ tanto de 2009 como la de 2001.

- **Ayudas sectoriales en el sector de la construcción naval**

Existe una cierta dificultad para evaluar las ayudas otorgadas a este sector conforme a la letra c), como señalamos en nuestra cuarta excepción del 107.3 letra e). Desde comienzos de la década de 1970, las ayudas estatales a la construcción naval han estado adheridas a una especificidad normativa, compuesto por regímenes que mezclan disposiciones más estrictas y disposiciones menos estrictas.

Ello ha generado que existan factores específicos que afectan a este sector de forma independiente a los demás sectores industriales. Así lo señala el Marco

conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público (...) y (...) no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público» (proporcionalidad)...

¹⁹⁵ Así se recoge en el fundamento 5 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativos a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Publicado en DO L 95/1, de 15 de Abril de 2010.

¹⁹⁶ Publicado en DO C 257, de 27 de Octubre de 2009.



aplicable a las ayudas estatales a la Construcción Naval¹⁹⁷, estableciendo 4 factores¹⁹⁸.

En la actualidad las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020¹⁹⁹, cubren todas las ayudas regionales otorgadas al sector de la construcción naval. En cuanto a las ayudas destinadas a solventar los problemas específicos del sector, no sabemos si la ausencia de normativa que regule estas ayudas es debido a que durante el periodo de vigencia del Marco, se suprimió las diferencias existentes entre las normas aplicables a la construcción naval y las aplicables a otros sectores industriales (ese era el principal objetivo del Marco) o si por el contrario estas ayudas se regularán en un posterior Marco elaborado por la Comisión.

Aun así, se trata de un sector que cuenta con una excesiva dificultad en su regulación²⁰⁰.

¹⁹⁷ Publicado en DO C 317/11, de 30 de Diciembre de 2003.

¹⁹⁸ Entre los factores se incluyen;

- *“...El exceso de capacidad, los precios a la baja y el falseamiento de las condiciones comerciales en el mercado mundial de la construcción naval;*
- *La naturaleza de los buques como bienes de capital de gran dimensión, que incrementa las posibilidades de que las facilidades de crédito apoyadas por el Estado falseen la competencia;*
- *El hecho de que las disciplinas sobre prácticas comerciales desleales de la Organización Mundial del Comercio («OMC») sean de difícil aplicación en el sector de la construcción naval;*
- *La existencia de acuerdos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos («OCDE») en el sector de la construcción naval en especial el Acuerdo de la OCDE de 1998 sobre líneas directrices en materia de créditos a la exportación y su Acuerdo sectorial sobre créditos a la exportación de buques, que se aplican en la Comunidad de conformidad con la Decisión 2001/76/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, por la que se modifica la Decisión de 4 de abril de 1978 sobre la aplicación de determinadas directrices en materia de crédito a la exportación con apoyo oficial...”*

¹⁹⁹ Publicado en DO C 209/3, de 23 de Julio de 2013.

²⁰⁰ Véase Real Decreto 442/1994, de 11 de Marzo de 1994 (Publicado en BOE núm.96, de 22 de Abril de 1994), que estableció la primera normativa reguladora en el ámbito español respecto de las primas y la financiación otorgada al sector de la construcción naval. También *Vid.* Sucesivas modificaciones hasta llegar al Real Decreto 237/2013, de 5 de Abril y que se adecua a las normas del derecho europeo. (Publicado en BOE núm. 87, de 11 de Abril de 2013).



2.5.2.3.-La tercera excepción (letra d)) incluye a “...*las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común...*”.

Esta excepción no se contemplaba en el artículo 92 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. No fue hasta la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea de Maastricht (artículo G, fundamento 18)), cuando se añade esta nueva letra d) del 107.3 TFUE. Antes la letra d) estaba compuesta por la cuarta excepción en nuestro trabajo, actualmente letra e).

En este sentido, antes de la entrada en vigor del acuerdo de Maastricht, era el artículo 92.3 C) TCCEE quien regulaba la compatibilidad de la ayudas destinadas a promover la cultura y conservación del patrimonio (ayudas sectoriales).

Actualmente con la inclusión de este requisito en la letra d) del TFUE, estas ayudas reciben un tratamiento más específico. Con ello, también se satisface el interés de la UE, ya que la promoción de la cultura y la conservación del patrimonio, son objetivos prioritarios en la política comunitaria, como así lo recoge el artículo 167 TFUE²⁰¹.

Por último y según Arpio Santacruz, destacar que la mayoría de ayudas otorgadas en función a esta excepción se dirigen al sector audiovisual²⁰² como así lo recoge la Comunicación de la Comisión sobre la ayuda estatal a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual²⁰³.

²⁰¹ Artículo 167 establece que “...*La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común...*”.

²⁰² Pueden existir casos de fraude en el sector audiovisual, como es el cine, donde se llega a falsear el número de espectadores para cobrar subvenciones. Así se refleja en el diario el País a 24 de Noviembre de 2015.

http://elpais.com/elpais/2015/11/23/opinion/1448307579_072148.html.

Véase pág. 537 y 538 del “Tratado de derecho de la Competencia...”, Arpio Santacruz.

²⁰³ Publicado en DO C 332/1, de 15 de Noviembre de 2013.

Actualmente modificada por la Comunicación de la Comisión por la que se modifican las Comunicaciones de la Comisión sobre las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020, la ayuda estatal a las obras



2.5.2.4.-La cuarta excepción (letra e)) consiste en “...las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión...”.

Esta excepción permite declarar compatibles nuevas categorías de ayudas (siempre siguiendo unas reglas establecidas). La utilización de esta disposición ha sido escasa, prácticamente no existe ningún caso.

A pesar de ello, el Consejo en 1995, a través del Reglamento (CE) nº 3094/95²⁰⁴, utilizó la autoridad que le otorga esta excepción para considerar compatibles las ayudas de construcción naval respecto al mercado común debido a la dificultad que ofrecen estas ayudas para incluirse en el ámbito de ayudas sectoriales.

2.5.2.5.-La quinta excepción (letra b)), incluye a las ayudas “*para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*” y también nos sirve de base para el desarrollo del anexo posterior.

cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual, las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo, y las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas. (Publicado en DO C 198/30, de 27 de Junio de 2014).

Esta modificación establece un requisito a las ayudas del sector audiovisual “el principio de transparencia” (para que quede regulado de manera consistente). Este principio se traduce en la obligación que tienen los Estados Miembros de publicar la siguiente información en un sitio de internet global, a escala regional o nacional (No será aplicable a ayudas inferiores a 500 mil euros):

- *“el texto completo del régimen de ayudas aprobado o de la decisión individual de concesión de la ayuda y sus disposiciones de aplicación, o un enlace al mismo,*
- *la identidad de la autoridad o autoridades otorgantes,*
- *el nombre de cada uno de los beneficiarios, la forma e importe de las ayudas otorgadas a cada beneficiario, la fecha de la concesión, el tipo de empresa (PYME o gran empresa), la región en la que está situado el beneficiario (a nivel NUTS 2) y el principal sector económico en el que el beneficiario desarrolla sus actividades (a nivel de grupo NACE <<Nomenclatura estadística de actividades económicas de la comunidad europea>>)”.*

Ibidem apartado II.2 “Modificaciones” de la presente Comunicación.

En cuanto al “...principal sector económico en el que el beneficiario desarrolla sus actividades...”, se excluyen los secretos comerciales y otra información confidencial en casos debidamente justificados y previo acuerdo de la Comisión.

Ibid. Comunicación de la Comisión C (2003) 4582 de 1 de diciembre de 2003 relativa al secreto profesional en las decisiones sobre ayuda estatal. (Publicado en DO C 297/6, de 9 de Diciembre de 2013).

²⁰⁴ Publicado en DO L 332/2, de 30 de Diciembre de 1995. Véase pág. 20 de la Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, Jesús Quijano.



Lo primero que llama la atención de esta excepción es el inciso “ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro²⁰⁵”. Este precepto se debería incluir dentro de la excepción establecida con arreglo al 107.3 letra c) de ayudas regionales, sectoriales y horizontales, ya que se trata de ayudas destinadas a un único Estado Miembro o región (se tendría que examinar conforme a las ayudas de salvamento y reestructuración) y no al conjunto de los países comunitarios.

