

LA REACCIÓN DE LOS ESTADOS EUROPEOS FRENTE A LA CRISIS Y EL DERECHO EUROPEO DE AYUDAS PÚBLICAS

Michael FEHLING

I. INTRODUCCIÓN: LA ADECUACIÓN DEL DERECHO DE AYUDAS PÚBLICAS A LA CRISIS

DESDE hace meses se conceden numerosas e importantes ayudas a bancos y empresas. Los Estados miembros y la Comisión Europea lo consideran un instrumento fundamental para superar la presente crisis financiera y económica (1). El dramatismo del contexto actual ha conducido a los Estados a la adopción de medidas contra la insolvencia de bancos estratégicos en el sistema económico con el fin de potenciar la concesión de créditos ventajosos a empresas y a otros bancos. Al mismo tiempo, se conceden avales y créditos estatales en condiciones muy favorables a las empresas afectadas por la escasez de trabajo y la falta de liquidez bancaria con el fin de conservar los puestos de trabajo amenazados.

A continuación, voy a explicar y analizar esta nueva práctica de concesión de ayudas públicas desde una perspectiva jurídica. Para ello me serviré de algunos ejemplos tomados de Alemania, Reino Unido y Francia, sin que el objetivo consista en realizar una exposición exhaustiva o un análisis profundo de cada caso. El estudio se estructura en torno a dos preguntas. En primer lugar, ¿en qué medida la actual crisis económica ha repercutido en la práctica de la Comisión Europea y el procedimiento de autorización de ayudas públicas? Esta pregunta conduce a la segunda cuestión en torno a la adecuación del Derecho europeo de ayudas de Estado a la crisis: ¿El Derecho de ayudas públicas vigente es lo suficientemente flexible como para hacer frente a retos económicos excepcionales evitando el falseamiento de la competencia?, tal y como afirmaba la anterior Comisaria en materia de competencia *Neelie Kroes*. ¿O la presente crisis financiera y económica demuestra que es necesario reformar el Derecho de ayudas públicas e, incluso, introducir una perspectiva completamente nueva en su regulación?

(1) Traducción de Silvia Díez Sastre, Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid.

Una exposición de las medidas adoptadas en Alemania durante la crisis económica y financiera hasta mayo de 2009 en SCHWARZE, J., «Die europäische Beihilfenkontrolle (Art. 87 f. EG) in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise», *DVBl.*, 2009, pp. 1401 y ss. (pp. 1.403 y ss.).

Mis reflexiones al respecto se estructuran en tres partes. Las dos primeras recogen el núcleo de la exposición, que se construye en torno a las cuestiones apuntadas. La tercera contiene las conclusiones finales. En concreto, la primera parte describe de forma sistemática la práctica actual de autorización de ayudas públicas, con el fin de identificar las especialidades y transformaciones que se han producido con respecto a períodos «normales», en los que no había crisis (epígrafe II). La segunda parte expone una clasificación y una valoración jurídica de esta práctica, orientadas a discernir cuál puede ser la línea de desarrollo del Derecho de ayudas públicas en el futuro (epígrafe III). La última parte trata de responder a las preguntas mencionadas anteriormente (epígrafe IV).

II. LA PRÁCTICA DE LA CONCESIÓN Y AUTORIZACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA

A. MAGNITUD Y CLASES DE AYUDAS PÚBLICAS

La Comisión Europea trata de controlar el mayor número posible de ayudas públicas en dos planos. Por un lado, la Comisión autoriza –con algunas condiciones– las normas generales en torno a ayudas (los denominados «paquetes de ayudas») de los Estados miembros (2). Estos programas, formulados en términos abstractos y generales, se consideran especialmente idóneos para garantizar el trato igual entre sus beneficiarios a nivel nacional; aunque la coordinación política entre ellos a nivel europeo sólo se ha logrado parcialmente. Por otro lado, la Comisión debe supervisar el otorgamiento de ayudas individuales (3). Gran parte de estas ayudas se conceden en el marco de los paquetes de ayudas autorizados previamente, de modo que sólo hay que constatar su adecuación a las normas del programa en el que se incardinan. Otras ayudas no están previstas en los programas generales, debido al progresivo agravamiento de la crisis. En esos casos, la Comisión ha de comprobar *ex novo* su adecuación a los requisitos del artículo 87.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) –actual artículo 107.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

(2) Por ejemplo, en Alemania: la Decisión de la Comisión de 27 de octubre de 2008, N 512/2008, K(2008) 6422 final, prorrogada mediante la Decisión de 22 de junio de 2009, N 330/2009, K(2009) 4995 final, y complementada mediante la Decisión de 12 de diciembre de 2008, N 625/2008, K(2008) 8629 final, en torno al paquete de salvamento de las entidades financieras en Alemania. En Francia: la Decisión de la Comisión de 30 de octubre de 2008, N 548/2008, K(2008) 6617 final, ampliada mediante la Decisión de 12 de mayo de 2009, N 251/2009, K(2009) 3809 final. En Reino Unido: la Decisión de la Comisión de 13 de octubre de 2008, N 507/2008, K(2008) 6058 final, prorrogada mediante la Decisión de 15 de abril de 2009, N 193/2009, K(2009) 2890 final, y de 13 de octubre de 2009, N 537/2009, K(2009) 7864 final. Una lista casi completa de las ayudas puede encontrarse en ARHOLD, C., «Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung», *EuZW*, 2008, pp. 712 y ss. (pp. 715 y ss.).

(3) Las decisiones de la Comisión se publican en el Registro de Ayudas Públicas en la página web oficial de la Comisión –aunque en ocasiones se produzca un cierto retraso debido a la reelaboración de los textos para proteger información confidencial.

En un informe de 17 de diciembre de 2009, la Comisión Europea ha concretado el volumen de ayudas otorgadas durante el período de crisis económica (4). Conforme a los datos reflejados, la Comisión ha autorizado hasta esa fecha 81 ayudas en el sector financiero (de carácter general o individual, esto es, destinadas a entidades financieras concretas), de las cuales sólo 6 fueron sometidas a algunas condiciones por la Comisión tras el procedimiento de control; al resto no se le formuló ninguna objeción. Pasados seis meses desde su aprobación, algunas autorizaciones se prorrogaron una o varias veces. En ocasiones estas prórrogas iban acompañadas de modificaciones en los programas generales de ayudas. En la actualidad aún están abiertos 8 procedimientos oficiales de control de ayudas públicas a entidades financieras. En el «marco temporal comunitario» (5) se han tramitado 67 procedimientos relativos a ayudas públicas para empresas. Sólo en un caso la Comisión ha iniciado un procedimiento formal de evaluación. En el resto de casos no ha habido objeciones. No tengo datos sobre otras ayudas públicas individuales a empresas que estén fuera del «marco temporal comunitario». Pero no se conoce ninguna decisión de la Comisión que haya prohibido las ayudas sometidas a su autorización.

La estadística refleja el elevado número de ayudas concedidas a entidades financieras estratégicas –con el fin de salvar el sistema económico– y a importantes empresas –para asegurar los puestos de trabajo–. Conforme a estos datos, los beneficiarios de las ayudas podrían clasificarse en dos tipos: por una parte, empresas con finanzas saneadas que han tenido problemas como consecuencia de los problemas generados por la crisis financiera y económica; por otra parte, empresas que ya se encontraban en apuros debido a una mala gestión. Ahora bien, también se han concedido ayudas financieras directamente a los consumidores con objetivos concretos, como sostener la demanda en sectores económicos específicos, y se han puesto en marcha programas de inversión estatal para la construcción o mejora de infraestructuras.

Así pues, cabe diferenciar tipológicamente los siguientes grupos de ayudas durante la crisis económica (6):

1) *Ayudas financieras a los consumidores para la promoción de la demanda en sectores concretos*, que se combinan, en algunos casos, con ventajas indirectas a las empresas (7). El mejor ejemplo son las ayudas para la compra de nuevos

(4) MEMO/09/564: *State Aid: Overview on national measures adopted as a response to the financial/economic crisis*.

(5) Véanse las notas a pie 45, 47 y 46.

(6) Una clasificación más abstracta en VAN AAKEN, A./KURTZ, J., «Prudence or discrimination? Emergency measures, the global financial crisis and international economic law», *Journal for International Economic Law* (12 J. Int'l Econ. L.), 2009, pp. 859 y ss. (pp. 862 y ss.) con tres categorías: medidas de estabilización de la industria financiera; medidas para la reactivación de la concesión de créditos; medidas para la promoción de sectores económicos estratégicos y medidas para promover la recuperación económica.

(7) En Alemania, se trata especialmente del «Konjunkturpaket I», aprobado el 5 de diciembre de 2008 y materializado principalmente en la «Ley de aplicación del paquete de garantía del empleo mediante el fomento del crecimiento» de 21 de diciembre de 2008 (BGBl. I pp. 2.896 y ss.), así como del «Konjunkturpaket II», aprobado el 14 de enero de 2009 y puesto en práctica básicamente a través de la «Ley de garantía del empleo y la estabilidad en Alemania» de 2 de febrero de 2009 (BGBl. I, pp. 416 y ss.). En estos paquetes no se han incluido únicamente medidas que estimulan directa o indirectamente la situación financiera, sino que también contienen disposiciones sobre la organización pública.

vehículos con el fin de apoyar a la industria automovilística. En numerosos Estados miembros se han adoptado medidas en esta línea, que han sido objeto de una Comunicación de la Comisión (8). En Alemania, la prima de desguace (*Abwrackprämie*) ha sido muy popular (9).

2) *Ayudas financieras para la construcción de infraestructuras*, que los municipios u otras Administraciones territoriales debían destinar a la adjudicación de contratos públicos a empresas privadas. Un ejemplo de este tipo de ayudas es la subvención pública de la instalación de banda ancha, que forma parte del programa europeo de recuperación (10) y de otros programas nacionales de recuperación económica. La Comisión ha aprobado algunas directrices especiales referidas a esta actividad que no están orientadas específicamente a la lucha contra la crisis económica (11).

3) *Ayudas más o menos generales de recapitalización de entidades financieras saneadas de gran importancia en el sistema económico*, con el fin de superar la crisis de liquidez bancaria.

