



---

**Universidad de Valladolid**



# MÁSTER DE ESTUDIOS AVANZADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

“Ayudas públicas y empresas públicas”

Presentado por:

YOLANDA TARRIO REY

Tutorizado por:

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

Valladolid, a 7 de mayo de 2023.

## **Resumen**

Las ayudas de Estado se encuentran prohibidas, como regla general, en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, existen ciertas excepciones, en las que se entiende que éstas no distorsionan la competencia en el mercado interior europeo.

Un caso particular viene constituido por las ayudas públicas a las empresas públicas, otorgadas por las Administraciones Públicas. En este caso, existen fórmulas especiales para respetar la prohibición de ayudas de Estado.

## **Palabras Clave**

Ayudas de Estado, Ayudas públicas, derecho de competencia, inversor privado, acreedor privado, vendedor privado.

## **Abstract**

State aids are prohibited within the European Union, as a general rule. However, there are certain exceptions, cases in which it is understood that public aids do not distort competition in the European internal market.

A particular case occurs when a public aid is given to public companies, granted by the Public Administrations. In this case, there are special formulas to respect the prohibition of State aids.

## **Key words**

State aid, public aid, competition law, private investor, private creditor, private seller.

# ÍNDICE

Abreviaturas

	<b>Págs.</b>
1.- INTRODUCCIÓN.....	6
2.- ORIGEN DEL DERECHO DE COMPETENCIA.....	8
3.- CONCEPTOS PREVIOS.....	9
3.1.- SUBVENCIÓN.....	10
3.2.- AYUDAS PÚBLICAS.....	11
3.3.- AYUDAS COMUNITARIAS.....	12
3.4.- AYUDAS DE ESTADO.....	13
3.4.1.- Clases de ayudas de Estado.....	16
3.4.2.-Características de las ayudas de Estado.....	20
-Que sea imputable a los Estados miembros, o financiada con fondos de origen estatal.	
-Que otorguen una ventaja selectiva	
-Que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, o que falseen o amenacen con falsear la competencia.	
-Irrelevancia de la forma.	
4.- BENEFICIARIO.....	38
4.1.-CONCEPTO DE EMPRESA.....	38
4.2.-EMPRESA PÚBLICA.....	39
5.- TOMA DE PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL SOCIAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.....	41
5.1.- PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL.....	41
5.2.- LA TRANSPARENCIA DE LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS Y LAS EMPRESAS PÚBLICAS.....	44
5.3.- PARTICIPACIONES PÚBLICAS EN EL CAPITAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.....	45
-Préstamos y garantías a empresas públicas.....	46
5.4.- PARTICIPACIONES PÚBLICAS COMO AYUDAS DE ESTADO.....	48
5.4.1.- PARTICIPACIÓN SOCIAL COMO AYUDA DE ESTADO EN DERECHO INTERNACIONAL (Organización Mundial del Comercio).....	49

5.4.2.- PARTICIPACIÓN SOCIAL COMO AYUDA DE ESTADO EN DERECHO COMUNITARIO: CRITERIO DEL INVERSOR PRIVADO/ OPERADOR PRIVADO EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO. ( <i>Market Economy Operator Principle</i> ).....	55
-Criterio del operador privado en los documentos de la Comisión Europea.....	55
-Criterios usados por la Comisión como parámetro.....	62
-Cuantificación de la ayuda en forma de participación.....	70
5.5.- PRINCIPIO DEL OPERADOR PRIVADO EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO Y SUS MODALIDADES: CRITERIO DEL INVERSOR PRIVADO, DEL ACREEDOR PRIVADO Y DEL VENDEDOR PRIVADO.....	71
5.5.1.- Prueba del acreedor privado.....	74
5.5.2.- Prueba del vendedor privado.....	75
6.- SUBVENCIONES EXTRANJERAS.....	75
7.- RÉGIMEN DE LAS AYUDAS DE ESTADO EN LA ACTUALIDAD.....	79
7.1.-Contexto histórico.....	79
7.2.-Ayudas siempre compatibles.....	80
7.3.- Directrices relativas las ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación.....	82
7.4.- -Directrices relativas a las ayudas estatales a las redes de banda ancha.....	87
8.-CONCLUSIONES.....	93
9.- BIBLIOGRAFÍA.....	97
10.- ANEXO I.-JURISPRUDENCIA ORDENADA POR MATERIAS.....	99
11.- ANEXO II.- INFORMES Y DOCUMENTOS.....	103

## ABREVIATURAS

AG	Abogado General
As. Ac.	Asuntos acumulados
CA/CCAA	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
DF	Disposición Final
EM/EEMM	Estado Miembro/Estados Miembros
FB	Franco belga
IGAE	Intervención General de la Administración General del Estado
MEOP	<i>Market Economy Operator Principle</i> . Principio de Operador privado en una economía de mercado.
NACE	Nomenclatura Estadística de Actividades Económicas de la Comunidad Europea
OMC	Organización Mundial del Comercio
SIEG	Servicio de Interés Económico General
RD	Real Decreto
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TPIUE	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ( antecesor del actual Tribunal General )
TIR	Tasa Interna de Rentabilidad
Tratado CECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
Tratado CEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
VAN	Valor Actual Neto

## 1.- INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el análisis de las ayudas de Estado. Y, más específicamente, las ayudas de Estado a una clase de beneficiarios concretos, como son las empresas públicas. Son aquellas empresas que resultan beneficiarias de fondos públicos, provenientes de los Presupuestos de las distintas Administraciones Públicas.

Como recuerda el profesor QUIJANO GONZÁLEZ<sup>1</sup>, “la protección de la libre competencia [...] ha dado lugar a tres ámbitos normativos claramente diferenciados: el primero [...] es el de las prácticas prohibidas ( concertadas y abusivas )<sup>2</sup> [...]; el segundo, [...] es el régimen de la concentración económica<sup>3</sup> [...]; y el tercero es el de las denominadas ayudas públicas o ayudas de Estado, dirigido sobre todo a los poderes públicos, que trata de evitar los efectos de distorsión que pueden derivar de una intervención pública discriminatoria desarrollada a través de diversos mecanismos de favorecimiento”. Y sigue afirmando “Con frecuencia, los mayores y más inmediatos riesgos derivan de la actuación de quienes, ostentando poder público, tienen la posibilidad de interferir en las condiciones en que se desenvuelve la competencia, sea a través de intervención directa, preferente o por medio de empresas públicas, sea a través de instrumentos de fomento, particularmente ayudas, subvenciones u otros medios, susceptibles de generar ventaja o favorecimiento para ciertas empresas y, en definitiva, desigualdad y discriminación entre ellas”.

La UE se basa en el principio de competencia, principio esencial para el correcto funcionamiento del mercado interior, en el que comercian diferentes operadores económicos, de la UE, pero también provenientes de terceros países.

El principio de competencia ya se encuentra ínsito en los propios Tratados constitutivos. Baste recordar el TFUE, cuando en su preámbulo prevé que “RECONOCIENDO que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”.

También la jurisprudencia comunitaria se ha ocupado, desde el inicio, del principio de competencia. El TJUE ha afirmado que “Procede declarar que un sistema de competencia no falseada como el previsto por el Tratado tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos”.<sup>4</sup>

---

1 QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Ayudas públicas (aspectos generales)”, en *Diccionario de Derecho de la competencia*, VELASCO SAN PEDRO, L.A. ( Dir. ), Madrid, 2006, pág. 172.

2 Este aspecto del Derecho de la competencia pretende evitar determinados comportamientos de las empresas que son contrarios a una competencia sana, que es la que debe darse en el mercado, entre operadores económicos privados.

3 Este otro aspecto de Derecho de la competencia se centra en el análisis de las operaciones de fusión, concentración,... que tienen lugar entre las empresas. Su finalidad es controlar determinadas operaciones de concentración societaria, que pudieran afectar a la libre competencia en el mercado.

4 STJUE de 19 de marzo de 1991. As. C-202/88, ECLI:EU:C:1991:120.

Lo cierto es que existe una clara relación entre las normas de competencia que los Tratados recogen y la realización del mercado interior europeo. Se trata de integrar los distintos mercados de los Estados miembros, para constituir un mercado interior europeo libre de barreras, y para ello resultan imprescindibles unas normas de competencia, entre otras, las referidas a las ayudas de Estado. Es necesario asegurar la efectividad de una competencia leal entre operadores económicos, en el mercado interior europeo.

Por otra parte, en los últimos tiempos, las ayudas públicas se han convertido en un instrumento esencial para la recuperación económica después de la crisis económica derivada de la pandemia, y debemos asegurarnos de que éstas sirvan para proteger aquellos colectivos que han resultado más desfavorecidos y vulnerables.

No obstante, para que estas ayudas públicas sean efectivas, debemos cerciorarnos de que no distorsionen el eficiente funcionamiento del mercado interior. En palabras de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ( en adelante, CNMC ), en su Informe Anual sobre las ayudas públicas de 2022, debemos evitar que se “introduzcan distorsiones e ineficiencias que perjudiquen la libre competencia y el bienestar económico general”<sup>5</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el art. 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al afirmar que “*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*”.

Las ayudas de Estado, tal y como afirma ARPIO SANTACRUZ<sup>6</sup>, afectan a la competencia de diversas formas:

“a) la concesión de ayudas de Estado a determinadas empresas o producciones supone una distorsión del modelo que asocia la competencia con la libertad económica del individuo y con el principio de igualdad”. Ya que la simple idea de ayuda implica el otorgamiento de una ventaja a unos operadores, en detrimento de otros.

“b) las ayudas públicas también interfieren con el modelo que identifica competencia con libre circulación o libre mercado, ya que producen los mismos efectos que las barreras arancelarias u otras formas clásicas de proteccionismo. En efecto, la ayuda concedida por un Estado en favor de un sector tiene un efecto similar a la imposición de un derecho de aduana sobre los productos de dicho sector procedentes de otros Estados miembros”.

“c) Finalmente, las ayudas de Estado también interfieren con un sistema de competencia efectiva, al menos cuando ésta se define en términos de una asignación eficiente de recursos”.

---

5 Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2022, CNMC. Disponible aquí: < <https://www.cnmc.es/novedad/informe-ayudas-publicas-2022-cnmc-20230120> > ( Última consulta: 12/05/2023 ).

6 ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia*, pág. 38, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

Teniendo en cuenta estos nocivos efectos que tienen las ayudas de Estado, en este trabajo veremos, en primer lugar, unos conceptos introductorios, delimitando el concepto de “ayuda de Estado” para diferenciarlo de otros instrumentos similares. Posteriormente, nos analizaremos un tipo concreto de beneficiario como lo son las empresas públicas. A posteriori analizaremos el principio del “inversor privado” y sus variantes de “acreedor privado” y “vendedor privado”, que la jurisprudencia europea y la Comisión Europea han aplicado en esta materia.

En un primer momento, usaremos buscadores como Dialnet, Google Scholar, o Google Books, para buscar monografías, libros y bibliografía sobre la materia.

Para desarrollar este trabajo, nos basaremos en las fuentes del derecho tradicionales. Esto es, en primer lugar analizaremos la legislación europea existente ( Reglamentos, Directivas,... ), utilizando para ello la base de datos Eur-Lex. También analizaremos las Decisiones dictadas por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, utilizando su base de datos de ayudas estatales<sup>7</sup>. También analizaremos las Comunicaciones dictadas por la Comisión en la materia, sobre todo las últimas revisiones llevadas a cabo.

Para la búsqueda de la jurisprudencia comunitaria, utilizaremos la base de datos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Curia, de libre acceso para todos los ciudadanos.

En cuanto a las fuentes estatales y autonómicas, utilizaremos las principales bases de datos jurídicas, tanto públicas como privadas ( BOE, CENDOJ, Aranzadi, La Ley, Vlex...), en las que buscaremos las fuentes del derecho nacionales, internacionales, normativa nacional e internacional y la jurisprudencia nacional más reciente.

No podemos dejar de hacer referencia a nuestra Autoridad Nacional de Control, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, cuya web también utilizaremos en el presente trabajo.

Además de estas fuentes, también utilizaremos la doctrina que los autores han sentado en esta materia. Para ello, utilizaremos desde Diccionarios Jurídicos, hasta Monografías, libros especializados, revistas especializadas, como la Revista de Derecho de la competencia y distribución.

## **2-. ORIGEN DEL DERECHO DE COMPETENCIA.**

Como recuerda la profesora PÉREZ BERNABEU<sup>8</sup>, el origen del Derecho comunitario de la competencia reside en las normas *antitrust* de los EEUU. El continente americano no

---

7 Disponible aquí: < <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=es> > ( Última consulta: 12/05/2023 ).

8 PÉREZ BERNABEU B., *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant Monografías num. 585, Valencia, 2008, pág. 23.

experimentó el fenómeno de los gremios o corporaciones como sí sucedió en Europa, “imperando un individualismo capitalista diametralmente opuesto a la intervención pública en la economía y a la concentración del poder económico en manos de unos pocos empresarios”. Sin embargo, en el siglo XIX surgió el fenómeno de las concentraciones empresariales o *trusts*. A partir de ahí surgieron diversas leyes en EEUU que trataban de limitar la existencia de pactos entre empresarios ( donde pactaban precios, un ámbito de actuación,...).

Surgió de este modo la Ley Sherman ( *Sherman Act* ) el 2 de julio de 1890. Esta ley declaraba ilegal “todo contrato , asociación en forma de trust o de otra índole o conjura que restrinja el tráfico mercantil o comercio entre varios Estados o con naciones extranjeras”. El Tribunal Supremo de EEUU introdujo, como matización, la Regla de lo razonable ( *The rule of reason* ), que dulcificaba el anterior propósito, para diferenciar aquellos pactos perjudiciales para la competencia, de aquellos otros que no tenían dichos efectos negativos.

Posteriormente a la promulgación de la Ley Sherman, le siguió la Ley Clayton ( *Clayton Act* ) de 15 de octubre de 1914, que contenía unas disposiciones para la aplicación de la Ley Sherman. Y, por otro lado, la Ley *Federal Trade Commission* ( *Federal Trade Commission Act* ), que crea una Agencia Federal independiente para reprimir prácticas restrictivas de la competencia.

Estas leyes constituyen el germen del Derecho *antitrust* americano, contenido en disposiciones de Derecho Civil y penal que aplican jueces integrados en la jurisdicción ordinaria.

La aplicación práctica del Derecho *antitrust* estadounidense vino de la mano de la División Antitrust del Departamento de Justicia.

En Europa, el Derecho de competencia aparece en Derecho alemán, en la Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico de 2 de noviembre de 1923, que contenía un sistema de control estatal contra los abusos. Pero será con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando a raíz de la implementación del Plan Marshall americano para la reconstrucción europea, EEUU condicionó dicha aprobación a la prohibición de cárteles y de los monopolios en la República Federal Alemana, y en el mercado común del carbón y del acero.

A partir de ahí, las primeras normas de competencia se recogen en los primeros Tratados Constitutivos, el Tratado por el que se constituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado por el que se constituye la Comunidad Económica europea.

### **3.- CONCEPTOS PREVIOS**

En el ámbito de derecho de competencia, se suelen usar diferentes términos como sinónimos, pero con diferentes matices. Así, en algunas ocasiones se habla de “subvención”, en otras de “ayuda pública”, o también de “ayuda de Estado”.

Las diferencias existentes entre la cultura jurídica europea y americana explican buena parte de esta diferente terminología. Tal y como recoge DIDIER, “*mientras que en sede comunitaria se define a la ayuda de manera positiva como una medida de política económica destinada a la realización de objetivos económicos o sociales, el Derecho norteamericano la concibe como una distorsión del funcionamiento del mercado que afecta a la asignación de recursos en una economía*”. Por lo tanto, para el Derecho norteamericano, “una medida pública extranjera que contraviniese el principio de *laissez faire, laissez passer*” constituiría una subvención”<sup>9</sup>.

En el ámbito internacional, va a ser la Organización Mundial del Comercio la que se ocupe de la definición de subvención, a través del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias<sup>10</sup>. Mientras que en el ámbito de la Unión Europea, serán, en primer lugar, los Tratados Constitutivos los que aludan a esta materia, y serán, posteriormente, las normas de Derecho derivado las que desarrollen estos conceptos, desde Reglamentos, Directivas, Decisiones. En esta materia, son muy relevantes las Comunicaciones de la Comisión Europea, por la que se aprueban las distintas Directrices sobre la aplicación de las ayudas de Estado en los diferentes ámbitos de intervención administrativa. Estas Directrices<sup>11</sup> contienen interpretaciones, definiciones extraídas de la jurisprudencia comunitaria y la práctica diaria de la Comisión, sobre ayudas de Estado.

También deberemos prestar mucha atención a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque sus interpretaciones van a ser muy importantes para comprender los distintos conceptos y sus límites.

Veamos los distintos conceptos:

### 3.1.- SUBVENCIÓN

El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la OMC, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 prevé, ya en su art. 1, que se considerará que existe subvención:

---

9 Didier: “*Le Code anti-subsventions du cycle de l’Uruguay et sa transposition dans la Communauté*”, CDE, núm. 5-6, 1995.

10 Recientemente, la Organización Mundial del Comercio ha publicado el Acuerdo sobre subvenciones a la pesca, aprobada a través de Decisión Ministerial de 17 de junio de 2022, y que es fruto del período de sesiones de esta Organización, celebradas en Ginebra, entre el 12 y 15 de junio de 2022. No obstante, este Acuerdo todavía no ha sido ratificado por la Unión Europea, ni tampoco por el Estado español.

11 La Comisión Europea publica periódicamente, las Directrices sobre ayudas de Estado en los diferentes sectores. Y, además, revisa periódicamente dichas Directrices ( en materia de energía, en materia de I+D+i,...), en función de los ámbitos de intervención pública de la Unión.

*“a) 1) Cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro.*

*Es decir:*

*i) Cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos o posibles transferencias directas de fondos ( por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital ) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos ( por ejemplo, garantías de préstamos ).*

*ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían ( por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales ).*

*iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes*

*iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos o*

*a)2) Cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, ( según el art. XVI GATT 1994) .*

*b) y con ello se otorgue un beneficio”.*

Por su parte, el Reglamento (UE) 2016/1037, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la UE define “subvención” en su art. 3, diciendo que “*Se considerará que existe subvención cuando:*

*1) a) haya una contribución financiera de los poderes públicos en el territorio del país de origen o de exportación, es decir:*

*i) cuando la práctica de los poderes públicos implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, subvenciones, préstamos y aportaciones de capital), o posibles transferencias directas de fondos u obligaciones (por ejemplo, garantías de préstamos),*

*ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos adeudados (por ejemplo, incentivos tales como los créditos contra un impuesto).*

*A este respecto, no se considerará como subvención la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que gravan el producto similar cuando se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en un importe que no exceda del acumulado, siempre que la exoneración se conceda con arreglo a lo dispuesto en los anexos I, II y III,*

*iii) cuando los poderes públicos proporcionen bienes o servicios que no sean de infraestructura general, o cuando compren bienes,*

*iv) cuando los poderes públicos:*

*— realicen pagos a un sistema de financiación, o*

*— encomienden a una entidad privada una o más de las funciones descritas en los incisos i), ii) y iii) que normalmente incumbirían a los poderes públicos, y la práctica no difiera realmente de las prácticas normalmente seguidas por ellos, o*

*b) haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994, y*

*2) con ello se otorgue un beneficio”.*

### **3.2.- AYUDAS PÚBLICAS**

Es una expresión más común y genérica, que alude al origen público de los fondos, que otorgan una ventaja a un determinado beneficiario.

Ya en una de sus primeras sentencias<sup>12</sup>, el TJUE ha afirmado que “*el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que bajo formas diversas alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos*”.

### 3.3.- AYUDAS COMUNITARIAS

Son ayudas comunitarias aquellas cuyo origen se encuentra en el Presupuesto de la UE. Se pueden otorgar de forma directa ( p.ej. las ayudas directas a los agricultores dentro de la Política Agrícola Común ), o bien de forma indirecta, cuando los fondos comunitarios se gestionan a través de una autoridad competente, ya sea nacional, regional o local ( p.ej. Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos ).

En los Tratados Constitutivos de la Unión se aprecia una ausencia de una definición legal de ayuda. El art. 4 Tratado CECA prohibía de plano las ayudas, al establecer que “ *se reconocen como incompatibles con el mercado común del carbón y del acero y quedarán por consiguiente suprimidas y prohibidas dentro de la Comunidad, en las condiciones previstas en el presente Tratado: c) las subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma*”. En este Tratado se identifican, a efectos de su prohibición, los conceptos de ayuda y de subvención.

Por su parte, el art. 92.1 Tratado CEE también partía de la regla de la incompatibilidad de las ayudas de los Estados “*o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, salvo que el Tratado disponga otra cosa*”.

Existe una sustancial diferencia entre ambos preceptos de los Tratados Constitutivos. Mientras que el art. 4 Tratado CECA recogía una prohibición tajante, radical, prohibiendo de manera incondicional cualquier ayuda, porque la consideraba contraria a las “*condiciones mismas de establecimiento del mercado común del carbón y del acero*”. Sin embargo, el art. 92.1 Tratado CEE sólo prohíbe una ayuda si “*falsea o amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*”. Por lo que ésta última no es una prohibición radical e incondicional. Podemos decir que este precepto es el origen del art. 107.1 TFUE actualmente vigente.

Poco a poco, los EEMM han ido previendo excepciones en el texto de los tratados, para permitir la concesión de ciertas ayudas públicas. Esto es, buscaron otros preceptos, distintos de los arts. 4 y 92.1 de los Tratados CECA y CEE, respectivamente. De hecho, la Comisión ya solicitó, en

---

12 STJUE de 23 de febrero de 1961, As. C-30/59. *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in limburg c. Alta Autoridad*. ECLI:EU:C:1960:41.

También pueden verse la STJUE de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, As. C-387/92. ECLI:EU:C:1994:1

un primer momento, un dictamen al TJUE a efectos de ampliar sus competencias para el otorgamiento de ayudas en el seno de la Unión<sup>13</sup>.

A pesar de esta inicial reticencia a la admisión de ayudas públicas por parte de las instituciones comunitarias, la introducción de unas reglas sobre ayudas públicas en el seno de la Unión nace con la firma del Protocolo de 21 de abril de 1964<sup>14</sup>, entre la Comisión Europea y los Estados miembros firmantes del Tratado CECA, para elaborar una política común de la energía, que se basaría en el otorgamiento de ayudas de Estado.

Podemos afirmar que la construcción de la política de ayudas públicas comunitarias se realizó a través de normas de Derecho derivado, sin reformar los Tratados, que admitían ciertas ayudas como compatibles con el Mercado europeo.

Para poder autorizarlas se acudió al art. 95 Tratado CECA, que calificó, como “subvenciones comunitarias”, “las ayudas otorgadas por medio de recursos nacionales”, exigiendo, para poder autorizarlas, que fueran concedidas con base en un programa común y con criterios uniformes dictados y aplicados por la propia Comisión Europea. Para ello, la Comisión Europea dictó la DEC 3/1965, de 17 de febrero, relativa a un régimen comunitario de intervención de los EEMM a favor de la industria hullera, donde se admitía la concesión de ayudas de Estado en el sector del carbón.

En cuanto al sector siderúrgico, debemos remitirnos, como primer documento en la materia, al la DEC 257/1980/CECA de la Comisión, de 1 de febrero de 1980, por la que se instituyen las reglas comunitarias sobre ayudas a la siderurgia, lo que constituirá el Primer Código de Ayudas a la siderurgia, de 1980.

Por lo tanto, vemos que los primeros textos sobre ayudas comunitarias datan de los años 80, y se contienen en normas de Derecho derivado. Las primeras normas reguladoras de las ayudas de Estado afectan a los primeros sectores cuya producción se ha puesto común en la UE, antigua CEE, como son el carbón y el acero. Y es que va a ser en estos sectores donde se van a originar las primeras normas relativas a las ayudas de Estado.

### **3.4.-AYUDAS DE ESTADO**

El concepto de “ayuda de Estado” no se encuentra definido ni el TUE ni en el TFUE, a pesar de que estos Tratados constitutivos sí hacen referencia al mismo. Este concepto tiene origen jurisprudencial, nace de la jurisprudencia emanada del TJUE, que lo ha ido perfilando poco a poco,

---

13 *Petite revision* de 4 de marzo de 1960. Dictamen motivado de 4 de marzo de 1960.

14 Protocolo de Acuerdo relativo a los problemas energéticos entre los Gobiernos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas con ocasión de la 94ª sesión del Consejo Especial de Ministros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que tuvo lugar el 21 de abril de 1964 en Luxemburgo (DOCE, de 30.4.1964, p. 1099).

a través de sentencias y pronunciamientos jurisprudenciales. Por lo tanto, podemos decir que el concepto de ayuda de Estado es un concepto de origen jurisprudencial y que se encuentra en constante evolución, ya que ha sido el tribunal europeo el que ha ido definiendo sus características.

Por parte de la Comisión, ya en 1963 en una respuesta a una pregunta parlamentaria, hacía referencia al concepto de ayuda de Estado al indicar que incluía las siguientes medidas “*subvenciones directas, exoneraciones de impuestos y de gravámenes, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones especialmente favorables, adquisición de terrenos o edificios gratuita o en términos especialmente favorables, suministro de bienes o prestación de servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas o cualquier otra medida de efecto equivalente*”<sup>15</sup>.

En el TFUE sólo encontramos una referencia a este concepto en su art. 107.1, cuando declara 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*”. Mientras que sus apartados segundo y tercero contemplan aquellas ayudas que pueden considerarse compatibles con el mercado interior.

Este precepto del Tratado de Funcionamiento ha sido desarrollado por la Comisión Europea en la Comunicación de 2016 sobre el concepto de ayuda de estado<sup>16</sup>, que recopila la interpretación que el TJUE y TGUE habían realizado de dicho concepto hasta ese momento.

En todo caso, el concepto de ayuda de Estado es de “*carácter jurídico y se interpreta a la luz de criterios objetivos*”<sup>17</sup>. Por lo tanto la calificación de una medida determinada como ayuda de Estado no va a depender del criterio subjetivo de la Comisión, sino que debe determinarse “*con independencia de cualquier práctica administrativa anterior a la Comisión*”<sup>18</sup>.

Por otra parte, tanto la Comisión Europea como el TJUE han afirmado la compatibilidad de las siguientes ayudas:

-Las medidas “*objetivamente justificadas por razones de tipo económico*”<sup>19</sup>

-Las prácticas “*que se justifican objetivamente por motivos comerciales*”<sup>20</sup>, aunque respondan a un objetivo político.

-Las medidas “*que forman parte del entorno económico de la Comunidad*”

-La mera “*compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público*”<sup>21</sup>

15 Respuesta de la Comisión de 30 de julio de 1963 a la Pregunta Parlamentaria núm. 48/63, de Mr. Burgbacher. DOCE 1963, pag. 2235.

16 Vid. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal, conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Disponible en: “<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29>” “ (Última consulta: 13/03/2023).

17 STJUE Valmont/Comisión, As. T-274/01.ECLI:EU:T:2004:266

18 STJUE C-57/00 P y C, y STGUE T-171/02, ECLI:EU:T:2005:219.

19 STJUE de 2 de febrero de 1988, As. 67, 68 y 70/85, ECLI:EU:C:1988:38.

20 STJUE de 29 de febrero de 1996, AS. C-56/93, ECLI:EU:C:1996:64.

21 *En efecto, el art. 106.2 TFUE establece: “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”. A estos efectos, la Comisión ha aprobado la Comunicación Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), (2012/C 8/03).*

-Las “exenciones de cargas heredadas de un régimen de economía planificada”<sup>22</sup>.

-Las “aportaciones de capital efectuadas en condiciones de mercado”.

Tradicionalmente, la Comisión ha efectuado un análisis jurídico de la compatibilidad con el mercado interior de dichas ayudas, pero recientemente ha impulsado un análisis económico para comprobar dicha compatibilidad, comparando las ventajas e inconvenientes que suponen las ayudas para las empresas, para los mercados en los que operan los beneficiarios, y para la economía en general<sup>23</sup>.

Esta misma evolución hacia un análisis jurídico-económico también la encontramos en la legislación española. Sin ir más lejos, el art. 7.3 del Reglamento de defensa de la competencia, aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero, incluye “*aspectos económicos del instrumento utilizado*”, y la “*prueba de sopesamiento de la ayuda, que analizará los aspectos positivos y negativos de su concesión, entre ellos la adecuación del instrumento utilizado, su efecto incentivador o la necesidad y proporcionalidad de la ayuda*”.

### **-Definiciones doctrinales.**

Los autores han elaborado definiciones de ayuda de Estado, poniendo énfasis en alguno de los elementos que integran la definición. Siguiendo a ARPIO SANTACRUZ<sup>24</sup>, podemos distinguir los siguientes grupos de autores:

-Hay autores que se centran en la ventaja o beneficio económico que supone la ayuda de Estado para el beneficiario.

En este apartado podemos citar a FERNANDEZ FARRERES, que entiende que toda ventaja económica “*de naturaleza financiera, cualquiera que sea la forma que adopte, es susceptible de caer bajo el ámbito de aplicación del artículo 92 TCE*”<sup>25</sup>.

También WAELBROECK indica que “*una ayuda de Estado consiste en una ventaja, un beneficio para la empresa receptora*”<sup>26</sup>.

Según LEANZA, una ayuda consiste en “*cualquier medida a través de la cual se manifieste la intervención estatal con vistas a incentivar o estimular, a cualquier nivel, la producción o distribución de bienes*”<sup>27</sup>.

-Otros autores elaboran sus definiciones centrándose en el carácter selectivo de la medida.

---

22 DEC de 26 de junio de 1997, relativa a las ayudas de Estado concedidas a SKET Schwermaschinenbau Magdeburg TmbH.

23 Vid. Comunicación de la Comisión, al PE, al Consejo, al CES y al CdR sobre “*Modernización de las ayudas estatales en la UE*”, *State Aid Modernisation (SAM)*, 2012.

24 ARPIO SANTACRUZ, *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la Competencia*, Navarra, 2000, págs. 57 y ss.

25 FERNÁNDEZ FARRERES, “El control de las ayudas financieras nacionales”, en GARCIA DE ENTERRIA (dir.): *Tratado de Derecho Comunitario*, vol. II, Madrid 1986, págs. 620 y ss.

26 WAELBROECK, “Article 92 [nn 87]”, en MEGRET y otros: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, vol 4: Concurrence. Bruselas, 1972, pag. 393.

27 LEANZA: “Artículo 92 [nn.87]”, in QUADRI, MONACO y TRABUCCHI: *Trattato istitutivo della Comunità Economica europea. Commentario*, vol. II Giuffrè. Milano, 1965, págs. 717 y ss.

Aquí tenemos autores como CASPARI que se centra en las ventajas específicas que se conceden “a empresas concretas o a un sector particular de la industria, sin que estén disponibles a la economía en general”.

-Otro grupo de autores se centra en el beneficiario.

Aquí tenemos autores como SCHEUING<sup>28</sup>, para quien la expresión ayuda de Estado “se refiere a toda medida de naturaleza financiera que ha sido adoptada por las autoridades públicas para favorecer a algunas empresas”. Para este autor, la ventaja selectiva debe ser adoptada por una entidad estatal.

Segun EVERLING, ayuda de Estado incluye “cualquier beneficio, directo o indirecto, otorgado por el Estado a empresas o sectores específicos de la economía”<sup>29</sup>.

También VOGELAAR entiende que el concepto incluye “cualquier beneficio financiero otorgado a determinadas empresas o sectores de la actividad económica, que ha sido financiado directa o indirectamente con recursos públicos”<sup>30</sup>.

-Por último, existe otro grupo de autores que se finan en el cuarto elemento de la definición, la distorsión de la competencia que produce la medida.

SIECKLUCKA sostiene que la expresión ayuda de Estado incluye “cualquier liberalidad concedida a una empresa que le permite mejorar su posición competitiva, independientemente de sus resultados finales”.