Es cierto, que en principio las “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis²⁰⁶” (las primeras fueron adoptadas en 1994²⁰⁷) cubrían toda la normativa de ayudas dirigidas a este sector. No obstante y tras el estallido de la crisis en 2008, la creciente preocupación por lograr una estabilidad económica y financiera, ha ocasionado que las ayudas concedidas a las entidades financieras se examinen en virtud de la excepción b) del Tratado.

Dicho esto, es necesario realizar una evaluación de los criterios actuales de la Comisión respecto a este tipo de ayudas. (Véase Anexo del presente trabajo).

En cambio el primer inciso de la excepción “fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo” corresponde a la realización de grandes obras de infraestructura, la fabricación de bienes instaurados en las primeras etapas del ciclo de vida del producto “emprendedor innovador de Schumpeter”, difusión de tecnología, etc...²⁰⁸.

²⁰⁵ Antes de la crisis, solo se había concedido una ayuda estatal utilizando la presente excepción. Fue aplicado por la Comisión cuando autorizó la concesión de ayudas públicas al Estado Griego, en 1983, debido a la grave situación que atravesaba tras la crisis económica que acecho a los Estados Miembros entre 1980 y 1982. *Vid.* Pág.89 del informe “La crisis financiera, mecanismo de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia” Francisco Uría.

²⁰⁶ Publicado en DO C 244, de 1 de Octubre de 2004.Tuvo Vigencia hasta Octubre de 2014.*Ibidem infra* pie de página 213.

²⁰⁷ DO C 368, de 23 de Diciembre de 1994.

²⁰⁸ *Op.cit.* Pág.14 de la “Revista de Derecho.....” Jesús Quijano.



Quizás lo más resaltable de este inciso, es que en virtud del mismo se concedieron ayudas para la realización del proyecto del Eurotunnel.

2.6.-CONSIDERACIONES RELATIVAS AL ARTÍCULO 108 TFUE

Una vez efectuado el estudio de la compatibilidad de las ayudas, a través de la base normativa del régimen de ayudas públicas que es el artículo 107 TFUE y consciente de los límites impuestos en el presente Trabajo, sería conveniente comenzar a examinar el artículo 108 TFUE sobre el sistema de control del citado régimen, que otorga a las instituciones comunitarias (Comisión, Consejo y Tribunal) un amplio margen de apreciación sobre la compatibilidad con el mercado de las medidas otorgadas en virtud del artículo 107.1 TFUE (hemos observado en varias Sentencias como el Tribunal se posiciona en contra de la Comisión).

Es cierto que de manera indirecta, en Sentencias (Intelhorce, *ibíd.* Pie de página 88), Decisiones (Stardust Marine, *vid.* Pie de página 85, sobre la aplicación del Reglamento 659/1999²⁰⁹, derogado por el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015 por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²¹⁰) e incluso en el desarrollo formal de nuestro ensayo (*Ibíd.* Pie de página 153), se nombra el presente precepto.

Si bien, se trata de un interesante campo para la investigación, en este trabajo no se a realizar un análisis del mismo, dejando abierta la posibilidad de ser retomado como objeto de un estudio posterior.

²⁰⁹ Modificado por el Reglamento n° 1791/2006, de 20 de Diciembre de 2006, por el que se adaptan determinados reglamentos y decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de la competencia, la agricultura (incluida la legislación veterinaria y fitosanitaria), la política de transportes, la fiscalidad, las estadísticas, la energía, el medio ambiente, la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior y de seguridad común y las instituciones, como consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumanía y n° 734/2013, que modifica el Reglamento (CE) n° 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 204/15, de 22 de Julio de 2013).

²¹⁰ Publicado en DO L 248/9, de 24 de Septiembre de 2015.



SECCIÓN III

ANEXO



3.-ANEXO

3.1.-Ayudas al Sector Financiero: Ámbito Comunitario

El 15 de Septiembre de 2008 y tras la caída del banco de inversiones Lehman Brothers, todos los mercados financieros del mundo occidental se colapsan.

La crisis financiera ya había mostrado sus primeros síntomas pero fue tras la caída del banco, cuando el contagio se comienza a trasladar a los Estados Miembros de la Unión Europea. La solidez que mostraban nuestras entidades financieras comunitarias comienza a tambalearse, y la crisis ya no solo afectaba a las entidades ineficientes sino también a las más sólidas

Por consiguiente, y ante una crisis de tal envergadura, la Comisión tomó una respuesta política (tras el ECOFIN de 7 de Octubre de 2008) por miedo al hundimiento del sistema bancario y a la restricción del crédito. A su vez se temía que esta problemática se trasladase a la economía real.

Las directrices (citadas en la última excepción del presente Trabajo) que se venían aplicando para salvaguardar las entidades financieras, dejaron de ser útiles, porque no solo era necesario proporcionar fondos a las entidades en crisis (criterios específicos) sino a todo el conglomerado financiero de la Unión Europea, con el objetivo de reforzar la solidez y estabilidad del mismo.

Esta respuesta se tradujo en la aprobación por parte de la Comisión de cuatro Comunicaciones²¹¹ entre los años 2008 y 2009²¹², que permitieron otorgar ayudas en base a lo dispuesto en la letra b) del párrafo 3 del 107 TFUE²¹³. La

²¹¹ Véase págs. 13-16 del Informe sobre Política de Competencia 2009. COM (2010) 282 final.

²¹² También se adoptó un plan de recuperación, el 26 de Noviembre de 2008 (COM (2008) 800 final). Este plan de recuperación se basó en dos elementos; establecimiento de medidas a corto plazo para impulsar la demanda, salvar el empleo y restablecer la confianza; “inversión inteligente” para conseguir un mayor crecimiento y una prosperidad sostenida a largo plazo.

²¹³ Para abordar la crisis sistémica que existía en 2009, la Comisión permitió la aprobación de medidas excepcionales tales como intervenciones estructurales de urgencia, protección de derechos de terceros (por ejemplo, acreedores), y medidas de rescate que potencialmente pueden superar los 6 meses. *Vid.* Apartado 2 “Principios generales” de la Comunicación bancaria de 2008.

En principio, y a pesar de la Comunicación, todas las ayudas específicas a entidades bancarias se evaluaban conforme a las Directrices de 2004, relativas al salvamento y reestructuración de



primera Comunicación que se adoptó fue la relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (En adelante Comunicación relativa a los bancos o bancaria²¹⁴).

El objetivo de esta Comunicación²¹⁵ era “...adoptar medidas adecuadas para proteger la estabilidad del sistema financiero...”. Además la Comisión consideró que esas medidas²¹⁶, derivadas de los problemas del sector financiero “...pueden tener que ir más allá de la estabilización de instituciones financieras individuales e incluir a los regímenes generales...”.

La segunda Comunicación, de 5 de Diciembre de 2008, relativa a la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual²¹⁷, “Comunicación sobre recapitalización”. Este comunicado permitió distinguir entre las entidades bancarias en dificultad y las que muestran solidez²¹⁸ y abordar el

empresas en crisis que han estado vigentes hasta el 10 de Octubre de 2014 (se prorrogó a partir de la Comunicación DO C 296, de 2 de Octubre de 2012).

Tras la Comunicación bancaria de 2013, toda ayuda a entidades bancarias es cubierta por esta misma, ya que considera que el sistema bancario está muy interconectado y la liquidación desordenada de una entidad puede tener un fuerte efecto sobre el resto de bancos.

Así lo refleja el fundamento 25 de la Comunicación “Las dificultades de una sola entidad compleja pueden provocar tensiones sistémicas sobre el sector financiero, que, a su vez, también pueden tener un fuerte efecto negativo sobre el conjunto de la economía, por ejemplo, a través de la función de préstamo de las entidades de crédito a la economía real, pudiendo así poner en peligro la estabilidad financiera”. *Ibíd.* pie de página 206.

²¹⁴ Publicada en DO C 270/8, de 25 de Octubre de 2008.

²¹⁵ Esta Comunicación establece que solamente se puede recurrir de forma limitada a la letra b) del precepto citado, cuando exista una perturbación grave de la economía durante una situación de crisis. *Cfrs.* “Los límites a las ayudas al sector financiero”. Carlos Urraca Caviedes.pags.345-368.(2010)

²¹⁶ En la presente Comunicación bancaria se establecen cuatro tipos de medidas sistémicas que son las siguientes; apartado 3 “garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras”; apartado 4 “recapitalización de las instituciones financieras”; apartado 5 “liquidación controlada de las instituciones financieras” y apartado 6 “concesión de otras formas de ayuda a la liquidez”.