4) *Ayudas de salvamento de entidades financieras relevantes para el sistema económico en riesgo de insolvencia*, que se materializan en préstamos especialmente favorables, avales y compra de activos deteriorados, acompañados, en algunos casos, del traslado de algunos riesgos de la operación a un *Bad Bank* (12). Algunos ejemplos de este tipo de ayudas son: el saneamiento gradual del banco hipotecario «Northern Rock» en el Reino Unido (13), mediante la creación, en última instancia, de un *Bad Bank*; el intento de rescate del grupo bancario «Dexia» en

(8) Véase la nota 48.

(9) La denominada «prima medioambiental» es parte del «Konjunkturpaket II» y se regula en el artículo 6 de la Ley de garantía del empleo y la estabilidad en Alemania (nota 7). Esta regulación se completa con la Directiva nacional para la promoción del sector turístico de 20 de febrero de 2009, modificada por las Directivas nacionales de 17 de marzo de 2009 y de 26 de junio de 2009 (*Bundesanzeiger* núm. 94/2009, pp. 2.264 y ss.).

(10) Aprobada por la Comisión el 26 de noviembre de 2008, Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, KOM (2008) 800.

(11) «Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha» de 17 de septiembre de 2009. La estrategia de redes de banda ancha es una parte importante del Programa de Recuperación Europeo que «tiene como objetivo impulsar la inversión de la UE en sectores estratégicos definidos, tales como la banda ancha, que puedan contribuir a apoyar a la economía a corto plazo y crear a largo plazo infraestructuras esenciales para el crecimiento económico sostenible». La justificación de las ayudas en este ámbito no se vincula a la crisis. Las directrices se apoyan en el artículo 87.3 a) y c) TCE [actual art. 107.3.a) y c) TFUE] y en las Directivas de ayudas regionales.

(12) En Alemania, ante el derrumbe del banco americano de inversiones *Lehman Brothers* se aprobó la Ley de estabilización del mercado financiero de 17 de octubre de 2008 (*BGBl. I*, pp. 1.982 y ss.), que prevé la creación de un fondo de estabilización del mercado financiero, gestionado por un ente creado al efecto. Los mecanismos de ayuda incluyen el otorgamiento de garantías (§ 6), ayudas a la recapitalización (§ 7) y la asunción de posiciones de riesgo (§ 8). En torno al contenido de la Ley, ver HORN, J., «Einfluss der EU-Vorgaben bei Anwendung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes», *Betriebsberater (BB)*, 2009, pp. 450 y ss. También se incluye una habilitación para realizar expropiaciones en la Ley de complemento de la estabilización del mercado financiero de 7 de abril de 2009, (*BGBl. I*, pp. 725 y ss.), y varias reglas sobre los *Bad Banks* en la Ley de desarrollo de la estabilización del mercado financiero de 17 de julio de 2009 (*BGBl. I*, p. 1.980). Sobre la autorización de la Comisión Europea, ver la nota 2.

N. de la T.: un *Bad Bank* es una entidad que adquiere activos contaminados en nombre del Estado con deuda pública negociable y que gestiona su venta posterior.

(13) Al respecto, el epígrafe II. B. 2., con la nota a pie 21.

Francia, Bélgica y Luxemburgo (14); y, finalmente, en Alemania, las ayudas a los bancos estatales (de los *Länder*) que se han visto especialmente afectados por la crisis, como el «Westdeutsche Landesbank» o el «Bayerische Landesbank» (15).

5) *Ayudas más o menos generales de recapitalización o seguros para la exportación destinadas especialmente a pequeñas y medianas empresas* que, debido a la crisis económica, no logran créditos bancarios o seguros que cubran los riesgos de exportación (16).

6) *Ayudas de salvamento de empresas concretas en riesgo de insolvencia* para asegurar los puestos de trabajo y su emplazamiento. En este sentido, hay que destacar el ejemplo de «Opel» en Alemania, aunque también se están produciendo duras negociaciones para mantener la localización de «Opel» en otros Estados miembros (17).

B. PARTICULARIDADES DE LAS AYUDAS PÚBLICAS CONCEDIDAS DURANTE LA CRISIS

1. Urgente necesidad

La característica más evidente de las ayudas públicas durante la crisis es la *urgente necesidad* de su otorgamiento. En ocasiones, se requieren medidas inmediatas sin que haya tiempo para elaborar una detallada planificación a largo plazo (por ejemplo, mediante planes de reestructuración o saneamiento). El derrumbe de un instituto de crédito relevante para el sistema financiero no provoca fatales reacciones en cadena, pero sí produce una amenaza de paralización de la economía como consecuencia de la pérdida de confianza. En este sentido, la Comisión Europea ha garantizado la evaluación y, en su caso, autorización de las ayudas en dos semanas, e incluso ha llevado a cabo procedimientos de evaluación de ayudas en veinticuatro horas cuando se trataba de medidas provisionales (18).

Teóricamente en el Derecho de ayudas públicas puede separarse claramente la aplicación de los procedimientos del Derecho sustantivo. Sin embargo, en ocasiones, la urgencia conduce a una reducción de la densidad y la extensión del control

(14) El 19 de noviembre de 2008 la Comisión decidió no formular objeciones contra algunas medidas urgentes. No obstante, tras la presentación de un plan de reestructuración, el 13 de marzo de 2009 la Comisión decidió incoar un procedimiento formal de control, pues de la evaluación inicial se dedujo que el plan no parecía suficientemente realista y que podría llevar a distorsiones de la competencia, ya que con la ayuda estatal Dexia podría incluso llegar a ampliar su negocio de crédito (Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, 2009/C 181/09, DOUE C 181/42 de 4 de agosto 2009).

(15) Esta cuestión se desarrolla en el epígrafe II. B. 2., con la nota 28, así como en el epígrafe II.B.3., con las notas 21-26.

(16) El programa de créditos y avales del Gobierno federal alemán como parte del «Konjunkturpaket II» (nota 7) se focaliza en el programa denominado «Wirtschaftsfonds Deutschland»; más información en: <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Konjunktur/Konjunkturpaket-2/wirtschaftsfonds-deutschland.html>.

(17) Al respecto el epígrafe III. C. 3., con las notas 101 y 102.

(18) Así se apunta expresamente en la Comunicación 2008/C 270/02 en torno a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial («Comunicación del sector bancario») de 13 de octubre de 2008, DOUE C 270/8 de 25 de octubre de 2008, núm. margen 53.

de las ayudas. Hay que encontrar un equilibrio entre la efectiva aplicación del Derecho de ayudas públicas en épocas de crisis económica y la necesaria efectividad de las medidas de los Estados miembros para luchar contra la crisis (19); lo que constituye una manifestación del principio de proporcionalidad (20). La eficacia del Derecho de ayudas públicas no se debilita de forma relevante porque las autorizaciones en los procedimientos urgentes se limiten a imponer medidas provisionales; hay que tener en cuenta que esas medidas producen un efecto vinculante considerable (de carácter político) hacia el futuro.

2. Encadenamiento de varios procedimientos sucesivos de ayudas públicas

Una característica aún más importante de las ayudas públicas durante la crisis es el encadenamiento habitual de varios procedimientos sucesivos o de varias decisiones referidas al mismo asunto. En la mayoría de los casos se prevén, en principio, normas generales de otorgamiento, como los paquetes de ayudas a nivel nacional, que deben ejecutarse mediante ayudas individuales. En algunos supuestos se exigen medidas inmediatas que tras seis meses desembocan en el diseño de un plan de reestructuración y, por tanto, en un procedimiento oficial de evaluación. Además, algunas ayudas públicas –como préstamos o medidas similares–, que se autorizan con una duración limitada, deben prorrogarse. De modo que muchos beneficiarios no reciben una única ayuda, sino que acumulan varias o aumentan la cuantía de la inicialmente concedida cuando ésta se demuestra insuficiente para afrontar el empeoramiento de la crisis económica –yendo incluso más allá de las reglas generales de ayudas autorizadas en principio–. En estos casos son necesarios múltiples procedimientos de evaluación de las ayudas que están encadenados unos a otros. En algunos supuestos, no es raro que incluso un procedimiento de evaluación de ayudas en curso deba adaptarse a una ampliación sobrevenida de los programas asistenciales.

Dos ejemplos pueden ayudar a ilustrar mejor esta situación. En diciembre de 2007, antes de que se manifestaran los síntomas de la crisis económica, la Comisión Europea autorizó un primer plan de reestructuración del banco hipotecario «Northern Rock». Posteriormente, tras una nueva ponderación de los riesgos en juego, se consideró necesario nacionalizar el banco y concederle las ayudas y medidas de saneamiento aparejadas a ese proceso. Estas medidas se notificaron a la Comisión en marzo de 2008. Como consecuencia del agravamiento de la crisis económica, el plan de reestructuración tuvo que reformarse en abril de 2009, incorporando el traslado de los riesgos a un *Bad Bank* (21). El procedimiento de evaluación de las ayudas iniciado con base en estas actuaciones aún sigue abierto. Las medidas de rescate del «Westdeutsche Landesbank» entrañan aún una complejidad

(19) SCHWARZE (nota 1), *DVBl.* 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.409).

(20) En este sentido, JESTAEDT, T./WIEMANN, J., «Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise-Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt?», *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 2009, pp. 609 y ss. (p. 610).

(21) Todo el proceso anterior se describe detalladamente en la Decisión de la Comisión de 7 de mayo de 2009, C 14/08 (ex NN 1/08), 2009/C 149/09, DOUE C 149/16 de 1 de julio de 2009, para ampliar el procedimiento de evaluación de la ayuda a «Northern Rock», núm. margen 7-34. En esta Decisión la Comisión manifiesta dudas sobre el ajuste de la ayuda al mínimo necesario y sobre la previsión de medidas suficientes para compensar de la mejor manera posible el falseamiento de la competencia.

mayor. En este caso, la Comisión Europea autorizó en abril de 2008 un «plan de choque» temporal como medida de ayuda a su reestructuración, a pesar de que se había omitido su preceptiva notificación (22). Tras la incoación de un procedimiento formal de evaluación (23), en mayo de 2009, la Comisión autorizó la ampliación de estas medidas apoyándose en un plan de reestructuración para superar la crisis económica (24). Sin embargo, en octubre del mismo año se puso de manifiesto la necesidad de realizar una nueva aportación de medios financieros en un plazo limitado de dos meses. Los retrasos en la creación de un *Bad Bank* y la necesidad de más capital impidieron que el banco pudiese cumplir con las exigencias de capital propio establecidas en el plan de reestructuración originario (25). Finalmente, en diciembre de 2009 la Comisión Europea autorizó una vez más nuevas ayudas de rescate urgentes provisionalmente. Aunque en esta ocasión la Comisión expresó serias dudas sobre la adecuación del *Bad Bank* al plan de reestructuración elaborado. En la actualidad está abierto un procedimiento formal de evaluación (26) y hay que contar con que probablemente Alemania tendrá que introducir importantes ajustes en el plan de reestructuración.