También COLLARD y GILLIAMS entran dentro de este grupo, al sostener que la expresión incluye “cualquier medida que mejora la posición competitiva de una empresa y, por lo tanto, tiende a compensarle por su débil situación económica de una forma discriminatoria”<sup>31</sup>. Incluye “cualquier medida gubernamental que atribuye una ventaja material y mejora la posición competitiva de ciertas empresas o sectores de la actividad”<sup>32</sup>.

### 3.4.1.- Clases de ayudas de Estado.

Siguiendo a MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ<sup>33</sup>, podemos clasificar las ayudas en las siguientes categorías:

#### 1.1.- Atendiendo al sujeto que la dispensa

---

28 SCHEUING, *Les aides financières publiques aux entreprises privées en droit français et européen*, Berger-Le-vrautl, Paris, 1974, pág. 268.

29 EVERLING, citado por SCHINA, *State aids under the EEC Treaty. Articles 92 to 94*, ESC Publishing Limited. Oxford, 1987.

30 VOGELAAR, “The impact of the Economic Recession on EEC Competition Policy, Part one: State aids”, *Swiss Review of International Competition Law*, vol. 23, 1985, pags. 31 y ss en la pág. 35.

31 COLLARD, “Les aides accordées par les Etats”, in GASHOF VAN DER MEERSCH: *Droit des Communautés Européennes*, Les Nouvelles, 1969, núm. 2174.

32 GILLIAMS, “Aids granted by member States”, en SMIT y HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, vol. 3, Capítulo 1, Sección 3, Columbia Law School Project on European Legal Institutions, Nueva York, 1992.

33 MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ayudas públicas”, en *Derecho Europeo de la competencia*, Lex Nova, 2005, págs. 507 y ss.

Atendiendo al sujeto otorgante, o el sujeto público que “las crea y configura y decide su otorgamiento o dispensación, aunque ésta pueda confiarse en alguna medida a otros”, podemos distinguir entre:

-Ayudas comunitarias/de la UE.

Son aquellas otorgadas por las instituciones de la Unión Europea.

-Ayudas estatales, “de Estado”, “nacionales”.

Son aquellas otorgadas por los poderes o entes públicos “reconocidos en el ámbito jurídico de los distintos Estados miembros”. En este concepto, entrarían tanto aquellas otorgadas por los Estados miembros directamente, como también aquellas otras otorgadas a través de otras entidades públicas ( otorgadas por entes inferiores, como regiones, departamentos, provincias, Comunidades Autónomas, entidades locales,...). La Unión Europea realiza una interpretación muy amplia del adjetivo “estatales”, con lo que cabría cualquier ente público que decida y otorgue ayudas.

-Ayudas de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, no pertenecientes a la UE.

Son ayudas otorgadas por los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, esto es, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Se trata de una unión jurídica, similar a la existente en la Unión Europea.

-Ayudas de Estados terceros.

La Unión Europea y sus Estados miembros, como partes firmantes, han de respetar lo acordado en el seno de la OMC.

-Ayudas internacionales de otras Organizaciones con estatuto de Derecho internacional.

En este caso, hay que estar a lo dispuesto en los tratados o acuerdos internacionales que rijan las relaciones de las partes firmantes.

1.2.- Por razón de los beneficiarios.

Atendiendo a la clase de beneficiario ante el que nos encontremos, tenemos:

-Ayudas a particulares o sujetos privados

-Ayudas a entidades públicas.

Las ayudas pueden concederse a una empresa privada, o a una empresa entidad pública. Lo determinante en este punto, no es la naturaleza jurídica del ente, pública o privada, sino quien ejerce la “influencia dominante” en ella y funda la responsabilidad sobre ellas.

En palabras del profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “*el régimen de ayudas no variará por dirigirse a empresas privadas o públicas, pero el entrelazamiento entre éstas y las Administraciones titulares que las financian y quizás le proporcionan ayudas hace a éstas menos transparentes y más difícil su identificación y obligado control*”<sup>34</sup>.

1.3.- Por razón de su objeto

---

34 MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, op.cit., pág. 510.

Ya desde 1963, la Comisión Europea se ha pronunciado en el sentido de entender que la noción de ayuda “engloba cualesquiera subvenciones, exoneraciones de impuestos y tributos o tasas parafiscales, bonificación de intereses, garantías de préstamos a condiciones particularmente favorables, cesión de edificios o de terrenos a título gratuito o en condiciones particularmente favorables, suministro de bienes o servicios también en condiciones preferenciales, cobertura de pérdidas de explotación o cualquier otra medida de efecto equivalente”<sup>35</sup>.

Pueden adoptar la forma de garantía, o de préstamos a entidades públicas. De ahí que la Comisión haya publicado la Comunicación relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización de 2008, y la Comunicación relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía.

1.4.- Por la forma jurídica de su otorgamiento.

La ayuda pública se puede otorgar a través de varios tipos de instrumentos, como por ejemplo, actos administrativos, actos legislativos, meras prácticas administrativas informales, contratos o encargos a medios propios.<sup>36</sup>

1.5.- Por el tipo de afectación

Existen ayudas que afectan a una actividad, porque deben emplearse en dicha actividad, y otra clase de ayudas que “exigen obtener o alcanzar además con ella determinados resultados”. Es la clásica distinción entre “ayudas de actividad” y “ayudas de resultado”, acuñada por FERNÁNDEZ FARRERES.

1.6.- Por la naturaleza de la actividad a la que se afecta la ayuda.

Existen ayudas económicas, porque se dirigen a la financiación de actividades económicas, y otra clase de ayudas que afectan a actividades educativas, culturales, políticas, de cooperación o de asistencia.

1.7.- Por la finalidad de las ayudas y el aspecto de la actividad ayudada que consecuentemente las justifica.

Esta clasificación distingue entre ayudas horizontales<sup>37</sup>, “que persiguen fines de interés público alcanzables con cualquier género de actividad empresarial y desde cualquier emplazamiento de ésta ( fortalecimiento e incremento de las pymes, promoción de la I+D+i, mejor protección medioambiental, aumento del empleo...)”, ayudas sectoriales<sup>38</sup>, que “tratan de satisfacer

35 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, op.cit., pág 510

36 Arts. 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

37 En este punto, hay que tener en cuenta el Reglamento (UE) n °651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014 , por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado Texto pertinente a efectos del EEE. Este Reglamento se va modificando cada cierto tiempo, para adecuarse a las Directrices de carácter sectorial, que la Comisión va aprobando.

38 La Comisión Europea dicta cada cierto tiempo Directrices relativas a las ayudas estatales en un determinado sector. Pej., recientemente ha aprobado las Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022, o la Comunicación de la comisión Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, de 28 de octubre de 2022.

necesidades de interés público experimentadas en determinado sector productivo, comercial o de servicios”, y ayudas regionales<sup>39</sup>”, o de finalidad regional, que “buscan impulsar el desarrollo de una determinada región o la solución de una crisis regional, favoreciendo las inversiones o el desarrollo de las empresas en razón de su localización territorial”.

Por su parte, la Comisión, en sus Comunicaciones, va a adoptar un concepto amplio de “ayuda de Estado”, que abarca diversos tipos de ayudas:

### **1.- Ayudas regulares**

La Comisión entiende por “ayudas regulares” todas aquellas no referidas al sector financiero. Y dentro de éstas, distingue entre “importe de ayuda autorizado”<sup>40</sup> (*approved amount*) e “importe efectivamente utilizado”<sup>41</sup> (*used amount*). Es sobre este último sobre el que se calcula el “elemento de ayuda” (*aid element*), esto es, la ventaja económica derivada de la ayuda concedida.

Dentro de las ayudas regulares, podemos encontrar con:

#### **-Subvención directa.**

Es todo apoyo directo al beneficiario, mediante una “disposición dineraria o un instrumento asimilable”, ( subsidio a los intereses, venta o alquiler de propiedad pública a precios inferiores al valor de mercado,... ).<sup>42</sup>

**-Exenciones fiscales:** En este caso, la ayuda de Estado adopta formas como reducciones en la base imponible del impuesto, deducciones en la cuota tributaria, rebajas en los tipos tributarios, o también rebajas en las cotizaciones sociales,... La ayuda vendría constituida por la cantidad que se “ahorra” el beneficiario.

**-Diferimiento fiscal:** En este caso, la ayuda de Estado viene en forma de retraso en el pago de impuestos ( p.ej. A través de una amortización libre o acelerada ). El importe será el ahorro de intereses que obtiene el beneficiario, durante el período de diferimiento.

**-Participación en el capital:** En este caso, el Estado suscribe capital de ciertas empresas en unas condiciones de rentabilidad y riesgo que no hubieran sido aceptadas por un inversor privado. La cuantía se calcula por la diferencia entre la operación de capital suscrita y el valor ordinario de mercado.

**-Préstamos blandos:** son aquellos concedidos a tipos de interés inferiores a los de ordinarios de mercado. La ayuda consistiría en el ahorro que obtiene el beneficiario en la amortización y pago de intereses, en relación con los precios de mercado.

---

39 En cuanto a las ayudas regionales, es importante tener en cuenta las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional, de 29 de abril de 2021.

40 Es el importe global máximo autorizado por la Comisión, en forma de ayuda estatal, que pueden conceder los Estados miembros a las empresas y operadores.

41 Es el volumen real de la medida de ayuda aplicado por un Estado miembro en favor de empresas y operadores.

42 En los casos de venta o alquiler de propiedad pública, la ayuda vendría constituida por la diferencia entre el precio efectivo y el precio de mercado.

**-Garantías:** Son avales prestados por cualquier Administración Pública a instrumentos financieros privados. La ayuda consiste en el ahorro en la prima de intereses, que se encuentra libre de cargas y comisiones.

## **2.- Ayudas al sector financiero.**

Aquí se incluyen ayudas como la recapitalización, medidas de protección o rescate de activos deteriorados, garantías sobre pasivos y otras medidas de liquidez. Son las siguientes:

**-Medidas de recapitalización:** Se trata de una inyección de capital público en las entidades. La cuantía de la ayuda es el valor nominal efectivo de las medidas adoptadas.

### **-Intervenciones de rescate o protección de activos deteriorados:**

La cuantía de la ayuda es la diferencia entre el valor contable y el valor de mercado de determinados activos de las entidades beneficiarias.

**-Garantías:** Son avales del sector público, igual que en el supuesto de ayudas regulares, pero en este caso, referidos a la deuda emitida por las entidades financieras. La cuantía de la ayuda es el volumen total de deuda vida cubierta por el Estado un año concreto.

**-Otras medidas de apoyo a la liquidez:** Aquí entrarían desde provisiones de fondos, créditos blandos o valores emitidos por el Estado a entidades con problemas de liquidez a corto plazo.

Se puede concluir, y así lo hace la CNMC en su Informe sobre Ayudas Públicas de 2022<sup>43</sup>, que en el caso de ayudas regulares, la metodología utilizada es más desarrollada a la hora de calcular el elemento de la ayuda, lo que se traduce en un análisis real del impacto que tiene la medida, desde el punto de vista de la competencia y eficiencia. Mientras que en el caso de las ayudas financieras, dada su mayor complejidad, es más difícil calcular el elemento de ayuda, por lo que el Marcador de ayudas de la Comisión contabiliza las ayudas por su importe nominal.

### **3.4.2.-Características de las ayudas de Estado**

Partiendo de la definición del Tratado y de la jurisprudencia del TJUE, para estimar que una ayuda pública constituye “Ayuda de Estado”, debe cumplir los siguientes requisitos:

- Que la ayuda sea imputable al Estado o que sea financiada mediante fondos estatales
- Que constituya una ventaja selectiva
- Que el destinatario sea una empresa, que realice una actividad económica.
- Que afecte los intercambios comerciales entre Estados Miembros, que falsee o amenace con falsear la competencia.

Veamos las características que debe reunir una ayuda para ser considerada “ayuda de Estado”.

---

43 Informe sobre Ayudas Públicas, CNMC, 2022. Disponible aquí: <https://www.cnmc.es/expedientes/iapcnmc00122> (Última consulta: 13/03/2023)

**-Que sea imputable a los Estados miembros o financiada con fondos de origen estatal.**

El art. 107.1 TFUE establece que “*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...*”. Esta frase ha sido objeto de varias interpretaciones, y de ello dan buena cuenta las Conclusiones expuestas por el Abogado General JACOBS en el Asunto PreussenElektra<sup>44</sup>.

Existen dos interpretaciones:

-Una interpretación extensiva, que sostiene que en esa expresión han de incluirse tanto las ayudas otorgadas por el Estado ( sean con fondos públicos o privados ), como las ayudas financiadas por entes paraestatales mediante fondos estatales. Sus defensores sostienen que pueden existir ayudas de Estado sin financiación pública comprometida, siempre que se trate de fondos estatales. Lo crucial es determinar la imputabilidad de los fondos. Como defensor de esta teoría nos encontramos al Abogado General DARMON.

-Una interpretación restrictiva, donde ha de atenderse al origen de los fondos, de carácter estatal. En caso de intervención del Estado, estamos ante fondos públicos, pero no siempre se requiere la presencia del Estado. Nos encontramos ante la teoría del “sacrificio de recursos públicos”. Esto es, puede existir ayuda de Estado cuando este interviene sin que se sacrifiquen recursos públicos, sino cuando interviene como mero regulador, al imponer condiciones,...

El TJUE ha mantenido la teoría que exige el empleo de fondos estatales para definir una medida como ayuda de Estado, y en contadas ocasiones ha sostenido el la tesis de la imputabilidad<sup>45</sup>.

Una primera sentencia que sienta un criterio es la recaída en el asunto Van Tieggele<sup>46</sup>. Se sustanció una causa penal contra un comerciante de bebidas alcohólicas, que estaba acusado de vender productos importados por debajo del precio mínimo de venta al público fijado por la Ley

---

44 CAG JACOBS As. C-379/98 PreussenElektra - Schleswig AG: “114. La frase «otorgada por los Estados o mediante fondos estatales» en el artículo 92, apartado 1, puede ser interpretada en dos sentidos diferentes. 115. Por un lado, puede argüirse que la segunda alternativa, a saber, la ayuda otorgada «mediante fondos estatales», abarca las medidas financiadas con fondos públicos, en tanto que la primera alternativa, es decir, la ayuda otorgada «por los Estados», comprende todas las demás medidas que no sean financiadas mediante fondos estatales. Según esta interpretación extensiva del artículo 92, apartado 1, cualquier medida que confiera ventajas económicas a empresas específicas y que sea resultado de una actuación imputable al Estado constituye ayuda de Estado con independencia de que represente una carga financiera para el Estado. 116.

Por otro lado, el artículo 92, apartado 1, puede interpretarse en el sentido de que la ayuda ha de ser necesariamente financiada mediante fondos estatales y que la distinción entre ayuda otorgada por un Estado y ayuda otorgada mediante fondos estatales sirve para incluir en la definición de ayuda no sólo la ayuda otorgada directamente por el Estado, sino también la ayuda concedida por entidades públicas o privadas designadas o constituidas por el Estado. Según esta segunda interpretación más restrictiva, la medida de que se trate debe ser necesariamente onerosa para el Estado y la financiación mediante fondos públicos es un elemento constitutivo de la definición de ayuda de Estado”.

45 La imputabilidad al Estado implica que el Estado Miembro ejecuta una ayuda, con discrecionalidad. No es un acto del legislador comunitario. Son supuestos en los que el Derecho de la Unión permite determinadas medidas nacionales, y los EEMM tienen discrecionalidad sobre si adoptar o no dicha medida, y en segundo lugar, sobre las características de dicha medida.

46 STJUE As. C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10.

holandesa. La pregunta era ¿ constituye la fijación de un precio mínimo de venta una ayuda de Estado, en los términos del art. 107 TFUE ?. El TJUE sostuvo que una medida que consiste en la fijación de un precio mínimo *al detall*, que favorece a los distribuidores de dicho producto y que incide exclusivamente en los clientes, no constituye ayuda de Estado, ya que “los beneficios que esta intervención en la formación de los precios suponen para los distribuidores del producto no se otorgan en efecto, ni directa ni indirectamente, con cargo a recursos del estado, en el sentido del artículo 92”.

Otra sentencia en la misma línea es la recaída en el As. Norddeutsches Vieh<sup>47</sup>- und Fleischkontor – Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, en la que el TJUE entiende no se cumple la exigencia de recursos estatales, ya que estaban en juego fondos comunitarios.

Posteriormente, el TJUE ha dictado cuatro sentencias en las que sostuvo que no era imprescindible la existencia de fondos estatales, para la existencia de ayuda de Estado.

El primer asunto fue la sentencia recaída en el asunto, As. *Caisse Nationale de Crédit Agricole*<sup>48</sup>. Se examinaba la *allocation de solidarité*, una suerte de subvención otorgada por esta entidad, financiada por beneficios acumulados, a los agricultores con ingresos por debajo de un umbral máximo establecido. El TJUE sostuvo que se trataba de fondos privados, y a pesar de ello sí cabía hablar de ayuda de Estado, ya que entendió que una “ayuda no debe ser necesariamente financiada por fondos del Estado para ser calificada como ayuda de Estado”.

Otra sentencia fue la recaída en el asunto Van der Kooy. En ella, el tribunal se refiere a la fijación de las tarifas privilegiadas de gas para los invernaderos, en comparación a la tarifa de gas de uso industrial. Estas tarifas privilegiadas eran fijadas en Holanda a través de un acuerdo firmado entre *Gasunie* ( Sociedad de Derecho privado que constituía una empresa pública, con capital participado por el Estado holandés en un 50% ), *Landbouwschap* ( organismo público que protege los derechos de los productores agrícolas ) y *Vegijn* ( asociación constituída por sociedades locales distribuidoras de gas ). Las tarifas eran aprobadas por convenio, ratificadas en última instancia por el Ministerio de Economía. El TJUE sostiene que estamos ante una ayuda de Estado puesto que, aunque no se financia con fondos públicos, el comportamiento ( la aprobación última de la tarifa ) emana del gobierno holandés. Y el TJUE entiende que “esta conclusión basta para afirmar que el establecimiento de la tarifa objeto del litigio es el resultado de un comportamiento del Estado neerlandés y, por consiguiente, encaja dentro del concepto de ayuda otorgada por un Estado miembro, a los efectos del artículo 92 del Tratado.”<sup>49</sup>

---

47 STJUE As. C-213/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor - Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. ECLI:EU:C:1982:351.

48 STJUE As. C-290/83, ECLI:EU:C:1985:37.

49 El AG DARMON, en las CAG del As. Sloman Neptun, dice al respecto que “43. En mi opinión, el carácter "estatal" de la medida sólo puede referirse a la cuestión de la imputabilidad. En otros términos, la ayuda instituida, ¿resulta de un comportamiento imputable al Estado?”.

Otra sentencia es la recaída en el As. Grecia vs. Comisión, en la que se cuestionaba una medida establecida por el gobierno griego, por la que se suprimían los tipos de interés privilegiados a los créditos a la exportación, que se compensaron mediante un reembolso de intereses de un 3-6%, siempre que los ingresos derivados de la exportación fueran rápidamente repatriados y convertidos en dracmas. El TJUE sostuvo que “Según una jurisprudencia constante [...], una ayuda no tiene necesariamente que ser financiada por los recursos del Estado para ser calificada de ayuda estatal”<sup>50</sup>.

En estas sentencias, el tribunal europeo sostiene que el art. 107 “abarca todas las ayudas concedidas por los Estados o por medio de recursos estatales, sin que sea necesario distinguir si la ayuda es concedida directamente por el Estado o por organismos públicos o privados que éste instituye o designa como responsables de la gestión de la ayuda”. Por lo tanto, resulta indiferente que el Estado actúe directa o indirectamente, a través de órganos interpuestos. El origen de los fondos no influye en la caracterización de una medida como ayuda de Estado.

Estamos viendo, como el TJUE no se fija tanto en el origen de los fondos ( si estos son o no estatales ), sino en que dichos fondos sean de origen público.

En la STJUE recaída en el asunto Sloman Neptun<sup>51</sup>, el tribunal entiende que no constituyen fondos públicos aquel régimen que “no tiende, ni por su finalidad, ni por su sistema general, a crear un beneficio que constituya una carga suplementaria para el Estado o para los mencionados organismos, sino que solamente tiende a modificar, en favor de las empresas de navegación marítima, el marco en el que se establecen las relaciones contractuales entre estas empresas y sus empleados”.

Esta jurisprudencia inicial ha sufrido una serie de cambios. Así, con la sentencia PreussenElektra<sup>52</sup>, el TJUE consolida la teoría de los recursos estatales. Esta sentencia se refiere a una ayuda de Estado contenida en una normativa estatal alemana, que impone a los suministradores de energía dos obligaciones: la primera, de adquirir de los productores locales toda la electricidad proveniente de energía renovable que produzcan. Y la segunda obligación es la de pagar un precio mínimo garantizado por esta energía verde, un precio superior al valor real de producción.

El TJUE entiende que este sistema no utiliza fondos públicos, por lo que no existiría ayuda de Estado.

---

En el asunto Van der Kooy y otros/Comisión, en el que Gasunie es una empresa privada en la que el Estado neerlandés posee parte del capital, este Tribunal de Justicia se ha preocupado de determinar toda la influencia que el Gobierno neerlandés podía ejercer en las decisiones de Gasunie sobre la fijación de las tarifas. A veces, se tratará simplemente de medidas de origen legislativo, reglamentario o administrativo...”

50 STJUE As. C-57/83, Grecia vs. Comisión, Préstamos a la exportación.

51 STJUE As. C-72/91, ECLI:EU:C:1993:97.

52 STJUE As. C-379/98, As. PreussenElektra vs. Schleswig AG, ECLI:EU:C:2001:160.

Tanto la Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de ayuda de Estado, como la jurisprudencia comunitaria han recogido ciertos indicios de imputabilidad, que nos permiten presumir la existencia<sup>53</sup> de ayuda de Estado en aquellos casos en los que:

*“-El organismo no pudiera adoptar la decisión impugnada sin tener en cuenta las exigencias de los poderes públicos.*

*-Existan factores de naturaleza orgánica que vinculan la empresa pública al Estado*

*-La empresa a través de la que se concedió la ayuda estuviera obligada a tener en cuenta directrices de organismos gubernamentales.*

*-La empresa pública se integre en la estructura de la Administración Pública.*

*-La naturaleza de las actividades de la empresa pública, y su ejercicio en el mercado, en condiciones normales de competencia con operadores privados.*

*-El estatuto jurídico de la empresa (si está regida por el Derecho público o por el Derecho de sociedades común), aunque el mero hecho de que una empresa pública haya adoptado la forma de sociedad de capital de Derecho común no es motivo suficiente para descartar la imputabilidad, considerando la autonomía que esta forma jurídica le confiere;*

*-El grado de tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa;*

*-Cualquier otro indicio de la intervención de las autoridades públicas o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta del alcance de esta, de su contenido o de las condiciones que establezca”.*

El carácter estatal de los fondos se entiende referido a todos “los fondos del sector público, incluidos los fondos de entidades intraestatales ( descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole ) y, en determinadas circunstancias, fondos de organismos privados”.

No importa el grado de autonomía que tenga la entidad otorgante, dentro del sector público.<sup>54</sup> La Comisión, en este punto es muy elocuente, cuando aclara que una ventaja está financiada con fondos estatales cuando, aunque no esté financiada directamente por el Estado, sí lo está por organismos públicos o privados, creados o designados por él para gestionar la ayuda ( CCAA, EELL...).

La expresión “fondos estatales” no alude a una cantidad líquida de dinero, sino que abarca toda clase de ayudas, subvenciones, directas, préstamos, garantías, inversión directa en capital de de compañías y beneficios en especie. Incluso es suficiente con que el ente otorgante deje de percibir ingresos provenientes de fondos estatales. Así, un “dejar de ingresar” del Estado podría ser considerado una ayuda de Estado.<sup>55</sup> Incluso se puede entender que constituye ayuda de Estado una ayuda en especie, como por ejemplo una concesión de demanial, o concesiones de derechos especiales, sin una remuneración acorde con el precio de mercado.

No importa tanto el origen de los fondos, sino que pasen bajo el control público y se hallen a disposición de las autoridades nacionales. Lo relevante es el “grado de intervención de la

---

53 STJUE de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), C-482/99, ap. 55 y 56, ECLI:EU:C:2002:294.

54 Vid Comunicación de la Comisión 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. La Comisión ha aclarado que si el Banco Central de un EM concede medidas generales abiertas a todos los operadores ( préstamos ), y no son selectivas, entonces no son ayudas de Estado.

55 De ahí que se pueda considerar Ayuda de Estado las exenciones, reducciones, deducciones en cuota, en los tributos. Son las conocidas como Ayudas de Estado fiscales.

autoridad pública en la definición de la medida y sus modalidades de financiación.”<sup>56</sup> En este sentido, los Fondos europeos ( por ej, los Fondos Estructurales ), del BEI o del FEI, o del FMI se consideran fondos estatales si las autoridades nacionales tienen discrecionalidad en cuanto a su uso, en la selección de beneficiarios.

### **-Que otorguen una ventaja selectiva**

Desde el punto de vista de la selectividad de la medida, constituyen ayudas estatales las intervenciones que, “bajo cualquier forma, puedan favorecer directa o indirectamente a las empresas o que deban calificarse de ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado”<sup>57</sup>. Tienen que conceder una ventaja a la empresa beneficiaria, son ayudas en un sentido amplio del término. Son intervenciones públicas que “alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, tienen la misma naturaleza y surten efectos idénticos”<sup>58</sup>.

No sólo han de conceder una ventaja al beneficiario de la ayuda, sino que además dicha ventaja ha de consistir en el favorecimiento de determinadas empresas o en la producción de determinados bienes. Por lo tanto, dos son los requisitos incluidos: la existencia de una ventaja, y que dicha ventaja sea selectiva.

#### 1.- Existencia de una ventaja

Dentro del concepto de “ayuda de Estado”, la ventaja es de vital importancia, es el concepto nuclear, porque es la que da sentido a dicha expresión. La ayuda de Estado es tal precisamente porque confiere una ventaja anticompetitiva a un operador económico.

Tal y como tiene afirmado el TJUE, “Para apreciar si una medida estatal constituye una ayuda, debe por tanto determinarse si la empresa beneficiaria recibe una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado”<sup>59</sup>. Por consiguiente, para saber si la aportación de fondos públicos constituye ayuda de Estado, debemos verificar si dichos fondos confieren una ventaja económica a una empresa, que no hubiere obtenido en condiciones económicas normales de mercado, “habida cuenta de la información disponible y cualquier desarrollo previsible a la fecha en que se otorgan los fondos”. Es el denominado “test del inversor privado” y sus modalidades, al que posteriormente haremos referencia.

Esta apreciación es una constante en la jurisprudencia del TJUE. Así, en la STJUE de 8 de noviembre de 2022<sup>60</sup> se indica que “se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, la

56 STJUE de 27 de septiembre de 2012, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados T-139/09, T-243/09, 5-328/09, ECLI:EU:T:2012:496, ap. 63-64.

57 STJUE de 9 de octubre de 2014. As. C-533/13. Ap. 21. ECLI:EU:C:2014:2262

58 STJUE de 19 de marzo de 2013. As. C-399/10P y C-401/10 P. Ap. 101. ECLI:EU:C:2013:175

59 STJUE As. C-234/84, ECLI:EU:C:1986:302.

60 STJUE de 8 de noviembre de 2022, As. Ac. C-885/19 P Y C-898/19 P, ECLI:EU:C:2022:859.

medida nacional en cuestión puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen, y que por lo tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio<sup>61</sup>.

Siguiendo a ESTRADA MILLÁN<sup>62</sup>, podemos enumerar los caracteres de la ventaja:

a) Es un concepto objetivo. Esto significa, en primer lugar, que la ventaja tiene que ser real, no potencial. Y, en segundo lugar, son los efectos los que han de determinar la naturaleza de la ayuda de Estado, y no las causas.

La empresa ha de recibir un beneficio neto como consecuencia del otorgamiento de la ayuda. No es necesario determinar la situación relativa de sus competidores, ni tampoco observar el comportamiento del mercado, para determinar la existencia de ventaja.

b) La ayuda se define por sus efectos ventajosos, en ausencia de definición en los Tratados. Son irrelevantes las causas y fines perseguidos. El concepto de ayuda es objetivo, por lo que es necesario determinar si confiere o no una ventaja a una o varias empresas, sin importar ante qué clase de ayuda nos encontramos ( social, fiscal,...).

c) Que la prestación no sea gratuita no es óbice para considerar la existencia de ayuda de Estado. Esto es, si el otorgamiento de la medida hiciera incurrir en gastos/costes al beneficiario, no dejaría *per se* de ser ayuda de Estado.

d) Es ayuda de Estado una medida que trata de compensar una desventaja preexistente<sup>63</sup>.

e) También constituyen ayuda de Estado aquellas medidas que tratan de igualar las condiciones de competencia de las empresas de un Estado miembro con las de otros Estados miembros<sup>64</sup>.

Además, la ventaja puede ser de carácter directo o indirecto, por lo que podemos diferenciar entre:

### **-Ventaja directa**

Según la Comunicación de la Comisión Europea, ventaja es “todo beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal”<sup>65</sup>.

---

61 STJUE de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, ap.28, EU:C:2021:20.

62 ESTRADA MILLÁN, F, op.cit., Pág. 30.

63 STJUE As. C-159/01 ( Abonos nitrogenados ), ECLI:EU:C:2004:246. Y STJUE As. C-71/2010, ECLI:EU:C:2011:525.

64 Este tipo de actuación debe desarrollarse a través de una labor de homogeneización ( directivas comunitarias ), sin dejar en manos de los Estados miembros dicha tarea.

65 Vid. Comunicación de la Comisión sobre ayuda de Estado, 2016, op.cit., pto. 4.1.

Para verificar si una determinada medida constituye una ventaja, ha de atenderse al efecto de dicha medida en la empresa, y no al objetivo de la intervención estatal. En este sentido, explica la Comunicación que “siempre que la situación financiera de una empresa mejore como resultado de la intervención estatal, en otros términos que las condiciones normales de mercado, hay una ventaja”. Por lo tanto, debe compararse la situación financiera de la empresa antes del otorgamiento de la ventaja, y después.

Por otro lado, constituyen ventajas no solo las de carácter positivo, sino también la mera liberación de cargas económicas, de forma tal que constituye ventaja toda aquella que “alivie a una empresa de las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto”.

En cuanto a aquella compensación por el desempeño de obligaciones de servicio público, en un servicio de interés económico general, la STJUE Altmark<sup>66</sup> señaló que no se considerará “ventaja”, y por lo tanto, no será ayuda de Estado, cuando cumpla cuatro requisitos:

“-La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público, y éstas deben estar claramente definidas.

-Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente.

-La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

-Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado según un procedimiento de contratación pública para seleccionar a un 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 costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para 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”.

### **- Ventaja indirecta**

La Comisión Europea considera que estamos ante una ventaja indirecta en aquellos supuestos en los que se confiere a “empresas distintas de aquellas a las que se transfieren directamente los fondos estatales”<sup>67</sup>. Además, puede existir un operador económico que goce de una ventaja directa, mientras que para otros que dependen de él, en niveles posteriores de actividad,

---

<sup>66</sup> STJUE de 24 de julio de 2003, Altmark Trnas, C-280/2000, ECLI:EU:C:2003:415

<sup>67</sup> STJUE de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, Ap. 26 y 27

dicha ventaja supone una “ventaja indirecta”, pero igualmente injustificable y calificable como ayuda de Estado.

Esta ventaja indirecta ha de diferenciarse de los “efectos económicos secundarios”, inherentes a toda ayuda estatal. Es fácil diferenciar ambos conceptos, ya que la ventaja indirecta va a beneficiar o a tener efectos secundarios en empresas o grupos de empresas identificables.

#### **- Ventaja selectiva: que favorezca determinadas empresas o producciones.**

La ventaja, ya sea ésta directa o indirecta, ha de ser “selectiva”, en el sentido de beneficiar o favorecer a “determinadas empresas o producciones”. Ha de beneficiar a determinadas empresas, categorías de empresas, o a determinados sectores económicos.