²¹⁷ Publicada en DO C 10, de 15 de enero de 2009.

²¹⁸ Las entidades en dificultades son aquellas con problemas endógenos o estructurales derivados de su modelo empresarial o su estrategia inversora. En cambio las entidades solidas son las que se encuentran en dificultades por las circunstancias (grave perturbación económica) y no por su ineficiencia o por su excesivo riesgo.



riesgo sistémico de posible insolvencia. Además las medidas aplicadas en base a esta Comunicación resultaron “...*fundamentales para proporcionar a los bancos una base de capital suficiente, de modo que pudieran continuar desempeñando su papel como prestamistas a la economía real...*”²¹⁹. Este hecho, tuvo como consecuencia, que en 2009 la Comisión aprobase 29 planes de recapitalización a entidades financieras²²⁰.

La tercera Comunicación fue la del 25 de Febrero de 2009, sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario²²¹ “Comunicación sobre activos deteriorados”. Surge a posteriori, con el objetivo de solucionar la problemática del Credit crunch (restricción de crédito), debido al escaso efecto producido sobre el flujo del dinero, de las anteriores Comunicaciones. Tal situación se produce porque las cuentas de las entidades bancarias contemplaban pérdidas producidas por una depreciación del valor de sus activos (situación complicada para otorgar crédito cuando las propias entidades no eran conscientes del grandísimo deterioro de valor de sus activos).

Esta distinción dice la Comunicación sobre recapitalización, se efectúa en función de varios factores;

la adecuación del capital (Requerimientos normativos que se imponen a las entidades relacionados con su fondos propios), los diferenciales actuales de permutas financieras por impago crediticio (CDS o Credit default Swaps, son instrumentos financieros que permiten al comprador asegurarse el reembolso de sus inversiones en aquellos casos en los que la entidad se declare insolvente o en quiebra. La cantidad de CDS emitidas sobre un banco indicaran el riesgo de solvencia de esa entidad), la calificación actual del banco y perspectivas al respecto, así como, entre otras cosas, el tamaño relativo de la recapitalización (La entidades más sólidas solamente deben presentar un plan de viabilidad mientras que las más débiles planes de reestructuración).

²¹⁹ *Op.cit.* Fundamento 14 del Informe sobre la política de competencia de 2009.

²²⁰ El informe mencionado en el pie de página superior recoge las 29 entidades que fueron beneficiarias de medidas de recapitalización y son; ING, KBC, Parex Banka, Anglo Irish Bank, Bank of Ireland, Allied Irish BankFortis, Dexia, Nord LB, IKB, Kaupthing Bank Finland, Ethias, SdB, Banco Privado Português, Hypo Real Estate, WestLB, Fionia, HSH Nordbank, Hypo Tirol, LBBW, Kaupthing Luxemburg, Caisse d'Épargne/Banque Populaire, Mortgage Bank of Latvia, Northern Rock, Commerzbank, Lloyds Banking Group, BAWAG, Hypo Group Alpe Adria y RBS.

²²¹ Publicado en DO C 72, de 26 de marzo de 2009.



En ese sentido, la Comisión realiza a través de expertos una evaluación del valor económico real de los activos, con la finalidad de establecer medidas para liberalizar determinados activos tóxicos²²² que pudieran tener ciertas entidades bancarias. Eso sí, estableciendo que el reparto de las cargas de las ayudas se debe repartir entre el Estado y el beneficiario (Burden Sharing²²³).

Destacar que estas tres primeras Comunicaciones establecen los requisitos previos para la compatibilidad de los principales tipos de ayudas concedidas por los Estados miembros que son; garantías sobre obligaciones, recapitalizaciones y medidas de rescate de activos deteriorados (apartado 1 Comunicación de la Comisión del 7 de diciembre de 2010, del que se hablará más adelante).

²²² En el fundamento 19 del Informe sobre la política de Competencia de 2009, se cita un ejemplo de medidas de liberalización de activos tóxicos.

El paquete de medidas que otorgo tanto el Estado belga como el luxemburgués a la entidad Fortis Bank, "...incluía liberar a Fortis Bank de determinados activos deteriorados. Conforme a la Comunicación sobre los activos deteriorados, Fortis Bank se hace cargo de una parte significativa de las pérdidas, puesto que el precio pagado por el Estado belga para comprar o garantizar los créditos estructurados es considerablemente inferior a su valor económico real. Asimismo, a fin de evitar posibles distorsiones de la competencia, Fortis se comprometió a no expandirse a través de adquisiciones en el mercado bancario en Bélgica y Luxemburgo...".

Ese límite impuesto a la expansión de entidades a determinadas zonas geográficas, forma parte de medidas estructurales autorizadas por la Comisión a determinados bancos, en aras de garantizar la competencia, minimizando el riesgo moral (Se considera que existe riesgo moral cuando los bancos realizan acciones en busca de su propio beneficio, pero sin incurrir en el riesgo que esas acciones acarrearán, sino que ese riesgo lo soporta un tercero "En el caso de la crisis financiera los ciudadanos"). *Ibidem infra* pie de página 226 del presente Trabajo.

²²³ El reparto de las cargas implica que una parte del coste de la medida la asuma el beneficiario (el banco y sus accionistas) y otra la autoridad pública, con el fin de evitar que todo el coste sea asumido por el sector público y a su vez, minimizar el importe de la ayuda estatal.

Véase "Ayudas Públicas al Sector Financiero", (2012) de Eurne Navarro y Luis Moscoso del Prado González.

Establecen (págs.20-21) 4 repercusiones del principio de Burden Sharing;

- En primer lugar, el beneficiario de la ayuda debe abonar una remuneración por las medidas de ayuda recibidas.
- En segundo lugar, las ayudas recibidas por los bancos se deben dedicar de forma completa a la reestructuración de la propia entidad y no a otras actividades, tales como, la utilización de ese fondo con el objetivo de mejorar la competitividad en el mercado.
- En tercer lugar, los beneficiarios también deben aportar capital para la realización del plan de reestructuración, y así conseguir una disminución del importe de la ayuda.
- En cuarto y último lugar, se prohíbe a las entidades destinar la ayuda para remunerar sus fondos propios (capital ordinario y deuda subordinada). Ello implica la prohibición de reparto de dividendos y cupones sobre deuda subordinada (obligaciones, pagares,....).



Sin embargo la cuarta Comunicación enumera las características específicas que ha de poseer un plan de viabilidad o reestructuración, de la que se habla en el párrafo siguiente.

Esta última Comunicación aprobada por la Comisión en el periodo 2008-2009, corresponde a “la Comunicación de reestructuración” o lo que es lo mismo, la Comunicación sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales²²⁴. Su objetivo prioritario es que “...*Cuando una institución financiera haya recibido ayuda estatal, los Estados miembros deberán presentar un plan de viabilidad o un plan de reestructuración más radical con el fin de confirmar o reestablecer la viabilidad a largo plazo de cada banco sin depender de la ayuda estatal. Se han establecido criterios para acotar en qué condiciones puede necesitar un banco una reestructuración más profunda²²⁵ y cuándo son necesarias medidas que compensen el falseamiento de la competencia ocasionado por la ayuda...*”

No obstante, podemos observar dos requisitos fundamentales que son; el restablecimiento de la viabilidad a largo plazo (ser capaz de operar en el mercado obteniendo rendimientos a través de tus fondos propios y una vez se haya cubierto los costes de la ayuda) y la limitación del falseamiento de la competencia²²⁶.

En principio, el carácter de estas Comunicaciones era temporal, pero el traslado de la crisis económica a la economía real, tuvo como consecuencia la elaboración de más comunicados²²⁷ (los bancos estaban hacinados en un

²²⁴ Publicada en DO C 195/9, de 19 de Agosto de 2009.

²²⁵ El grado de reestructuración varía en función de los problemas específicos de cada banco.

²²⁶ Véase apartado 4 de la citada Comunicación. Para evitar distorsiones en la competencia se pueden aplicar medidas efectivas y proporcionales o medidas estructurales.

²²⁷ A pesar de que en 2009, la Comisión elaboró un Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera. (DO C 83/1, de 7 de Marzo de 2009)



proceso de desapalancamiento y no tenían fondos suficientes para prestar, todo ello unido a una falta de confianza hacia el mercado financiero descomunal).

Por ello, el 7 de diciembre de 2010, se aprueba la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera²²⁸. (Comunicación prorrogativa)²²⁹.