3. Falta absoluta de certeza

Los casos descritos ilustran la gran inseguridad que existe en torno a la evolución de la economía y los efectos de las medidas de saneamiento y ayuda adoptadas hasta el momento. En efecto, la realización de previsiones implica cierto grado de inseguridad en todos los procedimientos de ayudas públicas. Pero la crisis económica y financiera aumenta esta inseguridad debido, fundamentalmente, a la existencia de una densa trama de interconexiones internacionales que impiden el control de la situación a nivel meramente nacional. En gran medida se depende de los programas de ayuda de otros Estados de la Unión Europea –con los que es posible cierta coordinación–, pero también de los programas de ayuda de los Estados Unidos de América. La confianza en el sistema financiero –de extrema importancia– no es simplemente racional, lo que la hace difícilmente calculable. Al final se demuestra que el aprendizaje mediante «ensayo-error» exige una sustitución parcial de los planes a largo plazo. De ahí que los efectos de los conceptos de ayudas públicas deban evaluarse continuamente y, en su caso, reajustarse. En este sentido, la Comisión obliga a realizar una evaluación de las ayudas transcurridos seis meses desde su adopción (27).

Valga como ejemplo el «Bayerische Landesbank». Tal como la Comisión Europea señaló en su decisión sobre la introducción de un procedimiento de control oficial (en mayo de 2009), las previsiones económicas empeoraron considera-

(22) Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2008, NN 25/2008 (ex N164/08, CP 15/08), WestLB, K(2008) 1628.

(23) Decisión de la Comisión que invita a presentar observaciones conforme al Art. 88. 2 TCE de 1 de octubre de 2008, C 43/2008 (ex N 390/2008), WestLB, K(2008) 5523.

(24) Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2009 sobre la ayuda estatal C 43 2008 (ex N 390/2008), de Alemania para reestructurar el Westdeutsche Landesbank AG, K(2009) 3900 final.

(25) Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 2009, N 531/2009, WestLB, C(2009) 7683 final.

(26) Nota de prensa IP/09/1996 de 22 de diciembre de 2009; la Decisión se publica con la referencia N 555/2009.

(27) Ya en la «Comunicación sobre el sector bancario» (nota 18), núm. margen 13, 24 y 35.

blemente en las siguientes semanas, de modo que las estimaciones presentadas por el banco quedaron desfasadas (28).

La falta de seguridad en las previsiones también se pone de manifiesto en el cálculo de la forma en que determinadas ayudas pueden favorecer a sus destinatarios (concepto de ayuda como ventaja) y producir un potencial perjuicio sobre sus competidores (capacidad de falsear la competencia). Así, por ejemplo, Alemania alegó en el procedimiento del «Westdeutsche Landesbank» –que finalizó sin éxito–, que no existía peligro de falseamiento de la competencia porque se partía de la base de que todos los Estados europeos apoyarían financieramente a sus bancos de un modo similar (29). No obstante, en la mayoría de los casos se duda únicamente del valor y de los concretos efectos de una ventaja, puesto que, desde un punto de vista económico, está clara la medida en que deberían otorgarse avales estatales y cuál es el valor restante de los activos «deteriorados» adquiridos por el Estado. Aquí puede emplearse de nuevo como ejemplo el supuesto del «Westdeutsche Landesbank» (30).

Como consecuencia de la crisis se han comenzado a poner en entredicho algunos presupuestos basilares de la política económica. Ello ha conducido a la desaparición de una fórmula paradigmática de saneamiento y reestructuración de las empresas y entidades financieras en situación de emergencia. Correlativamente, la Comisión tampoco puede referirse a un único modelo correcto de reestructuración, sino que tiene que ser flexible. Así, se han producido nacionalizaciones (como «Northern Rock» en Gran Bretaña (31) o «Hypo Real State» en Alemania), pero también privatizaciones condicionadas [como el «Westdeutsche Landesbank» (32)].

4. La imposición de ayudas entre beneficio y carga

Es habitual que las empresas beneficiarias perciban las ayudas como algo positivo y que las acepten de buen grado, e incluso las reivindiquen activamente. Así ha sucedido durante la crisis económica con respecto a las ayudas a empresas. Sin embargo, las entidades financieras temen los daños a su imagen y a la confianza que pueden derivarse de ponerse a cubierto bajo el «paraguas» del Estado. Por razones similares, exponen abiertamente –de mala gana– en qué medida sus balances esconden «valores deteriorados». Al fin y al cabo, temen que antes o después tengan que aceptar una parte (considerable) de las ayudas financieras garantizadas con fondos estatales.

En el marco de la crisis financiera y económica mundial no se trata tanto de salvar un banco individual como de asegurar la capacidad de funcionamiento del

(28) Ver la Decisión de la Comisión que invita a presentar observaciones en aplicación del art. 88.2 TCE de 12 de mayo de 2009, C 16/2009 (ex N 254/2009), BayernLB, Alemania y Hypo Group Alpe Adria, Austria, K(2009) 3811 final, núm. margen 89. Se partía de la Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 2008, N 615/2008, BayernLB, K(2008) 8839.

(29) Ver la Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008, N 655/2008, Besichertes Medium Term Note Programm, K(2008) 8985 final, núms. margen 20 y 32.

(30) En relación con la argumentación de la Decisión de 12 de mayo de 2009, K(2009) 3900, en el procedimiento de ayudas al «Westdeutsche Landesbank» (nota 24), núms. margen 53-60.

(31) Comunicado en la Decisión de la Comisión de 7 de mayo de 2009, C 14/08, en el procedimiento de ayudas a «Northern Rock» (nota 21), núms. margen 3 y 8.

(32) Ver la Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2009, K(2009) 3900, en el procedimiento de ayudas al «Westdeutsche Landesbank» (nota 24), núms. margen 28-31.

sistema financiero en su conjunto. En estas circunstancias, hay que hacer un esfuerzo suplementario por separar las ayudas de los intereses económicos concretos de las empresas beneficiadas para optimizar sus efectos sobre todo el sistema económico. Esto conduce a que las ayudas financieras se liguen estrechamente a un régimen obligatorio, lo que excede ampliamente las condiciones gravosas que habitualmente se imponen en las autorizaciones de ayudas públicas. Para que las ayudas cumplan su objetivo y las cargas puedan distribuirse de forma justa a medio plazo, la ayuda puede acompañarse de una nacionalización, como ya se ha señalado (33). El Estado puede incluso requerir una participación obligatoria de las entidades financieras en un programa de ayudas para reducir riesgos (34). Así lo ha reconocido expresamente la Comisión, que ha llegado a interpretar que esta medida es necesaria en algunos casos.

III. CLASIFICACIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICAS

A. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y PRÁCTICA DE LA COMISIÓN

El antiguo artículo 87.1 TCE (actual artículo 107.1 TFUE) constituye el eje del régimen jurídico de las ayudas públicas en el ámbito de la Unión Europea. Este precepto define el concepto de ayuda y establece una prohibición general de otorgamiento de ayudas, con reserva de autorización de la Comisión. Durante la crisis económica, la Comisión ha empleado habitualmente los supuestos de justificación de ayudas públicas, contenidos en las letras *b*) y *c*) del párrafo 3.º del artículo precitado. A su vez, el artículo 88.3 párrafo 1.º TCE (actual artículo 108.3 párr. 1.º TFUE) impone a los Estados miembros un deber de informar a la Comisión sobre las ayudas programadas (notificación). De este modo la Comisión puede cumplir con su papel de «guardiana de la competencia» evaluando a tiempo las ayudas. Cuando las ayudas aisladas se apartan de las condiciones generales del paquete de estabilización notificado y autorizado por la Comisión, debe realizarse una nueva notificación *ad hoc* (35). Hasta que la Comisión no decide sobre la autorización de las ayudas, éstas no pueden otorgarse, conforme a la prohibición de ejecución de ayudas contenida en el artículo 88.3 párrafo 4.º TCE (actual artículo 108.3 párr. 3.º TFUE). La Comisión ha detallado su actividad de autorización mediante directrices y comunicaciones referidas a sectores concretos. Estos instrumentos juegan un papel fundamental durante la crisis.

En los procedimientos de evaluación de las primeras medidas de rescate la Comisión se apoyó todavía en sus «Directrices generales sobre salvamento y reestructuración» (36), que partían del supuesto de hecho del artículo 87.3 *c*) TCE

(33) Esta opción se menciona expresamente en la Comunicación 2009/C 72/01 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario (Comunicación sobre activos deteriorados) de 25 de febrero de 2009, DOUE C 72/1 de 26 de marzo de 2009. Núm. margen 23.

(34) Así se destaca en varias ocasiones en la «Comunicación sobre activos deteriorados» (nota 33), núms. margen 8 y 27.

(35) Ver JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 (p. 618).

(36) Así, por ejemplo, en Alemania en la Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2008, NN 25/2008, en el primer procedimiento de autorización de ayudas al «Westdeutsche Landesbank»

[actual artículo 107.3 c) TFUE]. Estas directrices se revisaron por última vez en 2004 (37). Los requisitos que establecían se referían a empresas individuales con complicaciones financieras, y no se ajustaban bien a la evaluación de paquetes generales de rescate. Con el fin de garantizar mayor seguridad jurídica en la especial situación de crisis creada, la Comisión Europea aprobó varias comunicaciones a partir de octubre de 2008. En ellas la Comisión estableció los principios que debían regir la autorización de ayudas para aliviar y superar la crisis económica. Estas comunicaciones autovinculan a la Comisión del mismo modo que las disposiciones administrativas internas (*Verwaltungsvorschriften*); así que, las entidades no beneficiadas por las ayudas no pueden interponer un recurso (*Konkurrentenklage*) (38) ante el Tribunal de Justicia o, en su caso, ante el Tribunal General (antiguo Tribunal de Primera Instancia) contra los destinatarios de las ayudas (39).

