

INTERVENCIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DERECHO EUROPEO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS: ESTADO Y MERCADO EN LA CRISIS ECONÓMICA

Elisenda MALARET

I. INTRODUCCIÓN

ESTADO y mercado no constituyen realidades separadas, en la actualidad sabemos bien que sin Estado no hay mercado. Por ello el derecho de la competencia suministra un excelente campo de análisis de las relaciones entre intervención pública y mercado en las sociedades avanzadas puesto que el derecho de la competencia está destinado a garantizar la efectividad del funcionamiento del mercado, evitando posiciones de dominio e interferencias innecesarias.

Si bien el análisis de las causas de la crisis financiera actual ha planteado abiertamente el debate sobre los fallos del mercado y los fallos del Estado (1) –un cuestionamiento necesario en aras a la reformulación de las instituciones y las reglas para evitar nuevos episodios–, este trabajo no se centra en esta perspectiva sino que se limita al aspecto relativo a las respuestas públicas con posterioridad al estallido de la crisis financiera.

No se trata de plantearnos si ha habido poca reglamentación, o más bien una mala reglamentación, o si lo que ha fallado es, en un plano distinto, la supervisión o control, esto es si las deficiencias se han producido en la aplicación de los mecanismos destinados a garantizar el respeto a las reglas. Como se ha dicho desde planteamientos rigurosos y realistas, la crisis es el resultado de un fallo del mercado y de un fallo de la política económica (2). Ha habido de todo un poco y por ello ahora hace falta más regulación (3) –en relación a las agencias de calificación o *rating* (4)–, mejor regulación –afinando los instrumentos de los organismos de

(1) G. DE LA DEHESA, «Once fallos de mercado y de Estado en la crisis financiera», *Papeles de Economía Española*, 2009, 122.

(2) P. PC. PADOAN, «Dopo la crisi. Il governo macroeconomico internazionale» G. AMATO (dir.), *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Roma, ed. Passigli, 2009.

(3) En el sentido estricto de más reglas y más controles, *vid.* las propuestas de la Comisión P. Volker/T. Padoa Schioppa, F. TARGETTI, «Le vicende della globalizzazione e lo scoppio della crisi finanziaria. Per una governance dell'economia globale», G. AMATO (dir.), *Governare l'economia globale...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss; M. MARTÍNEZ PARERA/F. RESTOY LOZANO, «Las implicaciones regulatorias de la crisis financiera», *Papeles de Economía Española*, 2009, 122, pp. 38 y ss.

(4) *Vid.* Reglamento 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia.

supervisión (5)– y sobre todo más supervisión –mayor efectividad en los controles– revisando las políticas que habían confiado en la capacidad de las propias entidades financieras para prevenir los riesgos, confiando en la capacidad de autorregulación de los mercados por los propios protagonistas –la comunidad financiera privada y las agencias calificadoras del riesgo– (6).

Uno de los primeros análisis del marco comunitario de ayudas públicas a las instituciones financieras partía de un aserto. «La crisis actual no solamente está poniendo a prueba la capacidad de respuesta de las instituciones financieras y los Estados miembros de la UE desde un punto de vista económico o presupuestario. Al mismo tiempo, supone un desafío para el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que las medidas que los Estados están adoptando frente a ella entran en tensión con las normas de defensa de la competencia del tratado CE y, en particular, con las disposiciones relativas al régimen de ayudas públicas» (7).

Efectivamente esta ha sido desde el primer momento la preocupación principal de las instituciones y responsables comunitarios y continua siéndolo en la actualidad (8). Ello explica la capacidad de respuesta, las características de las políticas formuladas y la búsqueda de instrumentos adecuados.

Este trabajo examina algunos de los rasgos esenciales de la intervención pública en apoyo del sector financiero, el marco jurídico comunitario para hacer frente a la crisis económica que se desencadena a partir de agosto de 2007, su adecuación a las características del derecho de la competencia y en especial el régimen de ayudas públicas.

¿Se ha adaptado el derecho europeo de las ayudas públicas a las nuevas circunstancias excepcionales? ¿Se ha creado un régimen jurídico *ad-hoc* o solamente se han introducido matices al modelo preexistente? ¿Hasta qué punto la gravedad y singularidad (9) de la situación han obligado a adoptar medidas extraordinarias? La experiencia acumulada y las lecciones aprendidas con anteriores crisis económicas, financieras y bancarias suministran enseñanzas pertinentes y adecuadas? La experiencia obtenida en el pasado ha permitido una intervención más adaptada a la realidad puesto que sólo ha sido preciso introducir mayor flexibilidad en los instrumentos y no ha sido necesario derogar o excepcionar el régimen de ayudas públicas?

Para responder a este abanico de preguntas, para poder apreciar los elementos nuevos o específicos y los aspectos de continuidad es preciso trazar en primer lugar los factores que caracterizan la crisis económica actual, presentar luego la especifici-

(5) Si bien no puede ignorarse como algunos refinados economistas favorables a una mayor y mejor regulación han mostrado su escepticismo sobre la posibilidad de adoptar medidas de regulación eficientes dado el gran poder «político de los grandes bancos», *vid.* por ejemplo, R. SKIDELSKY (autor de una importante biografía de J. M. Keynes), *La Vanguardia*, 21 marzo 2010.

(6) *Vid.*, las críticas a Basilea II en G. DE LA DEHESA, *op. cit.*, y A. TORRERO, «La crisis financiera. Una perspectiva histórica», *Papeles de Economía Española*, 2009, 122.

(7) J. I. SIGNES DE MESA, «Instituciones financieras y Derecho de la competencia en el contexto actual de crisis», *RDBB*, 2009, 115, p. 133.

(8) *Vid.* La posición de la Comisión expresada por los Comisarios responsables de asuntos de Competencia, N. KROES, *Discurso* en el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, 6 de octubre de 2008 y más tarde, J. ALMUNIA, «La politique de la concurrence de l'UE en 2010 et au-delà», París, 15 février 2010.

(9) Al carácter singular de la crisis económica se refiere A. EMBID IRUJO, *El Derecho de la crisis económica*, Zaragoza, ed. Prensas universitarias de Zaragoza, 2009.

dad y significación del derecho europeo de las ayudas públicas, para finalmente analizar el marco legal comunitario adoptado en relación a un sector especial, el sector financiero. Un sector cuya crisis está en el origen de la crisis económica actual.

II. UNA CRISIS FINANCIERA, UNA CRISIS ECONÓMICA GLOBAL

A. UNA CRISIS ORIGINARIAMENTE FINANCIERA QUE SE TRANSFORMA EN CRISIS ECONÓMICA

La caracterización del contexto en el que se produce la intervención pública es pertinente para poder examinar las señas de identidad de esta intervención. Identificar las causas (10), pero sobre todo las características de la crisis financiera nos ilustra sobre las razones para crear instrumentos específicos o para modular el régimen jurídico de las herramientas existentes.

La crisis actual presenta una magnitud nunca vista por las generaciones actuales. «Un acontecimiento que es sustancialmente distinto de las otras crisis económicas» en apreciación de Embid Irujo (11). Una crisis financiera que se presenta como una «convulsión» (12)

La crisis se desencadena en agosto de 2007 (13) y se acelera y generaliza con la caída de *Lehman Brothers* en septiembre de 2008 (14), una institución financiera de un tamaño y una relevancia en el sistema que parecía que nunca podía dejarse caer (15) y sin embargo las autoridades así lo decidieron, en un tratamiento que contrasta con decisiones anteriores y muy significativamente con la adoptada en relación a *Bear Stearns* en marzo del mismo año (16). Una caída que activó la tercera y más intensa etapa de la crisis (17) y sobre todo generó una pérdida global de confianza, detenida sólo después de intervenciones públicas extensas y sin precedentes. La caída de un banco de estas características, de tal envergadura mostró el carácter sistémico de la crisis (18).

Una crisis financiera que se extiende rápidamente y adquiere especial trascendencia al afectar al crédito bancario ordinario del cual depende la financiación de

(10) *Vid.* la excelente presentación de G. DE LA DEHESA, *op. cit.*

(11) *Op. cit.*, p. 13

(12) A. TORRERO, *op. cit.*, p. 54

(13) *Vid.* G. DE LA DEHESA, *op. cit.*; A. EMBID IRUJO, *op. cit.* entre otros.