La meta principal fue la mantener la aplicabilidad de la excepción 107.3 b), en la concesión de ayudas públicas destinadas a las entidades financieras. La Comisión seguía considerando, por aquel entonces, que se seguían cumpliendo las condiciones para autorizar ayudas estatales con arreglo a la excepción letra b) y más aún, con la aparición en ese año de los problemas de la deuda soberana (crisis de deuda pública). Por ese motivo, la Comisión prorrogó las 4 Comunicaciones, en concreto la Comunicación de reestructuración que era la única que tenía fecha de expiración el 31 de Diciembre de 2010²³⁰, hasta el 31 de Diciembre del año posterior.

Así mismo, la Comisión en 2011 vuelve a adoptar otra Comunicación²³¹ (sexta desde que empezó la crisis), sobre la aplicación, a partir del 1 de enero de 2012,

Este Marco era más ambicioso que el plan de recuperación (pie de página 212), facilitando aún más, el acceso a financiación a los bancos. Este marco se constituye para establecer las condiciones que tienen que asumir cualquier forma de ayuda estatal.

Fue modificado dos veces; una en Octubre (DO C 261, de 31 de Octubre de 2009) donde introdujo un importe máximo de 15 mil euros al sector agrícola y en Diciembre (DO C 303, de 15 de Diciembre de 2009), con el fin de introducir algunas precisiones específicas, en concreto, sobre las ayudas en forma de garantías.

²²⁸ Publicado en DO C 329/7, de 7 de Diciembre de 2010.

²²⁹ Paralelamente a esta Comunicación, se aprobó otro Marco, <<Marco temporal de la Unión aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera>> (DO C 6/5, de 11 de Enero de 2011). *Vid.* Pie de página 227.

Modifica el anterior, aunque sigue limitando la ayuda por empresa en 500 mil euros. Vigente hasta el 31 de diciembre de 2011.

²³⁰ A su vez, la Comisión intento dar una respuesta sobre las ayudas de salvamento y reestructuración otorgadas en virtud del 107.3 letra c). La Comisión en este Comunicado estableció que las Comunicaciones se deben ir adaptando para el periodo posterior a la crisis.

²³¹ Publicado en DO C 356, de 6 de Diciembre de 2011.



de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera.

Como dijimos en la otra Comunicación, el problema asociado de la deuda soberana en los Estados Miembros es cada vez mayor y esto conlleva a que la Comisión adopte el sexto Comunicado para prorrogar las 4 Comunicaciones iniciales.

Todo ello, a pesar de que en Octubre de 2011, en la reunión de los jefes de Gobierno de la UE²³², se adopta el “paquete bancario”, imponiendo a las entidades bancarias un coeficiente de capital, equivalente al 9% del capital de máxima calidad *“...una vez contabilizada la valoración de mercado de las exposiciones a la deuda soberana, a fin de crear una protección temporal, justificada por las circunstancias de excepción...”*.²³³, con el objetivo de reestablecer la confianza de los mercados financieros. Además se permite a las entidades obtener financiación a plazo (medio y largo plazo, ya que a corto plazo, los bancos obtienen financiación del Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales).

No obstante estas medidas no tienen el efecto deseado y en 2013 se aprueba la Comunicación sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera «Comunicación bancaria²³⁴», que sustituye

²³² Declaración de los jefes de gobierno:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/125625.pdf.

²³³ Véase apartado 4 de la Declaración del pie de página anterior. En este sentido, la supervisión la realizará la Autoridad Bancaria Europea (ABE).

²³⁴ Esta Comunicación (DO C 216/1, de 30 de Julio de 2013) sustituye;

1. *“...sustituye la Comunicación bancaria de 2008 y proporciona orientación sobre los criterios de compatibilidad aplicables al apoyo a la liquidez;*
2. *adapta y complementa las Comunicaciones sobre recapitalización y rescate de activos deteriorados;*
3. *complementa la Comunicación sobre reestructuración proporcionando orientación más detallada sobre el reparto de cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados;*
4. *establece el principio de que no puede adoptarse ninguna medida de recapitalización o de protección de activos sin autorización previa de un plan de reestructuración, y propone un procedimiento para la actualización permanente de tales medidas;*



a la de 2008. Estas directrices son las últimas adoptadas por la Comisión en materia de salvamento y reestructuración de entidades bancarias, y por tanto, toda ayuda estatal concedida a una entidad financiera se le aplicará los principios recogidos en esta Comunicación (cuyo objetivo es el de garantizar estabilidad financiera en el mercado de capitales, limitando en lo máximo posible distorsiones o falseamientos de competencia)

3.2.-Comentario respecto a las ayudas estatales otorgadas a las entidades: ámbito comunitario

Vaya por delante, que el inicio de la crisis se debe a un excesivo apalancamiento de las entidades financieras y que la burbuja inmobiliaria (junto a una elevada titulización de activos) solo fue el factor desencadenante de lo que conocemos como “momento Minsky²³⁵”.

Este momento se produce cuando las entidades están tan excesivamente endeudadas que una burbuja o recesión genera tal preocupación en los prestatarios sobre el riesgo de un excesivo endeudamiento, que se ven obligados a desapalancarse o reducir su deuda. Por consiguiente se produce la inestabilidad financiera.

La Comisión, ante esta situación alarmante, intentó dar una respuesta rápida y en principio eficaz, otorgando fondos a las entidades para que comenzasen sus procesos de desapalancamiento, garantizando la compra de muchos de sus activos tóxicos (además así se evita la espiral deflación-deuda de Fisher <<cuanto más pagan los deudores más deben>>), debido a que las entidades no pueden salir de su apalancamiento vendiendo sus activos en el mercado, porque los precios de esos activos bajan (al venderse los activos de la mayoría de entidades financieras), se las obliga a vender forzosamente otros activos que

5. *proporciona orientación sobre los requisitos de compatibilidad aplicables a las ayudas a la liquidación...*”

²³⁵ Economista estadounidense neokeynesiano.



en principio no era necesaria su venta para hacer frente a la deuda y se generan pérdidas irrecuperables²³⁶).

También es necesario resaltar, a favor de las ayudas, que consiguieron evitar el hundimiento del sistema bancario europeo, garantizando dentro de sus posibilidades una elevada estabilidad financiera y minimizando o limitando las distorsiones sobre la competencia entre Estados Miembros o entre entidades financieras. Al fin y al cabo, permitieron normalizar el funcionamiento del mercado.

Pero también existe una serie de inconvenientes al otorgar ayudas estatales.

El primero y más importante es que la utilización de la excepción por parte de la Comisión de la letra b) del 107.3 TFUE para otorgar ventajas económicas, incumple el principio fundamental de libre competencia o libre mercado.

Otro inconveniente en la concesión de fondos públicos, es que estos pueden ocasionar el famoso fenómeno conocido como “riesgo moral”. El ejemplo más característico es el siguiente; si yo soy un banco y sé que el Estado me va a rescatar independientemente de si mis inversiones son más o menos arriesgadas, entonces realizaré las más arriesgadas obteniendo beneficios si salen bien o socializando las pérdidas si salen mal. (Vulnerándose el libre mercado y uno de los principios fundamentales del ECOFIN << los Estados miembros se mantendrán vigilantes por lo que respecta a los intereses de los contribuyentes>> *Vid. Infra* pie de página 242, punto III).

El último inconveniente tiene que ver con la enorme inyección de liquidez de las ayudas estatales sobre los mercados de capitales. Señalar que estas generaron un efecto expulsión o crowding out, sobre el sector privado no financiero. Es decir, se dejó de prestar en gran medida a empresas y familias (economía real), para invertir en bonos o títulos de deuda soberanos (con tipos de interés altos por la falta de confianza de los inversores sobre estos activos, derivado del excesivo endeudamiento tanto público como privado de los Estados Miembros).

²³⁶ Véase págs. 52-55 de “Acabad ya con esta Crisis” Paul Krugman 2012.



Es cierto que la circulación de dinero aumentó con la concesión de fondos (o por lo menos en mayor medida que si no se hubiesen adoptado), pero también contribuyó al efecto expulsión como señalo en el párrafo anterior, retardando aún más si cabe la recuperación económica en la zona euro (Desde 2008 hasta 2013, se aprobaron 7 Comunicaciones relativas al salvamento tanto de las entidades y los mercados como de la economía).