La actividad de la Comisión se concentró en un primer momento en el sector financiero, materializándose en la aprobación de la Comunicación sobre la «aplicación de disposiciones sobre las ayudas públicas para el apoyo a las entidades de crédito en el contexto de la actual crisis financiera global» (Comunicación sobre el sector financiero) de 30 de octubre de 2009 (40). De este modo se adapta la interpretación de los supuestos de hecho del artículo 87.3 b) y c) TCE [actual art. 107.3.b) y c) TFUE] a la crisis económica. Además, con la finalidad de evitar falseamientos de la competencia, la Comisión desarrolló una serie de principios para el diseño de ayudas: especialmente medidas de garantía, recapitalización, así como liquidación controlada –que hasta el momento apenas si había tenido relevancia–. Estos principios se concretaron en la Comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre «la recapitalización de entidades financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y precaución ante distorsiones de la competencia desproporcionadas» (Comunicación de recapitalización) (41). Ante el agravamiento de la crisis financiera y económica la Comisión reaccionó con una mayor flexibiliza-

(nota 22), núms. margen 43-58; asimismo en la Decisión de la Comisión de 1 de octubre de 2008, C 43/2008, sobre la apertura de un procedimiento de evaluación formal (nota 23), núms. margen 45-55; y en el Reino Unido en las primeras ayudas al Hypothekenbanken Northern Rock (Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2008, C 14/08 [ex NN 1/08], DOUE C 135/21 de 3 de junio de 2008); más ejemplos en SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1401 y ss. (p. 1405); y ARHOLD (nota 2), *EuZW*, 2008, pp. 713 y ss.

(37) «Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis», DOUE C 244/02 de 10 de octubre de 2004.

(38) Hasta el momento no se han interpuesto recursos de este tipo contra ayudas vinculadas a la crisis. En esta situación parece que los competidores en el mercado prefieren evitar este tipo de conflictos; así JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (p. 610).

(39) Para profundizar BÄR-BOUYSSIÈRE, B., en SCHWARZE, J. (ed.), *EU Kommentar*, 2.ª ed. 2009, art. 87 EG, núm. margen 56; también ARHOLD (nota 2), *EuZW*, 2008, pp. 713 y ss. (p. 717).

N. de la T.: en el Derecho alemán, como herencia de una concepción labandiana del Derecho, las disposiciones administrativas internas no se consideran normas jurídicas y, por tanto, no son vinculantes en las relaciones *ad extra* de la Administración. Se entiende –por regla general– que únicamente pueden producir efectos jurídicos cuando se han aplicado en varios casos, creando una práctica administrativa (*Verwaltungspraxis*) que impide el apartamiento de la misma en un caso concreto, conforme a los principios de igualdad y de protección de la confianza, principalmente. Se habla, en esos supuestos, de «autovinculación de la Administración» (*Selbstbindung der Verwaltung*). Este concepto se ha adoptado a nivel europeo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

(40) Referencia completa en la nota 18. Sobre su contenido, JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (pp. 612 y ss.); y ARHOLD (nota 2), *EuZW*, 2008, pp. 713 y ss. (pp. 715 y ss.).

(41) Comunicación 2009/C 10/03, DOUE C 10/2 de 15 de enero de 2009. Al respecto, brevemente, JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (p. 614).

ción e individualización de los requisitos exigidos a las ayudas públicas (42). En un esfuerzo por fomentar la transparencia, la previsibilidad y el trato igual de todos los Estados miembros aprobó dos Comunicaciones más sobre «el tratamiento de activos deteriorados en el sector bancario de la Comunidad» (Comunicación de activos deteriorados) de 25 de febrero de 2009 (43) y sobre «el restablecimiento de la rentabilidad y la valoración de las medidas de reestructuración del sector financiero en el marco de la crisis actual según las directrices de ayudas públicas» de 23 de julio de 2009 (Comunicación de medidas de reestructuración) (44).

La Comisión también debió afrontar tempranamente los efectos de la crisis más allá del sector financiero, regulando las ayudas consistentes en la concesión de créditos. En este sentido, es fundamental el «Marco temporal comunitario para las ayudas públicas con el fin de facilitar el acceso a medios financieros en la actual crisis económica y financiera» de 17 de diciembre de 2008 (45), modificado (46) mediante la Comunicación de 25 de febrero de 2009 (47). Junto a él la Comisión ha aprobado directrices para algunos sectores especialmente importantes, como la Comunicación sobre «medidas para superar la crisis en la industria automovilística europea» (Comunicación del sector automovilístico) de 25 de febrero de 2009 (48), a la que se subordina la prima de desguace («Abwrackprämie»).

B. EL SUPUESTO DE HECHO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS Y SU JUSTIFICACIÓN

1. Existencia de una ayuda

El concepto de ayuda del artículo 87.1 TCE (actual art. 107.1 TFUE) se compone de cinco características: debe promover una ventaja económica, que deriva de medios públicos, se refiere a concretas empresas o ramas de producción, produciendo un falseamiento de la competencia que perjudica el comercio dentro del Mercado Interior. La mayoría de las medidas estatales dirigidas a empresas para superar la crisis cumplen estos requisitos. Sin embargo, en algunos casos es dudoso el cumplimiento de las tres o cuatro primeras exigencias, así que no está claro que en esos supuestos se esté ante verdaderas ayudas públicas.

a) No existe una ventaja económica cuando la prestación estatal va seguida de una contraprestación (49). Cuando el Estado destina una serie de fondos suplementarios para la construcción de determinadas infraestructuras, y estos fondos se

(42) SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.405).

(43) Referencia completa en la nota 33. Una breve exposición de su contenido en JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (pp. 614 y s.).

(44) Comunicación 2009/C 195/04, DOUE C 195/9 de 19 de agosto de 2009.

(45) Comunicación 2009/C 16/01, DOUE C 16/1 de 22 de enero de 2009.

(46) Versión consolidada: Comunicación 2009/C 83/01, DOUE C 83/1 de 7 de abril 2009.

(47) Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera.

(48) COM (2009) 104 final.

(49) En general, sobre los presupuestos de las ayudas, HEIDENHAIN, M., «Einzelne Tatbestandsmerkmale», en HEIDENHAIN, M. (ed.), *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, 2003, § 4, núm. margen 1 y ss.; de forma resumida, SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.402).

adjudican a la empresa que formuló la oferta económicamente más ventajosa mediante un procedimiento competitivo, el Estado simplemente compra una serie de prestaciones a precios de mercado mediante la apertura previa de procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Sin embargo, cuando el Estado destina ayudas a los bancos (o incluso a algunas empresas) suele estarse ante ayudas públicas en el sentido del Derecho europeo, porque se trata de créditos, préstamos o medidas similares en condiciones especialmente ventajosas que el mercado no ofrecería en el marco de la crisis económica. Ahora bien, la «Comunicación sobre el sector bancario» establece una excepción a esta regla cuando la entidad era solvente antes de la crisis. Se trata, así, de reforzar la seguridad mediante el establecimiento de una tasa de penalización y de un crédito a iniciativa del Banco Central (50). Con independencia de esta excepción, las ayudas financieras y las ayudas de recapitalización a institutos de crédito del Estado, tanto antes como después de la crisis, no superan el «test del inversor privado» (51) porque –como la Comisión ha señalado en múltiples decisiones (52)– se superan los cálculos de riesgo que realizaría un inversor particular.

b) En el concepto de ayuda se subsumen sólo los beneficios económicos que disfrutaban las *empresas* y no los *consumidores*. Por supuesto, esta distinción no siempre es sencilla, especialmente cuando se apoya a los consumidores para que realicen gastos con un fin muy definido. El ejemplo más importante de estas ayudas a empresas mediante el apoyo a los consumidores (53) es el «Abwrackprämie» que se concede a quien entrega un vehículo usado al adquirir uno nuevo. En este caso se habla de un beneficio indirecto a las empresas (54), porque la ventaja obtenida es muy similar a la que se derivaría de una subvención a los comerciantes de automóviles que cubriese parte del precio de la venta de un nuevo vehículo.

c) En algunos casos las medidas de ayuda se configuran de tal modo que, aunque puede hablarse de «selectividad» en sentido amplio (55) –porque sólo benefician a algunos sectores de la economía y no a la economía en su conjunto– es

(50) «Comunicación del sector bancario» (nota 18), núm. margen 51.

(51) Sobre este test, STJUE C-234/84 (Bélgica / Comisión), 1986, 2263 (núms. margen 14 y s.); STJUE C-305/89 (Italia / Comisión), 1991, I-1603 (núms. margen 19 y s.). Una exposición general en ABBAMONTE, G., «Market Economy Investor Principle: A Legal Analysis of an Economic Problem», 17 *ECLR* (1996), pp. 258 y ss.; MONTAG, F./LEIBENATH, C., «Staatliche Kapitalzuführungen», en HEIDENHAIN, M. (nota 49), § 6 núm. margen 62 y ss.; de forma crítica, FEHLING, M., «Problems of Cross-Subsidisation», en Krajewski, M./Neergaard, U./van de Gronden, J. (eds.), *The Changing Framework for Services of General Interest in Europe*, 2009, pp. 129 y ss. (pp. 143 y ss.).

N. de la T.: De acuerdo con el test del inversor privado, aplicado por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia, existe una ayuda conforme al artículo 87 TCE toda vez que una empresa obtenga fondos o sea beneficiaria de una garantía concedida por los poderes públicos que no podrían haberse conseguido en condiciones normales de mercado. Dicho de otro modo, se comprueba que ningún agente económico habría adoptado una decisión similar en las mismas circunstancias en relación con dicha empresa.

(52) Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión de 7 de mayo de 2009, N 14/08, 2009/C 149/09 en el procedimiento de ayudas a «Northern Rock» (nota 21), núm. margen 45 (i).

(53) En general, al respecto, KOENIG, C./SANDER, C., «Die verbrauchervermittelte Unternehmensbegünstigung auf dem Prüfstand des EG-Beihilfenrechts», *EuR*, 2000, pp. 743 y ss.

(54) SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.404 y s.).

(55) La interpretación exacta de este requisito no está clara. Lo que es indudable es que no son selectivas las medidas aplicables a todas las empresas de una rama económica y que favorecen en conjunto a toda la economía [así, SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (pp. 1.404 y ss.)].

posible excluir *a priori* un *falseamiento de la competencia*. Por ejemplo, dado que la prima de desguace (*Abwrackprämie*), tal y como se configura en Alemania, no produce discriminación indirecta entre los nuevos automóviles extranjeros y los alemanes, el Anexo 3 de la «Comunicación del sector automovilístico» (56) señala que no existe una ayuda en el sentido del Derecho comunitario (57). En el mismo sentido, la concesión de medios económicos por los Bancos Centrales a todas las entidades financieras no constituye una ayuda, cuando las filiales de otros bancos europeos también pueden beneficiarse. Por el contrario, el otorgamiento de ayudas financieras a concretas entidades sí suelen subsumirse en el concepto de ayudas públicas. Es cierto que prácticamente todos los Estados miembros apoyan a sus bancos durante la crisis, pero no lo hacen del mismo modo ni con la misma intensidad. Por ello, el control de las ayudas públicas a nivel europeo debe garantizar la igualdad en la competencia.