(14) *Vid.* por todos, G. DE LA DEHESA, *op. cit.* y A. EMBID IRUJO, *op. cit.*

(15) En una situación que a veces se califica de «riesgo moral», esto es cuando una parte es responsable de los riesgos de otra pero tiene un fuerte incentivo a poner sus intereses por delante de los de la otra parte; cuando una entidad se encuentra en una situación en que tiene fuertes incentivos para un cumplimiento laxo de reglas y responsabilidades y ello puede entrañar algo más que una simple cuestión de «mala gestión». El problema del riesgo moral es especialmente crucial en el sector bancario por su centralidad en el sistema económico, puesto que la necesidad de evitar pánicos generalizados, la eclosión de crisis de confianza por problemas en determinados bancos ha generado una reglamentación que garantiza los depósitos bancarios y ello puede inducir efectos perversos si no se modula adecuadamente, ya que existe probabilidad de que el que toma riesgos y está asegurado contra pérdidas, tome más riesgos.

(16) *Vid.* una cronología muy sintética en A. EMBID, *op. cit.*

(17) Por ello algunos autores han mostrado su perplejidad ante esta decisión que no parece muy fundamentada, *vid.* una crítica en A. TORRERO, *op. cit.*

(18) J. I. SIGNES DE MESA, *op. cit.*, p. 137.

familias y pequeñas y medianas empresas. «Por ello el sector financiero es un sector especial en términos de su papel en la estabilidad macroeconómica. Convulsiones importantes en el sistema financiero pueden ser extremadamente perturbadoras para la economía en su conjunto» (19). Una crisis que afecta a instituciones financieras que operan a escala internacional, «grandes instituciones financieras de carácter universal tanto en el sentido funcional como en el sentido geográfico» (20). Una crisis que se transforma en mundial por la globalización de los mercados financieros, si bien algunos países emergentes dotados de fuertes instituciones públicas o de mercados menos abiertos se han visto afectados en menor medida (Brasil, India, China en particular).

Siguiendo a Torrero podemos sintetizar las cinco características básicas que presenta la crisis actual: i) es internacional, puesto que el sistema financiero es de hecho mundial; ii) el impacto económico es muy considerable puesto que se ha reducido el crecimiento económico de todos los países; iii) es una crisis bancaria, bursátil e inmobiliaria; iv) ha provocado una falta absoluta de liquidez en los mercados, obligando a intervenciones de los gobiernos y bancos centrales para reactivar los mercados o sustituirlos en sus funciones; v) ha tenido lugar después de una etapa de fuerte crecimiento económico, con estabilidad de precios (21).

Este carácter global de la crisis explica la actuación coordinada de la FED y del BCE desde los primeros momentos, inyectando millardos de dólares y euros para que los bancos no tuvieran problemas de solvencia e intentando evitar una contracción del crédito mayor de la que se ha producido.

Una intervención masiva y decidida de la FED y del BCE que al tener que persistir en el tiempo ha necesitado el acompañamiento, apoyo y dirección de las instancias políticas. Una situación que ha evidenciado la ausencia de gobierno de la economía a nivel europeo, a pesar de las reuniones celebradas por el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea de 7 de octubre de 2008 que asumió el compromiso de «adoptar todas las medidas que fuera necesarias para preservar la estabilidad del sistema financiero» y acordó las líneas generales de actuación coordinada entre los Estados miembros. Una coordinación entre Estados miembros y entre estos y el BCE ratificada por el Consejo Europeo de 12 de octubre de 2008. Pero sólo provisiones de coordinación (22), sin ir más allá en la definición de políticas y en la determinación de instrumentos.

Las reuniones del G-10 ampliado a G-20 el 15 de noviembre de 2008 en Washington y el 2 de abril en Londres (23) han intentado suplir la debilidad que supone

(19) Como señalaba en la antesala de la crisis el actual Presidente de la FED y reputado especialista en el análisis de la Gran Depresión, Bernanke, citado por A. TORRERO, *op. cit.*

(20) A. TORRERO, *op. cit.*, p. 61.

(21) *Op. cit.*, p. 57. Seguimos a este autor pues es el mayor especialista español en este campo, *vid.* entre otras aportaciones, *La crisis del sistema bancario: lecciones de la experiencia de Estados Unidos*, Madrid, ed. Civitas, 1993; *Crisis financieras enseñanzas de cinco episodios*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2006.

(22) *Vid.* Exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2008, de medidas urgentes en materia económico-financiera en relación con el Plan de Acción concertado de los países de la zona euro.

(23) Sobre la significación de estas reuniones en la configuración de las instituciones en el nuevo orden global, *vid.* M. CONTICELLI, *I vertici del G8. Governi e amministrazioni nell'ordine globale*, Milano, Giuffrè, 2006.

la ausencia de mecanismos institucionales y formales de gobernanza económica a gran escala.

Como ha señalado M. D'Alberti la crisis financiera iniciada en Estados Unidos y su rápida extensión a otros países ha planteado de «manera dramática el déficit de gobernanza de la globalización» (24).

Una respuesta coordinada a la crisis financiera internacional que ha adquirido mayor profundidad en el ámbito territorial de la Unión Europea al disponer de un sistema institucional de coordinación y de algunos instrumentos experimentados en crisis económicas anteriores. Si bien, el aumento de la gravedad de la crisis y la persistencia de las «turbulencias» financieras, han evidenciado con toda crudeza las carencias institucionales y muy especialmente la ausencia de un gobierno económico europeo dotado de las políticas, los instrumentos y las capacidades necesarias para afrontar eficazmente la situación.

Una situación de crisis financiera y económica internacional de la que todavía hoy se afirma que «no conocemos su duración ni su impacto socio-económico, ni tampoco sus resultados finales» (25)

B. LA SINGULARIDAD DE LA CRISIS, FUNDAMENTO DE UNA INTERVENCIÓN PÚBLICA ESPECIAL

La magnitud de la crisis financiera, su relevancia e impacto en el funcionamiento de la economía en general constituyen las razones avanzadas por las instituciones europeas y españolas para justificar la tipología de la intervención.

Este contexto singular se explicita expresa y pormenorizadamente en las introducciones de las distintas Comunicaciones de la Comisión (26) y en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2009, de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Una crisis financiera que ha tenido y tiene dos efectos importantes. Dos consecuencias que derivan del carácter transversal que tienen las instituciones financieras en el sistema económico, de su función de irrigación del entero sistema. Según el Banco Central Europeo las entidades financieras europeas deberán sanear 195.000 millones de euros hasta finales de 2011, un lastre que limita la concesión de créditos a empresas y familias (27).

La Comisión desde el primer momento, en su primer pronunciamiento de carácter general explicitó esta perspectiva. Como establece la Comunicación de la Comisión relativa a *La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medi-*

(24) M. D'ALBERTI, «Le regole globali: limiti e remedi», G. AMATO (dir.), *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, Roma, ed. Passigli, 2009, p. 119.

(25) A. TORRERO, *op. cit.*

(26) Unas introducciones que funcionan como si de «motivaciones» formales se tratara. Pero dado el carácter informal de las Comunicaciones no existe un régimen jurídico y por ello no cabe aplicar analógicamente las exigencias legales inherentes a todos los actos comunitarios. Como es bien conocido la exigencia de motivación de los actos de las instituciones comunitarias es una exigencia inscrita en el derecho comunitario originario desde el primer Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), en el antiguo artículo 190.

(27) Datos publicados durante el proceso de corrección de pruebas (junio 2010).

das adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (28):

«La crisis financiera mundial se ha intensificado notablemente, y ahora ha afectado gravemente al sector bancario de la UE. Aparte de los problemas específicos relacionados en particular con el mercado hipotecario de EE.UU. y los activos hipotecados o vinculados a pérdidas derivadas de estrategias excesivamente arriesgadas de bancos individuales, se ha producido una erosión general de la confianza dentro del sector bancario en las últimas semanas. La aguda incertidumbre sobre el riesgo de crédito de las instituciones financieras individuales ha secado el mercado de los préstamos interbancarios, dificultando progresivamente el acceso a la liquidez para las instituciones financieras en general.

La situación actual supone una amenaza para la existencia de las instituciones financieras con problemas que son resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se ven expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros. Para que tales instituciones retornen a la viabilidad a largo plazo en vez de liquidarse, será necesaria una reestructuración de gran envergadura de sus operaciones. En las circunstancias actuales, la crisis afecta igualmente a las instituciones financieras sólidas cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidez.