No obstante, emitir un juicio de valor sobre tal situación es una tarea ardua (la economía no es una ciencia exacta, existen tanto ventajas como inconvenientes). Solamente se puede verificar que a través de esta excepción (letra b)) se incumple uno de los principios rectores de la integración comunitaria “la libre competencia” (las ayudas a entidades bancarias se deben conceder con arreglo a la letra c) del precepto citado sino se desnaturaliza el régimen de ayudas)

3.3.- Ayudas Estatales a las entidades bancarias españolas

El Estado Español ante la crisis que asolaba a Europa, decidió tomar cartas en el asunto, constituyendo el Fondo de Adquisición de Activos Financieros²³⁷ y el programa de avales²³⁸ a la financiación de las entidades de crédito en 2008.

No obstante, también se incrementó el importe máximo del Fondo de Garantía de Depósitos (FGD)²³⁹, pudiéndose usar no solo para garantizar los depósitos

²³⁷ Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de Octubre, por el que se crea el Fondo para la adquisición de activos financieros. Publicado en BOE núm. 248, de 14 de Octubre de 2008.

²³⁸ Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de Octubre, de medidas urgentes en materia Económico-Financiera en relación con el plan de acción concertada de los países de la zona euro. Publicado en el mismo número del BOE que el Real Decreto del pie de página anterior<<BOE núm. 248, de 14 de Octubre de 2008>>.

²³⁹ Real Decreto 1642/2008, de 10 de Octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2696/1996 (BOE núm.302, de 21 de Diciembre de 1996), de 20 de Diciembre, del Fondo de Garantía de Deposito de entidades de crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de Agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores (BOE núm. 186, de 4 de Agosto de 2001).
Publicado en BOE núm. 246, de 11 de Octubre de 2008.

El Real Decreto de 2008 incrementó el límite del importe de los depósitos que se garantiza a todo inversor (hasta los 100 mil euros) y para ello modificó el artículo 7.1 del Real Decreto de 1996 (importe límite equivalente en pesetas a 20 mil Ecus). No obstante el límite fijado por el artículo 6.1 el Real Decreto de 2001, no hizo falta modificarlo, ya que también era de 100 mil euros por titular y entidad.



de los inversores sino para el rescate de otras entidades bancarias²⁴⁰ (En esta época, coexistían tres Fondos de Garantías; el de los bancos, cajas y cooperativas de crédito, hasta que se sustituyó por un único Fondo en 2011²⁴¹)

Estas tres medidas se elaboraron al amparo de la Comunicación bancaria aprobada por la Comisión en 2008 (Véase apartado 3.1 del trabajo) y el ECOFIN de 7 de Octubre²⁴².

²⁴⁰ Señalar que el artículo 10 del Real Decreto de 1996, ya permitía el rescate de entidades bancarias con el capital disponible en el fondo. Dice el art.10.1 *“...Excepcionalmente, cuando la situación de una entidad de crédito, según la información facilitada por el Banco de España, sea tal que haga previsible que el fondo quede obligado al pago, conforme a las causas previstas en el artículo 8 del presente Real Decreto, el fondo podrá adoptar medidas preventivas y de saneamiento tendentes a facilitar la viabilidad de la entidad para superar la situación de crisis, en el marco de un plan de actuación acordado por la entidad y aprobado por el Banco de España...”*

²⁴¹ A partir del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de Octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Publicado en BOE núm. 249, de 15 de Octubre de 2011.

Sigue manteniendo las mismas condiciones que los tres Fondos como así lo refleja su artículo 2 *“el Fondo tendrá por objeto la realización de actuaciones que refuercen la solvencia y funcionamiento de una entidad en dificultades, en defensa de los intereses de los depositantes, del propio Fondo y del conjunto del sistema integrado por las entidades de crédito adheridas al mismo”*, además declara disueltos *“Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro, el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, cuyos patrimonios se integrarán en el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito”*

²⁴² El Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea, formado por los ministros de economía y hacienda de los 28 países miembros, estableció una serie de principios para el rescate bancario que fueron los siguientes (página 1 de la Comunicación bancaria de 2008);

- I. El periodo de las ayudas debe ser temporal;
- II. los accionistas de las entidades financieras deberán soportar las consecuencias de la intervención;
- III. los Estados Miembros vigilarán los intereses de los contribuyentes;
- IV. los intereses de los competidores deberá protegerse mediante normas de competencia;
- V. los Estados Miembros tendrán potestad para intervenir en la remuneración y para realizar un cambio de dirección de la política de ayudas ;
- VI. se debe eludir cualquier efecto negativo.



Dicho esto, el Fondo de Adquisición de Activos Financieros se dotó (*Vid.* Artículo 2 del Real Decreto 6/2008) con un importe de 30 mil millones de euros (ampliables hasta los 43.250 mil millones de euros²⁴³).

Como la finalidad es la de garantizar la estabilidad del mercado financiero, toda ayuda a este sector (que respete los principios impuestos en las Comunicaciones) es compatible con el mercado común. Por consiguiente la utilización de este Fondo no se consideró (a efecto de la ley 30/2007 de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público), como un mecanismo del sector público.

Por otra parte, el gobierno tuvo que facilitar múltiples instrumentos financieros (avales, seguros....) para garantizar las emisiones de nueva deuda bancaria a medio plazo. Para ello elaboró el programa de avales²⁴⁴ con una vigencia de un año.

En definitiva, ambas disposiciones se aprobaron con la intención de alcanzar una serie de objetivos que son; facilitar el acceso a financiación a las instituciones financieras; fijar mecanismos que permitan proveer de recursos de capital adicional a las entidades financieras para garantizar el funcionamiento de la economía; permitir que la normativa contable sea lo más flexible posible para adecuarse a los cambios; y reforzar y mejorar los mecanismos de coordinación entre los países europeos²⁴⁵.

Como ya hemos analizado en el apartado 3.1 del Anexo (A partir de 2008, comienzan a alternarse periodos de crisis y recesión (dos trimestres seguidos de crecimiento negativo) en todo Europa), los resultados de estas tres medidas no tuvieron los efectos deseados.

²⁴³ La financiación de este Fondo fue a través de los presupuestos generales del Estado salvo una parte que se financió con deuda pública. (*Cfrs.* Artículo 2.2 del Real Decreto citado).

²⁴⁴ En el periodo de aprobación (2008), los avales podían tener un importe de hasta 100 mil millones de euros (superior al importe de 368 millones reflejado en el artículo 54 de la ley 51/2007, de 26 de Diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2008).

²⁴⁵ *Op.cit.* Real Decreto-ley 7/2008



Es cierto que en 2009 los bancos españoles se mantuvieron más resistentes, ya que contaban con tres instrumentos para afrontar crisis individuales de una serie de entidades bancarias (Todo ello, unido a que la crisis bancaria que padecían los bancos europeos no había sacudido en España).

En este sentido, el gobierno español no pecó de confianza (El Estado consideró que era necesario tener previstos instrumentos adicionales, para hacer frente a riesgos sistémicos potenciales, ya que Europa se encontraba en una situación anormal) y en 2009, constituyó una nueva institución llamada FROB (Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), a través del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de Junio²⁴⁶.

Su meta principal consistía (consiste, ya que actualmente está en vigor²⁴⁷) en otorgar recursos propios a entidades en dificultades al igual que los tres Fondos de Garantías (actualmente llamado Fondo de Garantías de Depósitos de Entidades de Crédito²⁴⁸), por ello tienen el mismo régimen jurídico aplicable.

²⁴⁶ Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de Junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Publicado en BOE núm. 155, de 17 de Junio de 2009.

²⁴⁷ Real Decreto 1012/2015, de 6 de Noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE núm. 146, de 19 de Junio de 2015), y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito. Publicado en BOE núm. 267, de 7 de Noviembre de 2015.

²⁴⁸ Véase pie de página 241.

El Real Decreto 1012/2015 modifica lo dispuesto en el Real Decreto de 1996 respecto a los Fondos de Garantías. El Real Decreto de 2015 en sus disposiciones finales refleja las modificaciones que realizó la ley 11/2015 sobre el Real Decreto 16/2011.

La modificación más importante se produce en la base de cálculo de las aportaciones de las entidades bancarias al fondo. Es decir, la base de cálculo de las aportaciones “...no vendrá determinado por el volumen total de los depósitos susceptibles de ser cubiertos por el Fondo sino por la cuantía efectivamente garantizada de estos...”.