2. Justificación de las ayudas

Cuando se afirma la existencia de una ayuda, hay que analizar su posible justificación. La Comisión se ha apoyado tradicionalmente en el artículo 87.3 c) TCE, dejando de lado el supuesto de hecho establecido en la letra b) del mismo precepto. Sin embargo, a medida que la crisis ha ido agravándose –aproximadamente a partir de noviembre de 2008– la Comisión ha comenzado a aplicar la letra b) del artículo 87.3 TCE.

a) El artículo 87.2 b) TCE [actual artículo 107.2 b) TFUE] se refiere a las ayudas para hacer frente a los daños derivados de *catástrofes naturales u otros acontecimientos extraordinarios*. Estas ayudas se autorizan directamente por el Derecho primario; la Comisión simplemente debe constatar la existencia del supuesto de hecho mencionado y –a diferencia de lo que sucede en el supuesto del art. 87.3 TCE– no dispone de discrecionalidad para ponderar la conveniencia o no de la ayuda.

La actual crisis económica y financiera es «extraordinaria»; de hecho su magnitud sólo es comparable con la crisis económica mundial de los años 30 del siglo pasado. En este sentido, el contexto de la crisis es muy similar al de las «catástrofes naturales», en cuanto que es un «acontecimiento extraordinario» que no es evitable (porque también hay catástrofes naturales provocadas por el ser humano); sin embargo, se trata de sucesos que afectan desde fuera al curso de la economía (58). Y los daños derivados de decisiones erróneas a nivel político o empresarial no parecen ser fácilmente subsumibles en este supuesto de justificación de ayudas (59). Además, a favor de esta interpretación juega la distinción entre esta causa de justi-

(56) Ver la «Comunicación sobre el sector automovilístico» (nota 48), Anexo 3, núm. margen 3 b) que señala que las medidas que se dirigen a particulares y que no distinguen en función del origen del producto no constituyen ayudas prohibidas. De forma más abstracta el «marco temporal comunitario» (nota 46), núm. margen 2, que también afirma que el apoyo financiero a los consumidores para la compra de determinados productos no es una ayuda, si el apoyo se mantiene con independencia del lugar de procedencia del producto.

(57) En el mismo sentido, SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.404).

(58) También en esta línea CREMER, W., en CALLIES, C./RUFFERT, M., *EUV/EGV-Kommentar*, 3.ª ed., 2007, art. 87 EG, núm. margen 31.

(59) BÄR-BOUYSSIÈRE, en SCHWARZE (nota 39), art. 87 EG, núm. margen 59.

ficación y la establecida en el párrafo 3 del artículo 87 TCE. Puede concluirse, por tanto, que la Comisión ha actuado correctamente al rechazar el artículo 87.2.b) TCE [actual art. 107.2.b) TFUE] para autorizar las ayudas derivadas de la situación de crisis económica y financiera (60).

b) De acuerdo con el artículo 87.3 c) TCE [art. 107.3.c) TFUE] pueden otorgarse ayudas dirigidas a fomentar y desarrollar determinadas actividades económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común. Estas *ayudas de salvamento y reestructuración de empresas* en situación de necesidad eran una parte muy importante de la práctica de concesión de ayudas públicas incluso antes de la crisis.

La Comisión aprobó una serie de directrices que concretaban los criterios de justificación de este tipo de ayudas. En ellas se fomentaban los planes de reestructuración para restablecer la rentabilidad de las empresas en un plazo razonable, así como mecanismos de compensación para reducir las distorsiones de la competencia. Estas directrices se emplearon para evaluar las primeras ayudas dirigidas a combatir la crisis económica (61). Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que los requisitos establecidos no se ajustaban a los paquetes generales de ayudas, y que eran muy poco flexibles para autorizar ayudas individuales que buscaban luchar contra una crisis económica generalizada cada vez más profunda. Una planificación a largo plazo con exigencias detalladas minuciosamente en un plan de saneamiento es incompatible con la falta de certeza reinante durante la crisis. Además, las directrices de salvamento y reestructuración sólo se referían a empresas en dificultades económicas, cuando la crisis exige la adopción de medidas de apoyo preventivas que beneficien también a entidades financieras estratégicas, aunque gocen de una buena situación económica (62).

La reacción a esta situación fue la aprobación de la importante «Comunicación del sector bancario» de la Comisión, de octubre de 2008, que se refiere conjuntamente a las letras b) y c) del artículo 87.3 TCE [actual art. 107.3.b) y c) TFUE]. La letra c), vinculada a las ayudas de salvamento y reestructuración, se refiere tanto a empresas como a entidades financieras responsables de encontrarse en una situación económica complicada, que, no obstante, ha empeorado debido a la crisis económica. Luego, hay que trazar una línea entre las empresas y entidades financieras que sufren una situación de necesidad –letra c)– y las empresas y entidades financieras que gozan de finanzas saneadas –letra b)– (63).

Las comunicaciones posteriores que han completado y concretado la «Comunicación del sector bancario» –es decir, la «Comunicación sobre recapitalización de entidades financieras» (enero de 2009), la «Comunicación sobre la transición de activos deteriorados al sector bancario» (marzo de 2009), así como la «Comunica-

(60) También en este sentido SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (pp. 1406 y s.).

(61) Ver la nota 36.

(62) A esto se refieren JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (pp. 607 y 611).

(63) Ver en general la «Comunicación del sector bancario» (nota 18), núms. margen 6, 7 y, en especial, 14; y más concretamente la Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2008, NN 25/2008, sobre el primer procedimiento de ayudas al «*Westdeutsche Landesbank*» (nota 22), núm. margen 42, en la que la Comisión afirma que los problemas del *Westdeutsche Landesbank* se pueden reconducir a múltiples causas derivadas de la propia entidad y que –por entonces– no eran previsibles efectos sobre el conjunto del sistema económico alemán.

ción sobre medidas de valoración y reestructuración en el sector financiero» (agosto de 2009)– apenas han tenido en cuenta la distinción entre entidades financieras en situación de necesidad y con un finanzas saneadas (64). No mencionan la letra *c*) ni, consecuentemente, las ayudas clásicas de salvamento y reestructuración, prácticamente. Concentran su atención sobre la letra *b*).

En efecto, la Comisión entiende que las operaciones financieras extremadamente arriesgadas forman parte de las causas de la crisis, de la que tienen culpa sus responsables. Sin embargo, se ha extendido la idea de que la crisis económica ha alcanzado tal magnitud, que la parte de culpa que puede tener una entidad financiera sobre sus complicaciones económicas tiene una relevancia muy inferior a la de los problemas externos sobrevenidos con la crisis. La situación de crisis económica ha afectado a todos los bancos de forma muy similar, tanto a los que previamente se encontraban en mala situación económica como a los que tenían un balance económico positivo, de modo que caben sólo distinciones de grado entre unos y otros (65). Ahora bien, por razones de justicia se imponen condiciones más estrictas para el saneamiento de aquellas entidades que han contribuido a empeorar su situación económica. No obstante, se quiere evitar a toda costa una reacción en cadena, que surgiría como consecuencia de la quiebra de una entidad financiera estratégica para el sistema económico que no puede cumplir las exigencias impuestas para su saneamiento.

c) En este contexto, el control de las ayudas públicas en la crisis económica se apoya en el artículo 87.1.*b*) TCE [art. 107.3.*b*) TFUE]. El paquete alemán de rescate de los institutos de crédito aprobado mediante la Ley de estabilización de mercado financiero (66) se autorizó exclusivamente con base en este precepto del Tratado (67). La Comisión aplica de forma habitual la letra *b*) a las entidades financieras durante la crisis económica, incluso cuando es evidente que la propia entidad tuvo parte de responsabilidad en su situación –debido fundamentalmente a la realización de operaciones demasiado arriesgadas (68)–. En virtud de la letra *b*) pueden autorizarse *ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la*

(64) Esta distinción se apunta aún en la «Comunicación sobre recapitalización» (nota 41), núm. margen 12, así como en el punto 2.2. sobre recapitalización temporal de bancos saneados para la promoción de la estabilidad financiera y la concesión de créditos a empresas y el 2.3. sobre recapitalización para el salvamento de determinados bancos. Pero no se liga a una diferenciación expresa entre los supuestos de justificación de ayudas del artículo 87.3.*b*) y *c*) TCE. En general se atiende al perfil de riesgo individual de cada banco. Sólo el supuesto de la letra *b*) se liga a la necesidad de diferenciación conforme al perfil de riesgo individual de cada banco en la «Comunicación de activos deteriorados» (nota 33), núm. margen 17. Ver también JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (pp. 611 y ss.).

(65) También ARHOLD (nota 2), *EuZW*, 2008, pp. 713 y ss. (p. 715) duda sobre la posibilidad de diferenciar entre los bancos saneados y los que sufren complicaciones por sus propios errores de gestión.

(66) Al respecto, nota 12.

(67) Decisiones de la Comisión de 27 de octubre de 2008, N 512/2008 (nota 2), núms. margen 44-46, y de 12 de diciembre de 2008, N 625/2008 (nota 2) núms. margen 45-47. Una visión general en JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (pp. 615 y ss., en especial pp. 617 y s.).

(68) Este cambio de rumbo se hace especialmente visible en el procedimiento de ayudas al «Westdeutsche Landesbank». Mientras que las primeras ayudas de salvamento (nota 22) se apoyaron aún en la letra *c*) la Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2009, K(2009) 3900 (nota 24), núms. margen 61 y 62, aplicó la letra *b*), porque entonces ya se producía una distorsión considerable de la economía alemana. En un sentido similar, la Comisión se apoya en la letra *b*) en el procedimiento de ayudas a «Northern Rock» en su Decisión de 7 de mayo de 2009, N 14/08 (nota 21), núms. margen 50, 51.

economía de un Estado miembro. Anteriormente este supuesto no se había aplicado prácticamente a caso alguno (69). La Comisión señala que esta justificación debe interpretarse de forma estricta (70), sin que baste la existencia de empresas concretas con dificultades económicas (71). De hecho, antes de la crisis económica se rechazó la utilización de esta causa de justificación cuando la crisis sólo afectaba a un sector de la industria o a una región de un Estado miembro (72); cuando se estaba ante trastornos específicos de la balanza de pagos o cuando se producían complicaciones generales coyunturales (73). Además, la Comisión interpreta, con razón, que la perturbación en la economía no puede limitarse a un único Estado miembro; debe alcanzar a Europa o a todo el mundo, como sucede en la crisis económica actual (74). Por su parte, a los Estados miembros les interesa que las ayudas se subsuman, en la medida de lo posible, en el supuesto de remedio de la perturbación de la economía de la letra *b*) porque –tal como se explica enseguida– los requisitos son algo más sencillos de cumplir que los exigidos para las ayudas de salvamento tradicionales de la letra *c*).