No importa el número elevado de empresas beneficiarias, ni la diversidad e importancia de los sectores industriales, incluso puede ser selectiva una medida que se concede a un número indefinido de beneficiarios, no individualizados *ab initio*. Una medida que, a primera vista puede tener carácter general, puede ser selectiva, según el TJUE<sup>68</sup>.

Para entender la “selectividad” debemos partir de una concepción clásica, y de una concepción actual que la jurisprudencia y doctrina han elaborado a partir de la sentencia *Adria-Wien*<sup>69</sup>. La jurisprudencia tradicional entendía que una medida era selectiva si no era aplicable a todos los agentes económicos de un Estado miembro. De esta forma, una medida será selectiva si no es de carácter general, entendiendo por ésta última aquella que se aplica a todos los operadores económicos del Estado miembro.

El TJUE ha sentado una serie de criterios jurisprudenciales para determinar el significado de “ventaja selectiva”. Siguiendo a ESTRADA MILLÁN<sup>70</sup>, éstos son los siguientes:

-No estamos ante una medida selectiva cuando ésta se aplica a todos los agentes económicos. En este caso, estamos ante una medida general, aún cuando produzca efectos distintos en cada uno de los operadores, de manera que unos se beneficien más de ella que otros<sup>71</sup>.

Tampoco debemos fiarnos del número selectivo de beneficiarios. Esto es, si la ventaja se otorga a un número determinado de beneficiarios, eso no significa que la ventaja sea selectiva,

---

68 STJUE de 29 de junio de 1999, *DMTransport*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, Ap. 27

69 STJUE As. C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598.

70 ESTRADA MILLÁN, F., *Análisis del requisito de la ventaja selectiva en sede de ayudas de Estado de naturaleza fiscal*, Tesis doctoral dirigida por Fernando Serrano Antón, UCM, 2017.

71 STJCE de 8/11/2001, As. C-143/99, *Adria - Wien Pipeline GmbH - Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH*, aptdos “35...Una medida estatal que beneficia indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional no puede constituir una ayuda de Estado.36 Por todo ello, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que unas medidas nacionales como las que son objeto del litigio en los procedimientos principales no constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 92 del Tratado, cuando se aplican a todas las empresas situadas en el territorio nacional, independientemente del objeto de su actividad”, ECLI:EU:C:2001:598. V.t. As. C-156/98, *Alemania – Comisión*, aptdo 22, ECLI:EU:C:2000:467.

porque pueden representar “la totalidad de las empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica similar”<sup>72</sup>.

-La selectividad debe evaluarse en el momento concreto en que la medida se adopta. Serán selectivas las medidas aún cuando se adopten gradualmente, paso a paso, con la clara intención de generalizarse.<sup>73</sup>

-Basta con una descripción genérica de los beneficiarios. No es necesario identificar previa y concretamente los destinatarios<sup>74</sup>.

-La ventaja puede ser igualmente selectiva cuando beneficia a un número “indeterminado o significativo” de empresas o producciones, aún cuando éstas pertenezcan a sectores diferentes<sup>75</sup>.

-Si una ayuda afecta a un único sector, aún cuando dentro de éste, beneficie a todos sus integrantes, seguirá constituyendo una ventaja selectiva<sup>76</sup>.

-Una ayuda puede ser selectiva aún cuando vaya ligada a un criterio temporal<sup>77</sup>.

-La selectividad de la medida tiene que determinarse dentro de un marco nacional, y no realizando comparaciones con las situaciones de otros Estados miembros<sup>78</sup>. Una medida “no es selectiva por el hecho de que sólo se aplique a las empresas de un Estado miembro, ni pierde su carácter selectivo por el hecho de que su objeto o su efecto sean colocar al beneficiario en la misma situación en que tendría en otro Estado miembro”<sup>79</sup>.

-La carga de la prueba de la selectividad de la medida recae en la Comisión, y no en el Estado miembro<sup>80</sup>.

---

72 STGUE de 10 de abril de 2008. As. T-233/04, Países Bajos vs. Comisión, ECLI:EU:T:2008:102.

73 STJUE As. C-75/97. “Aun cuando un Estado miembro declare su intención de extender posteriormente a toda su economía unas medidas que, en un principio, limita a ciertos sectores de actividad y de generalizarlas de ese modo, tal intención no puede tenerse en cuenta para excluir la aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado...”, ECLI:EU:C:1999:311.

74 STJUE As. C-409/00, Renove II, apdos. 56-67, ECLI:EU:C:2003:92.

75 STJUE As. C-409/00 ( Renove II ), pto 48, ECLI:EU:C:2003:92, y STGUE As. T-55/99 cuando recoge que “el hecho de que la ayuda no se refiera a uno o varios beneficiarios particulares previamente definidos, sino que esté sujeta a una serie de criterios objetivos con arreglo a los cuales podrá concederse, dentro de los límites de una dotación presupuestaria global predeterminada, a un número indefinido de beneficiarios, no individualizados desde un principio, no puede bastar para desechar el carácter selectivo de la medida [que puede ser selectiva] si, como consecuencia de sus criterios de aplicación, proporciona una ventaja a determinadas empresas o producciones, con exclusión de otras”.

76 STJUE As. C-75/97, pto. 33, “33 En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por un lado, unas ayudas en forma de programa de ayudas pueden afectar a todo un sector económico y, no obstante, estar comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado”, ECLI:EU:C:1999:311. Y STJUE As. C-172/03 , pto 43, “43. A este respecto, hay que recordar que la circunstancia de que una medida pública confiera una ventaja en favor de un sector económico entero no es suficiente, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno austriaco, para enervar el carácter selectivo de dicha medida y, por ello, para excluir la calificación de ayuda de Estado...”, ECLI:EU:C:2005:130.

77 Según ESTRADA MILLÁN, F, serían selectivas “todas aquellas medidas que se aplican con referencia a un *dies a quo* o entre un *dies a quo* y un *dies ad quem*”, teniendo en cuenta la STJUE As. C-83/98P, Pto. 8, ECLI:EU:C:2000:48.

78 STJUE As. C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71.

79 ESTRADA MILLÁN, F, op. Cit. Pág. 39.

80 ESTRADA MILLÁN, F, op. Cit. Pág. 39

En palabras del TJUE, para apreciar la selectividad en una determinada medida “la Comisión debe, en un primer momento, identificar el sistema de referencia, a saber, el régimen tributario «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate y demostrar, en un segundo momento, que la medida fiscal en cuestión supone una excepción a ese sistema de referencia, en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho sistema, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable”<sup>81</sup><sup>82</sup>.

Para el TJUE “la determinación del marco de referencia reviste especial importancia en el caso de medidas fiscales, ya que la existencia de una ventaja económica, a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, solo puede acreditarse en relación con una imposición considerada «normal». Así pues, la determinación del conjunto de las empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable depende de la definición previa del régimen jurídico a la vista de cuyo objetivo deba examinarse, en su caso, la comparabilidad de la situación fáctica y jurídica respectiva de las empresas favorecidas por la medida controvertida y de aquellas que no lo están”.

La técnica normativa no es decisiva para estimar que una medida fiscal es selectiva, de modo que “no siempre es necesario que tenga carácter excepcional con respecto a un régimen tributario común o normal. En efecto, como se desprende, en particular, del apartado 101 de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido<sup>83</sup>, aunque una medida no tenga formalmente carácter de excepción y se base en criterios que, en sí, tengan carácter general, puede ser selectiva si provoca, *de facto*, una discriminación entre sociedades que se encuentran en situaciones comparables con respecto al objetivo perseguido por el régimen tributario de que se trate”<sup>84</sup>.

En este sentido, “para apreciar el carácter selectivo de una medida fiscal, es necesario que el régimen tributario común o sistema de referencia aplicable en el Estado miembro de que se trate esté correctamente identificado en la decisión de la Comisión y sea examinado por el juez que conoce de una controversia relativa a dicha identificación. Dado que la determinación del sistema de referencia constituye el punto de partida del examen comparativo que debe realizarse a la hora de apreciar el carácter selectivo, un error al determinar este sistema de referencia vicia inevitablemente todo el análisis del requisito de selectividad”. Para determinar el marco de referencia, tras un debate contradictorio con el Estado miembro en cuestión, ha de examinarse

81 STJUE C-562/19 P, p. 68, ECLI:EU:C:2021:201.

82 No obstante, el concepto de «ayuda de Estado» no se refiere a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que, en relación con el objetivo perseguido por el régimen jurídico en cuestión, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando el Estado miembro de que se trate consiga demostrar, en un tercer momento, que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se inscriben tales medidas (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2021, World Duty Free Group y España/Comisión, C-51/19 P y C-64/19 P, EU:C:2021:793, apartados 35 y 36 y jurisprudencia citada).

83 STJUE As. C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732.

84 STJUE As. C-562/19 P, par. 70, ECLI:EU:C:2021:201.

objetivamente el contenido, articulación, y efectos concretos de las normas aplicables en virtud del Derecho nacional de ese Estado miembro concreto<sup>85</sup>.

En segundo lugar, fuera de los ámbitos armonizados de la UE, debe ser el Estado miembro concreto quien determine, en el ejercicio de sus competencias sobre fiscalidad directa y en un ejercicio de su autonomía fiscal, las características del impuesto que definen el sistema de referencia o régimen tributario normal, a “partir del cual debe analizarse el requisito relativo de la selectividad. Así sucede, en particular, con la determinación de su base imponible y de su hecho imponible<sup>86</sup>.

En el ámbito de las ayudas de Estado fiscales, concretamente en materia de fiscalidad directa “solo debe tenerse en cuenta el Derecho nacional aplicable en el Estado miembro de que se trate”, ya que identificarlo es un requisito previo indispensable para entender que la ayuda de Estado confiere una ventaja selectiva.

En la reciente sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2022<sup>87</sup> el tribunal conoce de un *tax ruling* alcanzado entre Fiat Chrysler Finance Europe ( en adelante, FFT )<sup>88</sup> y la autoridad fiscal luxemburguesa en 2012, por la que se aprueba un MPT para determinar la base imponible de FFT en Luxemburgo, mediante el que se permite una importante reducción del beneficio neto generado por los servicios financieros prestados a empresas del grupo.

El TJUE, en esta sentencia, da un “toque de atención” a la Comisión, porque le recuerda que ésta debe demostrar en sus decisiones sobre ayudas de Estado fiscales “que los parámetros previstos por el Derecho nacional en la materia son manifiestamente incoherentes con el objetivo de imposición no discriminatoria de todas las sociedades residentes, estén o no integradas, que persigue el sistema fiscal nacional, y que dan lugar sistemáticamente a una infravaloración de los precios de transferencia aplicables a las sociedades integradas o a algunas de ellas, como las sociedades de financiación, en comparación con los precios de mercado, para operadores comparables, efectuadas por sociedades no integradas”. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia, en casación, aprecia error en la sentencia del Tribunal General, a la hora de identificar el sistema de referencia a partir del cual determinar la existencia de una ayuda estatal.

Podemos clasificar la selectividad en aquella de tipo material o regional. Así:

---

85 STJUE de 6 de octubre de 2021, World Duty Free Group y España/Comisión, C-51/19 P y C-64/19 P, EU:C:2021:793, apartado 62 y jurisprudencia citada

86 SSTJUE de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, ECLI:EU:C:2021:201, apartados 38 y 39, y de 16 de marzo de 2021, Comisión/Hungría, C-596/19 P, ECLI:EU:C:2021:202, apartados 44 y 45.

87 STJUE de 8 de noviembre de 2022, As. C-562/19 P, ECLI:EU:C:2021:201.

88 FFT constituía un grupo empresarial que prestaba servicios de tesorería y financiación a las sociedades de su grupo, establecidas en Europa, salvo a las establecidas en Italia. Operaba desde Luxemburgo, donde tenía su domicilio social. Concretamente, se dedicaba a actividades “de financiación de mercado e inversiones en activos líquidos, al mantenimiento de relaciones con los agentes del mercado financiero, a la prestación de servicios de coordinación y al asesoramiento financiero, a la prestación de servicios de gestión de tesorería, a la financiación intersocietaria a corto plazo o a medio plazo y a la coordinación con otras entidades financieras” para las sociedades del grupo ( considerandos 34-51 Decisión de la Comisión de 21 de octubre de 2015 ).

◆ Selectividad material

La selectividad material hace referencia a aquellas medidas que sólo se aplican a determinadas empresas, grupos de empresas o sectores económicos de un determinado EM. Esta selectividad puede acreditarse de derecho o de hecho.

La selectividad de Derecho se deriva de los criterios jurídicos exigidos para la concesión de una ayuda que, en principio, desde un punto de vista formal, está reservada a determinadas empresas. Mientras que la selectividad de hecho se da en aquellos supuestos en los que, aunque los criterios formales son genéricos y objetivos, la estructura de la medida hace que sus efectos favorezcan significativamente a un grupo de empresas concreto.

También entrarían dentro de este concepto las “prácticas administrativas discrecionales” que resultan ser selectivas. Son medidas, a primera vista, genéricas, que se aplican a todas las empresas, pero que pueden estar limitadas por la potestad discrecional de la AP.

Existen supuestos de medidas que sí constituyen una verdadera ayuda selectiva, pero que a primera vista no lo parecen porque afectan a un número indeterminado de empresas ( es el caso de reducciones, deducciones fiscales o descuentos en la cotización de la Seguridad Social de ciertas empresas ). En este caso, hay que evaluar la selectividad, caso por caso, aplicando tres criterios:

-Identificar el sistema de referencia

La Comisión define el sistema de referencia como “el patrón por el que se evalúa la selectividad de una medida”. Son un conjunto de normas que “se aplican de modo genérico, sobre la base de criterios objetivos, a todas las empresas que entran en su ámbito de aplicación definido por su objetivo”. Definen el ámbito del sistema, los derechos y obligaciones de las empresas sujetas, y los aspectos técnicos de funcionamiento<sup>89</sup>.

-Determinar si existe una excepción a dicho sistema de referencia.

Es necesario determinar si una medida constituye una excepción al sistema de referencia, al establecer diferencias entre operadores económicos que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable. Si no constituye una excepción, no tendrá carácter selectivo.

Llegado este momento, debemos analizar si una medida distingue entre empresas, introduciendo excepciones al sistema de referencia. Esto es, si favorece a determinadas empresas o producciones en comparación con otras, que están en una situación fáctica y jurídica comparable, entonces sí será selectiva.

-Si la medida es una excepción al sistema de referencia, hay que ver si está justificada por la naturaleza o por la economía general del sistema de referencia.

---

<sup>89</sup> En mi opinión, el ámbito donde mejor se ve es en el de las ayudas de Estado fiscales. El ámbito de referencia estaría integrado por elementos como la Base Imponible, el sujeto pasivo, el hecho imponible, los tipos,...

Puede que una determinada medida constituya una excepción al sistema de referencia y, sin embargo, resulte justificada por la naturaleza o la economía general.

El TJUE considera que está justificada la excepcionalidad de la medida cuando “deriva directamente de los principios fundadores o rectores intrínsecos del sistema de referencia o cuando es el resultado de aspectos inherentes necesarios para el funcionamiento y efectividad del mismo”<sup>90</sup>. La justificación puede ser muy diversa: lucha contra el fraude o la evasión fiscal, requisitos contables específicos, gestión administrativa, el principio de neutralidad fiscal...

Esta medida excepcional también ha de ser proporcional, y no exceder de lo necesario para lograr el objetivo perseguido.

◆ Selectividad regional

En principio, una medida es selectiva desde el punto de vista regional, cuando no afecta a todo el territorio de un Estado Miembro. No obstante, cuando el sistema de referencia no es el Estado miembro en su totalidad, puede que determinadas medidas sí estén justificadas.

La jurisprudencia comunitaria distingue tres situaciones, para evaluar la selectividad regional:

- 1) El supuesto en el que el gobierno estatal de un EM aplica un tipo impositivo inferior a una determinada zona geográfica.
- 2) Supuestos de “delegación simétrica de atribuciones”, en materia tributaria.

Es un modelo tributario donde todas las entidades infraestatales ( ya sean regiones, ya entidades locales ) tienen las mismas competencias para fijar el tipo impositivo aplicable en la zona sujeta a su jurisdicción, con independencia del gobierno estatal. En este caso, las medidas no son selectivas, ya que no se puede determinar un tipo impositivo normal que constituya el marco de referencia.

- 3) Supuestos de “delegación asimétrica de competencias tributarias”.

En este supuesto, solo algunas entidades regionales o locales pueden adoptar medidas fiscales en su territorio. Para entender que está suficientemente justificada esta excepción, es necesario que el ente sea lo suficiente autónomo del Gobierno estatal como para adoptar dicha medida. Debe reunir las tres clases de autonomías posibles: debe tener autonomía institucional, una autonomía de procedimiento, y una autonomía económica<sup>91</sup>. Si se dan las tres clases de autonomía,

<sup>90</sup> STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros*, As. Ac. C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, Ap. 69

<sup>91</sup> La autonomía institucional hace referencia a una entidad, ya sea regional o local, que cuenta con su propio estatuto constitucional, político y administrativo, distinto del estatuto del gobierno estatal. La autonomía de procedimiento alude a que la medida fiscal haya sido adoptada sin que el gobierno estatal pueda intervenir directamente en su contenido. Por último, la autonomía económica y financiera se acredita cuando una entidad infraestatal asume la responsabilidad de las consecuencias políticas y financieras de una medida de desgravación fiscal, para lo que ha de contar con un presupuesto propio, con un control sobre sus propios ingresos y gastos.

A este respecto, se pueden ver las siguientes sentencias:

-STJUE de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, apartado 70, ECLI:EU:C:2006:511.

entonces el marco geográfico de referencia será la región, y no el EM, y la medida estaría plenamente justificada.

**-Que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, o que falseen o amenacen falsear la competencia**

Aunque ambas características suelen aparecer vinculadas en la práctica, nosotros vamos a diferenciarlas, a efectos didácticos:

-Que falseen o amenacen falsear la competencia

Según el TJUE, una medida falsa o amenaza falsear la competencia cuando “es probable que mejore la posición competitiva del beneficiario, frente a otras empresas con las que compite”<sup>92</sup>.

Basta que la ayuda “le permita mantener una posición competitiva más fuerte de la que habría tenido de no habérsela concedido”. Basta con que la ayuda lo libere de los costes de gestión corriente a los que habitualmente tiene que hacer frente. Salvo el caso en que los efectos de la ayuda fueren mínimos o *quasi* imperceptibles, la “constatación del otorgamiento de una ventaja gratuita a ciertas empresas permite presumir, por sí misma, una alteración actual o potencial de la competencia”<sup>93</sup>.

Además, la alteración de la competencia puede ocurrir tanto en las relaciones entre productores nacionales como en las relaciones de éstos con sus competidores de otros Estados miembros.

Siguiendo a MILLÁN ESTRADA, aunque se haya identificado un mercado relevante “ello no impone necesariamente a la Comisión la obligación de definir el mercado con detalle o analizar su estructura y seguir las relaciones de competencia”<sup>94</sup>.

Si se tratare de un servicio público prestado por un operador que forma parte de la AP titular del servicio, se considera que no falsea la competencia siempre, que cumulativamente:

-Sea un monopolio legal

-En aquellos casos en que el monopolio excluya la competencia en el mercado y por el mercado, ya que excluye cualquier posible competencia, en aras a convertirse el prestador exclusivo de dicho servicio<sup>95</sup>.

-El servicio no compita con otros

---

-STJUE de 11 de septiembre de 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, asuntos acumulados C428/06 a C-434/06, apartados 96 a 100. 228, ECLI:EU:C:2008:488.

92 STJUE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris, 730/79, Ap. 11, ECLI:EU:C:1980:209.

93 MILLÁN ESTRADA, F, op. Cit, pág. 40.

94 MILLÁN ESTRADA, F. op. Cit., pág. 41.

95 STJUE de 16 de julio de 2014, Alemania/Comisión, T-295/12, Ap. 158, ECLI:EU:T:2014:675.

-Si el prestador del servicio está presente en otro mercado abierto a la competencia, en cuyo caso deben descartarse subvenciones cruzadas. Esto exige contabilidades separadas ( que las ayudas públicas recibidas para el servicio público que constituye monopolio legal, no acaben beneficiando otras actividades ).

#### -Que afecten los intercambios comerciales entre los EEMM

Los tribunales comunitarios entienden que “cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios, procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios”<sup>96</sup>. Esta afectación puede ocurrir incluso cuando el beneficiario no participa directamente en los intercambios comerciales transfronterizos. KEPPENNE<sup>97</sup> lo entiende en términos amplios, al sostener que la competencia “se falsea desde que la intervención del Estado provoca un cambio artificial de determinados elementos del coste de producción de la empresa beneficiaria y refuerza su posición respecto a otras empresas competidoras”.

El efecto sobre los intercambios entre EEMM no puede ser hipotético, o presunto, tiene que ser probable, con base en los efectos previsibles de la medida<sup>98</sup>. El antiguo TPIUE ha especificado que “incluso una ayuda de cuantía relativamente reducida puede afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros, cuando el sector en el que la empresa opere se caracterice por una fuerte competencia”<sup>99</sup>.

El TJUE admite que el otorgamiento de ayudas a una empresa puede afectar los intercambios comerciales entre los EEMM y, con ello, falsear la competencia, incluso cuando la propia empresa beneficiaria no participa en las exportaciones. En caso, por ejemplo, de una empresa exportadora de mercancías, si un EM le otorga una ayuda, la producción interior puede aumentarse o mantenerse, y con ello “se disminuyen las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados Miembros de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado Miembro”<sup>100</sup>. Por lo tanto, el otorgamiento de una ayuda por parte de un Estado Miembro, a una

96 STJUE de 14 de enero de 2015, Eventech/The Parking Adjudicator, C-518/13, Ap. 66, ECLI:EU:C:2015:9.

97 KEPPENNE, “*Guide des aides d’Etat en droit communautaire*”, págs. 120-121.

98 STGUE de 6 de julio de 1995, AITEC y otros/Comisión, As. Acumulados T-448/93, T-449/93, ap. 141, ECLI:EU:T:1995:130.

99 STPIUE de 30 de abril de 1998, Vkaans Gewest/Comisión, As. T-214/95, Rec. 1998, pág. II 717. El Tribunal sigue aquí la línea trazada por el Tribunal de Justicia en anteriores Sentencias, como en la de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, C-303/88, Rec. 1991, pág. 1433, al estimar en su apartado 19 que «las ayudas de importancia relativamente escasa pueden, no obstante, afectar a los intercambios entre Estados miembros cuando el sector de que se trata se caracteriza por una fuerte competencia». ECLI:EU:T:1998/77 y ECLI:EU:C:1991:136, respectivamente.

En la STJUE de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión, C-305/89, Rec. 1991, pág. I 1603, vuelve a recordar en su apartado 26 que «cuando una empresa opera en un sector, caracterizado por un exceso de capacidad de producción, en el que se ejerce una competencia efectiva procedente de las autoridades públicas de la que aquélla se beneficia puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros y perjudicar a la competencia, en la medida en que su mantenimiento en el mercado impide que sus competidores incrementen su cuota de mercado y reduce las posibilidades de que aumenten sus exportaciones», ECLI:EU:C:1991:142.

100 STJUE de 21 de marzo de 1991, As. C-303/88, ECLI:EU:C:1991:136.

empresa, puede afectar los intercambios entre Estados Miembros, “cuando el sector en el que actúa la empresa beneficiaria se caracteriza por una fuerte competencia”.

Ya desde un momento temprano, el TJUE ha admitido el criterio del inversor privado en una economía de mercado. En su sentencia de 21 de marzo de 1991<sup>101</sup> se refiere al caso de un socio privado “que aporta el capital necesario para asegurar la supervivencia de una empresa que atraviesa dificultades pasajeras, pero que, tras una eventual reestructuración, estaría en condiciones de recuperar su rentabilidad”. Y también se refiere, en la misma sentencia, a otra posibilidad, la de una sociedad matriz que soporta “durante un período de tiempo limitado, las pérdidas de una de sus filiales, con el fin de permitir que el cese de las actividades de esta última se produzca en las mejores condiciones”. En estos dos casos, el inversor privado prevé obtener un beneficio material, sea a más corto o más largo plazo, y el tribunal alude a que dicho inversor también puede tener otra razón para invertir en esa empresa/filial, que es “proteger la reputación del grupo o reorientar las actividades” de la empresa.

Es decir, el tribunal comunitario admite que el comportamiento de un inversor privado puede perseguir una doble finalidad. Por un lado, el objetivo más evidente es la obtención de una rentabilidad, pero también se admite es viable que un holding privado, o grupo privado de empresas, pueda perseguir la consecución de una “política estructural, global o sectorial”<sup>102</sup>.

El TJUE recoge en su jurisprudencia que «una ayuda a una empresa puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros y falsear la competencia si dicha empresa está en competencia con productos procedentes de otros Estados miembros aunque ella misma no sea exportadora (...). En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la producción interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que (...) disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado miembro. Por lo tanto, una ayuda de tales características puede afectar al comercio entre Estados miembros y falsear la competencia»<sup>103</sup>.

En varias de sus Decisiones, la Comisión llegó a la conclusión de que la ayuda no afectaba al intercambio comercial entre EEMM, cuando:

-El beneficiario suministraba bienes o servicios a una zona concreta y delimitada, dentro de un mismo Estado miembro

-No era probable que este beneficiario atrajera clientes de otros Estados miembros.

-No podía preverse que la medida tuviera un efecto más allá de marginal, en las condiciones de inversiones o establecimiento transfronterizos.

---

101 STJUE de 21 de marzo de 1991, As. C-303/88, ECLI:EU:C:1991:136.

102 STJUE de 21 de marzo de 1991, As. C-305/89. Ap. 20, ECLI:EU:C:1991:142.

103 STJUE de 13 de julio de 1988, Francia/Comisión, C-102/87, Rec. 1988, pág. 4067, pág. 4087 y ss., apartado 19, ECLI:EU:C:1988:391.

En alguna Decisión la Comisión ha manifestado que “también resulta afectado el comercio intracomunitario cuando las ayudas influyan en las decisiones sobre el emplazamiento de las empresas beneficiarias. En este sentido, ha señalado la Comisión, que si «se impide que las empresas se trasladen de un lugar a otro en un Estado miembro distinto, los obstáculos al propio traslado, así con el mantenimiento de la producción y el suministro desde el antiguo emplazamiento, conducirán a la consolidación de los flujos comerciales existentes entre los Estados miembros, afectando de esta manera al comercio intracomunitario»<sup>104</sup>.

En la Comunicación sobre concepto de ayudas de Estado de 2016<sup>105</sup> la Comisión nos ofrece algunos ejemplos en los que no es probable que la ayuda pública afecte los intercambios comerciales entre Estados miembros:

-Cuando nos encontremos con instalaciones deportivas y recreativas usadas mayoritariamente por un público local, que probablemente no atraigan clientes o inversores de otros EEMM

-Entidades culturales que realizan actividades económicas en las que no es probable que capten usuarios o visitantes de otros EEMM.

-Hospitales y centros sanitarios, cuyos pacientes son la población local, que probablemente no atraigan clientes de otros EEMM.

-Medios informativos o productos culturales con público mayoritariamente local, por razones lingüísticas o geográficas.

-Centro de conferencias cuya ubicación y efecto potencial de la ayuda sobre los precios no es probable que afecte a otros usuarios de otros EEMM.

-Plataforma de información y creación de redes que trata problemas de desempleo y conflictos sociales en el ámbito local.

-Pequeños puertos o aeropuertos que son utilizados mayoritariamente por usuarios locales, con un impacto en las inversiones transfronterizas marginal.

-Financiación de determinados transportes por cable en zonas con pocas instalaciones y limitada capacidad turística.

### **-Irrelevancia de la forma.**

El art. 107.1 TFUE prevé, al referirse a las ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior, las otorgadas “*bajo cualquier forma*”. Por lo tanto, resulta claro que no importa la forma de la ayuda para que podamos calificarla como ayuda de Estado. Pueden constituir ayudas de Estado

---

104 Decisión de 18 de julio de 1990 (DOCE L 215 de 2. 8. 1991, pág. 1).

105 Vid. Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de Estado, de 2016, pto. 6.3

desde aquellas recogidas en normas *ad hoc*, como reglamentos, Ordenes Ministeriales, o también las primas a los trabajadores en sectores económicos en dificultades, y también participaciones públicas en el capital de una empresa pública.

## **4.- BENEFICIARIO**

El beneficiario es aquel destinatario último de la ayuda.

Llegado este momento debemos examinar el concepto de empresa existente en el ámbito de las ayudas de Estado de la Unión Europea.

### **4.1.-CONCEPTO DE EMPRESA**

En la jurisprudencia comunitaria, el concepto de “empresa” tiene carácter funcional. Así lo demuestran sentencias como la de 10 de enero de 2006, donde el TJUE nos dice que “comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”<sup>106</sup>.

Por lo tanto, no obsta al carácter de “empresa” que la entidad tenga carácter público o privado, a efectos del régimen de ayudas de Estado y del derecho de competencia de la UE. Una empresa pública puede ser considerada empresa, en el ámbito de ayudas de Estado.

Por otro lado, constituye “actividad económica” “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado sector, dentro de un mercado determinado”<sup>107</sup>. Se puede ejercer de forma directa ( esto es, “por un operador en contacto directo con el mercado” ), o bien de forma indirecta en el mercado ( “por otra entidad que controla a dicho operador formando con él una unidad económica”)<sup>108</sup> . La Comisión, en sus Decisiones, ha caracterizado siempre la actividad económica como la “acción de ofrecer productos o servicios en un mercado determinado, y no la actividad de compra en cuanto tal”<sup>109</sup>.

La mera tenencia de participaciones que implique el ejercicio de derechos inherentes a la condición de socio o accionista y la percepción de dividendos, no es suficiente para caracterizar una actividad como económica. Por el contrario, puede que una entidad posea el control de una

---

106 STJUE de 10 de enero de 2006, As. C-222/04. Cassa di Risparmio di Firenze y otros. Ap. 107 y ss. ECLI:EU:C:2006:8

107 STJUE de 10 de enero de 2006, As. C-222/04. Ap. 108. ECLI:EU:C:2006:8

108 Es el caso de una empresa pública que se encuadra dentro del sector público, y que es financiada mayoritariamente por una Administración Pública, sea ésta estatal, regional o local.

109 STJUE de 11 de julio de 2006. As. C-205/03 P. Ap. 24, 25 y 26. ECLI:EU:C:2006:453.

sociedad y ejerza efectivamente este control, interviniendo en la gestión de la empresa, y en esa medida, participe en el ejercicio de la actividad económica de la empresa.

Constituyen servicios que entran dentro del concepto de “actividad económica” las “prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración. La característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye la contrapartida económica de la prestación”<sup>110</sup>.

En principio, una empresa puede realizar distintas actividades, económicas y no económicas, simultáneamente, siempre que lleve una contabilidad separada, debido a la diferente financiación recibida. Así se excluye el riesgo de “subvención cruzada” “de sus actividades económicas, mediante fondos públicos de los que se beneficia en relación con sus actividades no económicas”<sup>111</sup>.

Asimismo, pueden ser considerados beneficiarios de una ayuda de Estado, y por lo tanto, obligados a la devolución de la ayuda, aquellos que hubieren resultado beneficiarios indirectamente con la ayuda. En relación con este aspecto, el TJUE se ha pronunciado recientemente en una sentencia que afecta a intereses españoles, en el Asunto Reino de España, Lico Leasing y otros<sup>112</sup>. En esta sentencia, el Tribunal europeo confirma que puede existir ayuda de Estado en caso de “ventaja económica indirecta”, y por lo tanto, la existencia de beneficiarios indirectos. Así, viene a remarcar que:

-”La ventaja puede conferirse a empresas distintas de aquellas a las que se transfieren directamente los fondos estatales (ventaja indirecta). Una medida puede también constituir tanto una ventaja directa para la empresa beneficiaria como indirecta para otras empresas, por ejemplo, las empresas que operan en niveles posteriores de actividad”.