Dada la escala de la crisis, que ahora ha puesto también en peligro a bancos esencialmente sólidos, el alto grado de integración e interdependencia de los mercados financieros europeos y las drásticas repercusiones del fracaso potencial de una institución financiera sistémicamente relevante que exacerben más la crisis, la Comisión reconoce que los Estados miembros pueden considerar necesario adoptar medidas adecuadas para proteger la estabilidad del sistema financiero. Debido a la naturaleza específica de los problemas actuales del sector financiero, tales medidas pueden tener que ir más allá de la estabilización de instituciones financieras individuales e incluir a los regímenes generales.

Si bien hay que tener debidamente en cuenta las circunstancias excepcionales que prevalecen en la actualidad...»

Según el explícito diagnóstico de la Comisión UE, el impacto de la crisis altera el normal funcionamiento del mercado de tal modo que empresas que no están en situación de crisis, que no tienen problemas estructurales que afecten a su viabilidad pueden verse afectadas. Estas circunstancias suponen que no pueda aplicarse el Marco general de Ayudas determinado en las *Directrices Comunitarias sobre Ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis* (29). Unas Directrices que como las anteriores tienen una vigencia limitada, así el plazo estaba establecido hasta el 9 de octubre de 2009.

Esta crisis supone un fallo del mercado que legitima una intervención pública, una actuación que deberá necesariamente producirse en un contexto que obliga a modular las señas de identidad de la política europea en materia de ayudas.

(28) En adelante *Comunicación bancaria* (2008/C270/02), DOUE 25-10-2008.

(29) Comunicación de la Comisión publicada en el DOUE de 1 de octubre de 2004.

Quizás lo más significativo sea recordar que para que puedan activarse las ayudas para empresas en crisis es requisito imprescindible, y casi una obviedad, el que la empresa se encuentre precisamente en situación de crisis y determinar en este caso cuando hay crisis no es evidente especialmente en relación a determinadas instituciones financieras que no parecen presentar problemas de solvencia y sin embargo no pueden realizar su cometido.

Como, señalaba la Comisión en las *Directrices sobre Ayudas*, si bien «no existe una definición comunitaria de empresa en crisis. No obstante en el marco de las Directrices, la Comisión considerará que una empresa se encuentra en crisis si es incapaz, mediante sus propios recursos financieros o con los dispuestos a inyectar sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar intervención exterior a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo». Y, en el supuesto actual, la problemática es un tanto distinta puesto que no reside tanto en la existencia de pérdidas como en la dificultad cuando no la imposibilidad de la entidad bancaria de realizar su cometido, la prestación del crédito necesario a las empresas y a las familias.

Puesto que la crisis puede afectar a instituciones financieras «sistémicamente relevantes», lo que puede exacerbar más sus efectos, se hace necesario proteger la estabilidad del sistema financiero en su conjunto. La estabilidad del conjunto del sistema financiero constituye un objetivo de interés general, trasciende a las propias entidades implicadas y por ello los poderes públicos deben diseñar los mecanismos apropiados para hacer frente a esta situación de emergencia.

De nuevo esta especificidad del sector financiero ha generado el recurso a institutos característicos de las crisis del sector (30), como son los mecanismos de intervención conjunta, tipo las herramientas contempladas en el ordenamiento jurídico español mediante la creación de institutos jurídicos como los Fondos de garantía de depósitos a los que se les han asignado determinadas facultades de intervención (31). Pero estas instituciones son insuficientes en el supuesto actual puesto que su cometido sólo tiene sentido ante crisis individuales. Como señala la exposición de motivos del Real Decreto-Ley por el que se crea el FROB (2009).

«En circunstancias normales, los Fondos de Garantía de Depósitos de Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, junto al Banco de España, tienen a su disposición herramientas suficientes para afrontar crisis individuales de un determinado número de entidades. Estas herramientas se refieren a las contempladas en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, en el que se establece que los Fondos de Garantía de Depósitos tienen por objeto no sólo garantizar los depósitos en dinero y en valores constituidos en las entidades de crédito, sino que también pueden realizar actuaciones encaminadas a reforzar la solvencia y el funcionamiento de entidades de crédito que se encuentren en una situación de dificultad.

(30) Sobre la crisis bancaria anterior, S. MARTÍN-RETORTILLO, «Panorama general de las crisis bancarias», *REDA*, 1988, 59; J. L. IGLESIAS/A. SÁNCHEZ, «Perfiles generales de la crisis en la Banca española contemporánea», *RDM*, 1984, 171.

(31) *Vid.* Entre otros, A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «El fondo de garantías de depósitos en establecimientos bancarios» en S. MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Madrid, Ceura, 1987.

Sin embargo, la situación actual no puede calificarse de normal y aunque es previsible que las entidades susceptibles de entrar en dificultades no tengan, individualmente por su tamaño, carácter sistémico, la consideración conjunta de sus problemas de viabilidad sí podría llegar a generar un potencial riesgo sistémico que justifica tener previstos instrumentos adicionales y la utilización de recursos públicos, en caso de que se diesen las circunstancias que hicieran necesaria su utilización. Renunciar a la ordenación pública de este proceso, si se dieran las circunstancias, podría entrañar un quebranto difícil de asumir para el sector a través de los tres Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito, a pesar de ser los mejor dotados de la Unión Europea. Esta resolución desordenada podría producir contagio, pérdida de confianza y una restricción adicional del crédito, afectando a la capacidad del sistema financiero de cumplir sus funciones económicas y produciendo, en definitiva, lo que se conoce como riesgo sistémico.»

Por ello se han creado distintos instrumentos como el Fondo para la Adquisición de Activos financieros (32) y el Fondo para la Reestructuración ordenada bancaria (33). Una política que contempla la creación de entidades destinadas a «ir más allá de la estabilización de las entidades financieras individuales» (34) y contemplan medidas de alcance más general, de ahí el énfasis en «una reestructuración ordenada del sistema financiero español (35)».

Un cambio de perspectiva en relación al enfoque tradicional que normalmente contempla sólo planes de reestructuración de una única empresa, si bien también han existido planes sectoriales, incluso a nivel comunitario –como en la construcción naval o la siderurgia– (36).

Una problemática que es objeto de la Comunicación de la Comisión *La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia* (37).

«En el contexto de la situación imperante en los mercados financieros, la recapitalización de los bancos puede satisfacer varios objetivos. En primer lugar, las recapitalizaciones contribuyen al restablecimiento de la estabilidad financiera y de la confianza necesaria para la recuperación de los préstamos interbancarios. Además, en periodos de recesión el capital adicional aporta un soporte que permite absorber las pérdidas y limita el posible riesgo de insolvencia de los bancos. En las circunstancias actuales, que tienen su origen sobre todo en el desplome de *Lehman Brothers*, puede resultar necesario inyectar capital en bancos esencialmente sólidos en respuesta a la percepción generalizada de que son necesarios ratios de capital más elevados habida cuenta de la pasada infravaloración del riesgo y del mayor coste de la financiación.»

(32) Creado mediante el Real Decreto-ley 6/2008.

(33) Creado por el Real Decreto-ley 9/2009.

(34) Como ya avanzaba la Comunicación bancaria, 2008/C270/02.

(35) Exposición de motivos Real Decreto-ley 9/2009.

(36) E. MALARET, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, ed. Civitas, 1991.

(37) Comunicación de la Comisión 2009/C10/03, DOUE 15.1.2009.

El impacto de la crisis financiera ha provocado graves problemas en la economía real. El acceso al crédito es problemático incluso para empresas sanas (38). La introducción de la Comunicación de la Comisión *Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera* (39) explicita esta problemática y los fines de las ayudas públicas en este contexto. Unas ayudas que en este caso no tienen como destinatario el sector bancario.

«La presente crisis financiera podría provocar el racionamiento del crédito, la caída de la demanda y la recesión». Ello nos permite entender una afirmación un tanto sorprendente que aparece unas líneas anteriores de esta introducción:

«El acceso a una financiación suficiente y asequible es una condición *sine qua non* para la inversión, el crecimiento y la creación de empleo del sector privado. Los Estados miembros deben utilizar el medio de presión que les otorga la concesión de importante ayuda financiera al sector bancario de forma que se garantice que esta ayuda no se traduce únicamente en la mejora de la situación financiera de los bancos, sino que llega al conjunto de la economía. El apoyo al sector bancario debe estar bien dirigido de modo que los bancos retornen a sus actividades de crédito habituales. La Comisión tendrá en cuenta esta necesidad a la hora de estudiar las ayudas estatales a los bancos.»

