

# Ayudas de Estado y crisis actual: Orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español

*Abel Estoa Pérez*

Doctor en Derecho

## RESUMEN

Hasta la aparición de la crisis a mediados de 2007, la Comisión centraba sus esfuerzos en reducir y reorientar la ayuda estatal hacia objetivos beneficiosos, como anunció en un Plan de acción en materia de ayudas publicado en 2005. Pero la crisis internacional obligó a la Comisión a replantearse ese Plan, a autorizar un volumen de ayuda pública sin precedentes y a mostrarse flexible y permisiva ante determinadas ayudas de los Estados, en especial al sector bancario. Adicionalmente a las ayudas a tal sector, ha flexibilizado los criterios de autorización de ayudas a empresas, de forma temporal. Como el resto de Estados miembros, España ha adoptado un paquete de medidas para combatir la crisis. En lo que se refiere a las ayudas al sector financiero, el primero que se trata de estabilizar, dichas medidas han consistido en un régimen de avales públicos, la creación de un Fondo de adquisición de activos financieros y de un Fondo de reestructuración ordenada bancaria.

**Palabras clave:** ayudas de Estado, Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo, Fondo de adquisición de activos financieros, Fondo de reestructuración ordenada bancaria.

**Keywords:** State aid, Spanish Plan for the Incentive of the Economy and the Employment, Fund for the acquisition of financial assets, Fund for orderly bank restructuring

## ABSTRACT

Until the 2007 crisis, the efforts of the European Commission were oriented to the granting of less and better targeted aid, as announced in the State aid Action Plan, published in 2005. But the international crisis forced the Commission to reconsider that Plan, to authorize a huge amount of aid, and to be flexible and open to certain types of aid, especially those granted to the banking sector. In addition to the aid to the abovementioned sector, the Commission has developed more flexible criteria for authorizing temporary aid to companies. As the rest of member States, Spain has adopted a regulatory package to face the crisis. With reference to aid destined to the financial sector, the priority in this moment, those measures consisted on a Liquidity scheme for the financial sector, a Fund for the acquisition of financial assets, and a Fund for orderly bank restructuring.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. RELECTURA DEL CONCEPTO Y LAS CLASES DE AYUDAS DE ESTADO DEBIDO A LA CRISIS—A) *Relectura del concepto de ayuda de estado*—B) *Relectura de las categorías de ayudas*
  - III. POLÍTICA SOBRE AYUDAS DE ESTADO Y CRISIS INTERNACIONAL—A) *Medidas de la comisión europea*—1. Consideraciones generales: El Plan de recuperación—2. Medidas destinadas al sector financiero—3. Inversión inteligente: El Marco Temporal—4. Mejoras procedimentales: El paquete de simplificación—B) *Medidas de España ante la crisis financiera*—1. Régimen de avales para entidades de crédito—2. Fondo de adquisición de activos financieros—3. Fondo de reestructuración ordenada bancaria
  - IV. CONCLUSIONES
-

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza la intervención pública mediante ayudas de Estado en la crisis internacional surgida en 2007. Distinguimos las orientaciones generales establecidas por la Comisión Europea sobre el otorgamiento de ayudas por los Estados y las medidas adoptadas por España con relación al sector bancario.

Ese análisis viene precedido de sendos apartados sobre el nuevo enfoque que, motivado por la crisis, viene adoptando la Comisión con relación al concepto de ayuda de Estado y a la compatibilidad de algunas de ellas con el mercado común. Son estos últimos apartados introductorios, aunque están conectados con el resto del trabajo.

El artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contiene los elementos que configuran una ayuda de Estado<sup>1</sup>. Dichos elementos están siendo objeto de una nueva lectura por parte de la Comisión, debido a la crisis. También nos ocupamos de la nueva consideración que, por razón de la crisis, merecen a dicha Institución ciertas categorías de ayudas.

Los siguientes apartados se ocupan ya específicamente de la intervención pública ante la actual crisis internacional. En este punto hacemos en las líneas siguientes alguna precisión sobre el objeto de este trabajo.

En el ámbito comunitario, nos centramos en la actividad de la Comisión Europea, dejando a un lado la intervención de otras Instituciones que también tienen un papel relevante en la crisis (Banco Central Europeo, etc.). Tal enfoque se debe a que la Comisión Europea es la principal protagonista en materia de ayudas de Estado. Para analizar la intervención de la Comisión acudimos a los distintos textos que sucesivamente ha ido adoptando a fin de dotar de transparencia al uso de su discrecionalidad en el examen de las ayudas estatales destinadas a combatir la crisis. A través de tales orientaciones la Comisión pretende que las medidas adoptadas por los Estados tengan una cierta coherencia. Hemos clasificado dichos textos en varios bloques:

\* El primero está integrado por un documento general, contexto de todas las medidas (el Plan de recuperación), aunque no centrado específicamente en las ayudas de Estado.

<sup>1</sup> Resultante del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, en vigor desde 1 de diciembre de 2009 (DO C 306, de 7 de diciembre de 2007, p. 1).

\* Los textos más importantes se dedican al sector bancario. Sobre tal sector la Comisión ha publicado cuatro comunicaciones que versan sobre ayudas a bancos, en sentido general, y sobre ayudas concedidas en forma de recapitalización, mediante la adquisición de activos deteriorados, así como sobre la evaluación de las medidas para la reestructuración del sector financiero.