Sigue manteniendo el importe máximo en 100 mil euros por titular y entidad, así lo refleja el artículo 7 bis del Real Decreto de 2015. Ej.: si un depositante posee una cuenta de ahorro de 90 mil euros y una cuenta corriente con 20 mil euros, solo se le reembolsarán 100 mil euros.

Todo esto se produce porque la Unión Europea quiere conseguir una armonización mínima (en los mecanismos de financiación de los sistemas de garantía y en el alcance a los depositantes cubiertos) en los sistemas de garantía de depósitos (garantizando la protección de los depositantes frente a situaciones de insolvencia de una entidad de crédito), tal como se establece en la Directiva 2014/49/UE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 16 de abril de 2014. (DO L 173/149, de 12 de Junio de 2014).



(Actualmente ambos se regulan conforme al Real Decreto 11/2015. De ahí que tengan el mismo tratamiento a efectos fiscales. Además el FROB²⁴⁹ contaba en 2009 con una dotación mixta, una parte procedente de los Presupuestos Generales del Estado y otra del Fondo de Garantía de Depósitos²⁵⁰)

En 2012, la crisis comienza a tener efectos sobre el mercado de capitales español, obligando al gobierno a solicitar asistencia financiera para la recapitalización y reestructuración de sus entidades bancarias a través del mecanismo de Facilidad Europea de Estabilidad Financiera (FEEF), tal como se señala en el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, de 23 de Julio²⁵¹.

En cuanto a las aportaciones al Fondo de depósitos, son aportaciones anuales “...cuyo importe será de hasta un máximo del 2 por mil de los depósitos a los que se extiende su garantía...” (art.6.2 del Real Decreto 16/2011).

No obstante, cabe señalar que las aportaciones al compartimento de garantía de valores, serán del “...5 por 100 del valor de cotización del último día de negociación del año, en el mercado secundario correspondiente, de los valores garantizados, según lo definido en el artículo 4.2, existentes al final del ejercicio...”. Se ingresarán en la cuenta del Fondo del Banco de España.

²⁴⁹ Es una entidad pública sometida al ordenamiento privado salvo que actué a través del Derecho de la Unión Europea o realice acciones en función de la potestad que le atribuye la ley 11/2015.

²⁵⁰ En 2009, El FROB contaba con una dotación de 9 mil millones de euros, de los cuales, 6.750 millones de euros eran con cargo a los presupuestos generales y 2.250 millones de euros de los tres Fondos de Garantías.

Actualmente el FROB cuenta con un Fondo de Resolución Nacional como mecanismo de financiación y sigue dotado con 9 mil millones de euros.

Puede obtener fondos emitiendo títulos de renta fija, recibiendo préstamos, etc....en definitiva puede realizar cualquier operación de endeudamiento.

Sin embargo el apoyo financiero otorgado por el FROB no debe superar el 2% de los activos ponderados por riesgo de las entidades beneficiarias del apoyo. Salvo que se cumplan tres condiciones; Rebaja en la calificación crediticia que tenga como consecuencia una mayor barrera en el acceso al mercado financiero, costes de desinversión de duplicidad de instalaciones o de rediseño de los modelos de negocio; costes derivados de pérdidas de eficiencia surgidos durante el proceso de integración. (Véase informe del FROB en la página www.frob.es)

²⁵¹ Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012. (Publicado en BOE núm. 296, de 10 de Diciembre de 2012).

Una vez que se solicita los fondos (el FMI también aporta capital al FEEF), la troika (FMI- Comisión Europea- BCE), supervisará los avances realizados y el cumplimiento del programa económico impuesto al Estado correspondiente, en este caso, España.

En la actualidad, el mecanismo utilizado para garantizar la estabilidad financiera es el MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad), tras la Cumbre de la Eurozona, compuesta por los jefes de estado y gobierno de la UE, celebrada el 29 de Junio de 2012.



Conviene apuntalar, que tras la aprobación del Memorando, España aceptó cumplir una serie de condiciones, tales como, los compromisos y obligaciones establecidos por el Programa de Déficit excesivo y las recomendaciones para corregir sus desequilibrios macroeconómicos.

La cuantía de la asistencia financiera fue de 100 mil millones de euros, que se otorgaron al FROB (a través de un Fondo de recapitalización bancaria) para comenzar la recapitalización bancaria. (Destacar la constitución de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria externa (Sareb), para adquirir aquellos activos problemáticos que tengan las entidades en sus balances²⁵²)

En realidad, el FROB ya había inyectado capital en algunas entidades bancarias españolas; BFA/ Bankia, Catalunya Caixa, NCG Banco y Banco de Valencia (Pero fue a partir de 2012 cuando los importes de las ayudas bancarias fueron muy elevados²⁵³).

Las entidades que habían sido rescatadas por el FROB formaron parte del grupo 1, para recibir asistencia financiera del FEEF. En este sentido, se estableció, por tanto, una clasificación para conocer quien son los beneficiarios del rescate (Clasificación impuesta por el Memorando en función de la prueba de resistencia y de los planes de recapitalización).

La clasificación impuesta fue la siguiente (*Vid.* Pág.6 del Memorando);

- Grupo 0: Entidades sólidas, que no necesiten beneficiarse de esta medida y que no presenten déficit de capital.

²⁵² Estos activos problemáticos son los siguientes; los préstamos derivados de las promociones inmobiliarias y los activos recibidos en pago de deudas.

Ibidem "Sociedad de Gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria" FROB, Diseño general (16 de Noviembre de 2012).

²⁵³ Véase Antecedentes de hecho de la Resolución de 17 de abril de 2015, de la Comisión Rectora del FROB, por la que se acuerda la transmisión de 640 millones de acciones de Catalunya Banc SA, titularidad del Fondo de Garantías de depósito de Entidades de Crédito. (BOE núm. 96, de 22 de Abril de 2015).



- Grupo 1: Como ya hemos citado, aquel grupo rescatado por el FROB.
- Grupo 2: los bancos que presenten déficit de capital y como consecuencia, no puedan hacer frente a ese déficit mediante el mercado financiero, siendo necesario para su funcionamiento la concesión de ayudas estatales.
- Grupo 3: Presentan déficit de capital, pero cuentan con planes de recapitalización, que les permite obtener financiación de inversores privados sin tener que recurrir a ayudas estatales²⁵⁴.

En el caso de los bancos que conforman el grupo 1, el plan de reestructuración se elabora de forma conjunta entre las autoridades españolas y la Comisión. En el caso del Grupo 2, la autoridad española será la encargada de presentar ese plan. No obstante ambos grupos dependen de la autorización de la Comisión (plan de resolución) para que les sean otorgadas las ayudas correspondientes.

Para finalizar este apartado y una vez precisado los instrumentos de rescate utilizados por el Estado Español, señalar que las ayudas recibidas desde 2009 hasta la actualidad, ascienden a 61.495 millones de euros (53.553 millones aprobados por el FROB y 7.942 millones aprobados por el FGD²⁵⁵).

3.4.-Comentario respecto a las ayudas otorgadas a las entidades de crédito españolas

²⁵⁴ Existen dos subgrupos en el grupo 3 que son los siguientes;

- I. Bancos que presenten una necesidad de capital equivalente a más del 2% de sus activos ponderados por riesgo. (En caso de no conseguir ese capital a través de fuentes privadas, la recapitalización se hará en su totalidad o de forma parcial por medio de bonos en acciones ordinarias o Cocos)
- II. Bancos que presenten una necesidad de capital, pero que sea menor al 2% de sus activos ponderados. (En caso de no conseguir ese capital, la recapitalización se hará por medio de ayuda estatal)

No obstante, Véase pág. 23 de “Ayudas Públicas al Sector Financiero”, de Edurne Navarro y Luis Moscoso. (2012).

²⁵⁵ Se ha recuperado 2.666 millones de los bancos; Caixa Banc; Catalunya Banc; NCG (Nova Galicia) y Liberbank.

Loc.cit. Nota informativa sobre ayudas públicas en el proceso de reestructuración del sistema bancario español (2009-2015). Banco de España (4 de Mayo de 2015).



Conviene separar los comentarios respecto a los fondos estatales otorgados a las entidades financieras. Es cierto, que todas las ayudas concedidas se establecen conforme al Tratado de Funcionamiento y a los respectivos instrumentos normativos con lo que cuentan las instituciones europeas (Consejo, Parlamento y en concreto la Comisión).

Aun así, creo que el caso Español merece un comentario aparte.