El «marco temporal comunitario», que antes de la crisis se aplicaba sólo a empresas con finanzas saneadas, siempre se ha apoyado únicamente en el artículo 87.3.b) TCE [actual art. 107.3.b) TFUE]. La letra *b*) ha pasado, así, de ser un supuesto excepcional, a convertirse en el supuesto que recoge las ayudas estatales en la crisis económica, actuando como regla especial frente a la letra *c*).

d) ¿Cuáles son en, concreto, los *presupuestos de la justificación de las ayudas públicas*? La Comisión parte de los requisitos exigidos por el artículo 87.3.c) TCE [actual art. 107.3.c) TFUE] para las ayudas de salvamento y reestructuración y realiza algunas modificaciones para aplicar el supuesto de hecho de la letra *b*), que persigue remediar una perturbación en la economía (75).

Las «Directrices de salvamento y reestructuración», que se aprobaron en torno a la letra *c*), prevén un test de proporcionalidad en tres pasos. La ayuda y el plan de reestructuración deben:

- ser adecuados para el restablecimiento de la rentabilidad a largo plazo (sostenibilidad del saneamiento);
- limitarse al mínimo necesario (no deben ser superiores a lo requerido para garantizar la supervivencia económica);

(69) SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.407), se refiere a la crisis del petróleo de 1973, así como las serias complicaciones económicas de Grecia en los años 80. Sobre la práctica anterior también BÄR-BOUYSSIÈRE, en SCHWARZE (nota 39), art. 87 EG, núm. margen 64.

(70) En la «Comunicación del sector bancario» (nota 18), núm. margen 8 y 9; en el «Marco temporal comunitario» (nota 47), núm. margen 4.1.

(71) Por ejemplo, en la Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2008 en el procedimiento de ayudas NN 25/2008 «Westdeutsche Landesbank» (nota 22), núm. margen 41.

(72) STJUE, C-301/96 (Alemania/Comisión), I-9919 (núm. 106); STJUE C-57/00 P y C-61/00 P (Freistaat Sachsen u. VW / Comisión), I-9975 (núms. 97 y s.).

(73) En este sentido, BÄR-BOUYSSIÈRE, en SCHWARZE (nota 39), art. 87 EG, núm. margen 63.

(74) Así lo enfatiza también SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.408); por el contrario, JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (p. 609), manifiesta algunas dudas al respecto.

(75) *Cfr.* la «Comunicación del sector bancario» (nota 18), núm. margen 14 y la nota 1 en relación con el núm. margen 32.

➤ y deben incorporar suficientes medidas de garantía para evitar un falseamiento de la competencia desmedido (proporcionalidad) (76). En especial, para el sector bancario debe garantizarse una competencia justa:

- entre los Estados miembros (evitando una carrera de subvenciones) y sus bancos,
- entre los bancos que gozan de unas finanzas saneadas, para que no se produzca una alteración de la situación de competencia existente antes de la crisis, así como
- entre los bancos que han obtenido apoyo estatal y aquellos que no lo han recibido (también como consecuencia de la normalización del mercado)(77).

Estas exigencias también se aplican a las ayudas bancarias concedidas con base en el artículo 87.3 *b*) TCE [actual art. 107.3.*b*) TFUE], de acuerdo con la «Comunicación del sector bancario» de la Comisión; sin perjuicio de que en su aplicación deban tenerse en cuenta las especialidades de la crisis del sistema de los mercados financieros (78). En especial, como regla general (79), se prohíbe que en la crisis financiera se aporte el 50% del capital propio de las entidades para su saneamiento (80). De este modo, junto a otras modificaciones, la justificación de la letra *b*) es más ventajosa para los Estados miembros y para los receptores de las ayudas, pues es algo más generosa que la justificación de las ayudas de salvamento ordinarias de la letra *c*).

Para realizar aportaciones de capital a los bancos, la «Comunicación de recapitalización» de la Comisión –que precisa la regulación general en este sector– exige que las condiciones se adecuen al perfil individual de riesgo de cada banco. En el caso de las ayudas para superar la crisis de liquidez, impone que el capital inyectado se emplee realmente para conceder créditos a las empresas (81). Además, la compensación que debe garantizarse al inversor estatal debe acercarse lo más posible al tipo de interés del mercado, lo que exige una diferenciación entre las entida-

(76) Este programa de evaluación se expresa en la «Comunicación del sector bancario» (nota 18), núm. margen 31.

(77) Más información en la «Comunicación de recapitalización» (nota 41), núms. margen 8-10.

(78) ARHOLD (nota 2), *EuZW*, 2008, pp. 713 y ss. (p. 714) se refiere a la inadecuación de las directrices de salvamento y reestructuración a la crisis económica.

(79) Sobre los requisitos de las ayudas de reestructuración para grandes empresas, en general, BÄR-BOUYSSIÈRE, en SCHWARZE (nota 39), art. 87 EG, núm. margen 80.

(80) Tras la «Comunicación de reestructuración» (nota 44), núm. margen 24, no se muestra en el «marco temporal» una referencia a umbrales fijados *ex ante* en relación con el reparto de cargas. En un sentido similar, la Decisión de la Comisión de 7 de mayo de 2009, N 14/08 en el procedimiento de ayudas a «Northern Rock» (nota 21), núm. margen 52, así como la Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2009, K(2009) 3900 en el procedimiento de ayudas a «Westdeutsche Landesbank» (nota 24), núm. margen 63.

(81) La Comisión Europea se ha dado por satisfecha con breves declaraciones de intenciones; así, la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2008, N 625/2008, sobre el paquete de salvamento de las entidades financieras en Alemania (nota 2), núm. margen 51 con la nota a pie 18: «La Comisión considera suficientes las medidas de garantía que se relacionan con los datos ofrecidos [sobre la concesión de créditos en la economía nacional]. La Comisión espera que se den más detalles en el informe semestral».

des saneadas y aquellas con complicaciones financieras(82). Y deben crearse estímulos suficientes para que se devuelva rápidamente el capital estatal invertido.

En conclusión, puede afirmarse que la evaluación individualizada de ayudas ha conducido a la Comisión a modificar (de forma muy intensa) las condiciones de autorización de las ayudas, con respecto a las inicialmente notificadas por los Estados miembros.

e) El «marco temporal comunitario» dirigido a las empresas tiene una orientación un tanto distinta. Parte de privilegios reconocidos con anterioridad –como las ayudas *de-minimis*, las ayudas para pequeñas y medianas empresas, para productos respetuosos con el medio ambiente y para capital de riesgo– y los amplía. Con ese fin contiene un preciso catálogo de condiciones(83). Sin embargo, algunas de las posibilidades de fomento que enumera el catálogo del «marco temporal comunitario» se vinculan a las «Directrices de ayudas para el salvamento y reestructuración»(84). De modo que también en estos casos habría que realizar una ponderación del contenido de las ayudas siguiendo los pasos descritos anteriormente.

En estos casos la Comisión se ha mostrado tendencialmente generosa en su práctica de autorización de las ayudas, puesto que en el caso de los paquetes generales de ayudas el riesgo de falseamiento de la competencia es menor que en el de ayudas a empresas individuales(85).

C. PARTICULARIDADES Y TENDENCIAS DE DESARROLLO DEL DERECHO DE AYUDAS PÚBLICAS A LA LUZ DE LA CRISIS

Algunos autores han interpretado la aplicación del Derecho de ayudas públicas durante la crisis económica y financiera mundial como un estado de excepción temporal. De modo que tras la ansiada recuperación de la crisis, podrá volverse a la práctica anterior, al «business as usual». Sin embargo, esta interpretación es muy corta de miras, porque deja pasar la oportunidad de aprender algo de la crisis, tanto desde el punto de vista de la política económica, como desde la perspectiva jurídica. De hecho, la Comisión Europea ha afrontado la crisis económica como una prueba de consistencia de su actividad, y no como un motivo para suspender temporalmente la aplicación del Derecho de ayudas públicas. Así que hay que preguntarse en torno a las tendencias de desarrollo del Derecho de ayudas públicas a partir de la práctica de la Comisión para luchar contra la crisis. Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta tres aspectos:

(82) Así se pone de manifiesto claramente en la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2008, N 625/2008, sobre el paquete de salvamento de las entidades financieras en Alemania (nota 2), núms. margen 63-65.

(83) Una visión general en KESSLER, J./DAHLKE, A., «Die Auswirkungen der Finanzkrise auf das europäische Beihilfenrecht», *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)*, 2009, pp. 79 y ss. (pp. 80 y ss.).

(84) En general, el «marco temporal comunitario» (nota 47) tiene en cuenta estas directrices, al final del epígrafe 2.

(85) Un ejemplo en este sentido es la Decisión de autorización de la Comisión C (2009) 1504 final, en el procedimiento de ayudas N 72/2009 «Ayudas temporales para la producción de productos verdes», apoyada en el Art. 87. 3 b) TCE en relación con el epígrafe 4.5.2. del «marco temporal comunitario».

1. Orientación económica de los parámetros de control

Según la Comisión, los requisitos mencionados anteriormente son manifestaciones del principio de proporcionalidad sobre las que se apoyan los objetivos generales del Tratado de la Comunidad Europea –especialmente, la garantía de una competencia no falseada [art. 3.1.g) TCE] y de una economía de mercado abierta (art. 4.2 TCE, actuales arts. 119.1 y 120.1 párr. 2 TFUE)–. Dentro del programa de control de las ayudas, puede entenderse que la prueba de la ponderación constituye un análisis de costes y beneficios (86). Como parámetro de referencia puede emplearse el «estándar de bienestar social», que también tiene en cuenta aspectos distributivos («función de bienestar social») (87).