\* El Marco temporal aplicable durante la crisis es una adaptación a los tiempos de crisis de la política sobre ayudas de Estado. A través del mismo se pretende incentivar el consumo en la economía real.

\* Junto a las anteriores medidas de carácter material, la Comisión ha renovado las normas procedimentales sobre ayudas de Estado. Considera que la situación de crisis requiere procedimientos más ágiles, y también la colaboración de los órganos jurisdiccionales nacionales, que tienen ciertas competencias en la materia.

Por lo que respecta a la intervención de España ante la crisis, nos centramos en las ayudas destinadas al sector bancario de las previstas en el Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (o Plan E). Como no puede ser de otro modo, dichas medidas se analizan a partir de los criterios básicos establecidos desde Bruselas. Consiste ese análisis en señalar en qué medida España se ha ajustado a los criterios establecidos por la Comisión. Y apuntamos también posibles debilidades de tales medidas ante el examen que la Comisión deba hacer respecto de las medidas pendientes de aprobación. Las intervenciones a las que nos vamos a referir son éstas:

\* La aprobación de un régimen de avales para entidades de crédito.

\* La creación de un Fondo de adquisición de activos financieros (o FAAF).

\* Y la que tal vez sea la medida estrella hasta el momento: la constitución de un Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (el llamado FROB).

El enfoque del trabajo es esencialmente jurídico, y centrado en las particularidades propias de las ayudas de Estado. Quedan al margen consideraciones sobre oportunidad política de las medidas o su análisis desde el punto de vista económico o financiero. Asimismo, el trabajo es fundamentalmente descriptivo. Se trata más bien de un resumen de las orientaciones de la Comisión y de la actuación de España en ejercicio de sus respectivas competencias en materia de ayudas.

Expuesto preliminarmente el contenido del trabajo, pasamos a desarrollarlo en los apartados ya señalados: la relectura del concepto y los tipos de ayuda de Estado, así como la intervención a través de ayudas ante la crisis mundial.

## **II. RELECTURA DEL CONCEPTO Y LAS CLASES DE AYUDAS DE ESTADO DEBIDO A LA CRISIS**

Como es sabido, la concesión de incentivos económicos mediante ayudas o subvenciones se encuadra en la llamada actividad de fomento de la Adminis-

tración Pública<sup>2</sup>. Las ayudas pueden otorgarse de forma indirecta, cuando no suponen un desembolso directo de fondos del Estado (ayudas fiscales, por ejemplo), o de forma directa, si consisten en una salida de fondos a favor de un particular, siendo las subvenciones el caso más significativo. El término ayuda de Estado, de origen comunitario, comprende las medidas tanto directas como indirectas. En ese sentido, tiene un alcance más amplio que la subvención. Sin embargo, su alcance es más limitado en cuanto la ayuda estatal tiene por destinatarios a las empresas, mientras las subvenciones pueden destinarse tanto a empresas como a particulares<sup>3</sup>.

La jurisprudencia comunitaria realiza una interpretación amplia del concepto de ayuda de Estado. Por eso casi cualquier ayuda de una Administración española a una empresa estará sujeta a la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado<sup>4</sup>. En los siguientes apartados analizamos el artículo 107 del TFUE, que contiene la definición y las categorías de ayudas de Estado. En tal análisis prestamos atención al nuevo enfoque motivado por la crisis.

### A) Relectura del concepto de ayuda de Estado

En principio, los Estados deben notificar previamente a la Comisión Europea toda medida que implique una transferencia directa o indirecta de fondos a una empresa<sup>5</sup>. Si la medida reviste las condiciones del artículo 107.1, citado, se considerará una ayuda de Estado<sup>6</sup>. Según reiterada jurisprudencia, las notas que caracterizan a las ayudas de Estado son las siguientes:

<sup>2</sup> Una detallada explicación de la evolución histórica y la finalidad de dicha actividad figura, por ejemplo, en Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, 1995, p. 448 y ss.

<sup>3</sup> El Gobierno español ha aprobado el otorgamiento de subvenciones en el contexto de la crisis. Cabe citar el llamado «Plan 2000E». Se trata de ayudas directas de hasta 2.000 euros para la adquisición de un vehículo por parte de particulares, autónomos o PYME. La ayuda está destinada a incentivar la demanda de vehículos y a fomentar el cambio de vehículos antiguos por otros menos contaminantes (véase la Web <http://www.plan2000e.com>).

<sup>4</sup> Entre las excepciones figuran las ayudas *de minimis*. Son aquellas de hasta 200.000 euros durante tres ejercicios fiscales. Tal cuantía se considera que no tiene entidad suficiente para calificar la medida como ayuda de Estado. Se regulan en el Reglamento (CE) n.º 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (DO L 379 de 28 de diciembre de 2006, p. 5). Al respecto, puede consultarse a ESTOA PÉREZ, A., «Las ayudas *de minimis* en el Derecho comunitario. Comentario al Reglamento (CE) n.º 1998/2006», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, mayo/agosto 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>5</sup> En nuestro caso, el deber de notificación recae en el Estado central, aunque la ayuda sea autonómica, lo cual no está exento de problemas (ESTOA PÉREZ, A., «Razones para la revisión de los procedimientos españoles de notificación de ayudas estatales», *Revista Española de Derecho Europeo*, Civitas, núm. 25).