-”Existe una ventaja indirecta si la medida está ideada de forma que canalice sus efectos secundarios hacia empresas o grupos de empresas identificables. Es el caso, por ejemplo, si la ayuda directa, de hecho o de Derecho, está condicionada a la adquisición de bienes o servicios producidos únicamente por determinadas empresas”.

## **4.2.-EMPRESA PÚBLICA.**

En derecho de la UE, el concepto de “empresa pública” es sinónimo de actividad económica. Es un concepto antiformalista, no atiende a la forma jurídica del ente, sino a la actividad que desarrolla.

---

110 STJUE de 11 de septiembre de 2007. As. C-76/05. Ap. 37 y 38. ECLI:EU:C:2007:492

111 STJUE de 27 de junio de 2017. As. C-74/16. Ap. 51. ECLI:EU:C:2017:496

112 STJUE de 2 de febrero de 2023, As. C-649/20 P, C-658/20 P, y C-662/20P, ECLI:EU:C:2023:60.

Según el art. 2.b) de la DIR 2006/111/CE de la Comisión<sup>113</sup>, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, se entiende por empresa pública “*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*”. Esta definición se reitera en el art. 2.1 de la Ley española de transposición, la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

Se presumirá que hay “influencia dominante”, cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras Administraciones territoriales, directa o indirectamente:

- i) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, o*
- ii) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o*
- iii) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa”.*

Según el TJUE, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, “el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de estas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas”<sup>114</sup>.

Ejemplos de empresas públicas los tenemos en la legislación estatal y en la gallega.

En el ámbito de la Administración General del Estado, las empresas públicas pueden adoptar alguna de las formas previstas en el art. 166 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas:

a) Entidades Públicas Empresariales

b) Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por ciento, de operaciones realizadas en el mercado.

c) Las sociedades mercantiles estatales, que son aquellas sobre la que se ejerce control estatal:

1.º Bien porque la participación directa en su capital social por parte de la Administración General del Estado o algunas de las entidades que integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100.

( Para esto, se sumarán las participaciones del Estado y de todas las entidades del sector público institucional estatal ).

---

113 Transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

114 STJUE de 18 de mayo de 2017, Fondul Proprietatea, As. C-150/16, ap. 17, EU:C:2017:388.

2.º Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 3 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

En el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia, debemos acudir al art. 3.1 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia prevé como empresas públicas dependientes de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, que, además, forman parte de su sector público:

a) Las entidades públicas instrumentales dependientes de la Administración general o de otras entidades públicas instrumentales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El art. 45 de la misma ley considera entidades públicas empresariales: organismos autónomos, agencias públicas autonómicas y entidades públicas empresariales y consorcios autonómicos.

b) Otras entidades instrumentales respecto de las cuales la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia ejerce jurídicamente, de forma directa o indirecta, una posición de dominio, entendiendo como tal, a estos efectos, aquella en la que se ejerce un control análogo al de los propios servicios de la Administración. El art. 45 de la misma ley entiende como “otras entidades instrumentales”: sociedades mercantiles públicas autonómicas y fundaciones del sector público autonómico.

## **5.- TOMA DE PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL SOCIAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.**

### **5.1.-PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL**

La expresión “participación en el capital” no es un término unívoco, sino que alude a varios fenómenos, que pueden tener lugar a lo largo de toda la vida de una empresa ( una empresa pública, desde su creación como monopolio, lo lógico es que transite hacia su conversión en empresa privada, financiada con fondos privados).

La primera vez que la Comisión Europea se preocupó por la toma de participaciones públicas en el capital de las empresas públicas fue en 1971, a raíz del “Primer informe sobre política de la competencia”. En este Informe, la Comisión cita expresamente las participaciones públicas en el capital de empresas públicas, como una de las formas en las que se pueden originar ayudas de Estado.

Como señala RODRIGUEZ MIGUEZ, el punto de partida lo encontramos en la Ley núm. 184 de 22 de marzo de 1971, de Italia, “que preveía la intervención gubernamental para respaldar la reestructuración y la reconversión de ciertas empresas industriales”<sup>115</sup>. Con ello se buscaba facilitar la reestructuración, reorganización y reconversión de pymes con dificultades económicas, en un contexto de crisis económica, en plenos años ´70.

Un año más tarde, en 1972, la Comisión se refirió a las actividades de las agencias financieras de algunos Estados miembros. Los EEMM financiaban directa o indirectamente dichas agencias, bien a través del otorgamiento de fondos públicos, o bien a través de créditos preferenciales, o a través de la toma de participaciones temporales en su capital social.

En relación con esta forma de financiación pública de las empresas públicas italianas, la Comisión acabará aprobando los créditos preferenciales, no sin antes manifestar sus reservas respecto a las participaciones temporales, al afirmar que “el principio de neutralidad establecido por el Tratado CE (artículo 222) respecto de la propiedad, reconocido por los Estados miembros impide a estos últimos usar su poder para intervenir en la propiedad de los medios de producción para tomar medidas que, si se hubieran adoptado con otras técnicas de intervención, hubieran sido consideradas incompatibles con el artículo *et seq.*, en la medida en que distorsionaran la competencia y el comercio en el interior de la Comunidad, en la medida en que cualquier otra interpretación hubiera resultado una discriminación inaceptable entre los distintos Estados miembros o entre las diferentes medidas adoptadas por los mismos, pero que de hecho pretendiesen los mismos objetivos”.

Esto implicó una incipiente toma de posición por parte de la Comisión, que comenzó a vislumbrar el problema que suponían las participaciones sociales públicas en las empresas públicas, y es a partir de ese momento, cuando comienza a diseñar los posibles límites a dicha participación pública.

A pesar de esta posición vigilante y reticente ante las posibles ayudas de Estado que pudieran constituir las participaciones en el capital social de las empresas públicas, no se debe perder de vista el art. 345 TFUE, cuando prevé que “*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”. Recoge el llamado “principio de neutralidad”. Este precepto tiene su origen en el art. 295 TCE, pero se suprimió la referencia a la potestad de los EEMM para nacionalizar sectores de su economía o para tomar participaciones en empresas. Podemos decir que el art. 345 TFUE implica un régimen de respeto absoluto por el régimen jurídico sobre la propiedad existente en los EEMM. Por lo tanto, éstos son libres de nacionalizar empresas, liberarlas

---

115 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, EGAP, 2002.

hasta su privatización total, participar en su capital social,... siempre y cuando se respeten las libertades comunitarias y los límites de ayudas de Estado.

Será a partir de los años ochenta, cuando la Comisión se pronuncie expresamente en relación con las participaciones públicas como forma de ayuda de Estado.

Los principales obstáculos que tuvo que salvar la Comisión a la hora de configurar su doctrina sobre las ayudas de Estado en forma de participaciones públicas en empresas públicas fueron los relacionados con el principio de neutralidad ( recogido ahora en el art. 345 TFUE ) y el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas.

Antes de que se hubiesen aprobado los Tratados comunitarios, los Estados ya participaban en la economía, y eran propietarios de parte de los medios de producción. De ahí que los Tratados comunitarios, en sus versiones actualizadas TUE y TFUE, partan de la premisa de que es factible que un Estado Miembro, además de desarrollar el poder de dirección económica derivado de su condición de autoridad pública, pueda participar en la economía como empresario o inversor.<sup>116</sup>

Esto supone un doble peligro: por una parte el de confundir los papeles de poder público y de defensor del interés general, con su papel como propietario e inversor privado. Y el segundo peligro viene por un posible abuso derivado de ese enorme poder financiero que acumula.

Ante la eventualidad de que estos riesgos se materialicen, en seguida se vio la necesidad de cohonestar las potestades de los Estados para configurar su sector público con una política comunitaria de competencia, que procure una competencia sana y no falseada entre los operadores económicos ( los Estados Miembros entre ellos ).

De ahí que en el TFUE se mantengan dos artículos condenados a entenderse. Por un lado, el art. 345, que recoge el principio de neutralidad, diciendo que los “Tratados no prejuzgan el régimen de propiedad de los Estados Miembros”. Esto implica que los Estados son libres para nacionalizar empresas, liberarlas, privatizarlas, tomar participaciones en su capital social,... Por lo tanto, tienen amplio margen para configurar y mantener su sector público. Y, por otro lado, está el art. 106.1 TFUE, que refiriéndose a las empresas que presten servicios de interés económico general, establece que los Estados Miembros “no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive”<sup>117</sup>. Por lo tanto, nos está queriendo decir que los Estados Miembros no otorgarán ni mantendrán ninguna ayuda de Estado, tanto a empresas públicas, como a empresas que presten servicios de interés general.

---

116 El principio de neutralidad se enuncia en el art. 345 TFUE, diciendo que los Tratados “no prejuzgan el régimen de propiedad en los Estados Miembros”.

117 Se refiere a los artículos reguladores de las ayudas de Estado.

## 5.2.- LA TRANSPARENCIA DE LAS RELACIONES FINANCIERAS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS Y LAS EMPRESAS PÚBLICAS.

La Directiva 2006/111/CE sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, de la Comisión Europea, impone obligaciones a los EEMM a efectos de que las relaciones financieras entre éstos y las empresas públicas sean transparentes.

Según su art.1, a estos efectos, los EEMM garantizarán dicha transparencia, poniendo de relieve:

- “a) las puestas a disposición de fondos públicos de los poderes públicos a las empresas públicas ( de manera directa )*
- b) las puestas a disposición de fondos públicos de los poderes públicos por mediación de empresas públicas o instituciones financieras ( de manera indirecta )*
- c) La utilización efectiva de esos fondos públicos”.*

Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las AAPP y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.

La ley española impone obligaciones a tres clases de empresas:

- Empresas públicas
- Empresas que deban llevar cuentas separadas
- Empresas públicas manufactureras.

En relación con las empresas públicas, la Ley 4/2007 recoge la obligación de remitir un informe a la Intervención General de la Administración General del Estado ( en adelante, IGAE )<sup>118</sup>, en el plazo de los siete meses siguientes a la finalización del ejercicio económico, con el siguiente contenido:

- “a) Información sobre la puesta a disposición de los fondos efectuados por las Administraciones públicas de ámbito estatal, autonómico o local, ya sea directamente o por mediación de otras empresas públicas o instituciones financieras,*
- b) Información sobre la utilización efectiva de dichos fondos, y*
- c) Información sobre los objetivos perseguidos en el otorgamiento de dichos fondos”.*

También se prevé que esta información deberá ser conservada por la IGAE, a disposición de la Comisión Europea, durante un período mínimo de cinco años desde el final del ejercicio anual durante el cual se hayan puesto a disposición dichos fondos públicos.

En este precepto, la ley española es muy genérica, ya que habla de “puesta a disposición de fondos de las AAPP”. Sin embargo, la Directiva, en su art. 3 especifica todos aquellos fondos que han de hacerse públicos:

---

<sup>118</sup> También se aplica a las CCAA, ya que su DF Primera prevé que esta ley tiene el carácter de “bases de la actividad económica y de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, al amparo de los títulos recogidos en los arts. 149.1.13 y 18 CE.

- Compensación de las pérdidas de explotación
- Aportaciones en capital o en dotación
- Aportaciones a fondo perdido o los préstamos en condiciones privilegiadas
- Ventajas financieras en forma de no percepción de beneficios o de no recuperación de créditos
- Renuncia a una remuneración normal de los fondos públicos comprometidos
- Compensación de cargas impuestas por los poderes públicos.

En su art. 5, la ley española, recoge las finalidades de esta puesta a disposición de fondos:

- a) La compensación de las pérdidas de explotación;*
- b) Las aportaciones de capital;*
- c) Las aportaciones a fondo perdido o los préstamos concedidos en condiciones distintas a las de mercado;*
- d) La concesión de ventajas financieras, ya sea en forma de no percepción de rendimientos o de no recuperación de créditos;*
- e) La renuncia a una remuneración en condiciones de mercado de los fondos públicos comprometidos; o*
- f) La compensación de las cargas impuestas por las Administraciones públicas”.*

Y el art. 7 de la Ley exime de la obligación de remisión de información a las siguientes empresas/entes:

- a) Las empresas públicas, por lo que se refiere a los servicios cuya prestación no pueda afectar de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros;*
- b) Las entidades de crédito públicas, por lo que se refiere a los depósitos de fondos públicos efectuados por las Administraciones públicas en condiciones normales de mercado.*
- c) El Banco de España;*
- d) Las empresas públicas cuyo importe neto de la cifra de negocios en la fecha de cierre de cada uno de los dos ejercicios anteriores al que se hayan puesto a disposición o utilizado los fondos públicos, haya sido inferior a 40 millones de euros; y*
- e) Las entidades de crédito públicas, cuyo importe total de las partidas del activo no supere los 800 millones de euros, en los dos ejercicios anteriores al que se hayan puesto a disposición o utilizado los fondos públicos”.*

Las empresas están obligadas a llevar cuentas separadas cuando las AAPP estatales, autonómicas o locales:

- Le hayan concedido derechos especiales<sup>119</sup> o exclusivos<sup>120</sup>
- Le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general ( en adelante, SIEG )

119 Según el art. 8.3 de la Ley 4/2007, derecho especial es “cualquier derecho concedido por las AAPP, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, a un número limitado de empresas, mediante norma legal, reglamentaria o resolución administrativa, que en una zona geográfica específica:

- a) Limite a dos o más el número de empresas autorizadas a prestar un servicio o emprender una actividad, por aplicación de criterios que no sean objetivos, proporcionados y no discriminatorios, o*
- b) Designe, con arreglo a estos criterios, a varias empresas autorizadas a prestar un servicio o emprender una actividad, o*
- c) Conceda a una o varias empresas, con arreglo a dichos criterios, ventajas legales o reglamentarias que afecten sustancialmente a la capacidad de cualquier otra empresa para prestar el mismo servicio o ejercer la misma actividad en la misma zona geográfica en condiciones sustancialmente equivalentes.”*

120 Según el art. 8.2 de la Ley 4/2007, derecho exclusivo es “cualquier derecho concedido por las AAPP, ya sean de ámbito estatal, autonómico o local, a una empresa, mediante norma legal, reglamentaria o resolución administrativa, que reserve en exclusiva a dicha empresa el derecho a prestar un servicio o emprender una actividad en una zona geográfica específica”.

-Le hayan otorgado cualquier tipo de compensación por gestionar un SIEG.

-Le hayan otorgado una compensación por explotar esos derechos especiales o exclusivos y lleve a cabo otras actividades.

La Directiva de 2006 obliga a estas empresas a:

-Llevar cuentas internas por separado, referidas a las diferentes actividades.

-Adoptar medidas para que se asignen o distribuyan correctamente todos los costes e ingresos sobre la base de principios de contabilidad de costes aplicados de forma coherente y objetivamente justificables.

-Adoptar las medidas necesarias para que se establezcan claramente los principios de contabilidad de costes.

Estas empresas también están obligadas a remitir a la IGAE un informe, que este órgano debe mantener a disposición de la Comisión Europea durante un plazo de cinco años desde el final del ejercicio anual.

No obstante, estarán exentas de la obligación de remisión de dicho informe, las siguientes empresas:

-Aquellas cuya prestación de servicios no pueda afectar de forma apreciable al comercio entre EEMM.

-Aquellas cuyo volumen de negocios global neto anual en los dos ejercicios anuales anteriores a cualquier año en que disfruten de un derecho especial o exclusivo, concedido por un EM, o en que se les haya confiado la gestión de un SIEG. No obstante, en caso de entidades de crédito públicas, el umbral será un balance total de 800 millones de euros.

-Aquellas a las que se haya confiado la gestión de un SIEG, siempre que las compensaciones que reciban, sea cual sea la forma de la misma, se haya fijado por un período apropiado, con arreglo a un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio.

Por último la Directiva y la Ley española en su art. 15.4 se refieren a las empresas públicas manufactureras<sup>121</sup>, cuyo importe neto de cifra de negocios en el ejercicio anterior haya sido superior

---

121 Empresa pública manufacturera, a tenor del art. 14 Ley 4/2007 es aquella empresa pública “*cuya actividad ordinaria ( desarrollada de manera regular, y por la que obtiene ingresos periódicos que representan al menos el 50% del importe neto de su cifra de negocios ) sea la transformación mecánica, física o química de materiales, sustancias o componentes en nuevos productos*”. Concretamente, son aquellas cuyas actividades corresponden a la sección D, subsección DA hasta la subsección DN de la NACE, y que están recogidas en el Anexo de la Ley 4/2007:

“1. Industrias de la alimentación, bebidas y tabaco.

2. Industria textil y de la confección.

3. Industria del cuero y del calzado.

4. Industria de la madera y del corcho.

5. Industria del papel, edición, artes gráficas y reproducción de soportes grabados.

6. Coquerías, refino de petróleo y tratamiento de combustibles nucleares.

7. Industria química.

8. Industria de la transformación del caucho y materias plásticas.

9. Industria de otros productos minerales no metálicos.

10. Metalurgia y fabricación de productos metálicos.

a 250 millones de euros, exigiendo que los EEMM remitan a la IGAE, dentro de los siete meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, la siguiente información:

*“a) Las cuentas anuales y el informe de gestión individuales y, en su caso, consolidados, que deban elaborarse de acuerdo con lo dispuesto en la normativa contable que les sea de aplicación. Además, deberán adjuntarse las actas de las juntas generales de accionistas.*

*b) Sin perjuicio de la información que deba suministrarse en la memoria de las cuentas anuales individuales y, en su caso, consolidadas, en un anexo que no formará parte de éstas, y que no será objeto de publicación, se incluirá la información relativa a:*

*– Cualquier tipo de intervención pública, en particular, la condonación de cantidades adeudadas a las Administraciones públicas por la empresa pública, incluidos, entre otros, el reembolso de préstamos, las subvenciones, el pago del Impuesto sobre Sociedades, las cotizaciones sociales y otros pagos de carácter similar.*

*– Detalle de las transacciones efectuadas por la empresa pública con otras empresas de su grupo, con otros grupos de empresas públicas, así como las realizadas directamente entre las empresas públicas y las Administraciones públicas”.*

El art.3.3 del RD que la IGAE debe remitir, en este caso:

*“-Cuentas anuales e informe de gestión individuales*

*-En su caso, cuentas anuales e informe de gestión consolidados.*

*-Actas de las juntas generales de accionistas.*

*-Un informe con la información a la que se refiere el art. 15.4.b de la Ley” (referido anteriormente).*

En los tres casos analizados, el órgano de administración de la empresa pública tendrá la responsabilidad de elaboración y remisión de esta información a la IGAE, que la pondrá a disposición de la Comisión Europea.

También en los tres casos, la remisión de información a la IGAE se hará a los solos efectos de *“evitar la dispersión de datos y facilitar a la Comisión Europea dicha información de manera agregada”.*

Los modelos y el procedimiento de remisión de la información se ha regulado en el RD 1759/2007, de 28 de diciembre, que tiene carácter básico, por lo que es aplicable también a las CCAA.

### **5.3.- PARTICIPACIONES PÚBLICAS EN EL CAPITAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS**

Tradicionalmente, la Administración Pública ha intervenido en el capital de empresas, ya fueran éstas públicas o privadas, a través de diversas operaciones de capital ( fusiones, ventas, adquisiciones,...). Si se trataba de una empresa pública, lo habitual era la privatización, una operación de venta de la empresa, en la que la Administración Pública pasaba de ejercer un monopolio en un sector de actividad administrativa, a liberalizarlo, dejando así que fueran los operadores económicos particulares los que dirigieran la actividad en dicho sector. En otras

---

11. Industria de la construcción de maquinaria y equipo mecánico.

12. Industria de material y equipo eléctrico, electrónico y óptico.

13. Fabricación de material de transporte.

14. Industrias manufactureras diversas.”

ocasiones, las empresas públicas sirven como medios propios para la prestación de un determinado servicio al ciudadano, en cuyo caso la Administración Pública matriz participa en el capital social de la empresa pública, con parte de su capital social.

Todas estas formas de participación en el capital social de una empresa pública hizo que la Comisión Europea empezara a poner límites, construyendo poco a poco un cuerpo doctrinal dirigido a limitar las ayudas con las que las Administraciones Públicas financiaban sus empresas públicas.

Las primeras decisiones de la Comisión, negativas en los casos de aportaciones públicas de capital son las de *Balamundi*<sup>122</sup>, *Inter Mills*<sup>123</sup> y *Leeuwarder*<sup>124</sup>.

En la Decisión *Balamundi*, la Comisión considera probado que el Gobierno belga había financiado la empresa *Balamundi*, a través de una toma de participación, ya que le había concedido un préstamo a diez años con una franquicia de intereses durante cinco años, y había garantizado créditos anteriores de la empresa.

La empresa estaba en crisis y después de un análisis profundo, la Comisión concluyó que era muy difícil que la empresa se pudiese financiar en el sector privado, de igual manera que lo habría hecho una empresa privada. Por lo tanto, lo que supuso la pervivencia de la empresa fueron las ayudas otorgadas por el Gobierno belga, y al no estar notificada, la Comisión estimó que dichas ayudas eran ilegales, incompatibles con el mercado único europeo.

En Decisión *Inter Mills* también analizaba la situación de una empresa en crisis, en riesgo de extinción. En este caso, el Gobierno belga adopta una toma de participación de 850 millones FB en la constitución de tres sociedades independientes, les concede un préstamo bonificado para financiar un programa de inversiones, adopta una toma de participación en el capital social de la empresa matriz y les concede un anticipo para financiar la reconversión y reorientación industrial de las tres nuevas sociedades.

En este caso, la Comisión concluye que las tomas de participación son ilegales, constituyen ayudas de Estado, sin embargo sí admite los préstamos, al no estimarlos incompatibles con el mercado interior.

La sentencia dictada por el TJUE<sup>125</sup> en este caso resuelve un recurso de anulación interpuesto por la SA *Inter Mills* y por tres sociedades de su grupo contra la Decisión de la Comisión de 22 de julio de 1982, en la que la Comisión declaraba la compatibilidad de las ayudas

---

122 DEC de 10 de marzo de 1982, donde se enjuiciaba una ayuda que había otorgado el Gobierno belga a un grupo industrial y comercial del sector de revestimientos murales, DOCE L 138, de 19 de mayo de 1982.

123 DEC de 22 de julio de 1982, donde se enjuiciaba las ayudas que el Gobierno belga había otorgado a una empresa del sector papelerero, DOCE L 280, de 2 de octubre de 1982.

124 DEC de 22 de julio de 1982, sobre una ayuda que el Gobierno holandés había otorgado a una empresa de transformación del cartón, DOCE L 277, de 29 de septiembre de 1982.

125 STJUE As. C-323/1982, ECLI:EU:C:1984:345.

otorgadas por la Región de Valonia, en Bélgica, a través de préstamos bonificados y de anticipos reintegrables, pero estimaba que eran incompatibles las aportaciones de capital, y las destinadas a las tres nuevas sociedades.

El TJUE, en este caso, anuló la decisión de la Comisión, por falta de motivación sobre la ilegalidad de la ayuda. No obstante, va a considerar que la decisión de la Comisión es correcta en lo relativo a las aportaciones de capital y puntualiza dos ideas básicas:

-No se puede diferenciar nítidamente entre ayudas en forma de préstamos o en forma de participaciones en el capital, porque ambas pueden constituir ayudas de Estado.

-El otorgamiento de ayudas, especialmente en caso de tomas de participación en el capital social, no puede considerarse de manera automática, contraria a las disposiciones del Tratado. Es necesario que la Comisión examine caso por caso, si estas ayudas entran en conflicto con los Tratados comunitarios.

Es a partir de esta sentencia, cuando se da por sentado que las aportaciones públicas de capital pueden constituir ayudas de Estado. Y se entrará a discutir, caso por caso, si concurren los requisitos para que se pueda considerar ayuda de Estado: origen estatal, carácter discriminatorio, que tenga efectos sobre la competencia o efectos sobre el comercio intracomunitario.

En la Decisión *Leenwarder*, existía una empresa que necesitaba una inversión importante para actualizar sus instalaciones. Un holding público realiza una toma de participación en la empresa. La Comisión consideró que esta constituía una ayuda de Estado, y por lo tanto, la estimó ilegal e incompatible con el mercado interior.

Los tres casos comparten características comunes<sup>126</sup>. En los tres casos, se trata de empresas en crisis, que estaban atravesando una situación financiera muy difícil, a causa de su propia situación económica y también por el sector en el que se desarrollaron, el papelerero, sector en crisis debido a una sobrecapacidad de producción. Todo esto hace que la Comisión considere estas ayudas como “ayudas de salvamento”.

#### -Préstamos y garantías a empresas públicas.

Una mención especial se merecen los préstamos y garantías concedidos por organismos públicos a empresas públicas dependientes, o en las que tienen una participación mayoritaria.

En lo que afecta a las garantías, lo característico es el trinomio en el que participa una entidad pública como garante, un prestatario y un prestamista. Es necesario analizar si el préstamo se concedió en condiciones de mercado y competencia.

En la mayoría de los supuestos, sólo habrá ayuda al nivel del prestatario, ya que le concede una ventaja, al permitirle obtener préstamos a un mejor tipo que en el mercado. Sin embargo, en

---

<sup>126</sup> Los tres asuntos han sido resueltos por el TJUE, en los As. C-323/1982, C-296/1982 y C-318/1982. ECLI:EU:C:1984:345, ECLI:EU:C:1985:113 y ECLI:EU:C:1985:468, respectivamente.

algunas ocasiones, también puede resultar en una ayuda al prestamista, cuando se concede con posterioridad a una obligación entre prestamista y prestatario, cuando no se garantiza que la ventaja se repercuta totalmente al prestatario, o cuando un préstamo garantizado se utiliza para devolver otro préstamo no garantizado.

Toda garantía que se concede en condiciones mejores a las de mercado puede constituir una ventaja para el prestatario, porque paga unas comisiones que no reflejan el riesgo del garante.

En este supuesto, los datos sobre los costes de financiación de la empresa se suelen obtener de otros préstamos que hayan sido concedidos recientemente a la empresa, rendimientos sobre obligaciones emitidas por la empresa o los diferenciales de permutas de cobertura por impago de dicha empresa.

La Comisión Europea ha elaborado una Comunicación sobre las garantías<sup>127</sup>, donde se contienen orientaciones sobre los valores sustitutos. Según esta Comunicación, para descartar una ayuda de Estado es suficiente con que “el prestatario no se encuentre en una situación financiera difícil, que la garantía esté vinculada a una transacción específica, que el prestamista asuma parte del riesgo y que el prestatario pague por la garantía un precio basado en el mercado”.

En dicha Comunicación, la Comisión distingue las siguientes clases de garantías:

“- las garantías generales, a saber, las garantías prestadas a empresas como tales frente a las garantías vinculadas a transacciones específicas, como puedan ser préstamos, inversiones en acciones, etc.,

- garantías prestadas por un instrumento específico frente a garantías vinculadas a la forma jurídica de la empresa misma,

- garantías prestadas directamente o contragarantías prestadas directamente a un garante de primer nivel,

- garantías ilimitadas frente a garantías limitadas en importe y/o tiempo. La Comisión considera asimismo constitutivas de ayuda en forma de garantía las condiciones de crédito más ventajosas obtenidas por empresas cuya forma jurídica impide la posibilidad de quiebra u otros procedimientos de insolvencia o prevé explícitamente una garantía o cobertura de pérdidas por parte del Estado. Lo mismo ocurre cuando un Estado adquiere una participación en una empresa, si ello implica una responsabilidad ilimitada en vez de una responsabilidad limitada normal,

- garantías originadas claramente de una fuente contractual (como contratos formales, cartas de aceptación) u otra fuente jurídica frente a garantías cuya forma es menos visible (como

---

127 Disponible en: [“https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2008.155.01.0010.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2008%3A155%3AFULL”](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.155.01.0010.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2008%3A155%3AFULL), ( Última consulta: 21/03/2023 ).

notas complementarias, compromisos verbales), probablemente con los diversos niveles de aceptación que pueden ofrecer estas garantías”.

En el caso de los préstamos, debemos estar a la Comunicación de la Comisión sobre el tipo de referencia, de 19 de enero de 2018<sup>128</sup>. Siguiendo las reglas contenidas en la Comunicación se podrá calcular un tipo de referencia, que valga como valor sustitutivo para el precio de mercado en situaciones donde no existen transacciones de mercado comparables.

#### 5.4.- PARTICIPACIONES PÚBLICAS COMO AYUDAS DE ESTADO

Ya habíamos concluido con anterioridad que no toda participación pública en una empresa constituye ayuda de Estado. Es necesario analizar caso por caso, y ver si concurren los requisitos necesarios para poderla considerar ayuda de Estado. Tiene que tratarse de una “ventaja financiera gratuita e injustificada en favor de la empresa o empresas beneficiarias, que rompa las condiciones de una leal competencia”<sup>129</sup>.

Por lo tanto, hay que acudir, en el ámbito internacional, al Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, de la Organización Mundial del Comercio, y al art. 107 TFUE, en el ámbito de la UE, para ver si se cumplen los requisitos de ayuda de Estado.

En este punto, tanto el Departamento de Comercio de EEUU como la Comisión Europea han tenido muy claro desde el principio, que era necesario acudir al mercado como referencia para apreciar el carácter ilegal de esa participación pública, para poder calificarla ayuda de Estado.

Es así como surge el principio del *private investor standard* en EEUU, que la justicia europea ha nombrado como el principio del “operador en una economía de mercado”, con sus derivados “prueba del acreedor privado” y “prueba del vendedor privado”<sup>130</sup>, para verificar el comportamiento de los organismos públicos de los EEMM<sup>131</sup>. Esto es, a través de estos principios/pruebas, se trata de dilucidar si el comportamiento que los organismos públicos han tenido con las empresas públicas, de ellos dependientes o vinculadas, ha sido el mismo que hubiera tenido un operador privado, en el mercado. De lo contrario, si no pasara esa prueba, estaríamos ante una ventaja selectiva concedida por un organismo público, a una empresa pública, y por tanto, ante una ayuda de Estado prohibida por el Tratado de Funcionamiento.

---

128 Disponible en: “ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0119\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0119(01)&from=ES)”, (Última consulta: 23/03/2023).

129 Vid RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A. op.cit., pág. 355.

130 También se conocen como “test/prueba/principio del operador privado”, o “test/prueba/principio del acreedor privado”, o “test/prueba/principio del inversor privado”.

131 Este principio no se aplica exclusivamente a la toma de participaciones en empresas públicas, sino que se extiende a otras modalidades de intervención pública.

#### 5.4.1.- PARTICIPACIÓN SOCIAL COMO AYUDA DE ESTADO EN DERECHO INTERNACIONAL ( Organización Mundial del Comercio ).

La primera vez que surgió la preocupación por este tema en el ámbito internacional, fue con ocasión del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1979 ( Organización Mundial del Comercio ).

EEUU fue el único país que adoptó medidas compensatorias en los casos de aportaciones de capital a favor de empresas públicas, vigente el GATT de 1947. En este contexto, surge en EEUU la práctica administrativa conocida como *Private investor standard*, o *creditworthiness/equityworthiness test*.

Esta práctica estadounidense es muy similar al principio aplicado por la Comisión Europea, pero existen algunas diferencias.

En EEUU, al amparo de la mencionada práctica administrativa, el Departamento de Comercio sólo “*investiga las subvenciones internas concedidas a empresas extranjeras cuando proceden de un gobierno extranjero, comparando la aportación de recursos de que se benefician dichas empresas con el standard del mercado, ya se trate de un préstamo en condiciones favorables o de una aportación de capital-riesgo*”<sup>132</sup>

Antes de la aprobación de la Trade Agreements Act de 1979, se plantearon dos asuntos conocidos como *Papermaking Machines and Part Thereof from Finland*, y *Grain Oriented Silicon Electrical Steel from Italy*.