Vemos de nuevo la especificidad de la crisis financiera, lo singular del contexto y como ello se traduce en una realidad que no encaja fácilmente en los esquemas de intervención diseñados con carácter general en el pasado (40). Especial significación adquiere el hecho de que las restricciones crediticias puedan afectar a empresas sólidas, sin problemas de carácter estructural y muy especialmente las PYMES.

En definitiva, el objetivo es restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y abordar el riesgo sistémico de posible insolvencia. Tres aspectos que fueron todavía más enfatizados en la posterior Comunicación de la Comisión *sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario* (41). Una Comunicación que tiene como especial objetivo establecer un marco de referencia sobre las políticas de creación de «bancos defectuosos» (*Bad Banks*) (42). De nuevo la lectura de la introducción es muy ilustrativa de la situación excepcional y como esta requiere respuestas extraordinarias.

«Desde mediados de 2007, el funcionamiento de los mercados de crédito interbancario se ha visto gravemente perturbado. Este fenómeno ha entrañado un agotamiento de la liquidez en el sector bancario e incrementado la reticencia de los

(38) *Tableau de bord des aides d'état (édition spéciale consacrée aux aides d'état accordées dans le cadre de la crise économique et financière actuelle)*. Revisión de primavera 2009, Bruselas, 8-4-2009, COM (2009) 164, p. 23.

(39) Comunicación 2009/C16/01, DOUE 22-1-2009.

(40) Los contemplados en las *Directrices*.

(41) Comunicación de la Comisión 2009/C 72/01, DOUE 26-3-2009.

(42) *Vid.* especialmente el Anexo II donde se presentan distintos planteamientos y experiencias en diferentes países (USA, Suecia, Suiza, Francia...).

bancos a concederse préstamos, entre sí y al conjunto de la economía. Como la perturbación de los mercados crediticios se ha intensificado a lo largo de los últimos dieciocho meses, la crisis financiera se ha agravado y la economía mundial ha entrado en una recesión grave.

Resulta difícil contemplar una resolución de la crisis financiera y una recuperación de la economía mundial que no pase por la estabilización del sector bancario y del conjunto del sistema financiero. Solo así se recuperará la confianza de los inversores y los bancos reanudarán sus prácticas de préstamo habituales. Por consiguiente, los Estados miembros han introducido medidas dirigidas a fomentar la estabilidad de sus sectores bancarios y apoyar la concesión de préstamos, en particular inyectando nuevo capital con fondos públicos y concediendo garantías públicas para los empréstitos de los bancos. Estas medidas, anunciadas en octubre de 2008, se han ido ejecutando gradualmente durante los últimos meses.»

Nunca los hechos habían adquirido tanta trascendencia y habían ocupado tanto espacio para fundamentar las políticas comunitarias y su formalización.

Por ello es especialmente relevante destacar la significación práctica de este paquete de Comunicaciones de la Comisión que han guiado la práctica de la propia Comisión y han suministrado las razones y las condiciones necesarias para orientar la tarea de los Estados miembros. Esta codificación de los criterios de la Comisión permite racionalizar el trabajo y ahorrar tiempo en las fases posteriores de aprobación y control de las decisiones individuales. Una reducción de la discrecionalidad que aporta seguridad jurídica y transparencia para todas las instancias –Estados miembros y empresas– implicadas en el proceso decisorio.

Sin embargo esta manera de proceder no es tan sorprendente si se tiene en cuenta como precisamente es en el ámbito de la política de la competencia en el que la Comisión ha elaborado y aprobado numerosas Comunicaciones (43). El recurso a esta herramienta peculiar se explica seguramente por su flexibilidad en aquellas materias en las que «la reactividad al contexto económico y social es esencial» (44). Como ha señalado el TJUE, la Comisión dispone en materia de ayudas públicas de un poder de apreciación «cuyo ejercicio implica evaluaciones en el orden económico y social que sólo pueden efectuarse en un contexto comunitario» (45). Y cuando la Administración dispone de un poder que le concede un determinado margen de apreciación, la determinación previa de los criterios y la motivación se convierten en elementos esenciales de la legitimidad del quehacer público (46).

(43) N. RUBIO, «Les instruments de soft law dans les politiques communautaires: vecteur d'une meilleure articulation entre la politique de la concurrence et la politique de cohésion économique et sociale», *RTDeur.* 2007, 43(4).

(44) N. RUBIO, «Les instruments de soft law dans les politiques communautaires...» *op. cit.*, p. 600.

(45) *Vid.* Entre otras, Sent. TPICE de 3 de mayo de 2007, Freistaat Sachsen/Comission.

(46) E. MALARET, «Autoridades independientes y justicia administrativa», en M. J. MONTORO (coord.), *La justicia administrativa: Libro Homenaje al Profesor Entrena Cuesta*, Barcelona, ed. Atelier, 2003.

III. EL DERECHO COMUNITARIO DE LAS AYUDAS ESTATALES: UNA RESPUESTA EUROPEA LIMITADA, UN MARCO PARA LAS DECISIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

A. LA SIGNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN EL SISTEMA DE DERECHO EUROPEO

El derecho de las ayudas públicas (47) constituye una parte relevante del derecho de la competencia europeo, junto al derecho que disciplina las concentraciones y el abuso de posición dominante. Para entender la posición que ocupan en la arquitectura del Tratado UE las normas sobre competencia es preciso recordar que en el Informe Spaak, preparatorio del Tratado de Roma, ponía de manifiesto que la introducción de las normas de competencia tenía como objetivo evitar que las empresas privadas erigieran de nuevo las barreras que habían quedado abolidas por las normas de libre circulación (48).

Y en tanto que parte integrante del derecho de la competencia constituye el núcleo del derecho constitucional económico de la Unión Europea (49), siguiendo las fértiles aportaciones de Amato que enfatizan la concepción del derecho de la competencia como derecho que tiene como cometido la salvaguardia de la libertad frente al poder económico –público o privado– (50).

El derecho de la competencia delimita parte de las funciones de los poderes públicos en la economía y define el papel del mercado en la economía. En este sistema jurídico, la intervención pública instrumentada mediante ayudas adquiere necesariamente un carácter excepcional puesto que el TUE parte del principio de la incompatibilidad de las ayudas públicas (51).

Junto a esta reglamentación material o sustancial, es tanto o más importante la parte orgánica del TUE en la medida que supone una distribución de competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros. Fernández Farreres ya señaló en su momento como en materia de ayudas públicas se produce una compartición de competencias entre Unión Europea (antes CEE) y Estados (52).

Precisamente en los ámbitos en los que dispone de una competencia compartida (53) es donde las Comunicaciones y otros instrumentos de *soft law* (54) desempeñan un importante cometido. Especialmente cuando la articulación de las competencias confiere a la Comisión un poder de apreciación determinante como ocurre en materia de ayudas estatales (55).

(47) Sobre el derecho comunitario de las ayudas públicas, *vid.* la obra seminal de G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993.

(48) *Vid.* La referencia en J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Madrid, ed. Civitas, 2002, p. 153.

(49) También, J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación...*, *op. cit.*

(50) G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Bari, ed. Laterza, 1998.

(51) Actual artículo 107 (antiguo art. 87 TCE).

(52) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad...*, *op. cit.*

(53) *Vid.* especialmente artículo 108 TUE, apartados 1 y 3.

(54) D. SARMIENTO, *El soft law administrativo. Un estudio de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid, ed. Civitas, 2008.

(55) *Vid.* artículo 108 TFUE (antiguo art. 88 TCE).

Las reglas del TFUE sobre ayudas estatales constituyen un aspecto de lo que proponemos caracterizar como el «gobierno incompleto de la economía» a nivel comunitario (56). Su finalidad es impedir políticas nacionalistas y por el contrario imponer la necesaria toma en consideración del interés general europeo. Los poderes atribuidos a la Comisión tienen como finalidad evitar la adopción de estrategias nacionales que puedan favorecer a empresas de un Estado miembro en detrimento de las empresas de los otros Estados. Una preocupación que ahora en plena crisis económica aparecerá expresamente en las distintas Comunicaciones adoptadas.