<sup>6</sup> La ayuda estatal puede consistir en ayuda individual o en un régimen de ayudas. A tenor del Reglamento CE n.º 659/1999 (artículo 1), es un régimen de ayudas: «*el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o*

\* Suponen la transmisión de fondos públicos o la renuncia a los mismos. Si los fondos proceden de entidades con personalidad y patrimonio propios controladas por el Estado (caso del FROB) debe acreditarse que la decisión de otorgarlos fue imputable al Estado<sup>7</sup>.

\* Conceden a las empresas una ventaja de la que no disfrutarían en condiciones normales de mercado. En cambio, cuando el Estado actúa del mismo modo que lo haría un inversor privado debe descartarse la existencia de ayuda. Se trata del llamado «criterio del inversor privado»<sup>8</sup>.

\* Son selectivas, pues favorecen a determinadas empresas, y no a todas con carácter general. En eso se diferencian de las medidas generales de política económica, fiscal o social del Estado<sup>9</sup>. El criterio más empleado por la Comisión Europea para analizar la selectividad es el de los beneficiarios de la ayuda. Desde ese punto de vista, podrían ser selectivas las medidas que beneficien a empresas de ciertos sectores, sólo a las empresas de una determinada clase (PYME, etc.), o a las empresas de una región concreta<sup>10</sup>. Toda ayuda selectiva, por definición, no podrá considerarse una medida general.

\* Afectan a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados, efectos que se presumen implícitos en toda ayuda.

*varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado». Y la ayuda es aquella «que no se concede en virtud de un régimen de ayudas y la ayuda concedida con arreglo a un régimen de ayudas pero que debe notificarse».*

<sup>7</sup> Por ejemplo, Sentencia de 5 de abril de 2006, *Deutsche Bahn* (T-351/02, Rec. 2002, p. II-1047, apartado 101). Cuando ello no esté claro se deberá recurrir a indicios (Sentencia de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión* (C-482/99, Rec. 2002, p. I-4397, apartado 55).

<sup>8</sup> Los Tribunales también se han referido también al inversor normal, racional, perspicaz (Sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Air France/Comisión*, T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 110) o prudente (Sentencia de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión*, C-482/99, Rec. 1999, p. I-4397, apartado 30). Al respecto del criterio del inversor privado en la participación pública en el capital de las empresas puede consultarse a RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A., «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado», *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, nº 221, septiembre/octubre de 2002, páginas 61 y 62.

<sup>9</sup> Según el apartado 237 del Informe sobre Política de la Competencia correspondiente a 1999 las medidas generales: «Repercuten sobre varios sectores, son igualmente aplicables en el conjunto del territorio nacional y tienen por objeto favorecer al conjunto de la economía».

<sup>10</sup> Aunque esto último requiere una precisión. El Tribunal de Justicia ha declarado que el ámbito de análisis de una medida fiscal adoptada por un ente autónomo es exclusivamente el territorio de ese ente, sin comparación con el resto del Estado cuando: (i) dicho ente disponga de competencia para adoptar esa medida, con independencia de los órganos del Estado central y; (ii) si asume las consecuencias de tal medida, de forma que los efectos financieros de su decisión no puedan compensarse con ayudas del Estado central o de otras regiones. Si no se cumplen esos requisitos, el ámbito de análisis debe ser el conjunto del Estado, y si las disposiciones fiscales de esa entidad son más beneficiosas que el sistema impositivo general del Estado, la medida será selectiva y podrá calificarse como ayuda (Sentencia de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, Rec. 2006, p. I-7115).

Corresponde a la Comisión analizar los criterios anteriores. Pero sucede que dicho análisis puede haber experimentado cambios debido a la crisis. A título de ejemplo mencionamos la Decisión en el asunto *Northern Rock*, una de las primeras entidades afectadas por la crisis<sup>11</sup>. Las consideraciones que contiene sobre la existencia de una ayuda no deben pasarse por alto.

En dicha Decisión la Comisión determinó que algunas de las medidas del Banco Central de Inglaterra destinadas a ayudar a dicha entidad no encajaban en el concepto de ayuda de Estado. Pero tal examen parece haberse hecho al margen de los requisitos del artículo 107.1 del TFUE. La Decisión de la Comisión tiene un cierto tono voluntarista.

La decisión menciona ciertas ayudas adoptadas por el Estado en septiembre de 2007 destinadas a proporcionar liquidez a la entidad bancaria en cuestión. Esto se hizo, dice la Comisión, en un momento en que dicha entidad era solvente (apartado 32), y ello pese a que *Northern Rock* había fracasado en su propósito de restablecer su situación económica adquiriendo financiación en el mercado, sin intervención pública. Existía, en consecuencia, un riesgo de que el Banco debiese ser intervenido (apartados 5 a 7). En esa tesitura, el Banco Central de Inglaterra proporcionó a *Northern Rock* asistencia en forma de liquidez (apartado 9).