En el primero de ellos, el Gobierno de Finlandia había realizado una aportación de capital y crédito a una empresa de ese país. El Gobierno entiende que no constituye subvención, porque no hay ninguna prueba de que la empresa quedara en una situación comercial más favorable que los fabricantes privados de papel.

En el segundo caso, se habían otorgado diversas ayudas por el Gobierno italiano, concretamente por una empresa pública, Finsider, que era la matriz de la empresa beneficiaria última de las ayudas. El Departamento del Tesoro entendió que no era una ayuda anticompetitiva, por lo que no era necesario adoptar medidas compensatorias.

Posteriormente a estas dos resoluciones, se publica la *Trade Agreement Act* en 1979, donde se remite al mercado ( “*commercial considerations*” ) como criterio para dilucidar el carácter anticompetitivo de una determinada ayuda. Se incluyeron desde las aportaciones de capital, hasta préstamos y también préstamos garantizados.

La doctrina americana distingue la empresa beneficiaria como *creditworthiness* o *equityworthiness*. Una empresa *creditworthy* es aquella “capaz de obtener en el mercado privado de deuda los recursos

---

132 RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., op.cit. Pág. 358

que necesita”<sup>133</sup>. Y una empresa *equityworthy* es aquella que es capaz de que un inversor privado invierta en ella. Por lo tanto, en ambos casos estamos ante un supuesto en el que la empresa se puede financiar en el sector privado, por un inversor privado, la inversión es rentable y puede generar beneficios. La diferencia es el modo de financiarse, bien acudiendo a títulos de deuda, o bien al capital privado.

El Departamento de Comercio estadounidense va a tener especialmente en cuenta si estamos ante una empresa en crisis, que está atravesando alguna dificultad transitoria, o si presenta dificultades estructurales. En el caso de que el Departamento de Comercio estimase que esa ayuda no es competitiva, porque no pasa el test antes citado, entonces considerará la ayuda como subvención, y podrá adoptar medidas compensatorias.

En el asunto *Cold-Roller Carbon Steel Flat-Roller Products from Argentina*, El Departamento de Comercio señaló que “para que se diga que una empresa es *equityworthy* debe mostrar capacidad para generar una razonable tasa de retorno en un razonable período de tiempo. [...] Valoramos la salud financiera presente y pasada de las cuentas de la empresa, de acuerdo con los diferentes indicadores obtenidos de sus correspondientes estados de cuentas y, cuando sea necesario, de sus propios informes. Daremos gran peso a la reciente tasa de retorno de los recursos propios de la compañía, como indicador de su salud financiera y a las proyecciones, reflejadas en estudios de mercado, previsiones nacionales o industriales, y proyectos y valoración de préstamos, cuando se disponga de estos tipos de análisis”<sup>134</sup>.

El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias (ASMC) aprobado por la OMC en 1994, en su art. 14, se refiere al cálculo de la cuantía de una subvención, en función del beneficio obtenido por el receptor.

Este artículo, en primer lugar, nos dice que este método estará previsto en la legislación interna de los Estados miembros. A continuación, se refiere a distintas ayudas, y a los casos en que se considera que no aporta un beneficio: se refiere tanto a aportaciones de capital social, como a préstamos, garantías crediticias o al suministro de bienes y servicios por parte de un operador público.

Por lo que se refiere a las aportaciones de capital social por parte de un gobierno/poder público, se entiende que éstas no confieren un beneficio “a menos que la decisión de inversión pueda considerarse incompatible con la práctica habitual en materia de inversiones de los inversores privados en el territorio de ese Miembro”.

Este mismo criterio es recogido en las Directrices para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios, dictadas por la Comisión

---

133 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., op.cit. Pág 360

134 FR 18006, 18024 (DOC 1984. Final determination. Subsidies appendix)

en 1998. Concretamente, se recoge en su apartado F). Este apartado recoge el principio del “inversor privado”.

Este criterio también fue incorporado al Reglamento (UE) 2016/1037, de 8 de junio de 2016, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea, en su art. 6<sup>135</sup>.

En EEUU, la sección 771 (5)(E)(i) de la *Tariff Act* de 1930 establece en su párrafo (a)(1) que existe un beneficio en una aportación de capital realizada por un Gobierno “ si la decisión de invertir es inconsistente con las prácticas habituales de los inversores privados, incluyendo las relativas a la provisión de capital de riesgo en el país en el que la aportación se efectúa”.

Para calcular este beneficio, existen dos vías, en función de que se cuente con los precios pagados por un inversor privado:

-Método de “*Private investor prices available*”.

En este caso, contamos con la referencia de un precio pagado por un inversor privado en una operación similar. En dicho caso, no es una práctica usual de un inversor privado “si el precio pagado por el gobierno por las nuevas acciones es mayor que el precio pagado por inversores privados para la misma o similar nueva emisión de acciones”.

Se acude al criterio de la *equityworthiness*.

-Método del “*Actual private investor prices unavailable*”.

Este método es utilizado por el Departamento de Comercio norteamericano en aquellos supuestos en que no se cuenta con los precios pagados por el inversor privado, como referencia, no contamos con una operación privada equivalente. Y se basa en la suficiencia/insuficiencia de recursos propios ( *equityworthiness/unequityworthiness* ) de la empresa, en el momento en que se produce la aportación de capital.

Es el método que mayor relación guarda con el principio del inversor privado en una economía de mercado, característico del Derecho comunitario.

Una empresa es *equityworthiness* si, desde el punto de vista de un inversor privado, “ésta genera una adecuada tasa de retorno para la inversión, en un plazo razonable de tiempo”<sup>136</sup>. Para llevar a cabo este análisis, se deberán tener en cuenta:

-”Las perspectivas financieras de la empresa o proyecto, utilizando estudios de mercado, proyecciones económicas, y proyectos de préstamos

-Indicadores de salud financiera de la empresa ( presentes y pasados ), calculados con base en balances y cuentas ajustadas a los principios generales de contabilidad.

---

135 Este art. 6 establece que “no se considerará que la aportación de capital social por los poderes públicos confiere un beneficio, a menos que la decisión de inversión pueda considerarse incompatible con la práctica habitual en materia de inversiones (inclusive para la aportación de capital de riesgo) de los inversores privados en el territorio del país de origen o de exportación”.

136 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., op.cit. Pág. 368

- Tasas de retorno de capital de los tres últimos años anteriores a la aportación de capital público.
- Aportaciones de capital de inversores privados”<sup>137</sup>.

Para hacer este análisis, el Departamento de Comercio de EEUU puede requerir información y documentación al Gobierno otorgante de la ayuda o titular de la toma de participación. No deberá tener en cuenta ni las subvenciones otorgadas con anterioridad a la aportación de capital pública, ni las posteriores a dicho hecho.

En caso de que el análisis efectuado no supere el *equitywirthiness test*, se considerará la aportación pública de capital como subvención, por no corresponderse con cualquier partida que podría abonar un inversor privado.

#### **5.4.2.- PARTICIPACIÓN SOCIAL COMO AYUDA DE ESTADO EN DERECHO COMUNITARIO: CRITERIO DEL INVERSOR PRIVADO/OPERADOR PRIVADO EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO ( *Market Economy Operator Principle* ).**

En Derecho comunitario también se toma como referencia el mercado, para detectar si existe ayuda de Estado. Se acude al criterio del operador privado, en el mercado, para ver si el Gobierno ha operado de la misma manera. Aluden a este criterio tanto la Comisión Europea en sus Comunicaciones como la jurisprudencia comunitaria en sus resoluciones judiciales.

Este principio se utilizó para considerar como ayudas de Estado las aportaciones de capital, préstamos, garantías y otras formas de financiación pública de empresas públicas. Nace en el contexto histórico de mediados de los años '80, coincidiendo con la crisis industrial que se vivía en Europa, en la que los Estados miembros van a intentar “salvar” aquellas empresas deficitarias o en crisis, mediante toda suerte de financiación ( aportaciones de capital, préstamos, garantías,...). Por lo tanto, el “test del inversor privado” nace como una garantía de neutralidad en el trato de empresas públicas y privadas.

#### **-Criterio del Operador Privado en los documentos de la Comisión Europea**

La primera vez que, en derecho comunitario, se acude a este criterio es en la Decisión 2320/81/CECA, de la Comisión, de 7 de agosto de 1981, por la que se establecían las reglas a que se debían someter la concesión de ayudas nacionales en el sector de la siderurgia. Y, el siguiente sector sería el de la construcción naval, al que se refirió la Directiva del Consejo, de 28 de abril de 1981, sobre ayudas a la construcción naval<sup>138</sup>.

---

137 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., op.cit. Pag. 369

138 El TJUE, por su parte, utiliza por primera vez esta expresión en las sentencias recaídas en los asuntos C-40/85 ( Boch II ) y C-234/84, Bélgica vs. Comisión ( Meura), de 10 de julio de 1986. ECLI:EU:C:1986:305 y C:EU:C:1986:302, respectivamente.

A partir de estas normas generales, la Comisión siguió desarrollando el principio del inversor privado en una economía de mercado, en sus directrices, comunicaciones,... La Comisión desarrolló por primera vez el principio del inversor privado en una economía de mercado en la Comunicación de 17 de septiembre de 1984, sobre la participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas. Posteriormente, la Comunicación sobre empresas públicas del sector de fabricación, de 1993 también se refirió a este principio.

En la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984, sobre participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas, la Comisión va a distinguir aquellos supuestos en los que no hay ayuda de Estado, de aquellos otros en los que existe una presunción de existencia de ayuda de Estado, y por último, aquellos en los que la ayuda de Estado es incuestionable.

No existe ayuda de Estado cuando no hay aportación de capital nuevo o aún cuando el capital sea nuevo, si la aportación se hace en condiciones aceptables para un inversor privado que opera en condiciones normales de mercado. Ejemplos de este supuesto son:

-Cuando se crea una empresa nueva en la que las autoridades públicas son “titulares de la totalidad del capital o de un interés mayoritario o minoritario, siempre y cuando éstas apliquen los mismos criterios como proveedores de capital en condiciones normales de economía de mercado”. Se trataría de una empresa pública o mixta en la que el inversor público se comporta como un inversor privado, esto es, que ambos inversores, el público y el privado aporten capital en idénticas o equivalentes condiciones.

-El caso en el que la aportación de capital nuevo se hace para cubrir los costes de sus necesidades de nueva inversión, siempre que el sector en el que opere esa empresa pública no sufra exceso de capacidad estructural en el mercado interior, y la situación financiera de la empresa sea saneada.

-El tercer caso es el de una ampliación de capital. En este caso, según la Comisión, han de concurrir varios requisitos: el accionista público debe aportar capital proporcionalmente a su participación previa, han de existir accionistas privados y la participación de los accionistas privados ha de ser significativa desde el punto de vista económico.

-En el caso de ampliación de capital de una pyme, no tendrá la consideración de ayuda de Estado la ampliación de capital que efectúen las autoridades públicas, siempre que “se trate de una pequeña o mediana empresa que, debido a sus dimensiones no pueda aportar las garantías suficientes en el mercado financiero privado, pero cuyas perspectivas sean tales que justifiquen una participación pública superior a sus activos netos o la inversión privada”. Estamos aquí ante un inversor de riesgo que actúa como una sociedad o fondo de capital-riesgo, y que observa dicho comportamiento, a la hora de valorar sus inversiones y de tomar riesgos.

-Otro supuesto en el que la aportación pública no constituye ayuda de Estado es aquella adquisición estratégica para la empresa, ya que incide en sus mercados o en sus suministros.

-Por último, la Comisión se refiere a las empresas innovadoras. Se admite aquella participación pública a una empresa cuando “su potencial de desarrollo..., reflejado en la capacidad de innovación procedente de inversiones de todo tipo, sea tal que la operación pueda considerarse una inversión especialmente arriesgada, pero con grandes posibilidades de resultar rentable en último término”.

En segundo lugar, ejemplos de la existencia de una presunción de ayuda de Estado son:

-Cuando la toma de participación en el capital sea combinada con otros tipos de intervención que deban notificarse.

-Cuando se adquiriera una participación en un sector en el que existan graves dificultades.

Estos casos de presunción de ayuda de Estado, debe notificarse previamente a la Comisión la concesión de la ayuda, y ésta podrá o no autorizarla.

En tercer lugar, estaríamos ante una ayuda de Estado cuando la aportación de capital “se realiza en circunstancias tales que no resultarían aceptables para un inversor privado que operase en condiciones de mercado normales”. Los ejemplos son:

-Cuando la situación financiera de la empresa es tan mala que no se puede esperar un rendimiento normal del capital invertido en un tiempo razonable. En este caso, la aportación de capital sólo puede ser una ayuda.

-Otro ejemplo se da cuando la empresa no pueda obtener fondos en el mercado de capitales, para el programa de inversión.

-También habrá ayuda de Estado cuando la participación sea a corto plazo, y se fija con anticipación su duración y el precio de venta. Por lo tanto, el rendimiento del inversor es notablemente inferior al que hubiera conseguido con una inversión en el mercado de capitales, durante el mismo período.

-Otro supuesto sería aquel en el que la autoridad pública asume todas o parte de las operaciones inviables de la empresa, que atraviesa dificultades financieras, constituyendo una nueva entidad.

-Otro caso es aquel en el que la aportación pública de capital es significativamente superior al original. Y existe una retirada paulatina de los accionistas privados debido a las escasas perspectivas de beneficio que tiene la empresa.

-Otro supuesto de ayuda de Estado es aquel en el que el importe de la ayuda excede del valor real de la empresa, salvo que estemos ante una pyme.

En la Comunicación de 1993, dirigida a la aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado a las empresas públicas del sector de fabricación<sup>139</sup> también aplica el principio del inversor privado en una economía de mercado.

Esta Comunicación se refiere no solamente a las aportaciones públicas en forma de capital, sino también a préstamos que pueda conceder el sector público o a garantías públicas. Insiste en la misma idea de exigir a las autoridades públicas que demanden financiación adicional, que “analicen los riesgos y los resultados probables de sus proyectos de inversión, en términos análogos a los empleados por los inversores privados”. Se considerarán ayuda de Estado “los proyectos respecto de los que no existan motivos objetivos o de buena fe para esperar razonablemente un rendimiento suficiente en una empresa privada comparable en el momento de adoptarse la decisión de inversión o financiación”. En este supuesto “se está ante una provisión de fondos a las empresas en condiciones económicas más ventajosas que las que gozaría una empresa privada”<sup>140</sup>.

En esta Comunicación, la Comisión se refiere a dos supuestos:

-El caso de grupos de empresas públicas saneadas que aportan fondos a empresas del mismo grupo, no rentables. Sólo se considerará ayuda de Estado en el caso de que no se justifique adecuadamente la aportación de capital.

-Otro caso es el de las empresas que se escinden en filiales, jurídicamente independientes, la mayoría de las veces por razones fiscales. En este caso, se atenderá únicamente a la información emanada del informe consolidado.

La Comisión también valora la finalidad de la inversión. Esto es, no es lo mismo que el capital aportado se destine a financiar la reestructuración de la empresa, que el capital se destine a la financiación de proyectos concretos.

Un inversor, a la hora de aportar su capital, analiza anteriores inversiones que haya obtenido la empresa, y será más proclive a financiar dicha empresa si, en aportaciones realizadas con anterioridad, se hubiese logrado una rentabilidad suficiente. No obstante, si con anteriores aportaciones de capital, se hubieren logrado peores resultados que sus competidores, entonces el inversor será mucho más reticente a futuras inversiones en la empresa.

En la Comunicación de la Comisión, sobre ayudas estatales a empresas públicas del sector de fabricación, de 1993, la Comisión enumera, de forma no exhaustiva, las diversas “modalidades de intervención financiera pública”: aportaciones de capital, garantías, préstamos y rendimientos de las inversiones.

---

139 Comunicación a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DOCE C 307, de 12.10.1993, p. 3)

140 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.M., op.cit, Pág. 381

En cuanto a las aportaciones de capital, la Comisión entiende que hay ayuda estatal, cuando la aportación “se efectúa en una empresa cuya estructura y perspectivas son tales que no quepa esperar la obtención de un rendimiento normal ( en forma de dividendos o de ganancias de capital ) en un plazo razonable en comparación con una empresa privada similar”. También se exige que el valor actualizado de los flujos de tesorería ( *cash-flow* )<sup>141</sup> que se esperan obtener del proyecto sea superior a la aportación nueva.

La Comisión también se refiere a las aportaciones de capital de los accionistas de aquellas empresas cuyo capital hubiere descendido por debajo de un nivel determinado, debido a pérdidas continuas. En este supuesto, diversas legislaciones nacionales exigen dichas aportaciones, aunque los inversores tienen la posibilidad de reducir su inversión, o incluso de liquidarla. En este caso, si dicha reducción o liquidación de la aportación fueran la opción económicamente aconsejable, y el Estado la rechazara, cualquier otra ayuda posterior o aportación pública posterior, sería considerada ayuda de Estado.

La Comisión define, a estos efectos, el concepto de “ayuda”, diciendo que es “el coste de la inversión menos el valor de la misma, descontado de la forma pertinente”, y da unos criterios para valorar si una inversión es idónea. Hay que atender a:

- La situación de pérdidas y ganancias de la empresa.
- Indicadores financieros
- Proyecciones financieras
- Situación del mercado.

Otro supuesto de ayuda estatal, según la Comisión, sería la renuncia, total o parcial, por parte del inversor público, a los rendimientos normales de las inversiones que haya hecho. Este rendimiento se calculará en función de los “beneficios posteriores a la amortización y antes de la imposición fiscal y gastos, expresados en porcentaje sobre los activos invertidos”. Se entiende que estamos ante una ayuda estatal, si no parece previsible la obtención de un rendimiento normal, ni siquiera a largo plazo, y cuando tampoco la empresa pública adopta ninguna medida al respecto.

También se considerará ayuda estatal el supuesto en el que el Estado renuncie a los dividendos que le otorga una empresa pública, y los beneficios no repartidos no obtuvieren un rendimiento normal.

Posteriormente, la Comisión publica la Comunicación sobre la aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado CE y del art. 61 del Acuerdo EEE las ayudas estatales en el sector de la aviación. Estas directrices de la Comisión coinciden, en lo esencial con las contenidas en las anteriores Comunicaciones de 1984 y de 1993, aunque adaptadas al sector de la aviación.

---

141 Ya sean dividendos o ganancias de capital.

En el sector de la aviación, la Comisión matiza que “si la ayuda se destina a la amortización de pérdidas parciales, se deberá sumar al importe total de la ayuda, todas las exenciones fiscales correspondientes a las pérdidas”<sup>142</sup>.

Uno de los criterios que usa la Comisión, en el sector de la aviación, es la edad de la flota, para analizar la eficacia económica y técnica de la compañía aérea.

También en el sector bancario existen pronunciamientos de la Comisión sobre ayudas estatales. Así, la Decisión de 26 de julio de 1995, sobre ayudas de Estado del gobierno francés al Banco Público *Crédit Lyonnais*. Se le impone a las entidades financieras la obligación de mantener los coeficientes de solvencia, y se impone a las entidades de supervisión, la obligación de respetarlas. La Comisión, en esta Decisión, considera varios aspectos:

-Que las autoridades deben garantizar medidas completas que restablezcan la solvencia y garanticen la reestructuración y saneamiento efectivo y duradero de las entidades financieras, para evitar futuros problemas de solvencia.

-Que las autoridades nacionales supervisen el nivel mínimo de solvencia, para prevenir futuras crisis de ésta, y posibles pérdidas de confianza de la ciudadanía en el sistema crediticio. Se necesita garantizar el respeto a las normas de competencia y de ayudas de Estado, y garantizar una igualdad competitiva entre dichas entidades.

-La recapitalización de las entidades financieras, para restablecer su solvencia, puede ser considerada una ayuda de Estado, si no se efectúa en términos de un inversor privado.

En la Comunicación por la que se aprueban las Directrices de la Comisión para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios<sup>143</sup>, de 1998, la Comisión también alude al criterio del inversor privado. Dice que “cuando los poderes públicos adquieren participaciones de una empresa y pagan por encima del precio normal de mercado, será preciso tener en consideración cualquier otro factor que pudiera influir sobre un inversor privado, en aras de que el precio no sea el único criterio que se tome en consideración”.

Los poderes públicos financiadores deben demostrar qué base “puede justificar sus expectativas de una rentabilidad razonable de la inversión”, a través, por ejemplo, de un estudio independiente.

En el caso de que las aportaciones públicas de capital se amparasen en un programa o régimen general de ayudas, debe analizarse no solo la empresa pública, sino el programa en sus últimos años de su ejecución. Si tradicionalmente, dicho programa de ayudas hubiere venido

---

142 La Comisión entiende que si estas exenciones fiscales fueran “retenidas para ser compensadas posteriormente contra futuros beneficios, la compañía recibiría la ayuda dos veces”.

143 Disponibles aquí: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31998Y1217\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31998Y1217(02)) > ( Última consulta: 19/03/2023 )

arrojando tasas razonables de rentabilidad, se podrá presumir que los poderes públicos están actuando correctamente, de acuerdo con el criterio del inversor privado.

En cuanto a la cuantificación de la ayuda, la Comisión estima que en caso de no existir un precio de mercado de referencia, parte o la totalidad de la ayuda debe considerarse una donación.

Para analizar la aplicación del criterio del inversor privado la Comisión aboga por analizar caso por caso, y afirma que sólo en caso de que “los poderes públicos no tengan la intención de obtener rentabilidad alguna con su inversión, se tomará la decisión de considerar todo el capital como una donación”.

En la práctica, la Comisión aplica las Directrices ya vistas caso por caso, sin generalizar. Puesto que debemos tener claro que no existe una única clase de inversor privado. Éste puede ser un inversor-empresario, que busque la obtención de un beneficio a largo plazo, o bien un inversor especulativo, que persiga beneficio a corto plazo. También hay que diferenciar entre aquel inversor que invierte por primera vez en la empresa, y aquel otro que no es la primera vez que invierte en ella. Por último, hay que tener en cuenta la salud financiera de la empresa, si ésta genera beneficios o si tiene pérdidas.

Por ello tanto la Comisión Europea como la jurisprudencia comunitaria, hablan de diversos términos como “inversor normal”, “inversor racional”, “inversor perspicaz”, “inversor prudente”.

En general, podemos decir que:

-Cuando concurren inversores públicos e inversores privados, el comportamiento inversor de los primeros debe ser, como mínimo, semejante al de los segundos, en términos de rentabilidad y beneficio. Por lo tanto, en este caso, el comportamiento de los inversores privados servirá como parámetro para analizar la adecuación de la inversión pública.

-En caso de que en una operación de toma de participaciones públicas, no concorra ningún inversor privado, entonces, el parámetro para enjuiciar dicha conducta del operador público debe buscarse en el mercado. Habrá que estimar si concurre ayuda estatal o no, analizando el precio que paga el inversor público con el que libremente fije el mercado<sup>144</sup>.

-La finalidad es comprobar si el Estado ha concedido una ventaja a una empresa, apartándose del principio de operador en una economía de mercado, en una transacción concreta. Es irrelevante si la intervención estatal constituye un medio racional de intervención pública, para perseguir finalidades u objetivos de políticas públicas ( p.ej. Empleo ). Puede que exista una intervención estatal por razones de interés público, pero puede que no esté operando como un operador de mercado, porque los operadores en una economía de mercado no tienen en cuenta el

---

144 En este supuesto, si la sociedad cotiza en un mercado oficial, el “valor de mercado” será aquel que resulte de su cotización. En caso, más habitual, de que la sociedad no cotiza en un mercado oficial, habrá que valorar la rentabilidad desde el punto de vista financiero.

interés público a la hora de operar. Es necesario omitir toda “consideración social, regional y sectorial de la función del Estado como autoridad pública”<sup>145</sup>. Cualquier operador de una economía de mercado evalúa previamente la estrategia y perspectivas financieras de un proyecto. Para ello, es necesario que el Estado miembro pruebe que ha actuado conforme a un operador en una economía de mercado ( OEM ), aportando pruebas de la existencia de análisis financieros, o planes empresariales previos, que analicen la naturaleza de la operación. De nada sirven pruebas efectuadas *a posteriori* de la transacción, para determinar de forma retroactiva si dicha operación ha sido rentable o no, ni tampoco una justificación *a posteriori* del procedimiento seguido.

Tampoco es un factor decisivo para ver si la ayuda se ajusta a las condiciones de mercado, el hecho de que haya sido rentable para el beneficiario.

A efectos de prueba, sólo se deben tener en cuenta los beneficios y obligaciones que ha contraído el Estado como operador económico. En efecto, la “prueba del operador de mercado” no se aplica en aquellas transacciones donde el Estado/autoridad pública intervenga como tal, sino sólo en aquellos casos en los que actúa como operador económico.

### **-CRITERIOS USADOS POR LA COMISIÓN COMO PARÁMETRO.**

La Comisión, en sus Comunicaciones y documentos oficiales, utiliza diversos criterios para enjuiciar si una ayuda puede ser considerada ayuda de Estado o no.

En caso de participación conjunta de inversores públicos y privados, la Comisión atiende al carácter privado del inversor, a la proporcionalidad de la inversión y a su importancia económica.

#### -Participación de inversores privados<sup>146</sup>

En primer lugar, se tiene que tratar de un inversor privado, que no tenga relación con los poderes públicos. Por lo tanto, podrá haber ayuda de Estado cuando se trate de una empresa pública, sin accionistas privados.

En el asunto *Verlipack*<sup>147</sup>, la empresa *Heye-Glas* había recibido dos préstamos importantes de una entidad pública belga, para financiar su aportación.

La Comisión tampoco consideró como “contribución de un inversor privado” la renuncia a la paga extraordinaria de navidad, que hacía la plantilla de *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, ya que esta renuncia no significaba un riesgo para este personal<sup>148</sup>.

#### -Proporcionalidad de la inversión pública

---

145 STJUE As. C-124/10 P, Comisión/EDF, ECLI:EU:C:2012:318.

146 Este criterio ya aparece en la Comunicación de 1984.

147 Decisión de 4 de octubre de 2000, sobre ayudas de Estado a favor de Verlipack-Bélgica.

148 Decisión de 12 de junio de 2001, sobre ayuda de Estado que Alemania concede a Technische Glaswerke Ilmenau GmbH.

Si la aportación pública no altera la proporción con la que ese inversor público participaba en la empresa, entonces, a juicio de la Comisión, no constituye ayuda estatal.

Sí se puede entender que estamos ante una ayuda de Estado si la participación pública en el capital se eleva, en relación con anteriores partidas públicas, y existe una notoria retirada de inversores privados, por las escasas perspectivas de rentabilidad y viabilidad de la empresa. En este caso, el inversor público asume un mayor riesgo que aquel que estaría dispuesto a asumir cualquier inversor privado, y por lo tanto, se podría concluir que su comportamiento no obedece al comportamiento de cualquier inversor privado en el mercado.

Un caso en el que no se debe apreciar ayuda de Estado es aquel en el que la participación de los inversores privados es mayoritaria, y además, se aumenta, con ocasión de la operación de toma de participaciones públicas. Por lo tanto, son los inversores privados los que están asumiendo mayor riesgo.

#### -Importancia económica de la inversión pública

Tradicionalmente, la Comisión viene exigiendo que la aportación de capital privado sea significativa, desde el punto de vista cuantitativo. Por lo tanto, las condiciones de la participación privada deben ser equivalentes a las de la participación pública, tanto en su remuneración, como en garantías, o en las condiciones en que tenga lugar la participación.

Un caso llamativo, que llegó a los tribunales comunitarios, fue el de Air France-CDC, donde los inversores privados habían solicitado suscribir emisiones en una proporción superior a su propia participación en la empresa, pero se les había denegado dicha solicitud. Su participación representaba solamente el 0,132% del capital social de AF y la parte de las ORA y los TSIP suscritos eran insignificantes, por lo que la Comisión no pudo descartar ayuda de Estado.

El antiguo TPI dio la razón a la Comisión<sup>149</sup>, al decir que los títulos de los inversores privados “eran considerablemente menores que el valor total de los que suscribió la CDC-P, perteneciente al sector público”.

Otro caso en la misma dirección fue el Asunto *Bull*<sup>150</sup>, donde la Comisión concluyó que las aportaciones de los inversores privados no eran significativas. El grupo empresarial Bull fabricaba diversos productos informáticos y estaba participado por el Estado francés, a través de France Télécom. El sector privado representaba el 10,1% del capital social. Por su parte, el gobierno francés aportó 2.500 millones de francos franceses, invitando a los inversores privados a participar en una futura ampliación de capital. Al final, no todos los accionistas privados concurrieron a la ampliación de capital, y la Comisión estimó que no era relevante la aportación de los inversores

---

149 STPIUE de 12 de diciembre de 1996. As. T-358/94. ECLI:EU:T:1996:94.

150 Decisión de 12 de octubre de 1994, sobre ayuda de Estado concedida al grupo Bull, por el Estado francés, en forma de ampliación de capital no notificada.

privados en el capital social, en comparación con la aportación pública de capital. Por lo que se puede concluir que concurren los requisitos para apreciar ayuda de Estado.

Contrariamente al caso Bull, en el caso *Sabena II*<sup>151</sup>, la Comisión consideró que *Swissair* había participado “de manera significativa”, en términos relativos porque su participación suponía el 63% del las acciones emitidas en la ampliación de capital, y en términos absolutos, porque representaba un volumen de inversión de 6 millones de francos belgas, por lo que pasaba a ostentar la titularidad del 49,5% del capital de la empresa.

En el caso Alitalia<sup>152</sup>, compañía aérea italiana, la Comisión analizó una dotación de capital de 2,75 millones de liras, que IRI, holding estatal, pretendía efectuar. Rechaza que la participación del 10% de los inversores privados en la compañía italiana tuviera “significación económica real”. Los inversores privados no acudieron a la ampliación de capital, así que la Comisión no puede descartar la existencia de ayuda de Estado. La empresa interpuso recurso de anulación frente a la Decisión de la Comisión, y el TPIUE, aunque estimó la demanda, anuló la Decisión por falta de motivación y errores manifiestos de apreciación. No obstante, el TPIUE respaldó el criterio de la Comisión sobre la falta de “significación económica real”, diciendo que no se había seguido el criterio del inversor público, por lo que la aportación de IRI no se había realizado según el principio del inversor privado en una economía de mercado.

#### -Existencia de cotización en un mercado oficial

La Comisión recurre a este criterio en aquellos casos en los que no existe concurrencia entre inversores privados y públicos. En estos casos, la referencia es el precio pagado por el capital.

Por lo tanto, cuando contamos con una cotización en un mercado oficial, las diferencias en el precio, ( al alza o a la baja ) nos pueden servir para constatar la existencia de una ventaja injustificada, y para cuantificarla.

Cuando una sociedad cotiza en un mercado oficial, la referencia para determinar si existe ayuda de Estado o no será su cotización oficial<sup>153</sup>. Se podrá rechazar la existencia de ayuda de Estado cuando el inversor público pretenda adquirir una minoría de control de una sociedad cotizada.

---

151 Decisión de 19 de julio de 1995, sobre la financiación de la concentración de *Sabena-Swissair* y la participación del Estado belga en ella.

152 Decisión de 13 de julio de 1997, sobre la recapitalización de Alitalia.

153 En este sentido, la Comisión ha señalado que el precio de cotización representa “una verdadera evaluación del valor de las acciones por parte del mercado, dado que refleja la relación entre la oferta y la demanda en condiciones de plena transparencia”. Vid. Decisión de 6 de abril de 1993, sobre las ayudas del Gobierno alemán a Hiber y de Hiber a Bremer Vulkan AG.

Este caso se ha planteado en el asunto *Bremer Vulkan AG*, en el que el TJCE<sup>154</sup> revisó la Decisión de la Comisión<sup>155</sup>. Tal y como explica el autor RODRIGUEZ MIGUEZ, “*Bremer Vulkan (BV) compró a Krupp (K) una participación del 74,9% en Krupp Atlas Elektronik GmbH (KAE). Como pago, BV entregó a K, 2,8 mlls de sus acciones y un mes después K canjeó dichas acciones con Hiber (H), empresa pública del Estado Federal de Bremen, y recibió a cambio 350 mlls de DM. H financió la operación recurriendo a un crédito bancario parcialmente cubierto por una garantía concedida por el Estado de Bremen*”<sup>156</sup>.