Por ello junto a las Comunicaciones la Comisión desplegará un amplio abanico de dispositivos, recurriendo a las distintas modalidades de *soft law* conocidas: *Tableau de bord des aides d'état (édition spéciale consacrée aux aides d'état accordées dans le cadre de la crise économique et financière actuelle. Mise à jour printemps 2009)* (57) o el Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales (58) que si bien no tiene como objeto específico las ayudas adoptadas en el marco de la crisis (59) bancaria o de la crisis en la economía real derivada de la anterior (60), permite recordar la validez y vigencia del derecho comunitario, incluso en tiempos de crisis.

Así, mediante los reglamentos de aplicación del TFUE, las Comunicaciones (y otros instrumentos no obligatorios), las decisiones del Consejo y de la Comisión se formulan las políticas comunitarias que marcan la estela en la que luego se acomodan las políticas nacionales.

La articulación europea de las competencias en materia de ayudas pivota sobre el principio de que la Comisión garantiza el interés comunitario, en una intervención que va más allá de la simple coordinación (61). Podemos caracterizar su posición partiendo de la idea que su intervención tiene una doble faz —o puede tenerla, en función de la apreciación sobre su misma idoneidad por parte de la propia Comisión—, opera en dos momentos distintos: i) *ex ante*, establece un marco general —definiendo estándares comunes, delimitando cauces de intercambio de información y la misma calidad de la información (62)—, limitando el ámbito de decisión de los Estados miembros; ii) *ex post*, controla la decisión efectivamente adoptada por estos últimos. Pero son los Estados los que proponen, los que deciden en última instancia —en principio— y ejecutan. La Comisión no propone en ningún momento las decisiones concretas en relación a las empresas individuales.

(56) Para comprender la idea de «gobierno incompleto» de la economía, *vid.* los artículos 119 y ss. del TFUE relativos a la política económica y monetaria, especialmente los artículos 119 y 121 y el énfasis en la coordinación de las políticas económicas de los estados miembros.

(57) Bruselas 8-4-2009, COM (2009) 164.

(58) DOUE 16-6-2009 (2009/C136/04), basado en el Plan de acción de ayudas estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos, COM (2005) 107.

(59) El propio texto contempla la posibilidad de que «las características específicas de un determinado asunto puedan hacer necesario adaptar el presente Código o apartarse de él» (ap. 5).

(60) Objeto específico de las Comunicaciones de la Comisión, de DOCE 25.10.2008 y DOCE 7.4.2009.

(61) Con un cierto paralelismo con la competencia del Estado cuando expresamente se le atribuye la función de coordinación, *vid.* las Sentencias del 2/1982, de 28 de febrero y 32/1983. Las distintas maneras de concebir la función de coordinación en E. ALBERTI, «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *REDC*, 1985, 14.

(62) *Vid.* Por ejemplo el Código de buenas prácticas, DOUE 16-6-2009 (2009/C136/04), *op. cit.*

Este sistema de *feed-back* colocado en el corazón del modelo de gobierno incompleto de la economía explica los equilibrios y las tensiones permanentes entre una dinámica que apuesta por la comunitarización y otra que se mueve en la dirección de la intergubernamentalización. Dos visiones o dos maneras de responder a los retos del mercado interior y la integración; dos tendencias siempre presentes y que se superponen. Sin que podamos olvidar el juego del principio de subsidiariedad y su aplicación práctica en materia de ayudas estatales mediante la regla de *minimis*; esto es cuando por la menor importancia –o la inexistencia– de la afectación a los mercados no intervienen las instancias comunitarias (63).

Una tensión que de nuevo ha reaparecido en este último período con la eclosión de la crisis y muy especialmente en la fase inicial en la que los Estados tomaron medidas radicales de intervención en apoyo de entidades financieras rápidamente «infectadas» o contagiadas por su mayor exposición a los productos financieros que están el origen de la crisis; unas ayudas que en aquel momento fueron examinadas por la Comisión en el marco de las *Directrices Comunitarias sobre Ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis* y en este contexto fueron consideradas ayudas de salvamento y como tal autorizadas (64).

Este equilibrio inestable que hay que ir construyendo permanentemente y que la crisis ha puesto a prueba supone que el proceso decisorio se asemeja al *iter* siguiente: i) decisión de un Estado miembro de intervenir a veces muy precipitadamente y por razones de urgencia; ii) recomposición del consenso europeo mediante la correspondiente celebración de un consejo de ministros –formal o informal–; iii) decisión de la Comisión instrumentada mediante fórmulas más o menos blandas. Así en algún supuesto la Comisión ha enfatizado que la Comunicación se adopta a instancias de los Estados miembros o que los criterios que en ella se formulan tienen su base en unos objetivos formulados en Consejo de ministros (65).

(63) Vid. Reglamento de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del TCE a las ayudas de *minimis*, DOUE L 379 de 28 de diciembre de 2006.

(64) Vid. La relación de supuestos y los criterios aplicados, así como los problemas suscitados en *Tableau de bord des aides d'état (édition spéciale consacrée aux aides d'état accordées dans le cadre de la crise économique)*..., *op. cit.*, pp. 6 y ss.

(65) La Comunicación Bancaria señala «3. El Consejo de Economía y Finanzas (ECOFIN) de 7 de octubre de 2008 adoptó unas conclusiones comprometiéndose a adoptar todas las medidas necesarias para reforzar la solidez y estabilidad del sistema bancario, a fin de restablecer la confianza y el adecuado funcionamiento del sector financiero. La recapitalización de las instituciones financieras vulnerables sistémicamente relevantes se consideró como un medio, entre otros, de proteger debidamente los intereses de los depositantes y la estabilidad del sistema. Además, se acordó que la intervención pública debe decidirse a nivel nacional pero en un marco coordinado y sobre la base de varios principios comunes de la UE». Y recuerda luego en una nota: Las conclusiones del Consejo de Economía y Finanzas (ECOFIN) enumeran los siguientes principios: i) las intervenciones deberán ser oportunas y la ayuda debe ser en principio temporal; ii) los Estados miembros se mantendrán vigilantes por lo que respecta a los intereses de los contribuyentes; iii) los accionistas deberán soportar las consecuencias de la intervención; iv) los Estados miembros deberán estar en condiciones de realizar un cambio de la dirección; v) la dirección no deberá retener beneficios indebidos; vi) los Gobiernos tendrán, entre otras cosas, poder para intervenir en la remuneración; vii) el interés legítimo de los competidores debe protegerse, en especial a través de las normas sobre ayudas estatales; viii) deben evitarse las repercusiones negativas.

B. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA: UN MARCO COMUNITARIO PARA UNAS INTERVENCIONES NACIONALES

Un marco común era necesario para garantizar el mercado interior. Las acciones frente a la crisis debían de ser adoptadas y ejecutadas por los Estados miembros, en el marco de las directrices establecidas por la Comisión, de acuerdo con las reglas del derecho de la competencia (66).

En el equilibrio inestable, pero sin lugar a dudas equilibrio institucional, que caracteriza la arquitectura europea, la Comisión ha afirmado reiteradamente su capacidad de iniciativa. Una idea ha sido reiteradamente afirmada, «el derecho de la competencia es parte de la solución, no es el problema» (67). Una afirmación de principio que permite reforzar al mismo tiempo dos reglas cardinales: 1) la centralidad del marco europeo –y la correlativa importancia de evitar «fugas hacia adelante nacionales»– y su carácter de espacio de toma de decisiones compartidas; 2) la necesidad de garantizar el respeto a las reglas de la competencia y su configuración como marco ordenador de la intervención de los poderes estatales en el mercado.

Por ello la Comisión estableció un marco orientador para encauzar las ayudas diseñadas por los Estados miembros (68). Un cuadro de referencia para las propuestas de los Estados miembros que pretendía facilitar también posteriormente la aprobación por la Comisión, con un añadido en este caso muy importante, la rapidez en el tiempo de respuesta (69). «Además puede entenderse que la Comisión ha pretendido dejar patente que ha de cumplirse con la obligación de notificación de toda medida de ayuda que se propongan otorgar los Estados y con la obligación de no ejecutar dicha medida hasta que la Comisión no se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado común» (70).