Pues bien, tal medida, a diferencia de otras posteriores al mismo banco, no se consideró una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE. En esencia, dijo la Comisión, ello se debía a que la institución era solvente, a que el Banco Central cobró un tipo de interés penalizador al beneficiario, y a que la iniciativa en la medida procedía del Banco Central.

Ningún análisis realiza la Comisión sobre el origen estatal de los fondos, la ventaja, la selectividad o la distorsión de la competencia. En definitiva, parece que la Comisión actuó en este caso con una flexibilidad excesiva. Ni siquiera la crisis que se avecinaba parecía aconsejar un análisis tan laxo.

## **B) Relectura de las categorías de ayudas**

La crisis ha cambiado el escenario del control de las ayudas estatales. Los cambios son perceptibles tanto en la nueva opinión que merecen a la Comisión determinadas categorías de ayudas, como en el procedimiento de control de las mismas.

Tradicionalmente la Comisión ha tenido una opinión desfavorable sobre ciertas clases de ayudas. Sucede con las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis que, en opinión de dicha Institución, son de las

<sup>11</sup> Decisión sobre la ayuda a *Northern Rock* (DO C 43 de 16 de febrero de 2008, p. 1), y Carta al Reino Unido de 5 de diciembre de 2007 ([http://www.ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/](http://www.ec.europa.eu/community_law/state_aids/)). En octubre de 2009 la Comisión aprobó con condiciones un plan de reestructuración de esa misma entidad presentado por las autoridades británicas (véase la nota de prensa IP/09/1600, disponible en la página Web de la Unión Europea: <http://www.europa.eu>).

que más afectan a la competencia. Por ello, las ha venido considerando excepcionales, y las examina caso por caso con arreglo a unas Directrices específicas<sup>12</sup>. Pero su percepción sobre las mismas ha cambiado con la crisis. De hecho, en los comienzos de la crisis acudió a las citadas Directrices para evaluar la ayuda al sector bancario que los Estados comenzaron a someter a su aprobación. En definitiva, la Comisión se vio forzada a admitir el uso común de tal instrumento excepcional.

A la Comisión tampoco le gustan las ayudas a sectores específicos (al carbón, al sector automovilístico, etc.). Considera que no permiten superar deficiencias del mercado. Sobra decir que en el caso de las ayudas al sector financiero, a día de hoy, la Comisión está replanteándose sus gustos.

El apartado b) del artículo 107.3 del Tratado de Funcionamiento se refiere, entre otras, a las ayudas para remediar una perturbación grave en un Estado. Dicho apartado ha pasado de tener un papel residual a constituir la base jurídica de muchas ayudas al sector bancario, dada la gravedad de la situación económica.

En general los Estados deben notificar a la Comisión la nueva ayuda que pretendan conceder. Desde el punto de vista procedimental, tal ayuda se somete al procedimiento de control de ayudas notificadas. La nueva ayuda no notificada (o la otorgada durante el procedimiento sobre ayudas notificadas sin esperar a que recaiga la autorización) se considera una ayuda ilegal, la cual cuenta también con un procedimiento específico<sup>13</sup>.

El examen de la ayuda notificada cuenta con dos fases: una examen previo y otra de investigación formal. Pero en un documento que analizaremos, sobre buenas prácticas en materia de ayudas, la Comisión pretende variar levemente este esquema. El documento, sin valor normativo, invita a los Estados a mantener contactos con la Comisión previos a la notificación de la ayuda. Quiere la Comisión instalar un clima de colaboración permanente y comunicación con los Estados para aligerar la carga de trabajo que pesa sobre ella. Si, tras el examen previo (posterior a esos contactos preliminares), la Comisión tiene dudas sobre la compatibilidad de la medida, iniciará la investigación formal, análisis más detenido. La decisión que ponga fin al procedimiento declarará que la medida no es ayuda; que es compatible (decisión positiva); que es compatible con condiciones (decisión condicional); o que se trata de una ayuda incompatible (decisión negativa).

<sup>12</sup> Directrices aplicables a las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DO C 244, de 1 de octubre de 2004, p. 2), prorrogadas recientemente (DO C 157, de 10 de julio de 2009, p. 1).

<sup>13</sup> Además de en el artículo 108 del Tratado, la ayuda ilegal se regula en el Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 083, de 27 de marzo de 1999, p. 1), y Reglamento (CE) n.º 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del anterior. Dejamos a un lado las ayudas existentes y abusivas, categorías que no son pertinentes a efectos de este trabajo.

La Comisión podrá iniciar el procedimiento sobre ayudas ilegales en cuanto tenga noticia de una presunta ayuda de tal tipo. Una ayuda no autorizada es ilegal, con independencia de que sea o no compatible con el mercado común. Es decir, la ayuda no notificada puede autorizarse tras su examen. Pero una decisión negativa ordenará que se recupere la ayuda mediante procedimientos de derecho interno de los Estados<sup>14</sup>. Las tres ayudas de España que analizamos posteriormente son ilegales. Dada la situación de crisis la Comisión no concedió mayor importancia a la ilegalidad, autorizando las dos que le fueron sometidas, si bien tardíamente, para su autorización. La ilegalidad de las ayudas se contempla en estos días con menos rigor.