La Comisión sostuvo que Bremer Vulkan se había beneficiado de una ayuda estatal, que le había concedido Hiber y el Estado de Bremen, para facilitarle la adquisición de Krupp Atlas Elektronik GmbH. Se sobrevaloraron las acciones de Bremer Vulkan, por la garantía que el Estado de Bremen le había concedido, que cubría la diferencia entre el precio de cotización real y el precio final de la cotización, sobrevalorado.

Por su parte, el TJCE realizó una crítica a la Comisión, por no tener en cuenta otros parámetros a la hora de cuantificar la ayuda de Estado, y solamente atender al valor oficial de cotización de las acciones. A juicio del Tribunal comunitario, éste era un criterio “demasiado formal, rígido y restrictivo”. Y su aplicación lleva a un automatismo “difícilmente conciliable con el sistema de economía de mercado y con las decisiones económicas tomadas por empresas de gran tamaño y guiadas por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo”. Por lo que, finalmente, el tribunal estimó el recurso, y desestimó las pretensiones de la Comisión, por falta de motivación.

#### -La determinación de la rentabilidad probable de la inversión.

Este criterio opera en caso de que no contemos con otros inversores privados, ni tampoco con un precio oficial de cotización bursátil. Es el supuesto más frecuente en la práctica.

En este caso, deberemos calcular el rendimiento actual y hacer una estimación sobre el rendimiento futuro de las acciones de la sociedad. El inversor público deberá obtener un rendimiento equivalente al que puede obtener un inversor privado, prudente, racional, que busca una rentabilidad equivalente al capital invertido y al riesgo que ha asumido. En caso de que no se obtenga una rentabilidad semejante a la que hubiere obtenido un inversor privado, entonces se podrá calificar la ayuda como ayuda de Estado.

La Comisión acude al cálculo del *coste del capital medio ponderado*. SUAREZ SUAREZ<sup>157</sup> la define como “*tasa de retorno o tipo de rendimiento interno mínimo que la empresa ha de obtener sobre la parte de cada proyecto de inversión financiada con capital propio, a fin de conservar sin cambios su cotización*”. Es aquella

---

154 STJCE de 24 de octubre de 1996, República Federal de Alemania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG vs. Comisión. As. Acumulados C-329/93, C-62/95, C-63/95. ECLI:EU:C:1996:394.

155 Decisión de 6 de abril de 1993, sobre ayudas del Gobierno alemán a Hiber y por Hiber a Bremer Vulkan AG, a través del Krupp GmbH, donde Krupp GmbH quería vender la empresa Krupp Atlas Elektronik GmbH a Bremer Vulkan AG.

156 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., *La participación en el capital social...* Op.cit. Pág. 407

157 SUÁREZ SUÁREZ, A., *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, pág. 547.

tasa de retorno mínima que un inversor privado espera recibir para asumir una inversión concreta. Por lo tanto, esta misma tasa que exige un inversor privado, es la que se debe exigir a los poderes públicos para entender que dicha inversión pública no constituye ayuda de Estado. Por lo tanto, la Comisión analizará el riesgo asumido y las expectativas de rentabilidad generadas.

La Comisión acude a un análisis financiero de la operación de inversión pública. En palabras de la Comisión, “*de acuerdo con este modelo, el coste del capital propio es igual al tipo sin riesgo en el mercado de que se trate más la prima de riesgo correspondiente a ese mercado multiplicada por un coeficiente beta. El coeficiente beta<sup>158</sup> corresponde al rendimiento exigido por el mercado en el sector correspondiente, medido directamente como la relación entre los resultados de las empresas de este sector y sus valores en bolsa, corregida por la estructura de financiación (gearing) de la empresa en cuestión*”<sup>159</sup>. Este modelo “expresa el coste del capital para una determinada empresa, calculando el premio atribuido a la inversión en el mercado de capitales del Estado donde esté establecida”<sup>160</sup>. Por su parte, “la prima de riesgo de invertir en el capital de esta empresa, coeficiente beta, mide el riesgo comparado con la inversión en el mercado local de capitales, añadiendo a la suma de los dos, la prima de la inversión sin riesgo. La tasa resultante se ajusta con la inflación y los impuestos”<sup>161</sup>, para obtener el coste real del capital para la empresa.

A partir de esta teoría, resulta necesario llevarla a la práctica analizando el riesgo que asume el inversor público en la toma de participaciones. Si el beneficio obtenido es más alto que el coste del capital, entonces no habrá ayuda de Estado. Pero, si los beneficios están por debajo del coste de capital, se podrá entender que existe ayuda de Estado.

En la Decisión del Asunto *Bull II*, la Comisión aplicó el análisis financiero para analizar la situación de la empresa beneficiaria de la ayuda, llegando a las siguientes conclusiones:

-La empresa no estaba saneada, desde el punto de vista financiero. Arrastraba reiteradas pérdidas, con un alto nivel de endeudamiento, que le restaban competitividad frente a sus competidoras.

-Había una insuficiente participación de inversores privados, lo que implicaba un indicio de ayuda de Estado.

-La tasa interna de retorno media era insuficiente para que cualquier inversor privado pudiera invertir en el saneamiento de la empresa.

Otro caso en el que la Comisión se reafirma en la doctrina sentada en *Bul II* es el de *Iberia*.<sup>162</sup> En este caso, la Comisión analizó la situación financiera de la empresa, sus perspectivas de

---

158 Mide parámetros como los riesgos derivados del propio mercado, que surgen de la economía de un Estado (situación económica de un país o Estado), pero no tiene en cuenta las circunstancias financieras de una empresa concretamente (posibles huelgas, problemas de provisiones, cambios en el equipo directivo ...).

159 Decisión de 20 de junio de 2000, sobre la ayuda concedida por el gobierno alemán a Salzgitter AG, Preussag Stahl AG y sus filiales siderúrgicas.

160 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., Op.cit. Pág. 416

161 RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A., Op.cit. Pág. 417

162 Decisión de 31 de enero de 1996, sobre la recapitalización de Iberia.

futuro, y valoró el rendimiento que un inversor privado pudiera esperar obtener, y la Comisión empleó para ello modelos matemáticos que solían emplear los bancos de negocios.

#### -Momento en el que se toma la decisión de invertir

Este parámetro es crucial para analizar si la participación pública constituye o no ayuda de Estado.

En la Decisión Air France-CDC<sup>163</sup>, la Comisión afirma que “*el momento en que se produjo dicha decisión*” ( de invertir el capital público ) “*resulta importante para valorar si CDC-P, basándose en datos objetivos, podía esperar razonablemente un rendimiento adecuado de su inversión*”. La Comisión entendió, en esta Decisión, que “*en ausencia de acto jurídico vinculante, cualquier manifestación de CDC-P previa a la fecha de suscripción debe considerarse una mera declaración de intenciones. En cualquier caso, y aún suponiendo que CDC-P tomara la decisión de invertir antes de abril de 1993, y que no pudiera volverse atrás de dicha decisión, la fecha relevante sería, como muy pronto, el 17 de febrero de 1993, ( es decir, la fecha en la que el consejo de administración propuso emitir las obligaciones ). Antes de dicha fecha, no estaba fijada la forma definitiva que revestiría la emisión y, por consiguiente, CDC-P no disponía de información suficiente para adoptar una decisión definitiva ni para adquirir ningún compromiso*”.

Por lo tanto, en este caso, la Comisión consideró la ayuda como ayuda de Estado, ya que un inversor privado no hubiera hecho dicha inversión, considerando la situación financiera negativa de la empresa.

El TPIUE<sup>164</sup> ratificó el criterio de la Comisión, diciendo que “un inversor privado perspicaz no habría tomado, en circunstancias normales, una decisión que le obligase irrevocablemente a efectuar una inversión de una cuantía como la del presente asunto o a garantizar su buen fin hasta que los detalles de tal inversión no se hubiesen fijado definitivamente”. El 17 de febrero de 1993 se suscribieron los títulos, que llevaban meses negociándose. Por lo tanto, ése sería el momento, como muy temprano, en que un inversor perspicaz y prudente, podría haber tomado la decisión de invertir en dicha empresa. Por lo tanto, para el tribunal europeo, la decisión de invertir se había tomado en abril de 1993, tal y como había indicado la Comisión en su Decisión, o como muy pronto, el 17 de febrero de 1993.

Otro caso, donde el momento en que se toma la decisión de invertir es crucial es el caso Thomson SA-Thomson Multimedia<sup>165</sup>. En este caso, la Comisión analiza si una determinada aportación de capital puede ser considerada ayuda de Estado, y además si es ayuda de Estado una sobrevaloración del precio de compra de la participación, de un 3,01% del capital de Crédit

---

163 Decisión de 27 de julio de 1994, sobre la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France

164 El Tribunal de Primera Instancia es el predecesor del actual Tribunal General. Puede verse la STPI de 12 de diciembre de 1996. As. T-358/94. ECLI:EU:T:1996:194.

165 Decisión de 1 de octubre de 1997, sobre la ayuda que el Gobierno francés concede a Thomson SA-Thomson Multimedia.

Lyonnais, filial de la matriz Thomson SA. El valor de las participaciones adquiridas se había devaluado, desde el momento en que se toma la decisión de adquirirlas ( el 20 de mayo de 1996 ) y el momento en que se adquieren efectivamente ( principios de 1997 ). Por los informes que obraban en poder de la Comisión, se ponía de relieve que el Gobierno francés conocía perfectamente la situación de la empresa y su deterioro, por lo que era conocedor de que las participaciones habían mermado su valor.

#### -Plazo razonable para recuperar la inversión

Otro criterio que utiliza la Comisión, para valorar la existencia de ayuda de Estado, es que el rendimiento de la inversión tenga lugar en un plazo razonable, de acuerdo con criterios de mercado. El “plazo razonable” constituye un concepto jurídico indeterminado que habrá que concretarse caso por caso.

El Tribunal de Justicia de la UE, a partir de las sentencias ENI-Lanerossi<sup>166</sup> y Alfa Romeo<sup>167</sup>, supera la doctrina de un inversor privado ordinario ( esto es, aquel que busca una rentabilidad a corto plazo, como regla general ), y compara la conducta del inversor público con un inversor privado “a largo plazo”, concretamente con la conducta de holdings industriales privados, que buscan rentabilidades a largo plazo.

La jurisprudencia sentada en estas dos últimas sentencias amplió la aplicación de la teoría del inversor privado. En primer lugar, porque permitió que el inversor público otorgue apoyo financiero a empresas privadas menos rentables, siempre que la operación se salde con una rentabilidad suficiente en el momento en que se adopta la decisión de invertir.

En segundo lugar, porque va a permitir que un inversor público financie una empresa que es su filial, para evitar su quiebra, y con el fin de “mantener la imagen del grupo”. Esta operación sería rentable, desde el punto de vista de la contabilidad consolidada del grupo.

Un caso particular, donde la Comisión aplicó esta doctrina es de la ayuda concedida por el Estado de Baviera a la empresa CECA, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH ( NMH )<sup>168</sup>. Le concedió un préstamo, dividido en 10 aportaciones parciales. La Comisión estimó que se trataba de una ayuda de Estado, porque el comportamiento del Estado bávaro no se correspondía con la conducta de un inversor privado. Como el Estado bávaro era accionista de la empresa NMH, en caso de que ésta se hubiere declarado en quiebra, los préstamos que hubiere otorgado el Estado de Baviera tendrían la consideración de capital propio, por lo que sólo podría haber recuperado sus aportaciones después de haber sido satisfechos los demás acreedores, situación que era altamente improbable, a juicio de la Comisión.

---

166 STJUE de 21 de marzo de 1991. Italia vs. Comisión. As. C-303/88. ECLI:EU:C:1991:136.

167 STJUE de 21 de marzo de 1991. Italia vs. Comisión. As. C-305/89. ECLI:EU:C:1991:142.

168 Decisión de 18 de octubre de 1995, sobre la ayuda de Estado concedida por el Estado de Baviera a la empresa siderúrgica CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH.

-La elección entre liquidar la empresa o realizar una nueva aportación de capital ( coste de oportunidad ).

El TJUE, en sentencia de 14 de noviembre de 1994<sup>169</sup>, afirmó que debe distinguirse entre las obligaciones que el Estado tiene que asumir como propietario/accionista de una sociedad, y aquellas otras que le incumben como poder público.

Se trataba de un caso en el que se analizaba la posible consideración de ayuda de Estado de unas aportaciones de capital efectuadas por el Gobierno español a tres sociedades anónimas en crisis, a efectos de una posterior privatización de las mismas. Según el TJUE no deben tenerse en cuenta a efectos de aplicación de la teoría del inversor privado “las obligaciones derivadas de los costes de despido de los trabajadores, del pago de las prestaciones por desempleo y de las ayudas para la regeneración del tejido industrial”, porque el Estado español, como propietario de las mismas, “sólo debía responder de sus deudas hasta el valor de liquidación de sus activos”.

Es decir, el inversor público ( el Estado español, en este caso ) no debía mezclar las funciones que le corresponden como propietario/accionista, y como organismo público. Su responsabilidad se limita a la derivada de su participación en el capital social. Y los acreedores de la sociedad no pueden acudir al Gobierno español, a efectos de compensar sus créditos, en caso de que las deudas de la empresa fueren superiores a su activo. Deducimos, por lo tanto, que a efectos de aplicar la teoría del inversor privado en una economía de mercado, debemos hacer abstracción de consideraciones sociales y de orden económico, y ceñirnos al comportamiento estrictamente financiero, en términos de rentabilidad.

-Plan de reestructuración.

Se hace imprescindible un plan de reestructuración en los casos en que la sociedad beneficiaria de la ayuda sea deficitaria, a efectos de garantizar la viabilidad financiera y económica de la empresa a largo plazo. El plan de reestructuración busca una reorganización financiera y económica de la empresa a largo plazo, para garantizar su viabilidad a largo plazo. No se trata de una solución cortoplacista.

Es decir, después de la proyección y ejecución de este plan de reestructuración elaborado por consultores financieros externos e independientes, la empresa debe estar en condiciones de ofrecer una rentabilidad atractiva para cualquier inversor privado.

En la Decisión sobre el caso Air France<sup>170</sup>, la Comisión consideró la ayuda suficientemente justificada por la existencia de un plan de reestructuración adecuado.

---

169 STJUE As. Acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92. ECLI:EU:C:1994:325.

170 Decisión de 27 de julio de 1994, sobre la ampliación de capital de Air France.

En el caso Iberia<sup>171</sup>, la Comisión exigió, a efectos de no concurrir ayuda de Estado, que la ayuda del Gobierno español se desdoblase en dos fases. El pago de la segunda fase de la ayuda estaría supeditado a la aprobación de un plan de reestructuración ( además de otras condiciones ).

-Intervenciones estatales sucesivas con vínculos entre sí.

En algunas ocasiones, varias medidas consecutivas del Estado deben considerarse como una única intervención. Esto sucede cuando estas intervenciones guardan unos vínculos estrechos entre sí, por su cronología, su finalidad, de tal manera que es imposible asociarlas con la situación de la empresa<sup>172</sup>.

**-CUANTIFICACIÓN DE LA AYUDA EN FORMA DE PARTICIPACIÓN.**

Para respetar el principio de neutralidad en el tratamiento de empresas públicas y privadas, recogido en el TFUE, la cuantía de la ayuda se calcula como la diferencia “entre las condiciones en las que los fondos son aportados por el Estado a la empresa y aquellas que un inversor privado consideraría aceptable para aportar una cuantía equivalente a una empresa comparable”<sup>173</sup>.

Si se trata de una empresa que va a privatizarse, entonces el precio de adquisición refleja el precio de mercado. La Comisión, en este caso, estima que la ayuda será la diferencia “entre los fondos inyectados durante la privatización y el precio de venta”.

Pero si la ayuda se efectúa sin que esté prevista una operación de privatización, entonces la Comisión considera ayuda de Estado el importe íntegro de la aportación pública. En esta situación se encuentran aquellas empresas cuando no son capaces de obtener financiación en el mercado

Cuantificar la ayuda de Estado es especialmente importante en aquellos casos en los que la Comisión declara la ayuda como ilegal, la califica de ayuda de Estado, y exige su recuperación. En este caso, es necesario discernir de entre toda la aportación pública, aquella parte que constituye ayuda de Estado, a efectos de su devolución.

En principio, el elemento de ayuda será la diferencia entre el capital aportado y el valor actualizado de los rendimientos esperados. El TPIUE en su sentencia de 12 de noviembre de 1996, afirma que la Comisión no está obligada a calcular la ventaja económica real de la que se hubiere beneficiado Air France. La Comisión se limitó a “la comprobación global de la desproporción entre los riesgos soportados y las ventajas concedidas”, por lo que ordenó la restitución de los capitales aportados.

---

171 Decisión de 31 de enero de 1996, sobre la recapitalización de Iberia

172 STJUE As. Acumulados C-399/10 P y C-401/10 P Bouygues SA, Bouygues Télécom SA/Comisión. ECLI:EU:C:2013:175.

173 En la Comunicación de la Comisión de 1993, ya lo define diciendo que “el elemento de ayuda es el coste de la inversión menos el valor de la misma, descontado de la forma pertinente”.

## 5.5.- PRINCIPIO DEL OPERADOR PRIVADO EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO<sup>174</sup> Y SUS MODALIDADES: CRITERIO DEL INVERSOR PRIVADO, DEL ACREEDOR PRIVADO Y DEL VENDEDOR PRIVADO.

El principio del operador privado en una economía de mercado se ha recogido desde bien temprano en la jurisprudencia comunitaria. Así lo corroboran las SSTJUE *Leeuwarden Papierwarenfabriek BV*<sup>175</sup> y la *Meura*<sup>176</sup>.

En el asunto *Leeuwarden*, la Comisión decidió que la participación del Gobierno holandés constituía ayuda de Estado incompatible. Analizó la situación financiera de la empresa, que no disponía de *cash flow* para llevar a cabo la reestructuración, y tenía una urgente necesidad de realizar inversiones. Concluyó que la empresa no se podría haber financiado de la misma manera en el mercado, por lo que las ayudas públicas resultaron indispensables para poder llevar a cabo las reestructuraciones necesarias, y garantizar así la supervivencia de la empresa. La Comisión analizó la concurrencia de tres factores: la estructura financiera de la empresa, la urgente necesidad de realizar reestructuraciones, y el exceso de capacidad del sector de transformación del cartón, donde operaba la empresa.

En el asunto *Meura*, la Comisión adoptó una Decisión sobre una ayuda de Estado otorgada por una sociedad de desarrollo regional del Gobierno belga a favor de una empresa pública que había tenido pérdidas en los últimos años. En este caso, el TJUE, en el apartado 14 de la sentencia, vino a afirmar que *“para comprobar si una de estas medidas (préstamos o aportaciones de capital) tiene un carácter de ayuda estatal, lo adecuado es aplicar el criterio indicado en la decisión de la Comisión (...) basado en las posibilidades de la empresa de obtener las sumas en cuestión en los mercados privados de capitales. En el caso de una empresa cuyo capital social está en manos de las autoridades públicas hay que examinar sobre todo si, en circunstancias similares, un socio privado habría procedido a una aportación de capital semejante, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad y haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de política regional o sectorial”*.

Hay que partir de la regla general, que nos recuerda la Comisión Europea<sup>177</sup>, de que las transacciones económicas realizadas por los organismos públicos a las empresas públicas “no confieren una ventaja a su destinatario, y no constituyen ayuda, si se realizan con arreglo a las condiciones normales de mercado”.

El principio del “inversor en una economía de mercado” permite detectar la presencia de una ayuda de estado en los casos de inversión pública en empresas públicas (concretamente,

---

174 *Market Economy Operator Principle*.

175 STJUE As. Acumulados C-296/82 y 318/82, ECLI:EU:C:1985:113.

176 STJUE As. C-234/84, ECLI:EU:C:1986:302.

177 Comunicación Comisión Europea sobre el concepto de ayuda de Estado, 2016, op.cit.

aportaciones de capital a empresas públicas ). Se trata de ver si, “en circunstancias similares, un inversor privado de tamaño comparable, que opere en condiciones normales de una economía de mercado, podría haber sido inducido a realizar la inversión en cuestión”<sup>178</sup>.

No es relevante si la intervención ( la ayuda concedida por el organismo público ) constituye un medio racional para perseguir el interés público. Lo único relevante es comparar si un inversor privado, un operador en una economía de mercado hubiera actuado de igual manera en una situación similar. Para ello debemos atender al caso concreto, a la experiencia, puesto que en cada caso deberemos analizar unos u otros patrones de conducta.

En cuanto al organismo público, debemos observar los beneficios y obligaciones que ha tenido como operador económico, no como poder público. Por lo tanto, el organismo público debe operar como operador económico, no como autoridad pública ( dejando de lado consideraciones sociales, regionales o sectoriales ).

Cualquier operador económico privado, antes de realizar una inversión, normalmente realiza una evaluación previa de la estrategia, y analiza las perspectivas financieras del proyecto que va a realizar. Por lo tanto, el Estado miembro, a la hora de justificar la ayuda concedida, debe acreditar que la transacción fue realizada “sobre la base de evaluaciones económicas comparables a las que, en circunstancias similares, un operador racional en una economía de mercado habría realizado para determinar la rentabilidad o ventajas económicas de la transacción”. Hay que analizar todas las transacciones realizadas, para ver si son acordes a las condiciones de mercado.

Para elegir un método de evaluación adecuado, debemos analizar la situación del mercado, la disponibilidad de datos, o incluso el tipo de transacción. No es merecedor del mismo análisis una transacción cuando ha actuado un inversor privado, que busca generar un beneficio invirtiendo en empresas ( aquí, sí parecen adecuados los métodos de TIR o el VAN ), que un acreedor privado que busca que se le paguen determinadas cantidades ( principal e intereses ) que le debe un deudor ( aquí podríamos valorar los activos ).

La jurisprudencia comunitaria distingue aquellas situaciones en las que directamente se puede demostrar que la transacción efectuada respeta las condiciones de mercado ( porque se utilizan determinados datos específicos ), de aquellas otras transacciones en las que hay que evaluar caso por caso, para ver si respeta o no esas condiciones de mercado. Así, podemos diferenciar:

- ◆ Supuestos en los que se puede demostrar directamente que la transacción respeta las condiciones de mercado.

Estos supuestos son dos:

-Cuando la transacción se realiza en igualdad de condiciones, por entidades públicas y por operadores privados ( transacciones *pari passu* ).

<sup>178</sup> STJUE 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (“Tubemeuse”, C-142/87, ap. 29, ECLI:EU:C:1990:125).

Este es el caso de las asociaciones público-privadas, donde las condiciones de realización son las mismas para los organismos públicos y para los operadores privados. Hay que evaluar los siguientes criterios:

-Si la intervención de ambos se decide y realiza en el mismo momento o si ha habido un lapso de tiempo, durante el cual ha cambiado la situación económica.

-Si las condiciones de la transacción son las mismas para ambos, y si existe la misma posibilidad de aumentar o disminuir el nivel de riesgo.

-Si ambas intervenciones tienen un impacto económico real, y no marginal o simbólico.

-Si la posición de partida de ambos es comparable en lo que afecta a la transacción. En este punto, hay que tener en cuenta su exposición económica anterior, las sinergias a lograr, el grado en que ambos soportan costes de transacción similares.

-Cuando se refiere a la venta y adquisición de activos, bienes y servicios, realizadas a través de licitaciones competitivas, transparentes, no discriminatorias e incondicionales.

Serían los supuestos en los que la venta o adquisición de bienes y servicios siguen un procedimiento de licitación con competencia, transparente, no discriminatorio, que se ajusta a las Directivas comunitarias sobre contratación pública. La licitación tiene que seguirse a través de un procedimiento con concurrencia competitiva, en el que puedan participar todos los operadores interesados. Podríamos acudir aquí a un procedimiento abierto de contratación pública, pero también a un procedimiento restringido, siempre que no se impida a los licitadores concurrir sin un motivo válido.

El procedimiento ha de ser transparente, con accesibilidad a la información con tiempo suficiente a los licitadores para que formulen sus ofertas y se adjudique el contrato. Los licitadores deben ser tratados en igualdad de condiciones, sin discriminación, seleccionados con criterios determinados previamente al inicio del procedimiento.

Cuando los organismos públicos compran bienes o servicios, cualquier condición específica que se imponga en las cláusulas del contrato debe asegurarse de que la selección de la oferta económica más ventajosa sea acorde al valor de mercado.

- ◆ Supuestos en los que debemos determinar, caso por caso, que la transacción se ajusta a las condiciones de mercado.

Cuando la transacción no cumple con los requisitos expuestos anteriormente, debemos examinar, caso por caso, si se dan las condiciones de mercado, examinando si la transacción se ha realizado en condiciones de libre mercado y competencia. Para realizar esta tarea utilizaremos evaluaciones comparativas u otros métodos de evaluación.

Las evaluaciones comparativas consisten en comparar la transacción efectuada con otras transacciones comparables efectuadas por operadores privados comparables, en situaciones comparables. Hay que comparar el tipo de operador, el tipo de transacción, los mercados de referencia, y el momento de las transacciones.

La evaluación comparativa no nos ofrece un valor de referencia concreto, sino que normalmente nos da una horquilla de posibles valores, una vez evaluadas una serie de transacciones comparables. Por lo tanto, la evaluación comparativa puede no resultar un método adecuado a efectos de concretar los precios de mercado, en aquellos casos en los que no se han definido previamente los valores de referencia a consideraciones de mercado, o en aquellos otros casos en los que los precios de referencia están muy “falseados” por intervenciones públicas.

Otros métodos de evaluación pueden ser métodos de estimación comúnmente aceptados, basados en datos disponibles objetivos, verificables y fiables, minuciosos y que reflejen la situación económica en el momento de la transacción. Por ejemplo, para calcular la rentabilidad anual de los fondos invertidos, podemos acudir a la TIR (Tasa Interna de rentabilidad), o utilizar el valor actual neto (VAN), para analizar la decisión de invertir.

Para que supere esta prueba, la rentabilidad de la inversión debe compararse con la rentabilidad esperada de mercado. Nos aclara la Comisión Europea, en su Comunicación sobre el concepto de ayuda de Estado, que “una rentabilidad esperada normal (o coste de capital de la inversión) puede definirse como la rentabilidad media esperada que el mercado exige de la inversión sobre la base de criterios generalmente aceptados, como el riesgo de inversión, teniendo en cuenta la situación financiera de la empresa y las particularidades específicas del sector, región o país”. Como regla general, se puede decir que cuanto más arriesgado es el proyecto, “mayor es la tasa de rentabilidad que pedirán los proveedores de fondos”, esto es, mayor será el coste del capital necesario.

Para elegir un método de evaluación u otro, deberemos tener en cuenta factores como la situación del mercado, la disponibilidad de datos, o el tipo de transacción<sup>179</sup>.

### **5.5.1.- Prueba del acreedor privado**

Esta teoría desarrollada por órganos jurisdiccionales, examina si las “renegociaciones de deuda por parte de los acreedores públicos implican ayuda estatal, comparando el comportamiento

---

<sup>179</sup> En un caso de ventas de terrenos, cuando el método comparativo no parecía adecuado para determinar con exactitud el valor del terreno, Alemania propuso el método de valoración *Vergleichspreisystem*, y ha sido confirmado por la Decisión de la Comisión en la ayuda SA.33167, para terrenos agrícolas y forestales. Se aplicaba para determinar el precio de los terrenos agrícolas y forestales al ser vendidos por las autoridades públicas. Este método finalmente no ha sido acogido por la Comisión ni tampoco por el TJUE. STJUE As. C-239/09.

de un acreedor público con el de hipotéticos acreedores privados que se encontraran en una situación similar”<sup>180</sup>.

### **-Test del “adquirente privado”.**

Se aplica en situaciones en las que una oferta pública, o una adquisición pública es superior a las necesidades del ente, entendiéndose que el “resto no necesario” para el funcionamiento del ente constituye ayuda de Estado<sup>181</sup>.

### **5.5.2.- Prueba del vendedor privado**

Los órganos jurisdiccionales comunitarios han desarrollado esta teoría para “apreciar si una venta realizada por un organismo público implica ayuda estatal, considerando si un vendedor privado, en condiciones normales de mercado, podría haber obtenido el mismo precio u otro mejor”<sup>182</sup>. Suele aplicarse, en la práctica, en los supuestos en los que el Estado actúa como vendedor de bienes inmuebles, en el mercado. Y resulta necesario verificar que el precio de venta es acorde al precio de mercado, y que la venta se realiza en condiciones de mercado<sup>183</sup>.

Tal y como afirma ARPIO SANTACRUZ<sup>184</sup>, “la venta de terrenos y edificios por parte de las autoridades públicas puede conllevar elementos de ayuda cuando el precio a pagar por la empresa compradora es inferior al de mercado”.

A estos efectos, se debe tener en cuenta la Comunicación de la Comisión sobre los elementos de ayuda de Estado asociados a la venta de terrenos y edificios por las autoridades públicas.

## **6.- SUBVENCIONES EXTRANJERAS**

---

180 STJUE de 22 de noviembre de 2007, España/Comisión, As. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698.

STJUE de 24 de enero de 2013, Frucona/Comisión, As. C-73/11P, ECLI:EU:C:2013:32

STJUE de 29 de junio de 2000, DMTransport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332

181 STGUE As. T-146/96, BAI – Comisión, en el que el TG evaluó si la adquisición de determinado número de vales de viaje a una empresa particular de transporte, por encima de las necesidades del ente público adquirente, constituía una ayuda, aun cuando se hubieran adquirido a precio de mercado, ECLI:EU:T:1998:50.

182 STGUE, de 28 de febrero de 2012, Land Burgenland y Austria/Comisión, As. Acumulados T-268/08 y T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90.

183 As. C-278/92, España – Comisión (Hytasa), apdos 27 – 29 :” la Comisión precisa, respecto a las condiciones de venta de las empresas Hytasa e Intelhorce que la empresa fue adjudicada al mejor postor; sin embargo, este hecho no basta para garantizar que no exista ningún elemento de ayuda estatal en la venta de la empresa. Para llegar a esta conclusión, debe probarse que la venta tuvo lugar en una licitación abierta e incondicional, es decir, mediante un procedimiento de licitación en el que se invite a cualquier posible comprador a presentar una oferta por la compañía, y sin que el Estado imponga condición alguna para formalizar la venta”, ECLI:EU:C:1994:325.

184 ARPIO SANTACRUZ, op.cit., pág. 73.

Recientemente se ha publicado el Reglamento (UE) 2022/2560, de 14 de diciembre de 2022<sup>185</sup>, regulador de las subvenciones extranjeras que distorsionen el mercado interior.

Hasta el momento, existían Reglamentos sectoriales, como en el sector marítimo<sup>186</sup>, en la construcción naval<sup>187</sup>, o en el transporte aéreo<sup>188</sup>, que regulaban las prácticas desleales que pudieran distorsionar la competencia entre empresas de la UE y extranjeras.

La aprobación del Reglamento 2022/2560 supone una herramienta general en la lucha contra la competencia desleal que ocasiona el otorgamiento de ciertas subvenciones extranjeras distorsionadoras de la competencia en el mercado interior europeo. Su objetivo no es otro que “contribuir al buen funcionamiento del mercado interior”, estableciendo un marco armonizado frente a las distorsiones causadas por subvenciones extranjeras, “con vistas a garantizar la igualdad de condiciones de competencia”<sup>189</sup>.

En efecto, parece razonable que si se regulan a nivel comunitario las ayudas otorgadas a empresas públicas dentro de la UE, porque distorsionan el mercado interior, también se regulen esas mismas ayudas públicas si son otorgadas por un ente o empresa extranjera, produciendo el mismo efecto distorsionador del mercado interior europeo. Las subvenciones provenientes del extranjero, otorgadas a empresas que operan en el mercado interior europeo pueden distorsionar la sana competencia existente entre los operadores económicos. El Reglamento se centra en dos procedimientos clave, como son los de concentración de empresas y los de contratación pública.