C. UN MARCO JURÍDICO PARA LAS AYUDAS EN TIEMPOS DE CRISIS RESPETUOSO CON LOS PRINCIPIOS QUE DISCIPLINAN LAS AYUDAS: LA URGENCIA NO EXIME DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como hemos indicado anteriormente, los textos de la Comisión parten de una caracterización de la crisis europea e internacional ampliamente compartida. La Comisión hace explícita la situación para establecer la finalidad de las ayudas, así como fundamentar la necesidad de adoptar criterios e instrumentos específicos,

(66) *Vid.* «Memorandum of understanding on Cooperation between the Financial Supervisory Authorities», 1 de junio de 2008 y J. I. SIGNES DE MESA, *op. cit.*, p. 138.

(67) En la misma dirección, el nuevo Comisario europeo responsable de la competencia, J. ALMUNIA afirmaba recientemente que «la crisis no justifica una revisión de los criterios establecidos», París, *op. cit.*

(68) *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*, *op. cit.*

(69) *Vid.* el último apartado de *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*, «7. Tratamiento rápido de las investigaciones en materia de ayudas estatales».

(70) J. I. SIGNES DE MESA, *op. cit.*, p. 142. *Vid.* artículo 108.3 TUE (antiguo art. 88 TCE).

una vez constatadas las insuficiencias de los parámetros fijados anteriormente en las *Directrices Comunitarias sobre Ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis* (71); los criterios no se adecuaban a la nueva realidad (72). Una operación necesaria para posteriormente poder determinar la coherencia y proporcionalidad de las ayudas concretas.

Dado el carácter financiero de la crisis, su impacto sobre las entidades financieras, el hecho de que pueda afectar incluso a entidades bien gobernadas y solventes que no habían asumido riesgos excesivos (73) y las dificultades en el acceso al crédito que estas circunstancias generan para las empresas y las familias, la Comisión ha marcado el terreno estableciendo el campo en el que se desenvolverán las «ayudas estatales», las medidas de apoyo al sector financiero y a la economía real.

Unas Comunicaciones con unos enunciados de los títulos de por sí muy ilustrativos:

1) *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* (13 octubre 2008).

2) *La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia* (5 diciembre 2008).

3) *Sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario* (25 febrero 2009).

4) *Sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales* (14 agosto 2009).

5) Y, para el sector real, *Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera* (enero 2009).

6) Y para el sector que constituye el principal inversor privado europeo en innovación y que contribuye al PIB de la UE de manera muy significativa, la Comunicación *Responder a la crisis de la industria automovilística europea* (25 de febrero de 2009) (74).

(71) *Op. cit.*

(72) Como explicitó la Comisión unos meses más tarde. «en la crisis actual, los gobiernos han recapitalizado bancos en las condiciones elegidas fundamentalmente por razones de estabilidad financiera más que por un rendimiento que hubiera sido aceptable para un inversor privado», *Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales*, 2009/C/195/04, DOUE, 19-8-2009.

(73) La Comisión expresamente establece que «tendrá también en cuenta la distinción entre medidas de ayuda que son necesarias debido exclusivamente al actual bloqueo en el acceso a la liquidez de instituciones financieras pero que en todos los demás aspectos son fundamentalmente sólidas, y la ayuda proporcionada a beneficiarios que, además, tienen problemas de solvencia estructurales relacionados, por ejemplo, con su modelo empresarial específico o su estrategia de inversión. En principio, la ayuda prestada a la última categoría de beneficiarios es susceptible de plantear mayores preocupaciones en materia de competencia», apartado 33 de la Comunicación Bancaria.

(74) Un texto «curioso» puesto que no se establecen líneas directrices específicas para este sector en el marco de la aplicación del artículo 107 TFUE sino que se remite a las políticas «tradicionales» de ayudas, a los planes europeos de apoyo a la investigación, el desarrollo y la innovación, también a los planes de apoyo a la formación profesional y sobre todo reafirma la validez de la estrate-

Como veremos inmediatamente, apoyándose en la experiencia acumulada, en la *acquis communautaire* en materia de ayudas estatales, las consideraciones de la Comisión permiten una aplicación de las reglas del TFUE, un respeto a las reglas que se acompaña de una flexibilización de algunos criterios pero sin que en ningún momento ello pueda suponer una inobservancia o excepción de los mismos. La especificidad del sector bancario y la naturaleza de la crisis requieren una adaptación de las medidas (75) (76).

Lo que ocurre es que en determinados supuestos, cuando se dan ciertas condiciones, los hechos determinantes para la aplicación del régimen de las ayudas, para el ejercicio de la potestad pueden implicar que este mismo régimen carezca de sentido. Antes ya hemos mencionado como la misma noción de «crisis» planteaba dudas, pero lo mismo ocurre con la remuneración de los distintos tipos de ayuda financiera o económica que cobra su sentido atendiendo a los «precios de mercado» y cuando el mercado falla cabe preguntarse qué sucede.

En Derecho económico y muy especialmente en el ámbito del derecho de la competencia los «hechos» son determinantes, sólo el análisis de la adecuación de la medida adoptada en relación a los hechos que la han suscitado permite verificar que la decisión administrativa no es arbitraria. Esta significación de los hechos y la necesidad de adaptar las medidas a los hechos concretos y precisos explica la centralidad de la exigencia de motivación adecuada y suficiente, circunstanciada al supuesto de hecho en la jurisprudencia del TJUE (77). Una exigencia de explicación de las razones y argumentaciones que conducen a una determinada decisión que se convierte en la jurisprudencia europea en materia de derecho de la competencia (concentraciones y ayudas estatales) como requisito esencial de los actos administrativos. Una exigencia de motivación que no sólo se infiere de la regla expresa del TFUE, sino que también deriva de la aplicación del principio de objetividad; sometimiento al principio de objetividad que no puede entenderse como una exigencia de transformar una potestad discrecional en reglada como a veces se ha traducido en los textos de las sentencias en su versión en lengua castellana.

Por ello puede ser útil reproducir las consideraciones de la Comisión en la Comunicación Bancaria determinando la base jurídica, el fundamento y alcance, así como los criterios de control de las medidas (78).

«Las intervenciones específicas de los Estados miembros no están excluidas de las circunstancias que cumplen los criterios del artículo 87, apartado 3, letra b). En

gia de partenariatio con el sector y los agentes emprendida en el proceso CARS21. Un sector objeto de especial consideración también en la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 26 de noviembre de 2008, «Un Plan Europeo de Recuperación Económica».

(75) Como expresamente señala el apartado 6 de la Comunicación bancaria. «La ayuda estatal a las empresas en dificultades se evalúa normalmente al amparo del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado y de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (1) (en lo sucesivo, “directrices S&R”) que articulan la interpretación por parte de la Comisión del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado para este tipo de ayudas. Estas directrices S&R son de aplicación general, si bien prevén determinados criterios específicos para el sector financiero».

(76) Lo que no se planteaba como necesario anteriormente, *vid.* por ejemplo la sentencia TJUE de 15 de diciembre de 2005.

(77) E. MALARET, «Autoridades independientes y justicia administrativa», *op. cit.*

(78) Nótese que son anteriores a la actual versión de los tratados.

el caso tanto de los regímenes como de las intervenciones puntuales, si bien la evaluación de la ayuda debe seguir los principios generales establecidos en las directrices sobre salvamento y reestructuración adoptadas de conformidad con el artículo 87. 3, c) del Tratado, las circunstancias actuales pueden permitir la aprobación de medidas excepcionales tales como intervenciones estructurales de urgencia, protección de derechos de terceros (por ejemplo, acreedores), y medidas de rescate que potencialmente pueden superar los seis meses.

No obstante, cabe subrayar que las consideraciones anteriores implican que el recurso al artículo 87, apartado 3, letra b) no puede preverse por principio en situaciones de crisis de otros sectores individuales cuando no exista un riesgo comparable de que tengan un impacto inmediato en la economía de un Estado miembro en su conjunto. Por lo que se refiere al sector financiero, sólo puede invocarse esta disposición en circunstancias verdaderamente excepcionales en las que esté en peligro el funcionamiento de los mercados financieros.

En los casos en que exista una perturbación grave de la economía de un Estado miembro con arreglo a lo expuesto anteriormente, es posible recurrir al artículo 87, apartado 3, letra b), pero no de forma ilimitada, sino solamente mientras la situación de crisis justifique su aplicación.