### III. POLÍTICA SOBRE AYUDAS DE ESTADO Y CRISIS INTERNACIONAL

En 2005 la Comisión inició una profunda reforma de la política sobre ayudas de Estado<sup>15</sup>. El objetivo de la reforma era reducir la ayuda estatal y seleccionar mejor sus objetivos, como plasmó el Plan de acción que la Comisión elaboró al efecto<sup>16</sup>.

Sucedó que a mediados de 2007, cuando ese Plan estaba en plena ejecución, se inició la crisis financiera que desembocó en la actual crisis mundial. Desde ese momento, la política comunitaria sobre ayudas de Estado pasó de tener un papel relativamente modesto dentro de la política de competencia, a ser determinante. Y su importancia se incrementó a mediados de septiembre de 2008, con ocasión del agravamiento de la crisis, cuyo detonante fue la quiebra de *Lehmann Brothers*. Desde el principio, la reacción de los Estados miembros ante la crisis financiera fue la inyección de liquidez en las entidades amenazadas, medida sobre cuyo acierto existe un cierto consenso<sup>17</sup>. El efecto sobre el Plan de acción fue demoledor: del propósito ini-

<sup>14</sup> La devolución debe hacerse con intereses. Entre la doctrina GARCÍA-TREVIJANO GARNICA considera que toda ayuda ilegal, aunque la misma resulte más tarde autorizada, debería devengar intereses, para incentivar el cumplimiento del artículo 108.3 (*Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*, Civitas, Madrid, 2002, página 110).

<sup>15</sup> Dicha reforma tiene origen en la llamada Estrategia de Lisboa, establecida en el Consejo Europeo celebrado en dicha ciudad el 23 y 24 de marzo de 2000, y relanzada por la Comisión en 2005. Uno de los objetivos que resultaron de tal Consejo fue «reducir el nivel general de las ayudas estatales, haciendo hincapié no ya en apoyar empresas o sectores individuales, sino en la consecución de objetivos horizontales de interés comunitario, como el empleo, el desarrollo regional, el medio ambiente y la formación o investigación».

<sup>16</sup> «Plan de acción de ayudas estatales. Menos ayudas con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009». Puede localizarse en: [http://www.ec.europa.eu/comm/competition/state\\_aid/reform/saap\\_es.pdf](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/reform/saap_es.pdf).

<sup>17</sup> Por todos, KRUGMAN, P., *El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual*, Crítica, 2009, p. 24. El autor recuerda que una explicación generalizada entre los economistas a la Gran Depresión de la década de los años 30 del siglo pasado fue el hundimiento del sistema financiero ante la pasividad de la Administración: «En la actualidad toda la gama de economistas [...] coincide en que la Gran Depresión se produjo por un colapso de la demanda efectiva y que la Reserva Federal tenía que haber combatido la depresión con grandes inyecciones de dinero».

cial de reducir la ayuda estatal se pasó a comprometer un volumen de ayuda sin precedentes en la historia de la Comunidad/Unión Europea<sup>18</sup>.

Mediante el rescate de instituciones financieras amenazadas se pretende evitar que la crisis del sistema financiero traslade sus efectos a la economía real<sup>19</sup>. Pero los hechos demuestran que dicho rescate es insuficiente para impedir que avance la crisis. En esa tesitura, la política sobre ayudas de Estado, centrada al principio de la crisis en el sector bancario, debe ahora prestar atención a otros sectores cuyas empresas reciben ayuda (industria del automóvil, etc.).

Le preocupa a la Comisión que la crisis propicie medidas nacionalistas que dañen la unidad de Europa. Por eso apela en sus textos a una intervención coordinada de los Estados. Pero es difícil pensar que esos buenos propósitos vayan a traducirse sin excepción en acciones coordinadas que obedezcan a directrices comunitarias. En suma, pese a los esfuerzos de la Comisión y del resto de la Administración comunitaria, parece no existir un consenso absoluto sobre cuál sea el mejor modo de superar la crisis<sup>20</sup>.

Vamos a analizar en primer lugar la actuación de la Comisión Europea con relación a la crisis para, a continuación, ocuparnos de las medidas adoptadas por el Gobierno español.

### A) Medidas de la Comisión Europea

La Comisión Europea es la Institución responsable de la política de ayudas de Estado. Por eso nos fijamos especialmente en ella. Este apartado describe los criterios establecidos por la Comisión en relación con ayudas frente a la crisis. Tras un apartado general (1), analizamos varios textos que agrupamos en estos bloques: (2) ayuda a entidades financieras; (3) marco temporal de ayudas a la financiación; y (4) simplificación de procedimientos<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Un resumen de los asuntos a que ha tenido que atender la Comisión debido a la crisis puede consultarse en el siguiente documento disponible en la página Web de dicha Institución: «State aid: Overviews of national measures adopted as response to the financial/economic crisis (MEMO/09/564, 17 de diciembre de 2009).

<sup>19</sup> Así lo afirmaba en un discurso pronunciado el 6 de octubre de 2008 ante el Parlamento Europeo, Neelie KROES, comisaria comunitaria de competencia (KROES, N., «Dealing with the current financial crisis», Economic and Monetary Affairs Committee, European Parliament: «We are acting to approve rescue measures for banks very quickly, in order to protect financial stability and avoid spill-over effects on the rest of the economy»).