El Reglamento se aplica a empresas privadas y públicas, ya estén éstas últimas “directa o indirectamente controladas por un Estado o sean propiedad de un Estado”, que reciban subvenciones provenientes de terceros países. Estas ayudas a empresas públicas pueden servir para financiar cualquier actividad económica en el mercado interior, en cualquier sector de la economía ( p.ej., la participación en procedimientos de contratación pública ), o la adquisición de empresas “con activos estratégicos como infraestructuras críticas y tecnologías innovadoras”<sup>190</sup>. Se considerará que “ejercen una actividad económica en el mercado interior, entre otras, las empresas que adquieran el control de una empresa establecida en la Unión o se fusionen con una empresa establecida en la Unión, o que participen en un procedimiento de contratación pública en la Unión”.

---

185 Publicado en el DOUE de 23 de diciembre de 2022.

186 Reglamento (CEE ) 4057/1986, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a las prácticas de tarifas desleales en los transportes marítimos.

187 Reglamento (UE) 2016/1035 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre protección contra las prácticas perjudiciales en materia de precios en la construcción naval.

188 Reglamento (UE) 2019/712, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo.

189 Art. 1 Reglamento 2022/2560

190 Exposición de Motivos Reglamento 2022/2560, pág. 2.

El Reglamento es aplicable a todos los sectores económicos, siempre que la subvención extranjera distorsione el mercado interior, y socave la “igualdad de condiciones de competencia en diversas actividades económicas en la Unión”<sup>191</sup>.

El Reglamento define subvención extranjera como “una contribución financiera concedida directa o indirectamente por un tercer país, que confiere una ventaja y que está limitada a una o varias empresas o sectores”. Son requisitos que se han de dar cumulativamente. El concepto de contribución financiera es interpretado ampliamente por el Reglamento, en el mismo sentido que el TJUE interpreta “ayuda pública”, y que abarca desde transferencias monetarias, hasta la concesión de derechos especiales o exclusivos a una empresa, sin una remuneración adecuada, con arreglo a los valores de mercado. Incluye:

i) “Transferencias de fondos u obligaciones, como las aportaciones de capital, las subvenciones, los préstamos, las garantías de préstamos, los incentivos fiscales, la compensación de pérdidas de explotación, la compensación de cargas financieras impuestas por las autoridades públicas, la condonación de deudas, la conversión de deuda en capital social o la reprogramación de la deuda”;

ii) renuncia a ingresos, tales como la concesión de exenciones fiscales o la concesión de derechos especiales o exclusivos sin la remuneración equivalente.

iii) suministro de bienes o servicios o la adquisición de bienes o servicios.

En el ámbito de las empresas públicas, podemos ver casos como el de las garantías ilimitadas, esto es, aquellas otorgadas sin limitación alguna en cuanto a su importe o duración, que pueden ocasionar distorsiones en el mercado interior.

En mi opinión, el concepto de “subvención extranjera” debería ser equivalente al de ayuda de Estado, en la interpretación que de este concepto realiza el TJUE, comprendiendo tanto las transferencias directas o indirectas de fondos públicos, así como toda clase de exenciones, beneficios fiscales o concesiones públicas en condiciones más beneficiosas que las de mercado.

El Reglamento otorga herramientas a la Comisión para investigar aquellas contribuciones financieras provenientes de terceros Estados, que se otorguen a empresas que ejercen una actividad económica dentro del mercado interior europeo, susceptibles de provocar efectos distorsionadores de la competencia. Dichas herramientas son las siguientes:

-Facultades de investigación de oficio:

- i) envío de solicitudes de información a las empresas beneficiarias
- ii) realización de misiones de investigación, dentro y fuera de la UE.

---

<sup>191</sup> Un caso que tiene bastante relevancia práctica es aquel en el que la subvención extranjera ayude a la empresa pública a la participación en procedimientos de contratación pública, y ocasione una distorsión del mercado interior comunitario.

iii) inicio de investigaciones de mercado en sectores concretos, o referidas a subvenciones específicas.

La Comisión podrá examinar todas las subvenciones extranjeras concedidas hasta tres años antes de la operación sospechosamente distorsionadora, si nos referimos a concentraciones y procedimientos de contratación pública. No obstante, el Reglamento no afectará a aquellas operaciones de concentración y de contratación pública iniciadas antes del 12 de julio de 2023<sup>192</sup>.

En el resto de los supuestos, la Comisión podrá examinar de oficio las subvenciones concedidas en los diez años anteriores. El Reglamento prevé, en este punto, que se aplicará a las subvenciones concedidas en los cinco años anteriores al 12 de julio de 2023, siempre que las subvenciones distorsionen el mercado interior, tras el inicio de la entrada en vigor del Reglamento.

-Obligación de las empresas de notificar a la Comisión aquellas concentraciones en las que exista una contribución financiera de un tercer estado, siempre que:

i) “la empresa adquirida, una de las partes de la concentración o la empresa en participación genere un volumen de negocios en la UE de al menos 500 millones de euros.

ii) la contribución financiera extranjera sea de al menos 50 millones de euros”.

-Obligación de las empresas de notificar a la Comisión, a efectos de la aprobación, de su participación en procedimientos de contratación pública, siempre que:

i) el valor estimado del contrato sea de al menos 250 millones de euros

ii) la contribución financiera extranjera sea de al menos 4 millones de euros por país tercero.

La obligación de notificación de las empresas entrará en vigor a partir de 12 de octubre de 2023.

-En los demás supuestos, distintos de concentraciones y de procedimientos de contratación pública, la Comisión podrá iniciar de oficio investigaciones, ante la sospecha de la existencia de subvenciones extranjeras distorsionadoras. También podrá solicitar notificaciones *ad hoc* en los supuestos de concentraciones y de contrataciones públicas, siempre que no se alcancen las cuantías antes referidas.

La práctica de la notificación a la Comisión suspende el procedimiento de concentración y de adjudicación de contratos públicos. El Reglamento faculta a la Comisión, en este sentido, para la imposición de multas de hasta el 10% del volumen de negocios anual agregado de la empresa.

La Comisión también podrá prohibir totalmente la ejecución de una operación de concentración subvencionada, o la adjudicación de un contrato a un licitador subvencionado.

En todo caso, en el momento en que la Comisión considere que una subvención extranjera pudiese estar afectando el mercado interior, podrá sopesar los efectos distorsionadores negativos con los efectos positivos causados en el desarrollo de la actividad económica subvencionada.

---

<sup>192</sup> Fecha de entrada en vigor del Reglamento, según su art. 54.2.

En caso de ser mayores los efectos negativos distorsionadores sobre el mercado interior, la Comisión podrá imponer medidas correctoras, estructurales o no, y éstas podrán ser aceptadas como compromisos.

Con carácter general, se considera que no tienen efectos distorsionadores aquellas subvenciones cuyo importe sea inferior a cuatro millones de euros a lo largo de tres años, ni tampoco aquellas que no superan el umbral *de minimis* de las ayudas de Estado.

Finalmente, el Reglamento faculta a la Comisión para dictar un Reglamento de ejecución, en su desarrollo, que verá la luz a mediados de 2023. A estos efectos, el 6 de febrero de 2023, la Comisión ha abierto una consulta pública sobre la aplicación del proyecto de Reglamento de ejecución sobre subvenciones extranjeras, que expiró el pasado 6 de marzo de 2023. El contenido del Reglamento se refiere a las notificaciones de concentraciones y de ofertas de contratación pública, a su contenido y al procedimiento para su realización, a normas sobre cálculo de plazos y a normas de procedimiento relativas a exámenes preliminares e investigaciones exhaustivas. Su aprobación por la Comisión está prevista para el segundo trimestre de 2023.

## **7.-RÉGIMEN DE LAS AYUDAS DE ESTADO EN LA ACTUALIDAD**

### **7.1.- Contexto histórico**

El régimen jurídico de las ayudas públicas evoluciona conforme van evolucionando los acontecimientos. La Unión Europea vive un contexto histórico determinado, condicionado por la existencia de otros actores políticos, otros Estados, que afectan las distintas políticas comunitarias. Me estoy refiriendo a actores como Estados Unidos o China.

La pandemia de la COVID-19 ha afectado de manera muy considerable el régimen jurídico de todas las ayudas públicas, disparando su número y cuantía. La Unión Europea, así como terceros Estados, se han visto obligados a multiplicar la cantidad de ayudas concedidas, y a excepcionar el régimen de ayudas de Estado, para poder hacer frente a una crisis sanitaria sin precedentes en nuestra historia reciente.

Recientemente, en 2022, Estados Unidos ha aprobado la *Inflation Reduction Act* ( en adelante, IRA ), cuya implementación supone 400.000 millones de dólares. El objetivo es frenar la inflación, reducir el déficit, reducir el precio de los medicamentos y luchar contra el cambio climático, promoviendo la inversión “doméstica” en fuentes de energía renovable. En la práctica, esta ley supone una inyección de capital muy notable a empresas norteamericanas, a quienes el gobierno federal concederá subvenciones para la compra de determinados bienes fabricados en EEUU o en

países determinados por el propio gobierno norteamericano<sup>193</sup>. Esto supone una flexibilización del régimen de ayudas públicas en EEUU.

Frente a esta actitud norteamericana, la UE tiene un régimen de ayudas de Estado encorsetado, que hace que los Estados miembros no puedan muchas veces otorgar ayudas públicas, para que no se vea afectado el mercado interior, para no falsear la competencia. Aunque es cierto que el régimen de ayudas de Estado puede verse excepcionado, entre otras causas, por “perturbaciones graves de la economía de los Estados miembros o acontecimientos excepcionales”<sup>194</sup>, la UE sigue sin flexibilizar el régimen de ayudas de Estado al que se ven sometidos los Estados miembros.

La política comunitaria de ayudas de Estado afecta directamente el desarrollo económico de la Unión y de sus Estados miembros, cuyas empresas e industrias ven como su desarrollo se ve frenado por unas ayudas que no llegan.

Y es que lo que nos jugamos es la política industrial de la UE, que se afectada directamente por el régimen de ayudas de Estado. Desde la creación del mercado interior, la política comercial nunca ha estado acompañada de una política industrial europea.

Pero, teniendo en cuenta la IRA estadounidense, cabe preguntarse si ha llegado la hora de que la Unión Europea flexibilice el régimen de ayudas de Estado a favor de cierto tipo de industrias. Se nos puede venir a la mente el sector farmacéutico, financiando ciertos medicamentos, u otro sector como el de los semiconductores. En mi opinión, no tardaremos mucho en ver una política más flexible de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado.

Y es que no podremos competir contra Estados como Estados Unidos, si éstos subvencionan la fabricación de ciertos productos estratégicos en el desarrollo de su economía. La Unión Europea debe hacer frente al desafío que esto supone. Debe desarrollar una política industrial acorde al mercado interior.

Debemos competir con los demás actores, también con una política industrial sólida, que permita a nuestras industrias hacer frente a los retos de industrias provenientes de terceros Estados. Todo esto nos lleva a pensar en una próxima flexibilización de la política de ayudas de Estado dentro de la Unión Europea. Es la única forma de responder al reto que supone la *Inflation reduction Act* norteamericana.

## **7.2.- Ayudas siempre compatibles.**

---

193 En este artículo puede verse el creciente volumen de las ayudas de Estado otorgadas por la Unión Europea, así como una explicación de la Inflation Reduction Act americana.

< <https://www.caixabankresearch.com/en/economics-markets/public-sector/eus-answer-inflation-reduction-act-you-cannot-have-dessert-until> > ( Última consulta: 02/05/2023 ).

194 Así ocurrió durante la crisis mundial de carácter financiero, entre los años 2007 y 2008. También ocurrió así con la crisis derivada de la COVID-19 y más recientemente con la invasión rusa de Ucrania.

El TFUE contempla en su art. 107.2 ayudas que son siempre compatibles<sup>195</sup>:

*“a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;*

*b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;*

*c) las 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”.*

Son ayudas que no necesitan ser notificadas a la Comisión, se exceptúan del régimen previsto en el art. 108 TFUE.

Partiendo de este esquema de ayudas siempre compatibles, la Comisión aprueba periódicamente ciertas Directrices que ayudan a interpretar y aplicar estas excepciones a la regla general de incompatibilidad de las ayudas estatales.

En primer lugar, se ha aprobado el Reglamento 651/2014, de 17 de junio, que regula las ayudas compatibles con el mercado interior en determinadas categorías, complementado con el Reglamento UE 2015/1588, sobre la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE con determinadas categorías de ayudas estatales horizontales. A este último también se le denomina “Reglamento horizontal” o “reglamento de habilitación”, porque permite el otorgamiento de ayudas a determinadas categorías de gasto que son comunes, cualquiera que sea el sector de actividad económica en el que estemos operando (ayudas regionales, a las PYMES, a investigación y desarrollo e innovación, a la formación, a la protección del medio ambiente, para infraestructuras de banda ancha, para infraestructuras locales, para infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales,...).

Por lo pronto, la Comisión Europea ha llevado a cabo, desde finales del 2022, una revisión de varias Comunicaciones por las que se aprueban ciertas Directrices de ayudas de Estado. Así ha sucedido con las ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía, revisadas en febrero de 2022 o las Directrices relativas a ayudas estatales a las redes de banda ancha revisadas en enero de 2023. Se trata de Directrices que ayudan a los operadores a interpretar y aplicar las normas sobre ayudas estatales en determinados sectores (I+d+i, pesca, banda ancha,...).

Vamos a hacer referencia a algunas de las últimas Directrices revisadas por la Comisión Europea. Concretamente, veremos el régimen de las Directrices relativas a ayudas estatales en materia de investigación y desarrollo e innovación, y las Directrices relativas a las ayudas estatales a las redes de banda ancha.

---

<sup>195</sup> A efectos prácticos, las más relevantes son las previstas en los apartados a) y b) del art. 107.2 TFUE. El apartado c) del mismo precepto está en desuso, en la práctica.

### 7.3.- Directrices relativas las ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación.

Recientemente, la Comisión ha aprobado la Comunicación Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación<sup>196</sup>. Dicha Comunicación contiene orientaciones para evaluar la compatibilidad de las ayudas estatales para fomentar la investigación, desarrollo e innovación con arreglo al art. 107.3.c) TFUE.

El apartado c) del art. 107.3 TFUE entiende que es compatible una ayuda estatal en este ámbito si se cumplen dos condiciones:

-Si facilita el desarrollo de una actividad económica.

En este caso, procederá, en primer lugar, determinar la actividad económica. En segundo lugar, se tiene que evaluar si la ayuda tiene “efecto incentivador”<sup>197</sup>, esto es, si cambia el comportamiento de la empresa y ésta realiza una actividad adicional que no habría hecho de no ser por la ayuda concedida. Y en tercer lugar, hay que comprobar que la ayuda no infrinja ninguna disposición o principio del Derecho de la UE<sup>198199</sup>.

-Si no afecta desfavorablemente “las condiciones de los intercambios en un grado contrario al interés común”.

Este análisis requiere evaluaciones económicas y sociales. Para analizar este requisito, es preciso comprobar, en primer lugar, la necesidad de intervención estatal. La ayuda “debe producir una mejora importante que el mercado no pueda conseguir por sí solo”, esto es, la intervención estatal debe ser necesaria. En segundo lugar, debe valorarse la idoneidad de la ayuda, ya que ésta debe resultar el “instrumento idóneo” para “facilitar el desarrollo de la actividad económica”.

También debe analizarse la proporcionalidad de la ayuda. Esto es, “el importe y la intensidad de la ayuda deben limitarse al mínimo necesario para inducir la inversión adicional o actividad de la empresa”. La ayuda debe ser transparente, en el sentido de que los ciudadanos deben

---

196 Comunicación de la comisión Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación (2022/C 414/01)

197 Para acreditar que este efecto incentivador se acredita objetivamente, la Comisión puede comparar “en su evaluación datos específicos de la empresa con datos del sector al que se dedica el beneficiario de ayudas”. Los Estados miembros deben demostrar que “la situación contrafáctica del beneficiario, su nivel de rentabilidad requerido y sus flujos de tesorería esperados son razonables”. La rentabilidad se puede evaluar usando métodos como el VAN o “valor actual neto del proyecto”, la TIR o tasa interna de rentabilidad, o la ROCE o “rentabilidad media de los fondos invertidos”.

198 Vid STJUE de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, ECLI:EU:

C:2000:467, apartado 78; la STJUE de 22 de diciembre de 2008, Société Régie Networks/Rhône-Alpes Bourgogne, C-333/07, ECLI:EU:C:2008:764, apartado 94; la STJUE de 22 de septiembre de 2020, Austria/ Comisión, C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742, apartado 44; y STJUE de 14 de octubre de 2010, Nuova Agricast/Comisión, C-67/09 P, ECLI:EU:C:2010:607, apartado 51.

199 Para evaluar si una ayuda infringe o no disposiciones y principios de Derecho de la UE, la Comisión tendrá en cuenta cualquier procedimiento por infracción de los derivados de los arts. 101 y 102 TFUE que afecten al beneficiario.

tener fácil acceso a dicha información. También han de minimizarse o evitarse los efectos negativos de la ayuda en la competencia o comercio entre Estados miembros. Y habrá que sopesar los efectos positivos y negativos de la ayuda.

No obstante dichos requisitos, la Comisión admite que existen ciertos casos en los que puede ser necesaria una intervención estatal para “incentivar el desarrollo de determinadas actividades económicas que, a falta de ayuda, no se desarrollarían o no lo harían al mismo ritmo o en las mismas condiciones”, contribuyendo a un “crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo”.

El Marco de ayudas a I+D+i se aplica a todas las tecnologías, industrias y sectores. Trata de garantizar que las normas “no determinen por adelantado qué vías de investigación darían lugar a nuevas soluciones para productos, procesos y servicios y que no distorsionen los incentivos de los actores del mercado para desarrollar soluciones tecnológicas innovadoras, incluso en aquellos casos en que se den riesgos elevados”.

Así, la ayuda a I+D+i puede ayudar a conseguir los objetivos relacionados con el Pacto Verde<sup>200</sup> Europeo, la Estrategia Digital<sup>201</sup>, la Década Digital<sup>202</sup>, la Estrategia Europea de Datos<sup>203</sup>, la nueva Estrategia Industrial para Europa<sup>204</sup>, el Instrumento de Recuperación de la UE ( NextGenerationEU), la Unión Europea de la Salud<sup>205</sup>, el nuevo EEI para la investigación e innovación<sup>206</sup> o el nuevo Plan de Acción para la Economía Circular<sup>207</sup>. Las ayudas estatales a sectores de I+D+i pueden ayudar a conseguir la transición ecológica y digital en la UE. Además, el “aumento de la inversión en investigación, innovación, despliegue y actualización de infraestructuras contribuirá a desarrollar nuevos procesos de producción y, de paso, a crear empleo”.

---

200 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «El Pacto Verde Europeo», COM(2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

201 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Configurar el futuro digital de Europa», COM(2020) 67 final, de 19 de febrero de 2020.

202 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital», COM(2021) 118 final, de 9 de marzo de 2021.

203 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una estrategia europea de datos», COM(2020) 66 final, de 19 de febrero de 2020

204 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Una nueva estrategia industrial para Europa», COM(2020) 102 final, de 10 de marzo de 2020.

205 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Construir una Unión Europea de la Salud: reforzar la resiliencia de la UE ante las amenazas transfronterizas para la salud», COM(2020) 724 final, de 11 de noviembre de 2020.

206 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Un nuevo EEI para la investigación y la innovación», COM(2020) 628 final, de 30 de septiembre de 2020.

207 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva», COM(2020) 98 final, de 11 de marzo de 2020.

Es una nota común en las Directrices de las ayudas estatales, el excluir la aplicación de las mismas a las empresas en crisis ( lo vemos en estas Directrices, y también en las Directrices de las ayudas estatales para la implantación de redes de banda ancha ).

Estas Directrices comprenden, dentro de su ámbito de aplicación, diversas medidas de ayuda de I+D+i:

-Ayudas a proyectos de I+D, en las que se subvenciona la “investigación fundamental e investigación aplicada” ( ésta última puede dividirse, a su vez, en investigación industrial y desarrollo experimental).

Estas ayudas se dirigen a la corrección de fallos de mercado relacionados con externalidades positivas, o información imperfecta o asimétrica.

-Ayudas a estudios de viabilidad, “relacionados con proyectos de I+D que ayuden a solucionar fallos de mercados debidos principalmente a una información imperfecta y asimétrica”.

-Ayuda a la construcción y mejora de infraestructuras de investigación.

-Ayudas a la construcción y mejora de infraestructuras de ensayo y experimentación.

-Ayudas a actividades de innovación. En cuanto a las pymes, estas ayudas pueden concederse “para la obtención, validación y defensa de patentes y otros activos inmateriales, para el envío en comisión de servicio de personal altamente cualificado y para adquirir servicios de asesoramiento y apoyo a la innovación”.

-Ayudas a la innovación en materia de procesos y organización. Sus beneficiarios serán predominantemente pymes. De tratarse de grandes empresas, éstas deben colaborar al menos con una pyme, en la actividad subvencionada.

-Ayudas a agrupaciones de innovación ( clusters ). Pueden favorecer la inversión en infraestructuras compartidas por las agrupaciones, y también pueden servir para mejorar la colaboración, estableciendo redes.

En el caso de ayudas estatales concedidas a empresas de manera indirecta, a través de organismos de investigación y difusión de conocimientos e infraestructuras de investigación financiados mediante fondos, es necesario ver si esa empresa se ha visto beneficiada, aplicando las reglas generales de las ayudas estatales. Para considerarla como ayuda de Estado, el comportamiento del organismo de investigación o de la infraestructura de investigación debe imputarse al Estado.

La Comisión considera que no suele existir ayuda estatal cuando un organismo de investigación o una infraestructura de investigación es utilizada para prestar servicios de investigación a una empresa. En este caso, la empresa es propietaria de los resultados de la

investigación y asume el riesgo del fracaso de la misma. Sobre todo, cuando, además concurren dos circunstancias:

-Que el organismo preste ese servicio de investigación a precios de mercado.

-Cuando, aún no prestado su servicio a precios de mercado, el organismo realiza un contrato en el que se refleje la totalidad de los costes del servicio y recoja un margen de referencia, de los aplicados habitualmente por las empresas que operan en ese sector.

-Cuando se hubiere negociado con plena competencia.

En caso de que en un proyecto de investigación participen empresas y organismos o infraestructuras de investigación, la Comisión considera que no existe ayuda estatal indirecta a las empresas a través de dichas entidades, si se cumple alguna de las siguientes condiciones<sup>208</sup>:

-Cuando las empresas corran con todos los costes del proyecto

-Cuando los resultados que no den lugar a Derechos de Propiedad intelectual puedan divulgarse, y dichos Derechos que se generen se cedan a los organismos o infraestructuras de investigación.

-Que todo Derecho de Propiedad Intelectual generado y los derechos de acceso se atribuyan a los socios de forma equitativa y en función de su contribución en las tareas y en función de sus intereses.

-”Que los organismos de investigación o las infraestructuras de investigación reciban una compensación equivalente al precio de mercado de los Derechos de Propiedad Intelectual que resulten de sus actividades y se asignen a las empresas participantes, o a aquellos para los que se asignen derechos de acceso a las empresas participantes”. En este caso, podrá deducirse de esta compensación el importe de la contribución de las empresas participantes a los costes de las actividades de los organismos e infraestructuras.

La Comisión entiende que la compensación recibida equivale al precio de mercado, si ésta permite a organismos e infraestructuras disfrutar de todo el beneficio económico de esos derechos, si se cumple alguna de estas condiciones:

-Si el importe de la compensación se ha calculado usando un procedimiento competitivo, abierto, transparente y no discriminatorio

-Si existe una evaluación de un experto independiente que confirme que dicha compensación equivale a precio de mercado.

-Si el organismo o infraestructura de investigación, como vendedora, negoció la compensación, en el momento de suscripción del contrato, en condiciones de plena competencia,

---

<sup>208</sup> En caso de que no se cumpla ninguna de estas condiciones, el valor total de la contribución de los organismos e infraestructuras será considerado por la Comisión como ventaja para las empresas colaboradoras, y será aplicable la legislación sobre ayudas estatales.

como cualquier otro operador de mercado, para obtener el máximo beneficio económico, teniendo en consideración sus objetivos estatutarios.

-Cuando en caso de que el acuerdo de colaboración otorgue a la empresa un derecho preferente relativo a los Derechos de Propiedad intelectual generados, si los organismos e infraestructuras de investigación ejercen un “derecho recíproco para solicitar ofertas económicamente más ventajosas de terceros de manera que la empresa colaboradora tenga que igualar su oferta”.

En aquellos casos en los que compradores públicos contraten servicios de investigación y desarrollo a empresa, bien a través de un procedimiento de contratación pública precomercial, o de desarrollo exclusivo, la Comisión entenderá que no existe ayuda estatal, si se han seguido los cauces de un procedimiento de licitación abierto y con libre competencia, con libre concurrencia. También será el caso “cuando los compradores públicos contraten soluciones innovadoras resultantes de una contratación anterior de I+D, o de productos y servicios que no son I+D que deban suministrarse a un nivel de rendimiento que requiera una innovación a nivel de producto, proceso u organización”.

En todos los demás casos, también en caso de contratación precomercial, la Comisión considera que no existe ayuda estatal a las empresas cuando el precio pagado se ajuste al valor de mercado de los beneficios que reciba el comprador público y los riesgos que hubieran asumido los proveedores participantes. Esto sucede cuando se dan todas estas circunstancias:

-Cuando el procedimiento de selección es abierto, transparente y no discriminatorio, basado en criterios de selección y adjudicación conocidos de antemano.

-Que los acuerdos contractuales que contengan todos los derechos y obligaciones de las partes, especialmente los referidos a Derechos de Propiedad intelectual figuren “a disposición de todos los licitadores interesados de antemano en el procedimiento de licitación”.

-”Que la contratación no otorgue a ningún prestador participante trato preferente en el suministro de volúmenes comerciales de los productos o servicios finales a un comprador público en un Estado miembro en cuestión”.

-Que se cumpla, al menos, una de estas condiciones:

-”Que todos los resultados que no den lugar a Derechos de Propiedad intelectual puedan divulgarse ampliamente”. Esto permitirá a otras empresas reproducirlos y dichos Derechos sean cedidos en su totalidad al comprador público.

-Que el prestador del servicio cesionario de los resultados que generen dichos Derechos esté obligado a conceder acceso ilimitado al comprador público. El comprador público, en este sentido, podrá acceder de forma ilimitada y gratuita a los resultados generados por esos

Derechos. Y además, ha de conceder acceso a terceros en condiciones de mercado ( por ejemplo, a través de licencias no exclusivas ).

La Comisión establece unos requisitos especiales para los anticipos reembolsables. En este sentido, el Estado miembro siempre podrá calcular el equivalente de subvención que supone el otorgamiento de un anticipo reembolsable, y notificarlo a la Comisión. En todos los demás supuestos, el anticipo reembolsable consistirá en un porcentaje de los costes subvencionables y no podrá superar el 10% de las intensidades máximas de ayuda. Además, han de cumplirse los siguientes requisitos:

-En caso de un proyecto exitoso, el anticipo deberá reembolsarse con un tipo de interés mínimo del tipo actualizado, aplicando la Comunicación de la Comisión sobre la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización.

-En caso de que el éxito del proyecto fuere superior al definido, el Estado miembro solicitará pagos superiores al reembolso del importe del anticipo, incluidos los intereses

-En caso de fracaso del proyecto, el anticipo no se reembolsará en su totalidad. Y en caso de éxito parcial, el reembolso guardará la proporcionalidad debida al éxito alcanzado.

En caso de ayudas individuales, la Comisión, además de todos los requisitos vistos hasta ahora, verificará que el importe de la ayuda sea el mínimo necesario “para que el proyecto subvencionado sea suficientemente rentable”.

Normalmente este tipo de ayudas individuales consisten en una ventaja competitiva, bien por la reducción de los costes de producción, bien por el aumento de la capacidad de producción o bien porque permiten desarrollar nuevos productos.

#### **7.4.- -Directrices relativas a las ayudas estatales a las redes de banda ancha.**

En materia de ayudas estatales a la implantación de redes de banda ancha, la Comisión ha ido fijando los objetivos en diversas Comunicaciones. Así surgieron Comunicaciones que recogían objetivos a cumplir en determinadas fechas ( 2025, 2030, 2050... ):

-Comunicación Gigabit<sup>209</sup>

-Comunicación sobre “Configurar el futuro digital de Europa”<sup>210</sup>.

-Comunicación sobre la Brújula Digital<sup>211</sup>.

---

209 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 14 de septiembre de 2016 «La conectividad para un mercado único digital competitivo – hacia una sociedad europea del Gigabit» [COM (2016) 587 final].

210 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de febrero de 2020 «Configurar el futuro digital de Europa» [COM(2020) 67 final].

211 Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital, COM(2021) 118 final.

También el Parlamento ha dictado la Decisión sobre el programa “Itinerario hacia la Década Digital” para 2030<sup>212</sup>.

En estas Directrices relativas a las ayudas estatales a las redes de banda ancha<sup>213</sup>, la Comisión recuerda la importancia que tienen las redes de comunicaciones electrónicas para lograr los objetivos de sostenibilidad. La transformación digital de la sociedad europea es crucial para “alcanzar la neutralidad climática para 2050, establecido en el Pacto Verde Europeo y en el Reglamento (UE) 2021/119”<sup>214</sup><sup>215</sup>.

La pandemia del SARS-Coronavirus también ha afectado a los objetivos “digitales” de la UE, hasta tal punto que el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)<sup>216</sup> exige que cada Estado Miembro dedique “al menos un 20% de los fondos asignados a medidas que impulsen la transición digital”<sup>217</sup>.

En esta materia el objetivo del control de las ayudas estatales se concentra en “garantizar que las ayudas estatales redunden en un mayor grado de cobertura y uso de la banda ancha del que se daría sin la intervención estatal, apoyando al mismo tiempo servicios de mayor calidad y más asequibles e inversiones que favorezcan la competencia”. En este sentido, las intervenciones estatales en materia de redes de banda ancha deberían “limitar en lo posible el riesgo de excluir las inversiones privadas o de alterar los incentivos a la inversión comercial y, en última instancia, de falsear la competencia en contra del interés común”.

En esta materia, como en otras Directrices de otros sectores de actividad administrativa, partimos de la regla general contenida en el art. 107.1 TFUE, que establece el principio de prohibición de las ayudas estatales. Sin embargo, en determinados casos y circunstancias, estas ayudas estatales pueden ser compatibles con el mercado interior si se cumplen los requisitos previstos en el art. 107.2 y 3 TFUE. En todo caso, los Estados miembros deben notificar a la Comisión todas las convocatorias de ayudas estatales según el art. 108.3 TFUE, al menos que la ayuda se incardine en alguna de las excepciones a las que alude el art. 109 TFUE.

---

Disponible aquí: <<https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%Bajula%20Digital%202030.pdf>> (Última consulta: 20/04/2023).

212 Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece el programa estratégico de la Década Digital para 2030. Disponible aquí <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-50-2022-INTT/es/pdf>> (Última consulta: 20/04/2023).

213 Comunicación de la Comisión, por la que se aprueban las Directrices relativas a las ayudas estatales a las redes de banda ancha (2023/C 36/01).

214 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de diciembre de 2019 «El Pacto Verde Europeo» [COM(2019) 640 final].

215 Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») (DO L 243 de 9.7.2021, p. 1).

216 Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR).

217 Vid Directrices sobre las ayudas estatales para la instalación de redes de banda ancha, 2023, op.cit, pag.4.

Una de las primeras reglas que contienen estas Directrices es la que se refiere a que no podrán concederse ayudas para la implantación de redes y servicios de banda ancha a empresas en crisis, tal y como se han definido en la Comunicación de la Comisión por la que se aprueban las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis<sup>218</sup>.