Esta sofisticada perspectiva económica, que ha regido algunas decisiones sobre ayudas públicas de la Comisión desde 2005 (88), siguiendo la Estrategia de Lisboa, se ha calificado de «refinada» o «more economic approach». De este modo, la política de la competencia que antes descansaba sobre reglas formales se sustituye por una toma de decisiones basada en la consideración de los efectos que se producirán en cada caso concreto. Además, la intensidad del control se gradúa en función de la relevancia económica y la magnitud de la ayuda. En resumen, se recurre con mayor intensidad a modelos económicos. Las reglas rígidas, de garantía de una igualdad formal en la competencia, se desplazan por un control reforzado de cada caso concreto a la luz de los específicos efectos económicos –y no político-industriales– de cada ayuda. Por supuesto, éste es un planteamiento ideal. La medida en que la práctica de la Comisión realmente se está modificando, puede juzgarse de forma distinta (89). Sólo en algunas decisiones puede reconocerse de forma clara una ponderación regida fundamentalmente por parámetros económicos (90).

(86) Así, la caracterización de LANGNER, B., «Die europäische Beihilfenkontrolle auf dem Prüfstand», *Studie des Centrums für europäische Politik (CEP)*, 2009, p. 8.

(87) LANGNER, *CEP-Studie* (nota 86), p. 10, en referencia a la Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Principios generales para una evaluación apoyada en parámetros económicos de las ayudas públicas de acuerdo con el artículo 87.3 TCE, 2009, pp. 22 y s.

(88) Ver, por ejemplo, el «Plan de acción de ayudas estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009» de 7 de junio de 2005, COM(2005) 107 final. Una breve exposición sobre esta evolución en BARTOSCH, A., «Der More Economic Approach» in der Entscheidungspraxis der Europäischen in Beihilfensachen», *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2007, pp. 681 y s. También en el Derecho de la competencia se habla de un «More Economic Approach»; al respecto TERHECHTE, J., en *Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht*, 2008, núms. margen 3.10-3.16; MÖSCHEL, W., «Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der More Economic Approach», *JZ*, 2009, pp. 1.040 y ss.

(89) BARTOSCH (nota 88), *RIW*, 2007, pp. 681 y ss. (p. 682) ve una completa reorientación; por el contrario JAEGER, T., «Systemfragen des More Economic Approach im Beihilfenrechts», *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 2008, pp. 1.064 y ss. (p. 1.076) no considera que haya ninguna referencia económica.

(90) Un ejemplo perfecto es la Decisión de la Comisión (2006/513/EG) de 9 de noviembre de 2005 sobre la ayuda pública de la República Federal de Alemania para la introducción de la Televisión Digital Terrestre en Berlín-Brandemburgo, DOUE 2006 núm. L 200, p. 14; al respecto STPI de 6 de octubre de 2009 T-81/06 (FAB Fernsehen / Comisión), T-21/06 (Alemania/Comisión) y T-24/06 (Medienanstalt Berlin-Brandenburg /Comisión), aún no publicadas en el Diario Oficial.

Pero tampoco en la crisis económica (91) queda clara la firmeza con que se introduce una ponderación verdaderamente económica (92). El tiempo y la profunda inseguridad en las previsiones impiden apoyarse en modelos económicos muy sofisticados. Un control más intenso, como exigiría el modelo económico para ayudas de cuantías elevadas, no es posible por regla general debido a la situación de urgente necesidad y a los procedimientos masivos. Cabe afirmar, por tanto, que las comunicaciones y decisiones se apoyan principalmente en la racionalidad del sentido común, que se forja caso por caso con una fundamentación más o menos económica. En la evaluación de los programas de recuperación y de los planes de reestructuración siempre se acentúa el margen de configuración de los Estados miembros. Sin embargo, en el contexto de la crisis económica no se ha confirmado la posibilidad de que la Comisión Europea, en el marco del «more economic approach», se tome la libertad de ir más allá de los fines perseguidos por los Estados miembros con las ayudas mediante un control económico de su oportunidad (93).

Como mucho puede vislumbrarse una tendencia general keynesiana (94). De ahí que, desde una perspectiva neoliberal, se critique que la puesta en práctica del «more economic approach» parta de asunciones básicas del orden político de carácter dudoso, que pueden ocultar arbitrariedades y politizar el control de las ayudas. Se afirma que simplemente confiere al control de ayudas públicas una apariencia de mayor racionalidad, pero que, en última instancia, no conduce, tal como se anuncia, a un mayor nivel de transparencia y seguridad jurídica (95). Me parece oportuna, sin embargo, la sobria constatación de que no existe ningún modelo económico tan refinado que permita una despolitización del control de las ayudas públicas. La crisis financiera ha demostrado, precisamente, que algunos modelos económicos son demasiado simples en la realidad. Además, el «more economic approach» en las ayudas públicas no puede identificarse con una teoría económica determinada —keynesiana o neoliberal—, sino que puede servir para configurar modelos económicos de diferente naturaleza (96).

2. Importancia del fomento de objetivos paraeconómicos en la justificación de ayudas públicas durante la crisis

Un segundo problema reside en determinar el significado del fomento de objetivos no económicos mediante la justificación de ayudas públicas en la crisis económi-

(91) Al respecto, BARTOSCH (nota 88), *RIW*, 2007, pp. 681 y ss. (p. 682); JAEGER (nota 89), *WuW*, 2008, pp. 1.064 y ss. (pp. 1.066 y ss.).

(92) El «marco temporal comunitario» (nota 47) establece como objetivo, al principio de su epígrafe 3, «ofrecer medios públicos para realizar inversiones sostenibles que contribuyen a la realización de la Estrategia de Lisboa». No se vislumbra, pues, una apuesta clara por el «more economic approach».

(93) Así BARTOSCH (nota 88), *RIW*, 2007, pp. 681 y ss. (pp. 688 y 690).

(94) *Cfr.* KEBLER/DAHLKE (nota 83), *EWS*, 2009, p. 79.

(95) LANGNER, *CEP-Studie* (nota 86), pp. 21 y s.; en esta línea, también RUFFERT, M., «Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Finanzmarktkrise», *NJW*, 2009, pp. 2.093 y ss. (p. 2.097). La crítica de falta de transparencia y previsibilidad también en Jaeger (nota 89), *WuW*, 2008, pp. 1.064 y ss. (pp. 1.076 y ss.).

(96) Así, también, JAEGER (nota 89), *WuW*, 2008, pp. 1.064 y ss. (pp. 1.065 y 1.070 y ss.), sobre la controversia de un concepto de mercado locativo o distributivo.

ca. Hay que precisar la medida en que las ayudas públicas a empresas pueden (o incluso deben) estar ligadas a la promoción de objetivos ecológicos, como la protección del medio ambiente. Y, en su caso, si esos «objetivos de segundo orden» pueden justificar eventualmente alteraciones de la competencia o si conducen directamente a falseamientos de la competencia prohibidos. En parte, el «marco temporal comunitario» y las decisiones de la Comisión ligadas a él ofrecen algunas justificaciones en la práctica para las ayudas estatales a favor de los «productos verdes» (97). En las ayudas al sector automovilístico se pueden tener en cuenta, y deben tenerse en cuenta, las emisiones de CO₂. Pero, de acuerdo con el Anexo 3 de la «Comunicación de la industria automovilística», tras estos objetivos no pueden esconderse discriminaciones directas o indirectas en atención al origen de los nuevos vehículos (98).

De este modo, la Comisión quiere velar por que la protección del medio ambiente no sirva para ocultar medidas proteccionistas. Este objetivo no se opone a una promoción más enérgica de los intereses medioambientales en el Derecho de ayudas públicas. Si en la gran crisis económica no se han eliminado las ayudas financieras a las empresas, hay que utilizar su capacidad de dirección para lograr una «green economy», que se presenta como un objetivo ineludible debido al cambio climático. Sin embargo, a pesar de la retórica existente al respecto (99), esta oportunidad no se ha empleado. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica caben dos observaciones: el otorgamiento de una ayuda para el saneamiento de una empresa a largo plazo debe incorporar su sostenibilidad ecológica, puesto que en los próximos años se producirá claramente un reforzamiento de los estándares medioambientales exigidos por Ley o, al menos, una importante internalización de los costes medioambientales, que hasta ahora se externalizaban (100). Con respecto al falseamiento de la competencia –generalizando el «marco comunitario» vigente hasta el momento para ciertos «productos verdes»–, hay que tener en cuenta que una mejora de la posición de mercado como consecuencia de la oferta de productos o servicios ecológicos innovadores no puede interpretarse como un falseamiento de la competencia. El «more economic approach» debería incorporar, por tanto, aspectos de economía ambiental.

3. ¿Renacionalización del Derecho de ayudas públicas?

Con respecto a la tesis de una posible renacionalización del Derecho de ayudas públicas, hay que analizar jurídicamente el *alcance de la prohibición de discriminación*: ¿de qué grado de autonomía disponen los Estados para imponer

(97) «Marco temporal comunitario» (nota 47), núm. margen 4.5.2; como ejemplo de una ayuda individual de acuerdo con el «marco temporal» ver la Decisión de la Comisión de 27 de febrero de 2009, N 72/2009 (nota 85), C(2009) 1504 final.

(98) «Comunicación del sector automovilístico», Anexo 3 (nota 48), núm. margen 2.

(99) El «marco temporal comunitario» (nota 47) menciona en su parte general en el epígrafe 1.3 el objetivo de reforzar a las empresas, y realizar inversiones con el fin de fomentar un crecimiento económico medioambientalmente sostenible. Pero los intereses ecológicos sólo se mencionan en el epígrafe 4.3. sobre ayudas para la producción de «productos verdes»; anteriormente (en el epígrafe 3) se hace referencia a las «Directrices de la Comunidad sobre las ayudas públicas medioambientales» (DOUE C 82/1 de 1 de abril de 2008).