Si bien, los instrumentos normativos relativos a la concesión de las ayudas públicas, fueron interesantes (Por lo menos en los primeros compases de la crisis), ya que garantizaron una mayor solidez de las entidades bancarias nacionales en comparación con las del resto de Europa.

No obstante, esa solidez se desmoronó, cuando se produjo el primer rescate bancario a CajaSur, en 2010. Era el primer aviso de que la banca española era un gigante con pies de barro, aunque se intentó tapar con determinadas fusiones entre las distintas Cajas de ahorro (Caja Duero- España; Caixa Galicia y Caixa Nova crean NCG; etc.....).

Sin embargo fue en 2012 cuando la incertidumbre de los mercados se contagió al resto de entidades financieras, cuando Bankia declara que sufre pérdidas multimillonarias. (El principal rescate a Bankia se recoge en la resolución de 26 de diciembre de 2012, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda la emisión por Bankia, SA de instrumentos convertibles en acciones ordinarias de la entidad, en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo Banco Financiero y de Ahorros, aprobado el 27 de noviembre de 2012²⁵⁶).

²⁵⁶ (BOE núm.311, de 27 de Diciembre de 2012).

El importe total de rescate a BFA-Bankia fue de 22 mil millones de euros de 2012 hasta 2015. En la resolución citada se recoge el principal rescate recibido por Bankia que fue de 17.959 millones de euros (con arreglo a ley 9/2012, de 14 de Noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito <<BOE núm. 275, de 15 de Noviembre de 2012).

De los casi 18 mil millones, 13.459 millones provienen de inyecciones de liquidez del FROB a BFA. El desembolso recibido por el FROB no fue a través de aportaciones dinerarias sino en valores emitidos por el MEDE (Mecanismo de estabilidad europea). El restante, sin embargo, solamente es una sustitución de valores de deuda pública valorado en 4.500 millones de Euros que el FROB ya había otorgado a BFA, en valores del MEDE (El Estado se guardó un porcentaje de la participación en BFA).



Como consecuencia, se produce una falta de confianza total de los inversores hacia el mercado financiero e incluso hasta a la propia economía española (Se dispara la prima de riesgo). España, por tanto pide el rescate del FEEF (*Vid.* Apartado anterior, 3.3.), a través del Memorando, y pasa a estar bajo supervisión de la Troika.

Al pasar a estar bajo supervisión europea (Comisión y BCE) e internacional (FMI), comienza un periodo de corrección, tanto de desfases del déficit como de las condiciones macroeconómicas (nivel de precios, tipo de interés,), dando lugar a una situación más normal que perdura hasta la actualidad (aunque aún estamos pagando los platos rotos).

Señalar que una parte de la ayuda otorgada por el FROB, se realizó a través de CoCos (Bonos contingentes convertibles, emitidos por BFA).

La otra a través de inyecciones en valores del MEDE, ya que el FROB era también propietario de BFA.

Véase apartado IV Conclusiones.



SECCIÓN IV

CONCLUSIONES



4.-CONCLUSIONES

Es lógico que el lector se pregunte el “por qué” de mi elección de la frase recogida en la introducción del Trabajo.

En el ensayo hemos comprobado los requisitos que conforman el concepto de ayuda pública; Se trata de una ventaja patrimonial, concedida por el Estado o a través de fondos públicos, que favorece a determinadas empresas y como consecuencia, genera una distorsión actual o potencial en la competencia.

Si aplicásemos este concepto de forma estricta, la mayoría de las empresas no obtendrían un funcionamiento correcto en el mercado debido a que muchas necesitan ayudas para funcionar y ser competitivas.

Así parece reflejarlo la normativa comunitaria, concediendo excepciones en la otorgación de ventajas estatales.

Ello significa, que a pesar de que la Unión Europea busque un principio utópico que es la libre competencia (sin la intervención del Estado en la economía, se incentiva la inversión y a eficiencia en la asignación de recursos), no puede dejar que la economía y los puestos de empleo, dependan de la confianza de los inversores en uno u otro sector productivo.

Por lo tanto, concede determinadas ayudas compatibles por ley (ayudas a consumidores, a paliar los efectos de desastres naturales u otros acontecimientos excepcionales y a reducir la desigualdad entre regiones alemanas “Esta excepción terminará desapareciendo”), ayudas que pueden llegar a ser compatibles (ayudas regionales, horizontales, sectoriales, de promoción de la cultura, o las que decida el Consejo) y por si fuera poco, ayudas pertenecientes a los criterios de horizontalidad, que tras el estallido de la crisis pasan a ser reguladas conforme a la excepción b) del 107.3 Tratado.

También existen ventajas concedidas que no son consideradas como tal, ya se deba por su poco importe (minimis) o porque se destinen a sectores con disposición específica (agricultura, transporte y empresas SIEG).



Por consiguiente, da la impresión de que la base jurídica de la Unión Europea haya leído la frase de Kalecki “...*Si existe poca confianza de los inversores en la economía, la inversión privada declina, lo que se traduce en una baja de la producción y el empleo...*”.

A tal fin, la conclusión que se puede obtener es que, debe existir competencia en los mercados en la medida de lo posible pero siempre teniendo al Estado como instrumento de regulación y como un salvaguarda ante ciertos problemas económicos.

No obstante, el problema de contar con una salvaguardia pública radica en el coste de las ayudas, es decir, quien soporta los costes asociados del otorgamiento de un beneficio a una empresa, la propia empresa o los contribuyentes.

Todo parece apuntar a que los ciudadanos son los que han asumido los costes del rescate.

Un claro ejemplo de ingeniería fiscal que ha permitido que los contribuyentes asuman los costes del rescate y no las entidades financieras, es el siguiente, a saber:

El gobierno estableció en 2012 a través del Real Decreto-ley 2/2012, un nuevo instrumento fiscal para recatar a los bancos, los llamados CoCos (bonos contingentes convertibles), que son títulos de deuda emitidos por la entidad que va a ser rescatada y que los adquiere el Estado, recibiendo un tipo de interés en torno al 8%. A simple vista, puede resultar beneficioso para la autoridad pública, pero el inconveniente surge cuando las entidades rescatadas comienzan a obtener pérdidas, disminuyendo su capital hasta un cierto nivel, entonces esos bonos pasan a convertirse en acciones (obviamente el precio de las acciones será muy inferior a lo invertido, ya que la empresa se encuentra en una situación complicada).

En definitiva, sea como fuere, desde el inicio de la crisis, el sector público ha invertido 53 mil millones mediante el FROB (entidad pública), de los cuales, solo se han recuperado 2 mil millones. Quiere decir que los contribuyentes han



pagado el rescate de los bancos españoles, a pesar de que se incumplen dos disposiciones básicas; el artículo 4 de la ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que señala que los primeros en soportar las pérdidas son los accionistas, cuotapartícipes o socios y el artículo 1753 del Código Civil *“El que recibe en préstamo, dinero y otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”* . Al final se desnaturaliza el famoso Burden Sharing o reparto de cargas (tanto el Estado como las entidades deben soportar el coste del rescate, en el caso nacional ha sido el Estado) impuesto por la Comisión.



SECCIÓN V

BIBLIOGRAFÍA



5.-BIBLIOGRAFÍA

5.1.-FUENTES DOCTRINALES:

Da Cruz Vilaça, José Luís “Regímenes fiscales y ayudas estatales: los límites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia”. Págs. 230-245. ” El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis. FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO Marcial Pons.2010.

Rodríguez Curiel, José-Wenceslao “Compatibilidad con el Mercado Común de las Ayudas de Estado a Empresas Públicas (Artículo 92.3 del tratado de la CEE)” Revista de Administración Pública Núm. 122. Mayo-agosto 1990. Págs.409-438.

Estoa Pérez, Abel “La Regulación de las Ayudas de Minimis en el Derecho Comunitario”. Revista de Derecho Comunitario Europeo ISSN 1138-4026, núm. 27, Madrid, mayo/agosto (2007), págs. 623-636.

Cárdenas Ortiz, Rosa “Las Ayudas de Estado y el Derecho Comunitario” Instituto de estudios fiscales. Inv. Jurídica nº 3/03. Págs.13-137.

Estoa Pérez, Abel “El Control de las ayudas de Estado” Iustel, Madrid, 2006.

Juan Arpio Santacruz “Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad: Las ayudas públicas”. Págs. 420-602.2014 Tirant lo Blanch.