La Comisión distingue varios tipos de Redes de comunicaciones electrónicas, y en función de esta clasificación, establece varias reglas para considerar compatibles las ayudas estatales en esta materia. Así, existen las siguientes clases de redes:

- Redes fijas de acceso ultrarrápidas
  - Redes basadas en fibra
  - Redes de cable mejoradas
- Redes de acceso móviles
- Redes de retorno

En primer lugar, la Comisión alude a la calificación de Servicio de Interés Económico General ( en adelante, SIEG) de un determinado servicio de red de banda ancha por parte de un Estado miembro. Es relevante este dato puesto que la existencia de un SIEG, acompañada de la preceptiva compensación por las obligaciones de servicio público, hará que no se apliquen las normas sobre ayudas estatales<sup>219</sup>.

Para que un servicio de red de banda ancha sea calificado como SIEG, el Estado miembro debe tener en cuenta diversos factores:

- Las zonas donde los inversores privados no pueden dar acceso a servicios adecuados de banda ancha, no pueden garantizar “un nivel adecuado de inclusión social y de participación en la economía digital y en la sociedad en su territorio”. ( deberían ser capaces de prestar, al menos los servicios contenidos en el Anexo V de la Directiva (UE) 2018/1972).
- La red debe ofrecer servicios universales y asequibles en cuanto a su precio.
- La red debe ser “tecnológicamente neutra”.
- El prestador de un servicio SIEG de acceso a red de banda ancha debe dar acceso al mayorista abierto.
- Si el proveedor del SIEG es una empresa integrada verticalmente, el Estado miembro debe implementar determinadas salvaguardias, para que no exista conflicto de intereses u otra ventaja indirecta encubierta.

---

218 Comunicación de la Comisión, sobre las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis (2014/C 249/01)

219 A los SIEG y a las obligaciones de servicio público se le aplican el Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2012/C 8/03).

Una vez descartada la existencia de un SIEG, para considerar que una ayuda pública para la implementación de una red de banda ancha no sea considerada ayuda estatal, ésta debe cumplir acumulativamente dos requisitos:

-Que la ayuda contribuya al desarrollo de determinadas regiones económicas

-Que la ayuda no altere “las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”.

Para comprobar el primer requisito, la Comisión examinará la actividad económica facilitada, el efecto incentivador de la ayuda<sup>220</sup>, y la inexistencia de una infracción de disposiciones del Derecho de la UE.

El efecto incentivador incentiva al beneficiario “a cambiar su comportamiento con respecto al desarrollo de una determinada actividad económica apoyada por la ayuda que no habría llevado a cabo en el mismo plazo, o solo habría llevado a cabo de manera limitada o diferente, o en otra ubicación, si no se concediera la ayuda”. En este sentido, la ayuda estatal no debe financiar aquellos costes de una actividad que forma parte de la actividad ordinaria de la empresa, que ésta realizaría en todo caso. La ayuda estatal tampoco debe verse como una compensación al inherente riesgo comercial que toda empresa asume en la realización de una actividad económica.

En el campo de las ayudas estatales a las redes de banda ancha, el “efecto incentivador” implica verificar mediante “un mapa detallado y una consulta pública [...] si las partes interesadas han invertido o tienen intención de invertir, respectivamente, en redes fijas o móviles en las zonas objetivo dentro del horizonte temporal pertinente”. Se entiende que la ayuda no tiene efecto incentivador si se realizara una inversión equivalente en el mismo plazo y en la misma zona, sin la ayuda.

Por otro lado, la ayuda no será compatible con el mercado interior europeo en los casos en los que sus condiciones o la actividad que financia constituye una infracción de un principio general del Derecho comunitario o de cualquier disposición comunitaria ( aquí es bastante común ver, en la práctica, casos de ayudas estatales concedidas para unos productos determinados con un origen concreto, o que los productos o materias sean producidos en el país concedente de la ayuda,...). Este tipo de requisitos restringen la libre circulación de mercancías y puede considerarse que estamos ante una ayuda estatal.

Para comprobar el segundo requisito, la Comisión comprobará los efectos positivos de la ayuda y los efectos negativos que la ayuda podría tener en el mercado interior, traducidos en falseamiento de la competencia y en afectación de los intercambios comerciales. A estos efectos, la

---

220 La Comisión Europea entiende por efecto incentivador “el potencial de la ayuda para modificar el comportamiento de las empresas afectadas, de tal forma que emprendan actividades adicionales que no habrían desarrollado sin la ayuda o que habrían desarrollado de una forma restringida o diferente o en otro lugar”. Vid Directrices de ayudas estatales sobre redes de banda ancha, op.cit, pag. 9.

Comisión comprobará los efectos positivos y negativos de la ayuda, si la ayuda es necesaria<sup>221</sup> y específica, si es un instrumento adecuado, si es proporcionada<sup>222</sup>, si es transparente, y si produce efectos negativos sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros.

En este apartado, los efectos positivos pueden ser desde reducir la brecha digital, hasta corregir desigualdades sociales o regionales, objetivos de equidad, la mejora del acceso a un medio esencial de comunicación y participación en la sociedad,...

Para demostrar la necesidad de la ayuda estatal, se puede acudir a una mejora relevante en el mercado “que no sea capaz de lograr por sí mismo”. Será necesaria la ayuda estatal si el mercado, sin intervención estatal, no es capaz de proporcionar un resultado eficiente para la sociedad. Las ayudas estatales a la instalación de redes de banda ancha pueden corregir una deficiencia del mercado, por ejemplo si resultan beneficiadas aquellas zonas menos densamente pobladas, en las que el despliegue de estas redes no es rentable. En este ámbito, la Comisión presume que el mercado no es eficiente cuando no ofrece a los usuarios finales “una velocidad de descarga de al menos 1 Gbps y una velocidad de carga de al menos 150 Mbps”. Si un Estado miembro aprueba una ayuda estatal en esta materia en zonas en las que sí existe dicha velocidad mínima, y la notifica a la Comisión, no significa que la Comisión vaya, automáticamente, a considerarla como ayuda estatal, sino que el Estado miembro debe probar fehacientemente la necesidad y oportunidad de dicha medida de fomento, argumentando los beneficios y las ineficiencias que dicha medida corregiría, para poder destruir así la presunción de ayuda estatal.

Las ayudas estatales también pueden ser necesarias para corregir desigualdades sociales o regionales, reduciendo la brecha digital. Las Directrices prevén una intervención privada mínima de hasta siete años, para que entre una ayuda estatal en el mercado, dándole tiempo al operador privado a resarcirse económicamente de las inversiones realizadas.

En cuanto a la proporcionalidad, la Comisión comprobará que “no se obtendría el mismo cambio de comportamiento con menos ayuda y menores falseamientos”. La ayuda ha de reducirse al mínimo necesario, para minimizar el falseamiento potencial de la competencia. La ayuda se considerará proporcionada “si su importe se limita al mínimo necesario para que se produzca la actividad económica subvencionada”.

---

221 Será necesaria una ayuda estatal cuando en una determinada situación “pueda suponer una mejora importante que el mercado no sea capaz de lograr por sí mismo”, según las Directrices de la Comisión Europea sobre ayudas estatales a redes de banda ancha, pag. 10.

222 Esto significa que se circunscribe al mínimo necesario para “inducir inversiones o actividades adicionales en la zona en cuestión”, según las Directrices de las ayudas estatales a redes de banda ancha, pág. 10.

La Comisión considera que la ayuda debe concederse a través de un procedimiento de selección competitivo abierto, transparente y no discriminatorio<sup>223</sup>, respetando el principio de neutralidad tecnológica<sup>224</sup>.

La Comisión también analiza la compatibilidad de los bonos sociales con el mercado interior. Estos bonos sociales tienen por objeto “ayudar a determinados consumidores individuales a adquirir o conservar servicios de banda ancha”. Pueden considerarse compatibles con el mercado interior al amparo de lo previsto en el art. 107.2.a) TFUE, esto es, “ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos”. Para eso, entiende la Comisión que dichos bonos deben estar reservados a “determinadas categorías de consumidores individuales cuyas circunstancias financieras justifiquen la concesión de ayudas por razones sociales”. En la legislación española, el art. 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias recoge el concepto de “consumidor vulnerable” considerando a *“aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”*.

También considera la Comisión los bonos de conectividad, estos ya no restringidos para los consumidores vulnerables, sino dirigidos a cualquier tipo de consumidor o usuario final, con el fin de “incentivar la demanda de servicios de banda ancha que contribuyan al desarrollo de una actividad económica”. Medidas como ésta pueden ser declaradas compatibles con el mercado interior al amparo del art. 107.3.c) TFUE. También aquí, la Comisión repite el esquema visto anteriormente, al considerar compatible el bono de conectividad con el mercado interior si cumple los dos mismos requisitos vistos con anterioridad:

-Contribuir al desarrollo de una actividad económica

-No alterar indebidamente las condiciones de los intercambios comerciales en forma contraria al interés común.

En este caso, la subvencionabilidad puede llegar a un máximo del 50% de los costes subvencionables. Y se ha de demostrar el “efecto incentivador” del bono de conectividad. En todo caso, estos bonos no pueden utilizarse para “mantener servicios existentes” y deben ser

---

223 La Comisión, en sus Directrices, incluso enumera los posibles criterios de adjudicación cualitativos, que se pueden incluir en los pliegos de la licitación: rendimiento de la red, la seguridad de la misma, la cobertura geográfica, el impacto de la solución propuesta en términos de competencia, y el coste total de la propiedad.

224 El principio de neutralidad tecnológica, tal y como está previsto en las Directrices, exige que “la intervención estatal no favorezca ni excluya ninguna tecnología concreta, ni en la selección de beneficiarios ni en la prestación de acceso mayorista”. La licitación no puede favorecer ni excluir ninguna tecnología ni ninguna plataforma de red concreta.

tecnológicamente neutros, esto es, cumplir con el principio de neutralidad tecnológica. Además, la duración de estos bonos no excederá de tres años.

## **8.-CONCLUSIONES**

Las conclusiones que podemos extraer de la redacción de este trabajo pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

I.- La normativa sobre ayudas de Estado está en constante evolución. Evoluciona de la mano del resto de normativa sobre competencia, a medida que la integración europea se consolida. Es una normativa que está en constante evolución, como lo demuestran las periódicas revisiones que la Comisión lleva a cabo de sus Directrices, para adaptarlas a la nueva jurisprudencia recaída en la materia.

Es normal que esto ocurra, en tanto en cuanto las ayudas de Estado forman parte de las políticas de competencia, están regidas por el Derecho europeo de competencia, que pretende, entre otras finalidades, ayudar a combatir las prácticas colusorias de las empresas y fomentar una competencia leal, sana y justa entre los operadores económicos, dentro del mercado interior europeo.

Esta constante renovación nos impone a los operadores jurídicos una constante actualización de nuestros conocimientos en la materia, para estar al día de la nueva normativa, la nueva jurisprudencia recaída y de las nuevas Directrices interpretativas de la Comisión.

II.- Debemos enfocar la normativa sobre ayudas estatales como parte del Derecho de competencia, porque está íntimamente relacionado con él. Esto es así no sólo porque tienen la misma finalidad ( favorecer la competencia en el mercado interior ), sino también porque la normativa de ayudas de Estado cobra todo su sentido dentro del ámbito del Derecho de competencia. En este sentido, la normativa sobre ayudas de Estado no es un apartado estanco, sino que cobra sentido dentro del Derecho de competencia y es dentro de él donde se desarrolla, formando una unidad o bloque, con una finalidad común, asegurar una competencia leal en el mercado interior europeo. Se trata de combatir la competencia desleal desde todos los ámbitos posibles donde se puedan originar prácticas desleales.

Derecho de competencia y ayudas de Estado persiguen asegurar una competencia leal en el mercado interior, aunque ambos tratan aspectos diferentes. El Derecho de competencia lucha contra los pactos colusorios entre empresas, mientras que las ayudas de Estado luchan por una distribución justa y equitativa de las ayudas públicas. Pero ambos tienen una finalidad común, que es un mercado interior europeo competitivo y con prácticas competitivas leales.

III.- Las clases de ayudas de Estado están en constante evolución. Si bien la jurisprudencia ha aceptado como ayudas de Estado las clásicas ayudas públicas, si analizamos la jurisprudencia más reciente, veremos que hoy en día los instrumentos de ayuda son más sofisticados. Pueden constituir ayudas de Estado préstamos sin intereses o con intereses irrisorios, garantías otorgadas por las Administraciones Públicas, avales,...

Los instrumentos de ayuda pública son cada vez más sofisticados, abarcando instrumentos mucho más sibilinos o difíciles de detectar, que requieren unas comparativas más exhaustivas, para ver donde se encuentra la ventaja que se otorga a las empresas.

Por lo tanto, nuestros intérpretes deben mostrar una mentalidad abierta, para hacer frente a instrumentos jurídicos de ayuda muy diferentes a los tradicionales. No debemos circunscribirnos a los que hasta ahora conocemos ( subvenciones, tipos de intereses reducidos, préstamos sin intereses, beneficios fiscales,...), sino que debemos abrirnos a la posibilidad de que las ayudas de Estado pueden revestir muy diferentes formas. Nuevos instrumentos jurídicos de ayudas para nuevos tiempos.

IV.- También observamos una constante evolución en la jurisprudencia, a la hora de interpretar los requisitos para que una ayuda pública pueda constituir ayuda de Estado.

El TJUE ha hecho énfasis, en relación con las ayudas de Estado fiscales, en la importancia de determinar correctamente el sistema de referencia aplicable. Éste debe estar correctamente identificado por la Comisión, después de un análisis objetivo y de un debate contradictorio con el Estado miembro. Y aún habiendo determinado correctamente un sistema de referencia ( sistema tributario común ), y aunque la ayuda no constituya una excepción a dicho sistema, puede considerarse como ayuda de Estado si ésta produce efectos discriminatorios entre sociedades, aunque no constituya una excepción al régimen tributario común del Estado miembro.

Por otro lado, es necesario interpretar el concepto de beneficiario de manera amplia, de forma que incluya no solamente a aquellos que obtienen una ayuda o ventaja directamente, sino a aquellos beneficiarios de ayudas o ventajas indirectas. Son aquellos sujetos que, si bien no reciben la ayuda o el beneficio fiscal directamente, si resultan beneficiados indirectamente, ya que los efectos de la ayuda les llegan por otros motivos. Existirá dicha ventaja indirecta si la medida está canalizada para producir sus efectos secundarios hacia otras empresas o grupos empresariales ( por ejemplo, si tenemos una ayuda directa que se condiciona a la adquisición de bienes o servicios producidos únicamente por determinadas empresas, que resultarán beneficiadas indirectamente ).

V.- El criterio de inversor privado está plenamente consolidado en la jurisprudencia europea. Este criterio, en su evolución jurisprudencial, ha dado lugar a varias modalidades ( criterio del acreedor privado, del vendedor privado...) porque las ventajas no siempre son las clásicas

( ayuda o subvención). También existen otro tipo de ventajas, como las que obtiene una Administración Pública en la venta de terrenos o de bienes inmuebles ( criterio del vendedor privado ), o las que obtiene cuando se constituye en avalista o prestataria de una empresa ( caso en el que se aplicará el criterio del acreedor privado ).

Por lo tanto, no debemos dudar a la hora de aplicar dicho criterio en nuestras resoluciones, y así lo recoge la Comisión en sus Directrices sobre ayudas de Estado en los diferentes sectores de intervención administrativa.

VI.- España y la Unión Europea deben adecuar su normativa interna sobre ayudas de Estado a aquella otra proveniente de organizaciones internacionales a las que pertenecen. Esto es, aquella normativa de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio, y su normativa sobre ayudas públicas. La Unión Europea y los Estados miembros deben ser disciplinados a la hora de transponer a su ordenamiento jurídico interno la normativa de Organizaciones internacionales de las que forman parte.

Cobra relevancia aquí el Acuerdo sobre Subvenciones a la Pesca de la OMC, adoptado en la Duodécima Conferencia Ministerial (CM12) el 17 de junio de 2022, que prohíbe las subvenciones a la pesca perjudiciales, que son un factor clave para el agotamiento de la pesca en los océanos. Máxime ahora, que Estados Unidos ha ratificado dicho Acuerdo y va a comenzar a aplicarlo.

Por lo tanto, debemos actualizar nuestra normativa, la europea y la española, para que ésta esté acorde con los textos internacionales de organizaciones internacionales en las que nos integramos, como la Organización Mundial del Comercio.

VII.- Es plausible la aprobación del Reglamento (UE) 2022/2560 sobre ayudas extranjeras, a efectos de darles un trato igual en comparación con las ayudas de Estado provenientes de Estados miembros. En este sentido, es necesario asegurar un tratamiento igualitario a ambos tipos de ayudas, no importa el origen de las mismas, bien de Estados miembros que operan en el mercado interior, bien de terceros Estados.

Si bien esto es un aspecto positivo, no podemos dejar de destacar de forma negativa el escueto ámbito objetivo del Reglamento. Dicho Reglamento se refiere, de manera directa, a los procedimientos de concentración de empresas y a los procedimientos de contratación pública. Quedan al margen de dichos ámbitos muchos otros donde pueden operar las subvenciones extranjeras, en los que el Reglamento impone deberes genéricos a la Comisión, pero sin llevar un control tan estricto como en los dos ámbitos principales. Esto es criticable, pues el ámbito objetivo del Reglamento debería ser más amplio, abarcando, con la misma rigurosidad de control, muchos otros procedimientos en los que se pueden dar subvenciones por parte de entes extranjeros.

VIII.- Quizás la conclusión más importante que podemos extraer es que las ayudas de Estado deben ser consideradas como un instrumento que nos ayude a ser más competitivo, que haga que las industrias europeas ganen en competencia a los demás actores extranjeros.

Las ayudas públicas constituyen un instrumento fundamental para la supervivencia de comercios e industrias que operan en el mercado interior europeo.

Si bien la Unión Europea cuenta con política comercial propia, carece de una política comunitaria en materia industrial. En este sentido, es hora de que la Unión Europea cuente con una política industrial propia. Y las ayudas de Estado no pueden un freno al desarrollo de dicha política industrial.

La Unión Europea debe coherenciar la normativa sobre ayudas de Estado con el resto de políticas europeas. No debe ser tan estricta en la fijación de requisitos para la concesión de ayudas públicas por parte de los Estados miembros, sino que debe ser flexible para adaptarse a las circunstancias de cada época.

Las ayudas deben constituir un instrumento para impulsar el desarrollo económico de la Unión, y no constituir un freno.

Hoy en día, la Unión se enfrenta a un desafío importante derivado de la aprobación de la *Inflation Reduction Act* americana, que supone una flexibilización de la política de ayudas de Estado en Estados Unidos.

No debemos olvidar que el Derecho de competencia europeo bebe del Derecho *antitrust* americano, y nos guste o no, debemos responder con políticas ágiles y normativa actualizada a los retos que nos plantean Estados competidores como EEUU.

Por ello, en mi opinión, la Unión Europea debe modificar el régimen de ayudas de Estado, para adecuarlo a los retos competitivos que terceros Estados le imponen. Es necesario flexibilizar en cierta medida la normativa de ayudas de Estado para adaptarla a los tiempos que vivimos. Nos enfrentamos a retos derivados del cambio climático, auge de la inflación, la subida de precios.... Todo ello hace que debamos revisar la normativa sobre ayudas de Estado, para hacer de ella un instrumento útil y a la vez flexible, que sirva de ayuda para impulsar el crecimiento económico de la Unión, y al mismo tiempo, sirva para garantizar una competencia leal en el mercado interior europeo.

## 9.-BIBLIOGRAFÍA

ARPIO SANTACRUZ, J.L., *Las ayudas públicas ante el derecho europeo de la competencia*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.

CASTILLO DE LA TORRE, F, y URRACA CAVIEDES, C., “Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2009”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 18, Sección Artículos, Noviembre-Diciembre 2010, La Ley.

COLLARD, “Les aides accordées par les Etats”, in GASHOF VAN DER MEERSCH: *Droit des Communautés Europeennes*, Les Nouvelles, 1969, núm. 2174.

CREUS CARRERAS, A., y URIARTE VALIENTE, B., “Evolución del criterio de selectividad de las ayudas de Estado en relación con las medidas fiscales”, dentro de *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación* ( vol. IV ), ORTIZ BLANCO, L, y LEÓN JIMÉNEZ, R. ( dir. ), Dykinson, 2004.

CRISTINA TUDOR, E., “La aplicación del principio del inversor privado para el análisis de compatibilidad con el mercado común de una ayuda pública. STJUE de 24 de octubre de 2013, Asuntos C-214/12P, C-215/12P y C-223/71 2P; Land Burgenland, Grawe y República de Austria/Comisión Europea”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, Sección Comentarios de jurisprudencia, Primer semestre de 2014, La Ley.

ESTRADA MILLÁN, F., Tesis doctoral *Análisis del requisitos de ventaja selectiva en sede de ayudas de estado de naturaleza fiscal*, dirigida por SERRANO ANTÓN, F., UCM, Madrid, 2017.

EVERLING, citado por SCHINA, *State aids under the EEC Treaty. Articles 92 to 94*, ESC Publishing Limited. Oxford, 1987.

FERNÁNDEZ FARRERES, “El control de las ayudas financieras nacionales”, en GARCIA DE ENTERRIA ( dir. ): *Tratado de Derecho Comunitario*, vol. II, Madrid 1986, pags. 620 y ss.

GILLIAMS, “Aids granted by member States”, en SMIT y HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, vol. 3, Capítulo 1, Sección 3, Columbia Law School Project on European Legal Institutions, Nueva York, 1992.

KEPPENNE, Jean Paul, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, 1999, Editorial Bruylant.

LEANZA: “Articolo 92 [nn.87]”, in QUADRI, MONACO y TRABUCCHI: *Trattato istitutivo della Comunità Economica europea. Commentario*, vol. II Giuffrè. Milano, 1965, págs. 717 y ss.

PEREZ BERNABEU, B., *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria. Concepto y tratamiento*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RODRIGUEZ MIGUEZ, J.A.:

-“Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado”, 2002, Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 221 ( sept/oct. 2002 ), La Ley.

-*La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Xunta de Galicia, 2003.

SCHEUING, *Les aides financières publiques aux entreprises privées en droit français et européen*, Berger-Levrault, Paris, 1974, pág. 268.

VELASCO SAN PEDRO, L.A.:

-*Diccionario de Derecho de la competencia*, ( dir. ) Iustel, Madrid, 2006.

-*Derecho Europeo de la competencia*, ( coord. ) Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.

VOGELAAR, “The impact of the Economic Recession on EEC Competition Policy, Part one: State aids”, *Swiss Review of International Competition Law*, vol. 23, 1985, pags. 31 y ss en la pág. 35.

WAELBROECK, “Article 92 [nn 87]”, en MEGRET y otros: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, vol 4: Concurrence. Bruselas, 1972, pag. 393.

## 10.- ANEXO I.-JURISPRUDENCIA ORDENADA POR MATERIAS

### ◆ Concepto objetivo de Ayuda de Estado

-STJUE de 30 de septiembre de 2003, As. C-57/00 P y C-61/00 C. ECLI:EU:C:2003:510

-STGUE de 16 de septiembre de 2004, As. T-274/01. ECLI:EU:T:2004:266

-STGUE de 15 de junio de 2005, As. T-171/02. ECLI:EU:T:2005:219

### ◆ Fondos estatales, fondos de origen estatal, o fondos públicos.

-STJUE de 13 de marzo de 2001. As. C-379/98. ECLI:EU:C:2001:160

-STJUE de 24 de enero de 1978. As. C-82/77. ECLI:EU:C:1978:10

-STJUE de 13 de octubre de 1982. As. C-213/81. ECLI:EU:C:1982:351

-STJUE de 30 de enero de 1985. As. C-290/83. ECLI:EU:C:1985:37

-STJUE As. C-57/83

-STJUE de 17 de marzo de 1993. As. C-72/91. ECLI:EU:C:1993:97

-STJUE de 2 de febrero de 1988. As. C-67/85. ECLI:EU:C:1988:38

### ◆ Imputabilidad de la ayuda al Estado

-STJUE de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), As. C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294.

-STJUE de 27 de septiembre de 2012, Francia y otros/Comisión, As. acumulados T-139/09, T-243/09, 5-328/09, ECLI:EU:T:2012:496.

### ◆ Principio del inversor privado en una economía de mercado

-STJUE 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (“Tubemeuse”, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125.

-STJUE de 6 de marzo de 2018, As. C-579/16 P. ECLI:EU:C:2018:159

-STJUE de 21 de marzo de 1991, As. C-303/88. ECLI:EU:C:1991:136

-STJUE de 10 de diciembre de 2020, As. C-160/19P. ECLI:EU:C:2020:1012

-STJUE de 5 de junio de 2012, As. C-124/2010 P. ECLI:EU:C:2012:318

-STJUE de 30 de marzo de 2006, As. C-451/03. ECLI:EU:C:2006:208

### ◆ Prueba del acreedor privado

- STJUE de 22 de noviembre de 2007, España/Comisión, As. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698.
- STJUE de 24 de enero de 2013, Frucona/Comisión, As. C-73/11P, ECLI:EU:C:2013:32
- STJUE de 29 de junio de 1000, DMTransport, As. C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332

- ◆ Prueba del vendedor privado

- STGUE, de 28 de febrero de 2012, Land Burgenland y Austria/Comisión, As. Acumulados T-268/08 y T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90.
- STJUE de 14 de septiembre de 1994. As. C-278/92. ECLI:EU:C:1994:325

- ◆ Prueba del adquirente privado

- STGUE de 4 de marzo de 1998. T-146/96. ECLI:EU:C:1998:50

- ◆ Ventaja

- STJUE de 28 de abril de 2004. As. C-159/01. ECLI:EU:C:2004:246
- STJUE de 28 de julio de 2011. As. C-71/10. ECLI:EU:C:2011:525

- ◆ Ventaja indirecta

- STJUE de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, As. C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467.

- ◆ Ventaja selectiva

- STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros*, As. acumulados C78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.
- STJUE de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, As. C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.
- STJUE de 11 de septiembre de 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja, As. acumulados C428/06 a C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488.
- STJUE de 9 de octubre de 2014. As. C -522/13. ECLI:EU:C:2014:2262
- STJUE de 19 de marzo de 2013. As. Ac. C -399/10P y C -401/10P. ECLI:EU:C:2013:175
- STJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH contra Finanzlandesdirektion für Kärnten*, As. C-143/1999, ECLI:EU:C:2001:598
- STGUE de 10 de abril de 2008, As. T-233/04, Reino de los Países Bajos contra Comisión de las Comunidades europeas. ECLI:EU:T:2008:102. ( Recurso de casación ante el TJUE, As. C-279/08 P )

-STJUE de 12 de julio de 1973, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, As. C-70/72. ECLI:EU:C:1973:87

-STJUE de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-75/97. ECLI:EU:C:1999:311

-STJUE de 13 de febrero de 2003, As. C-409/00, Renove II. ECLI:EU:C:2003:92

-STGUE de 14 de diciembre de 2000, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, As. T-55/99. ECLI:EU:C:2000:693.

-STJUE de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-75/97. ECLI:EU:C:1999:311.

-STJUE de 2 de julio de 1974, República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas, As. C-173/73. ECLI:EU:C:1974:71.

-STJUE As. C-143/99

-STJUE As. C-562/19P

-STJUE As. C-596/19P

-STJUE As. Ac. C-885/19P y C-898/19P

-STGUE As. C-363/19 y T-456/19

◆ Selectividad material

-STGUE As. T-508/19

-STJUE As. C-705/20

◆ Falseamiento de la competencia y afectación de los intercambios comerciales entre los EEMM.

-STJUE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris, As. C-730/79, ECLI:EU:C:1980:209.

-Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, Eventech/The Parking Adjudicator, As. C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9.

-STPIUE T-30/4198

-STPIUE T-214/95

-STJUE de 21 de marzo de 1991, As. C305/89

-STJUE As. c102/87

◆ Beneficiario

-STJUE As. Ac. C-649/20P, C-658/20P y C-662/20P

◆ Concepto de empresa

-STJUE de 23 de abril de 1991. As. C-41/90. ECLI:EU:C:1991:161

-STJUE de 16 de marzo de 2004. As. Ac. C-264/01, C-306/01, C-354/04 y C-355/01.  
ECLI:EU:C:2004:150

-STJUE de 10 de enero de 2006. As. C -222/04. ECLI:EU:C:2006/8

◆ Concepto de empresa pública

-STJUE DE 18 de mayo de 2017, As. C150/16. ECLI:EU:C:2017:388

-STJUE de 16 de mayo de 2002. As. C-482/99. ECLI:EU:C:2002:294

◆ Actividad económica

-STJUE de 18 de junio de 1998. As. C -35/96. ECLI:EU:C:1998:303

-STJUE de 12 de septiembre de 2000. As. Ac. C -180/98 a C -184/98. ECLI:3EU:C:2000:428

-STJUE de 11 de septiembre de 2007. As. C -76/05. ECLI:EU:C:2007:492

◆ Infracción del Derecho de la UE

-STJUE de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467

-STJUE de 22 de diciembre de 2008, Société Régie Networks/Rhône-Alpes Bourgogne, C-333/07,  
ECLI:EU:C:2008:764.

-STJUE de 22 de septiembre de 2020, Austria/ Comisión, C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742.

-STJUE de 14 de octubre de 2010, Nuova Agricast/Comisión, C-67/09 P, ECLI:EU:C:2010:607.

## **11.- ANEXO II.- INFORMES Y DOCUMENTOS**

-COMISION EUROPEA:

-Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal, conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. ( C/2016/2946 )

-Comunicación de la Comisión Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público ( 2012/C 8/03 )

-Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 relativa a a 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. ( 2012/21/UE )

-Comunicación de la Comisión 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 ( 2012/C 8/02 )

-Comunicación de la Comisión 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. ( 2013/C 216/01 )

-Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales ( 2021/C 305/01 )

-Comunicación de la Comisión Criterios para el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas para fomentar la realización de proyectos importantes de interés común europeo ( 2021/C 528/02 )

-Comunicación de la Comisión Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional ( 2021/C 153/01 )

-Comunicación de la Comisión Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo ( 2021/C 508/01 )

-Comunicación de la Comisión Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación ( 2022/C 414/01 )

-Comunicación de la Comisión Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022 ( 2022/C 80/01 )

-Comunicación de la Comisión sobre la aprobación del contenido de un proyecto de Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de

la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados.

-Comunicación de la Comisión Directrices relativas a las ayudas estatales a las redes de banda ancha ( 2023/C 36/01 )

-Comunicación de la Comisión Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias ( 2008/C 184/07 )

-Comunicación de la Comisión sobre la aprobación del contenido de un proyecto de Reglamento de la Comisión 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 y por el que se deroga el Reglamento (UE ) núm. 702/2014 de la Comisión.

-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 ( 2008/C 155/02 )

-Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización. ( 2008/C 14/02)

-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. ( 2008/C 155/02)

-Decisión de la Comisión 2320/81/CECA, de 7 de agosto de 1981

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «El Pacto Verde Europeo», COM(2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Configurar el futuro digital de Europa», COM(2020) 67 final, de 19 de febrero de 2020.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital», COM(2021) 118 final, de 9 de marzo de 2021.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una estrategia europea de datos», COM(2020) 66 final, de 19 de febrero de 2020

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Una nueva estrategia industrial para Europa», COM(2020) 102 final, de 10 de marzo de 2020.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Construir una Unión Europea de la Salud: reforzar la resiliencia de la UE ante las amenazas transfronterizas para la salud», COM(2020) 724 final, de 11 de noviembre de 2020.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Un nuevo EEI para la investigación y la innovación», COM(2020) 628 final, de 30 de septiembre de 2020

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – «Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva», COM(2020) 98 final, de 11 de marzo de 2020.-

#### -CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

-Directiva del Consejo, de 28 de abril de 1981, relativa a las ayudas a la construcción naval.

-CNMC:

-Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España – 2022 ( IAP/CNMC/001/22 )