(100) Así, la «Comunicación sobre el sector automovilístico» (nota 48) núm. margen 2 b), hace referencia a los estrictos límites de emisiones de CO₂, que se aplicarán a partir de 2012.

condiciones accesorias a la garantía de ayudas para el salvamento de puestos de trabajo y emplazamientos de empresas? La Comisión considera que esas condiciones están totalmente prohibidas. Así lo ha puesto de manifiesto de manera informal en varias ocasiones en relación con la propuesta de compra de Opel [finalmente fracasada (101)] por el consorcio Magna: el apoyo financiero no puede subordinarse a circunstancias no comerciales, como el lugar de la inversión o la distribución geográfica de las medidas de reestructuración (102). Esto puede interpretarse como una reducción inaceptable del margen de actuación democrática, pero también como un mecanismo de protección de los Estados frente a sí mismos y, en concreto, frente a un gasto exagerado provocado por una carrera de subvenciones que conduciría a la supresión en algún lugar de los puestos de trabajo que requerían saneamiento. Los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el Consejo Europeo han asumido esta interpretación, al menos de forma abstracta, al reconocer expresamente como principios rectores de la promoción de la economía la apertura dentro del Mercado Interior (e incluso con respecto a terceros Estados), así como la garantía de no discriminación de mercancías y servicios (103).

Durante la crisis se están poniendo de manifiesto algunas tendencias proteccionistas, que son difícilmente evitables e incluso comprensibles, en la medida en que las ayudas financieras se nutren de los ingresos tributarios y debe responderse políticamente ante los ciudadanos a nivel nacional por las consecuencias que de ellas se deriven. De hecho, en el caso de las ayudas dirigidas a institutos financieros con el fin de mejorar la concesión de créditos a empresas, la Comisión ha llegado a reconocer, al menos parcialmente, un interés nacional en que estos créditos beneficien en primer lugar a la economía patria (104). La deseable coordinación a nivel europeo de las medidas anticrisis puede bloquearse por la actitud de algunos Estados miembros. A mi juicio habría que tener en cuenta la siguiente solución: podría permitirse a los Estados miembros que otorgasen ayudas selectivas para sus propios emplazamientos, cuando, según el anterior requerimiento, otros Estados miembros no estuviesen preparados para participar de unos conceptos de saneamiento y de ayuda comunes y no discriminadores.

(101) En este sentido, en la prensa, MUSSLER, W., «Opel: Die diskrete Intervention der Neelie Kroes», <http://www.faz.net> de 4 de noviembre de 2009; «EU warnte Deutschland früh vor der Opel-Falle», <http://www.spiegel.de/politik/deutschland> de 7 de diciembre de 2009 (última entrada el 4 de enero de 2010).

(102) Ver «State aid: Vice-President Verheugen and Commissioners Kroes and Špidla call for co-ordinated action and full respect of EU state aid and internal market rules in GM Europe restructuring» MEMO/09/233 de 12 de mayo de 2009; ver también «State aid: Commissioner Krois expresses concerns that new Opel aid is conditioned on choice of Magna», MEMO/09/40.

(103) Documento 7880/1/09 REV, Primera Reunión del Consejo Europeo en Bruselas del 19 al 20 de marzo de 2009. Conclusiones de la Presidencia núm. 10; citado por SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (pp. 1.405 y s.).

(104) Ver la «Comunicación sobre reestructuración» (nota 44), núm. margen 33: «Aunque la ayuda se conceda para mantener la estabilidad financiera y los préstamos a la economía real en el Estado miembro que la concede, cuando dicha ayuda esté además supeditada a que el banco beneficiario respete determinados objetivos de préstamo en Estados miembros distintos del Estado que concede la ayuda, podría considerarse como un efecto positivo importante adicional de la ayuda».

IV. CONCLUSIONES

El Derecho europeo de ayudas públicas ha demostrado ser suficientemente flexible para hacer frente a los extraordinarios retos sobrevenidos con ocasión de la actual crisis financiera y económica (105). Así se pone de manifiesto en el procedimiento de control de las ayudas públicas, que se ha tramitado con una extraordinaria celeridad en los casos de adopción de medidas de urgencia. También se aprecia especialmente en la justificación material de las ayudas concedidas, que la Comisión ha apoyado en el artículo 87.3.b) TCE [art. 107.3.b) TFUE] –que se ha convertido en un útil instrumento de lucha contra la crisis–. A pesar de ello, la Comisión no ha renunciado a la protección de la competencia que asegure las mismas oportunidades, y ha convertido en un presupuesto esencial de la justificación de las ayudas la prevención de distorsiones desmedidas de la competencia. La gran inseguridad de las previsiones en este ámbito impide predeterminar en qué medida se logrará este objetivo; pero los riesgos económicos que subsisten a largo plazo son un mal menor a la luz de los problemas verdaderamente graves a los que hay que hacer frente (106).

La crisis ha producido, por tanto, un cambio de rumbo de la práctica de la Comisión, ha acentuado algunos aspectos, simplemente. A primera vista puede parecer que ha modificado su perspectiva, pero tras una observación más pausada se aprecian algunas tendencias, que ya existían anteriormente:

Hasta ahora se afirmaba, en ocasiones, que el artículo 87 TCE (art. 107 TFUE) debía interpretarse como una prohibición general de ayudas públicas que cedía frente a algunas justificaciones, que debían interpretarse de forma estricta y con escasas excepciones (107). Sin embargo, ya antes de la crisis se había apuntado que la regulación del artículo 87 TCE (art. 107 TFUE) no se explica bien con la relación: regla-excepciones (108). El Derecho de ayudas públicas trata de evitar, no las ayudas con el fin de imponer un determinado modelo económico (neoliberal), sino el falseamiento de la competencia (109). Así se ha demostrado claramente durante la crisis económica. Si, hasta el momento, no se ha rechazado ninguna propuesta de ayuda de Estado, no es porque el control de las ayudas haya fracasado (110); sino porque, desde el principio, los Estados miembros han adaptado sus

(105) En sentido similar, SCHWARZE (nota 1), *DVBl.*, 2009, pp. 1.401 y ss. (p. 1.408); de forma contradictoria ARHOLD (nota 2), *EuZW*, 2008, pp. 713 y ss. (pp. 715 y 718), que, por un lado valora positivamente el apoyo en el art. 87.3.b) TCE [actual art. 107.3.b) TFUE], y por otro lado critica que la Comunicación del sector bancario dé carta blanca a la Comisión para evaluar las ayudas conforme a condiciones políticas y necesidades de la Comunidad. En la misma línea JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (pp. 618 y ss.), que alaba la creación de soluciones innovadoras, pero apunta el riesgo de que los procedimientos de ayudas estén regidos únicamente por consideraciones de política de la competencia.

(106) En este sentido también KEBER/DAHLKE (nota 83), *EWS*, 2009, pp. 79 y ss. (p. 81) en referencia a Keynes: «In the long run we are all dead».

(107) Ver SSTPI, T-132/96 y T-143/96 (Sachsen u. VW / Comisión), II-3663 (núm. 132); MEDE-RER, W., EN GROEBEN, H./SCHWARZE, J. (eds.), *EU-/EG-Vertrag*, art. 87 EG, núm. margen. 141.

(108) En este sentido, también *Cremer*, en CALLIES/RUFFERT (nota 58), art. 87 EG, número al margen 40 y ss.; BÄR-BOUYSSIÈRE, en SCHWARZE (nota 39), art. 87 EG, número al margen 2.

(109) Así, de forma aclaradora, BARTOSCH (nota 88), *RfW*, 2007, pp. 681 y ss. (p. 689).

(110) Ciertas dudas al respecto en JESTAEDT/WIEMANN (nota 20), *WuW*, 2009, pp. 606 y ss. (p. 619).

ayudas a los requisitos que la Comisión ha establecido en sus comunicaciones. Además, algunas autorizaciones han introducido algunas modificaciones en las ayudas y, a menudo, poco tiempo antes de la notificación han tenido lugar negociaciones informales.

La ponderación realizada en el marco del artículo 87.3.b) TCE [art. 107.3.b) TFUE] puede considerarse como una manifestación del «more economic approach» también en el Derecho de ayudas públicas. Sin embargo, ya existían aproximaciones similares en las ayudas de salvamento de la letra c). Ni antes de la crisis económica, ni durante la misma puede constatarse una tendencia clara y unívoca a reforzar el análisis de las ayudas desde una perspectiva teórico-económica y menos aún cuando la crisis ha debilitado la capacidad de persuasión de algunas teorías económicas. Al fin y al cabo puede observarse cómo las ayudas públicas son de gran utilidad en tiempos de crisis económica, en la medida en que actúan como un mecanismo de dirección para corregir los ciclos económicos –lo que refleja un cierto cambio de acento con respecto a su caracterización anterior.

Con respecto al papel de la Comisión en el control de ayudas de Estado, se aprecia cómo ha pasado claramente de ser la guardiana de la competencia, supraordenada a los Estados, a convertirse en la coordinadora de los programas anticrisis de los Estados miembros. Los procedimientos escalonados de control de ayudas con autorizaciones provisionales y adaptaciones sucesivas a los planes de reestructuración deben posibilitar el aprendizaje ante la gran inseguridad de previsión reinante (111). Estos procedimientos prueban, además, que el Derecho de ayudas de Estado no puede entenderse de forma estadística. Aunque la Comisión acentúa el margen de actuación de los Estados y la flexibilidad del Derecho de ayudas públicas, también pretende evitar una carrera de subvenciones entre los Estados miembros que conduciría a la ruina.

Cuando en sus decisiones y comunicaciones, la Comisión destaca continuamente que las ayudas (de recapitalización) no producen falseamientos de la competencia y su volumen se ajusta a lo estrictamente necesario, puede derivarse, además, un efecto colateral añadido: los requisitos exigidos en la configuración de las ayudas –en su caso, con una estatalización (parcial) de entidades financieras beneficiadas por las mismas– pueden servir para impedir una socialización (desproporcionada) de las pérdidas, al tiempo que se produce una privatización de las ganancias (112). A lo que se añade el reforzamiento (cauteloso) de la perspectiva medioambiental de los programas de recuperación económica. Ambos efectos sacan a la luz perspectivas de interés –en cierta medida especulativas– en torno al desarrollo de la multifuncionalidad del control de ayudas públicas más allá de la situación de crisis económica y financiera actual.

(111) Lo que conecta con la necesidad general de configurar el Derecho Administrativo de manera que permita y facilite los procesos de aprendizaje. EIFERT, M., «Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung», *Die Verwaltung*, 4, 2000, pp. 137 y ss. (pp. 138 y ss.); SPIECKER denominada DÖHMANN, I., en COLLIN, P. (ed.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens*, 2008; LADEUR, K.-H./GOSTOMZYK, T., «Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat», *Die Verwaltung*, 36, 2003, pp. 141 y ss. (pp. 161 y ss.).

(112) Ver principalmente la Comunicación sobre los activos de riesgo (nota 33) en el epígrafe 5.2, referido al reparto de los costes de los activos deteriorados.