Guillem Carrau, Javier “La PAC tras el Tratado de Lisboa: Procesos Legislativos ordinarios y actos de ejecución” Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 20 2011. ISSN: 1695-1085. Págs. 43-89.

Pérez-Bustamante, Jaime y Fredrik Löwhagen “Ayudas estatales para la Reestructuración empresarial” El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis. FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO Marcial Pons.2010.Págs.297-318.

Diputación Foral de Vizcaya “Concepto de Ayuda Estatal en la Unión Europea y Normativa Reguladora”, 2009. Págs.1-6.

Quijano González, Jesús “Las Ayudas Públicas: Evolución y Situación Actual”. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, nº11, 1 de Julio de 2012, Editar LA LEY.

Urraca Caviedes, Carlos “Los límites a las ayudas al sector financiero”.págs.345-368. El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis. FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO Marcial Pons.2010.

Uría, Francisco “Crisis financiera, mecanismo de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y derecho de la competencia”. Págs.85-108, Banco de España “Estabilidad financiera” núm.18. 2010.

Navarro, Edurne y Moscoso del Prado González, Luis “Ayudas Públicas al Sector Financiero”. Págs. 18-25, Especial reformas estructurales / Extraordinario-2012.



Krugman, Paul "Acabad ya con esta Crisis". 2012. pp. 263.

Quijano, Jesús "Política de ayudas otorgadas por el Estado". Pág.204-233 "Políticas Comunitarias" 2002.

Alias Cantón, Manuel. Tesis doctoral "Los beneficios fiscales en el ámbito del derecho tributario local" Universidad de Almería (2013) pp. 959.

5.2.-FUENTES JURISPRUDENCIALES

5.2.1.-Sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 31 de marzo de 1998, de la empresa Preussag Stahl AG (Asunto T-129/96).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 12 de diciembre de 2002, de la empresa siderúrgica Cockerill Sambre SA (Asunto C-5/01).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de Julio de 2003, en el asunto C-280/00, entre Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg y Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2002 (asunto C-482/99), relativa a la empresa Stardust Marine.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de Marzo de 1993, en los asuntos C-72/91 y 73/91, de Sloman Neptun.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de Diciembre de 1992, en el asunto C-17/91.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de Marzo de 1977, en el asunto 78/76.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de Marzo de 1991, en el asunto C-305/89.

Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda ampliada) de 7 de noviembre de 2014, en el asunto T-399/11.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de Noviembre de 1984 (asunto 323/82, SA Intermills).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de Febrero de 2003, en el asunto C-409/00.

Sentencia del Tribunal de 17 de Septiembre de 1980, asunto 730/79, Philip Morris.



Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de Abril de 1998, en el asunto T-214/95.

Sentencia del Tribunal de 4 de Marzo de 2009, Italia/Comisión, en el asunto T-424/05.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de Febrero de 2006, en los asuntos acumulados C-346/03 y C-529/03

Sentencia del Tribunal, de 11 Noviembre de 2004, asunto C-73/03, España/Comisión.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de enero de 2003, en el asunto C-334/99.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de Septiembre de 2000, en el asunto C-156/98.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de Marzo de 2006, en el asunto C-237/04, Enirisorse SpA.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de Octubre de 1980, en el asunto 138/79.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de Marzo de 1992, en el asunto C-174/87, Ricoh Co. Ltd.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995 en el asunto T-459/93.

5.2.2.-Conclusiones de abogados

Conclusiones de los abogados generales VerLoren van Themaat, presentadas en los asuntos acumulados Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will y otros (sentencia de 13 de octubre 1982, 213/81 a 215/81, Rec. p. 3583)

Conclusiones del abogado José Luís Da Cruz Vilaça presentadas el 22 de octubre de 1987 (asunto 63/86).

5.2.3.-Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga

Sentencia 60/2008, de 26 de Mayo de 2008, recurso de amparo 4309-2004

5.3.-OTRAS FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis [Diario Oficial C 244 de 1.10.2004].



Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015. DO L 248/9, de 24 de Septiembre de 2015.

Informe sobre la Política de Competencia 2009.COM (2010) 282 final.

Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España (2015) IAP/CNMC/001/15.

Marco y Comunicación de la Unión Europea. DO C 8/15, de 11 de Enero de 2012.

Decisión de la Comisión. DO L 7/3, de 11 de Enero de 2012.

Documentos de Trabajo de los Servicios de la Comisión (29 de Abril de 2013). SWD (2013) 53 final /2. pp. 237.

Reglamento (UE) nº 360/2012, de la Comisión. DO L 114/8, de 26 de Marzo de 2012.

Reglamento (UE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo. DO L 315/7, de 3 de Diciembre de 2007.

Comunicado de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento nº 1370/2007. DO C 92/1.

Reglamento (CEE) nº 1191/69 del Consejo. DO L 156/1, de 28 de Junio de 1969.

Reglamento (CEE) nº 1893/91, del Consejo. DO L 169/1, de 26 de Junio de 1991.

Reglamento (UE) nº 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. DO L 354/22, de 28 de Diciembre de 2013.

Reglamento (UE) nº 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. DO L 347/671, de 20 de Diciembre de 2013.

Reglamento (CE) nº 320/2006 del Consejo. DO L 58/42, de 28 de Febrero de 2006.

Reglamento (UE) nº 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. DO L 354, de 28 de Diciembre de 2013.



Sexto Código de Ayudas a la Siderurgia. DO L 338, de 28 de Diciembre de 1996.

Ley de Defensa de la Competencia 15/2007. BOE núm. 159, de Julio de 2007.

Tratado Constitutivo de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero).

Tratado Constitutivo de la CEE (Comunidad Económica Europea).

Tratado Constitutivo de la Energía Atómica (EURATOM).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. DO C 325/33, de 24 de Diciembre de 2002 (Versión consolidada).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO C 326, de 26 de Octubre de 2012 (Versión consolidada).

Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícolas y forestales y en las zonas rurales de 2014 a 2020. 2014/C 204/01.

Real Decreto 477/2007. BOE núm. 90, de 14 de Abril de 2007.

Reglamento (UE) nº 1407/2013 de la Comisión. DO L 352/1, de 24 de Diciembre de 2013.

Reglamento (CE) nº 69/2001, de la Comisión. DO L 10/3, de 13 de Enero de 2001.

Reglamento (CE) nº 994/99 del Consejo. DO L 142, de 14 de Mayo de 1998.

Directrices de la Comisión sobre ayudas a las Pyme. DO C 213, de 19 de Agosto de 1992.

Reglamento (UE) nº 717/2014, de la Comisión. DO L 190/45, de 28 de Junio de 2014.

Reglamento (UE) nº 1408/2013, de la Comisión. DO L 352/9, de 24 de Diciembre de 2013.

Reglamento (UE) nº 508/2014, del Parlamento y Consejo. DO L 149/1, de 20 de Noviembre de 2014.



Reglamento (CE) nº 800/2008 de la Comisión. DO L 214/3, de 9 de Agosto de 2008.

Reglamento (UE) nº 2015/1588 del Consejo. DO L 248/3, de 24 de Septiembre de 2015.

Comunicación de la Comisión. DO C 198/30, de 27 de Junio de 2014.

Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión. DO C 257, de 27 de Octubre de 2009.

Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020. DO C 200/1, de 28 de Junio de 2014.

Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional 2014-2020. DO C 209/1, de 23 de Julio de 2013.

Marco aplicable a las ayudas estatales a la Construcción Naval. DO C 317/11, de 20 de Diciembre de 2003.

Comunicación bancaria de 2008. DO C 270/8, de 25 de Octubre de 2008.

Comunicación sobre recapitalización. DO C 10, del 15 de Enero de 2009.

Comunicación de activos deteriorados. DO C 72, de 29 de Marzo de 2009.

Comunicación sobre la reestructuración. DO C 195/9, de 19 de Agosto de 2009.

Comunicación prorrogativa. DO C 329/17, de 7 de Diciembre de 2010.

Comunicación de 2012. DO C 296, de 2 de Octubre de 2012.

Comunicación bancaria de 2013. DO C 216/1, de 30 de Julio de 2013.

Real Decreto-ley 16/2011. BOE núm.249, de 14 de Octubre de 2012.

Real Decreto-ley 6/2008. BOE núm. 248, de 14 de Octubre de 2008.

Real Decreto-ley 9/2009. BOE núm. 155, de 17 de Junio de 2009.