Esto implica la necesidad de que todos los regímenes generales creados sobre esta base, por ejemplo en forma de régimen de garantía o recapitalización, se revisen regularmente y finalicen tan pronto como la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita. Si bien se reconoce que actualmente es imposible predecir la duración de los problemas extraordinarios actuales en los mercados financieros, y que para restablecer la confianza puede ser imprescindible señalar que una medida durará mientras la crisis continúe, la Comisión considera necesario para establecer la compatibilidad de cualquier régimen general que el Estado miembro realice un análisis al menos cada seis meses e informe a la Comisión sobre el resultado de tal análisis.

... teniendo en cuenta las circunstancias actuales, todas las medidas generales de apoyo deben:

- estar bien enfocadas, a fin de poder lograr eficazmente el objetivo de solucionar una perturbación grave en la economía,
- ser proporcionales al problema en cuestión, y no ir más allá de lo que se requiere para lograr este efecto, y
- estar diseñadas de tal manera que se minimicen las repercusiones negativas en los competidores, otros sectores y otros Estados miembros.

La observancia de estos criterios, de conformidad con las normas sobre ayudas estatales y con las libertades fundamentales consagradas en el Tratado, incluido el principio de no discriminación, es necesaria para la preservación del buen funcionamiento del mercado interior.

Puede producirse una distorsión significativa de la competencia si algunos actores del mercado se ven excluidos del beneficio de la garantía. Los criterios de elegibilidad de las instituciones financieras para la cobertura por tal garantía deben ser objetivos, teniendo debidamente en cuenta su papel en el sistema bancario en cuestión y en la economía global, y no discriminatorios, a fin de evitar efectos distorsionadores indebidos en los mercados vecinos y en el mercado interior en su

conjunto. En aplicación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, deben estar cubiertas por el régimen todas las instituciones constituidas en el Estado miembro en cuestión, con actividades significativas en ese Estado miembro, incluidas las filiales.

... En las actuales circunstancias excepcionales, puede ser necesario tranquilizar a los titulares de depósitos en las instituciones financieras, garantizándoles que no sufrirán pérdidas, a fin de limitar la posibilidad de retirada de fondos y de repercusiones negativas indebidas en bancos sanos. En principio, por tanto, en el contexto de una crisis sistémica, las garantías generales que protegen los depósitos de los particulares (y la deuda de los clientes al por menor) pueden ser un componente legítimo de la respuesta de los gobiernos.

Por lo que se refiere a las garantías que exceden de los depósitos de los particulares, la selección de los tipos de deuda y obligaciones cubiertos debe, en la medida de lo posible, centrarse en la fuente específica de dificultades y restringirse a lo que pueda considerarse necesario para hacer frente a los aspectos relevantes de la crisis financiera actual, pues de otro modo podrían retrasar el proceso de ajuste necesario y generar riesgos morales perjudiciales.

En aplicación de este principio, el agotamiento de los préstamos interbancarios debido a la erosión de la confianza entre las instituciones financieras puede también justificar que se garanticen determinados tipos de depósitos interbancarios e incluso títulos de crédito a corto y medio plazo, en la medida en que tales obligaciones no estén protegidas ya adecuadamente a través de acuerdos existentes entre inversores u otros medios.

La extensión de la cobertura de cualquier garantía a otros tipos de deuda, más allá de este ámbito relativamente amplio, requeriría un análisis más profundo de su justificación.

Tales garantías no deben, en principio, incluir deudas subordinadas (capital de nivel 2) o una cobertura indiscriminada de todas las responsabilidades, pues tenderían simplemente a salvaguardar los intereses de los accionistas y de otros inversores de capital de riesgo. Si se cubrieran tales deudas, permitiendo así una expansión del capital y por tanto de las actividades de crédito, podrían ser necesarias restricciones específicas.

La duración y el alcance de cualquier régimen de garantía que vaya más allá de los regímenes de garantía de depósitos de particulares deben limitarse al mínimo necesario.

En aplicación del principio general de las ayudas estatales según el que la cantidad e intensidad de la ayuda deben limitarse al mínimo estricto, los Estados miembros deben tomar medidas adecuadas para garantizar una contribución significativa de los beneficiarios y/o el sector al coste de la garantía y, cuando sea necesario, al coste de la intervención del Estado en caso de que deba recurrirse a la garantía.

El cálculo exacto y la composición de esta contribución depende de las circunstancias particulares. La Comisión considera que una combinación adecuada de alguno o de todos los siguientes elementos satisfaría el requisito de mantener la ayuda al mínimo:

- el régimen de garantía debe basarse individualmente en una remuneración adecuada por parte de las instituciones financieras beneficiarias y/o el sector finan-

ciero en su conjunto. Teniendo en cuenta la dificultad de determinar un tipo de mercado para garantías de esta naturaleza y dimensión, a falta de una referencia comparable, y teniendo en cuenta las dificultades potenciales, en las circunstancias actuales, de que los beneficiarios soporten los importes que podrían cargarse correctamente, los importes cobrados en el ámbito del régimen deben aproximarse lo más posible a lo que podría considerarse un precio de mercado. La introducción de mecanismos adecuados de fijación de precios que reflejen los diversos niveles de riesgo y los distintos perfiles y necesidades de crédito de los beneficiarios constituirá una contribución importante para garantizar el carácter proporcional de la medida,

- si hubiera que activar la garantía, otra contribución importante del sector privado podría consistir en cubrir al menos una parte considerable de las cantidades debidas por la empresa beneficiaria (si continúa existiendo) o por el sector, limitándose la intervención del Estado miembro a los importes que excedan de esta contribución,

- la Comisión es consciente de que los beneficiarios pueden no ser capaces de pagar inmediatamente una remuneración adecuada en su totalidad. Por tanto, para complementar o sustituir parcialmente los elementos anteriores, los Estados miembros podrían introducir una cláusula de recuperación/prosperidad que exija que los beneficiarios paguen una remuneración adicional por la mera prestación de la garantía (en caso de que no haya que activarla) o reembolsen al menos una parte los importes pagados por el Estado miembro con arreglo a la garantía (en caso de que deba recurrirse a ella) tan pronto como estén en condiciones de hacerlo.

Dados los riesgos inherentes de que cualquier régimen de garantía tenga repercusiones negativas en los bancos no beneficiarios, incluidos los de otros Estados miembros, el régimen debe incluir mecanismos adecuados para minimizar tales distorsiones y el abuso potencial de las situaciones preferenciales de los beneficiarios adquiridas mediante la garantía del Estado. Tales salvaguardias, que son también importantes para evitar los riesgos morales, deberían incluir una combinación adecuada de alguno o de todos los elementos siguientes:

- limitaciones en cuanto al comportamiento que garanticen que las instituciones financieras beneficiarias no se dedican a una expansión agresiva aprovechando la garantía, en detrimento de los competidores no cubiertos por tal protección. Esto puede hacerse, por ejemplo, mediante:

- restricciones de la conducta comercial (tales como publicidad que expongan el hecho de que el banco beneficiario es objeto de una garantía), de los precios aplicados o de la expansión de las actividades, por ejemplo a través de la introducción de un límite máximo de cuota de mercado,

- limitaciones al valor del balance de las instituciones beneficiarias en relación con una referencia adecuada [por ejemplo, el Producto Interior Bruto o crecimiento del mercado monetario],

- prohibición de comportamientos irreconciliables con el objetivo de la garantía, como por ejemplo readquisición de participaciones por instituciones financie-

ras beneficiarias o emisión de nuevas opciones de compra de acciones para sus directivos».

La cita puede parecer muy larga pero es imprescindible para captar correctamente los equilibrios que la actual situación exige. El reto de mantener los principios establecidos durante décadas y adaptarlos a las circunstancias de una crisis excepcional requiere adaptaciones particulares y ponderaciones caso por caso.

La Comisión también aborda la delimitación de aquellos supuestos que podrán no considerarse «ayudas estatales» y como tales no estarían sometidos al régimen de control previsto en el TFUE. Como veremos la Comisión siempre establece una fórmula de salvaguardia para reservarse el control en última instancia.