<sup>20</sup> Por citar sólo algunos ejemplos, EL MUNDO, en su edición de 25 de noviembre de 2008, titula: «Europa dividida en el callejón de la crisis». CINCO DÍAS informa el 2 de marzo de 2009 de que «La cumbre de la UE contra la crisis acentúa la fisura del club». EL PAÍS, en su edición de 6 de junio de 2009, titula «La crisis alienta el nacionalismo económico en la Unión Europea».

<sup>21</sup> La página Web de la Comisión Europea contiene información actualizada sobre todos los casos de ayuda estatal examinados por dicha Institución a fecha 29 de junio de 2009, la de la última actualización (<http://www.ec.europa.eu>, apartados 'Competition', 'Financial services').

1. *Consideraciones generales: El Plan de recuperación*

Cuando los mercados financieros europeos se vieron afectados por la crisis de las hipotecas *sub-prime* estadounidenses, la Comisión Europea reaccionó aplicando las citadas Directrices de salvamento y reestructuración de empresas en crisis a las ayudas que los Estados empezaron a conceder<sup>22</sup>.

Pero en 2008 la situación económica experimentaba ya un considerable deterioro, y esas Directrices devinieron insuficientes. Era necesario establecer unas líneas maestras de actuación. Así lo hizo la Comisión en la Comunicación «Un Plan Europeo de recuperación económica»<sup>23</sup>. Aunque no es un documento específico sobre ayudas, contiene indicaciones aplicables a las mismas. Y lo cierto es que supone una corrección tácita al anterior Plan de acción en materia de ayudas estatales de 2005.

El Plan de recuperación consta, en esencia, de dos pilares. El primero es una inyección masiva de poder adquisitivo en la economía, en particular en el sector bancario, con objeto de estimular la demanda y generar confianza. El otro consiste en orientar el gasto hacia inversiones consideradas «inteligentes» (tecnologías limpias, infraestructuras, etc.).

De ello pueden extraerse unas conclusiones preliminares. Una primera es que la Comisión no ha perdido la fe en la libre competencia y en el mercado. Sigue pensando que un mercado competitivo garantiza un mejor nivel de vida para los ciudadanos de la Unión Europea<sup>24</sup>. Aunque no se conciba un cambio radical del modelo económico, la crisis exige reinterpretar el papel de la Administración en la economía. Las empresas, sin ayuda pública, no podrán superar la crisis. Pero la ayuda debe otorgarse de forma coordinada, para evitar una carrera de subvenciones contraria al mercado único. Además se pretende reafirmar el modelo económico con base en principios más sólidos que permitan un crecimiento sostenible desde el punto de vista medioambiental.

Un cierto número de medidas se refieren al sector bancario, el primero que se debe estabilizar por su importancia estratégica en la economía. A tal fin la Comisión ha emitido cuatro Comunicaciones que analizaremos. El siguiente paso, dotado el sistema bancario de liquidez, es estimular el consumo. Para

<sup>22</sup> Una narración pormenorizada de la actuación de la Comisión Europea ante la crisis puede leerse en la última edición del Marcador de ayudas estatales actualizado la primavera de 2009 (disponible, por ahora, sólo en lengua inglesa): «State aid scoreboard. Spring 2009 update. Special edition on State aid interventions in the current financial and economic crisis», de 8 de abril de 2009.

<sup>23</sup> Comunicación adoptada el 26 de noviembre de 2008.

<sup>24</sup> El primer objetivo del Plan de Recuperación es «*estimular la demanda con celeridad*». En la misma línea Neelie KROES señala que cualquier recesión será más corta y menos profunda si aseguramos el buen funcionamiento del mercado único. Un mercado único competitivo, y las reglas de competencia en que se basa, proporciona empleo y prosperidad y protege los intereses de los ciudadanos. Las reglas de la competencia funcionan, y son todavía más importantes en tiempos de dificultad económica («The State Aid Action Plan: a roadmap for reform and recovery», 21 de noviembre de 2008, SPEECH/08/634).

ello la Comisión ha diseñado un marco temporal de ayudas que permita a las empresas, especialmente a las PYME, disponer de financiación. Por último, la Comisión ha culminado, de forma oportuna, un paquete de simplificación de procedimientos en materia de ayudas estatales.

Respecto de la reorientación del gasto hacia nuevas inversiones destaca la inversión en energías limpias. Se pretende acelerar la transición hacia una economía con bajo nivel de emisiones de carbono. Así Europa estará en condiciones de aplicar su estrategia de «*lucha contra el cambio climático y fomento de la seguridad energética*», en particular, reduciendo la dependencia energética del exterior<sup>25</sup>. También en materia energética se pretende aumentar la inversión en la interconexión de los sistemas eléctricos de los Estados. Hoy día no existe un verdadero mercado interior de la electricidad, en parte por la deficiente interconexión. Ello es relevante para España, dado su aislamiento geográfico del resto de la Europa continental<sup>26</sup>.

Las medidas dirigidas al sector energético pueden ayudar a superar la crisis. De un lado, el sector ofrece oportunidades de puestos de trabajo asociados a energías renovables<sup>27</sup>. De otro lado, y en cierto modo como consecuencia de la inversión en energías renovables, podrá reducirse la dependencia de fuentes fósiles de energía. Es sabido que los costes económicos, y de otro tipo, de la dependencia energética de la Unión Europea son altos<sup>28</sup>.