«Al abordar los problemas graves de liquidez de determinadas instituciones financieras, los Estados miembros pueden pretender que los regímenes de garantía o recapitalización vayan acompañados de formas complementarias de ayuda a la liquidez, mediante la concesión de fondos públicos (incluidos fondos del banco central). La Comisión ya ha aclarado que cuando un Estado miembro/banco central reacciona a una crisis bancaria no con medidas selectivas a favor de determinados bancos, sino con medidas generales abiertas a todos los operadores del mercado comparables (por ejemplo, concediendo préstamos a todo el mercado en igualdad de condiciones), estas medidas generales no entran, muchas veces, en el ámbito de las normas en materia de ayudas estatales y no necesitan notificarse a la Comisión. La Comisión considera, por ejemplo, que las actividades de los bancos centrales relacionadas con la política monetaria, como las operaciones de mercado abierto y facilidades permanentes, no se incluyen en las normas sobre ayudas estatales. En determinadas circunstancias, puede también considerarse que la ayuda específica a una determinada institución financiera no constituye ayuda estatal. La Comisión considera que, en este caso, la concesión de fondos del banco central a la institución financiera puede no constituir ayuda si se cumplen varias condiciones, por ejemplo:

- la institución financiera es solvente en el momento de la concesión de liquidez y esta última no forma parte de un paquete de ayuda más amplio,
- la facilidad es objeto de una garantía integral a la que se aplican recortes en la valoración, en función de su calidad y valor de mercado,
- el banco central cobra al beneficiario un tipo de interés penalizador,
- la medida se toma por iniciativa del propio banco central, y no está respaldada por ninguna contragarantía del Estado.

Si se cumplen estos requisitos y la información es lo «más completa posible» y se suministra cuanto antes, la Comisión se compromete a resolver rápidamente puesto que «ha tomado medidas adecuadas para garantizar una adopción rápida de decisiones tras la notificación completa de las medidas, en caso necesario en el plazo de 24 horas y durante un fin de semana».

Nótese la centralidad que adquiere la remuneración de la aportación o «facilidad» y las características y posición del banco central en el ejercicio de la función para que no se den las condiciones que se requieren para adquirir la condición de ayuda estatal.

Siguiendo con la aplicación de los principios de transparencia, igualdad y de seguridad jurídica (o previsibilidad), la Comisión ha publicado unas líneas directrices que tienen como cometido «clarificar el método» (79) empleado para aceptar las ayudas adoptadas por los Estados miembros. Unas ayudas que recordemos se fundamentan en el apartado *b*) del artículo 107.3 TJUE que permite que puedan atribuirse ayudas de estado en caso de perturbación grave de la economía, «ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación». Una base jurídica contestada por aquellos sectores que consideran que esta aproximación ha supuesto tratar a los responsables de la crisis de manera diferente a otros sectores que también han atravesado dificultades en el pasado.

Las ayudas deben permitir el retorno a la viabilidad del sector bancario europeo. Pero en la situación de crisis actual los plazos no siempre son ciertos y previsibles. Los dilemas a los que se enfrenta la Comisión se evidencian en la observación que formula en su última Comunicación. «Aunque el período de reestructuración deberá ser lo más breve posible para restablecer la viabilidad con rapidez, la Comisión tendrá en cuenta las condiciones de la crisis actual y podrá, por tanto, permitir que algunas medidas estructurales se completen a más largo plazo de lo que es habitual, sobre todo para evitar deprimir los mercados mediante la venta forzada. No obstante, la reestructuración deberá ejecutarse lo antes posible y, en cualquier caso, no deberá durar más de cinco años para ser efectiva y permitir una recuperación creíble de la viabilidad del banco reestructurado». Unas consideraciones que llevan a fijar con toda precisión el ámbito temporal de esta política excepcional y como tal necesariamente limitada (80). Aunque la Comisión explicita también que podrá revisar su contenido y duración con arreglo a «la evolución del mercado, la experiencia acumulada en el tratamiento de los asuntos y el primordial interés en mantener la estabilidad financiera».

IV. A MODO DE CONSIDERACIÓN FINAL

El derecho de la competencia debe garantizar el funcionamiento del mercado y restablecer en su caso el mercado cuando esta institución falla en sus cometidos. En la situación de crisis financiera y de crisis económica, los criterios y los instrumentos deben adaptarse a las necesidades para que el derecho pueda continuar cumpliendo su función originaria.

Ello comporta un reexamen, una adecuación de las políticas a la excepcionalidad de la situación. Pero si bien la urgencia (81), en el pasado había legitimado la adopción de medidas extraordinarias, alterando el orden de competencias y los procedimientos, como la figura del reglamento de necesidad (82) ilustra bien, en la

(79) *Vid.* el expresivo y clarificador texto de la nota de prensa de la Comisión, 23 de julio de 2009.

(80) Hasta el 31 de diciembre de 2010.

(81) Sobre la urgencia en el Derecho Público y cómo las circunstancias excepcionales han alterado los mecanismos de toma de decisiones, *vid.* por todos, la obra de referencia de P. L. FRIER, *L'urgence*, París, ed. LGDJ, 1987.

(82) E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (I), Madrid, ed. Civitas, 1981.

actualidad la experiencia adquirida, el saber acumulado permiten que los cambios no deban ser radicales, sino que con adaptaciones, con modulaciones de las reglas generales a los supuestos especiales sea suficiente. Se trata de adaptar los criterios, no de cambiarlos, adecuarlos a los nuevos hechos, no modificarlos. Ahora no ha sido preciso adoptar medidas al margen de la legalidad ordinaria, ni adoptar medidas al margen del orden comunitario de distribución de competencias.

El análisis de las Comunicaciones y de las decisiones de la Comisión (83) pone de relieve que la diversidad de medidas de apoyo, su especificidad, su temporalidad pretenden adecuar lo nuevo a las condiciones y criterios del régimen de ayudas que ya se ha ido sedimentando durante largos períodos, en las crisis anteriores (84) y también en las crisis sectoriales o empresariales (85). En este contexto, el principio de proporcionalidad despliega todas sus potencialidades, suministrando una norma para equilibrar, mesurar el abanico y alcance de las condiciones. Principio de proporcionalidad inscrito en el núcleo del derecho europeo de las ayudas estatales puesto que de lo que se trata es de prohibir los falseamientos indebidos. No se trata de prohibir toda ayuda, toda alteración del mercado, sino sólo aquellos comportamientos que sean desproporcionados, injustificados, irrazonables.

En este contexto de excepción, en el que los poderes públicos –europeos y nacionales– deben actuar con celeridad, con urgencia, el procedimiento es donde más se pueden apreciar cambios significativos. La Comisión afirma en efecto poder resolver muy rápidamente –en veinticuatro horas y durante los fines de semana–. El procedimiento es en este supuesto claramente especial, *ad-hoc*, algunos aspectos del procedimiento de autorización de las ayudas estatales se han alterado ligeramente e incluso el principio de la lengua del destinatario ha sido apartado en determinados casos (86).

En todo caso, dado que no disponemos de jurisprudencia en relación a estas medidas y que las controversias no se han formalizado, sólo transcurrido un cierto tiempo, con la perspectiva suficiente y cuando se disponga de análisis de las distintas medidas adoptadas por los Estados y de sus resultados será posible realizar un juicio más matizado y sobre todo más fundamentado.

Pero si la crisis financiera y económica no ha cuestionado el derecho de la competencia y su centralidad en el derecho constitucional europeo, la tormenta desatada con el agravamiento de la crisis y su persistencia en el tiempo, y muy especialmente con los problemas de la deuda de Grecia han puesto de manifiesto con toda crudeza y realismo que el pacto de Estabilidad y Crecimiento no es suficiente ni adecuado para coordinar las políticas económicas de la zona euro. La constatación de las deficiencias de los instrumentos de coordinación de las políticas económicas y las debilidades que supone la ausencia de un gobierno de la economía europeo ha irrumpido con toda su fuerza en este contexto excepcional de crisis económica global.

(83) Vid. una presentación del primer paquete en el Rapport de la Comisión «Tableau de Bord...», *op. cit.*

(84) Vid. M. CAMELLI (dir.), *Le istituzioni della recessioni*, Bologna, Il Mulino, 1984.

(85) E. MALARET, *El régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, *op. cit.*

(86) Vid. la Decisión de la Comisión Europea de 28 de enero de 2010, sobre las Medidas de recapitalización del sector bancario en España en la que expresamente se indica que «por razones de urgencia y de manera excepcional, España acepta que la decisión sea adoptada en lengua inglesa» y por ello el texto de su versión en castellano recuerda que la traducción no tiene validez oficial.