Lo anterior invita a pensar que la Comisión tendrá una buena predisposición hacia ayudas destinadas a entidades financieras, especialmente si dichas entidades son solventes. Parece que la Comisión tendrá también una buena predisposición respecto de ayudas dirigidas a proyectos vinculados con el uso de energías renovables y con la mejora de la protección del medio ambiente en general. Es precisamente tal orientación la que se ha dado a unas ayudas al sector automovilístico concedidas por España, y aprobadas por la Comisión<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> En diciembre de 2008 la Unión Europea adoptó una política integrada de cambio climático y energía con el objetivo de reducir un 20% las emisiones de gases de efecto invernadero, reducir un 20% el consumo de energía mejorando el rendimiento energético y conseguir atender el 20% de nuestras necesidades energéticas con energías renovables, todo ello para 2020. En el Diario Oficial L 140, de 5 de junio de 2009, se han publicado diversas Directivas objeto del paquete de medidas de la UE sobre cambio climático y energía.

<sup>26</sup> Para más detalles sobre la trascendencia de las interconexiones eléctricas en la formación del mercado interior de la electricidad puede consultarse a ESTOA PÉREZ, A., «Los intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad», en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético*, Iustel, 2009, p. 493.

<sup>27</sup> Algo así parece resultar de la Comunicación de la Comisión «De la crisis financiera a la recuperación: Un marco europeo de acción», 29 de octubre de 2008 [Com (2008) 706 final], pues se considera una posible medida frente a la crisis «*estimular la eficiencia energética y la tecnología verde... que brinden nuevas oportunidades a la economía*».

<sup>28</sup> Es elocuente este titular de ABC de 5 de marzo de 2009: «*La guerra de poder en Ucrania pone en peligro el suministro de gas ruso a la UE*».

<sup>29</sup> Véase la autorización a la ayuda N140/2009 «Plan de competitividad del Sector automoción. Actuaciones para la inversión destinada a la producción de productos más respe-

## 2. Medidas destinadas al sector financiero

El primer bloque de medidas que vamos a analizar son las destinadas al sector financiero. Fueron las primeras, pues la estabilidad de tal sector es decisiva. Se trata de la Comunicación bancaria, la Comunicación sobre recapitalización, una Comunicación sobre el tratamiento de activos tóxicos y una cuarta Comunicación sobre medidas de reestructuración en el sector financiero.

### a) Comunicación bancaria

En octubre de 2008 la Comisión publicó el primer texto dirigido a combatir la crisis mediante ayudas a entidades financieras (o «bancos», por simplificar)<sup>30</sup>. Nos referiremos a ese texto como la Comunicación bancaria. Su objetivo es proporcionar orientación sobre los criterios que seguirá la Comisión al autorizar ayudas a bancos. Esas ayudas podrán ampararse en los artículos 107.3.c y 107.3.b del TFUE, en este último caso mientras la situación de crisis lo justifique<sup>31</sup>.

La Comisión distingue entre bancos sólidos cuyos problemas son exógenos (la crisis) de otros cuyos problemas son endógenos (la mala gestión). El caso de estos últimos debe tratarse mediante ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, previéndose medidas compensatorias (sobre todo la reestructuración) que limiten la distorsión de la competencia. Es sabido que la Comisión recela de las ayudas de salvamento y reestructuración. Considera que son las que más afectan a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados, aunque se haya visto forzada a su aplicación sistemática debido a la crisis.

La valoración de una ayuda pública al sector bancario se basa en tres criterios generales: debe ser apropiada (bien dirigida), necesaria (en tiempo y cuantía) y proporcionada (para limitar en lo posible el falseamiento de la competencia). La Comunicación plasma dichos criterios generales en ciertos principios que deben respetar las ayudas a bancos. Son, en resumen, los siguientes:

\* La ayuda debe otorgarse sin discriminación por razón de la nacionalidad.

tuosos con el medio ambiente» (DO C 146, de 26 de junio de 2009, p. 2), así como el comunicado de prensa de la Comisión de 30 de marzo de 2009 (IP/09/499): «La Comisión aprueba un régimen temporal español para apoyar la producción de vehículos ecológicos».

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión sobre 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 (DO C 270, de 25 de octubre de 2008, p. 8).

<sup>31</sup> Como ya dijimos, el artículo 87.3.b permite autorizar ayudas para «poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro». La letra c) del mismo artículo se refiere a las ayudas «destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común».

- \* La duración de la ayuda será la menor posible, pues no es el remedio a los problemas estructurales de los mercados financieros.
- \* La ayuda se limitará al mínimo estricto necesario.
- \* El sector privado deberá contribuir de forma significativa.
- \* Debe prevenirse el falseamiento indebido de la competencia y, en particular, evitarse que el respaldo público favorezca el riesgo moral<sup>32</sup>.
- \* Debe hacerse un seguimiento y eventual ajuste de las medidas adoptadas.

Dichos principios podrán aplicarse a ayudas concedidas de distintas formas, como se explica a continuación:

a) Podrán concederse garantías públicas que cubran las responsabilidades de los bancos. El principal de esos pasivos son los depósitos bancarios, para tranquilizar a sus titulares<sup>33</sup>. La garantía a otros pasivos distintos requerirá un estudio más detallado, en especial para evitar riesgos morales. A falta de un precio de mercado, que no existe en una operación de estas dimensiones, la garantía estatal debe remunerarse con un precio lo más parecido posible al de mercado. La Comunicación parece seguir la jurisprudencia *Chronopost*<sup>34</sup>. Caso de activarse la garantía, esa medida de salvamento, que supone una ayuda adicional a la propia garantía, debe ir seguida de un plan de reestructuración o liquidación del banco, que la Comisión analizará por separado, y que se analizará con base a una Comunicación de la que enseguida nos ocupamos.

<sup>32</sup> Paul KRUGMAN define el riesgo moral de modo gráfico (op. cit., p. 67 y 68): «Viene a referirse a cualquier situación en la que una persona decide el volumen de riesgo que quiere asumir, mientras otra soporta el coste si las cosas van mal». O sea, dice KRUGMAN: si gano, gano yo, y si pierdo, pierdes tú. El riesgo moral consistiría aquí en que el respaldo estatal fomentase estrategias arriesgadas de los bancos ayudados.

<sup>33</sup> Recordemos que la Gran Depresión de la década de 1930, con la cual los paralelismos son inevitables, tuvo origen en un pánico bancario sucedido en 1930 y 1931. En España la garantía del Fondo de Garantía de Depósitos está fijada en 100.000 euros por titular y entidad, cantidad dispuesta por el Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre, por el que se fijan los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

<sup>34</sup> En dicho asunto el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que no puede calcularse la remuneración de una determinada ayuda estatal por comparación con el mercado cuando dicha ayuda esté fuera de mercado, como aquí sucede (Sentencia de 3 de julio de 2003, *Chronopost*, C-83, 93 y 94/01 P, Rec. 2003, p. I-6993, apartados 33 y ss.). La empresa pública que prestaba el servicio universal de correos concedió a una filial de derecho privado la ayuda estatal consistente en poner a su servicio la red postal a cambio de una remuneración. La Comisión comparó tal remuneración con el precio que supuestamente exigiría un operador privado. El Tribunal declaró que la red postal no se ejecuta con un propósito comercial, pues debe llegar incluso a aquellos lugares en los que no se cubran los costes. No tiene sentido comercial para un operador privado crear una red de este tipo y, por tanto, no existía equivalente en el mercado a la medida adoptada por el Estado.

b) Otra medida consiste en la recapitalización de bancos sólidos que puedan verse afectados por la crisis. A la recapitalización dedicó la Comisión una Comunicación a cuyos comentarios nos remitimos.

c) La liquidación controlada puede tener que aplicarse, como segunda fase, cuando tras una ayuda de salvamento el banco no puede reestructurarse con éxito.

d) Pueden darse otras formas de ayuda a la liquidez. Cuando las medidas no estén destinadas «a determinados bancos» sino «a todos los operadores del mercado comparables», no estaremos ante una ayuda, sino ante una medida general. Queda por aclarar cuál es el sentido que la Comisión dará a la expresión «todos los operadores comparables». En principio debería descartarse que se esté abriendo la puerta a considerar que las medidas al sector bancario (y sólo a ese sector) sean medidas generales si están disponibles para todos los bancos establecidos en el territorio del Estado. La Comisión ha dicho reiteradamente que las medidas generales deben estar abiertas a todas las empresas de un territorio (y no a todas las de un sector)<sup>35</sup>. Si ahora dijese otra cosa, entraría en contradicción con la jurisprudencia comunitaria<sup>36</sup>. Como dijimos al analizar el artículo 107 TFUE, la ayuda selectiva, y lo es la que beneficia a las empresas de un determinado sector, no puede ser, por definición, una medida general.

En cualquier caso, lo que sí se percibe es un propósito de la Comisión de aligerar la carga administrativa de la autorización de ciertas medidas, debido a la urgencia de la situación<sup>37</sup>. Tal supuesto propósito parece resultar también del hecho de que la Comisión indique determinados requisitos según los cuales una ayuda individual *no* se considere ayuda de Estado. Se trata del asunto *Northern Rock*, ya comentado. En esencia, la institución debe ser solvente, debe cobrarse un tipo de interés penalizador al beneficiario por

<sup>35</sup> Sin ir más lejos en el Marco temporal aplicable a la ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación (apartado 2); o en la Carta de 4 de noviembre de 2008 por la que autorizó el Fondo español de adquisición de activos bancarios, medida abierta, en principio, a todos los bancos establecidos en el territorio español. Nos remitimos a los apartados correspondientes.

<sup>36</sup> Se han considerado selectivas las ayudas a un sector determinado, excluyendo a empresas del resto de sectores (Sentencia de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito*, C-148/04, apartado 45, Rec. 2005, p. I-11137, entre otras). Y también ha declarado la jurisprudencia que el hecho de que sean muchas las empresas o los sectores beneficiados, o que sean sectores importantes, no permite considerar, sin más, que la iniciativa estatal sea una medida general, y no una ayuda (Sentencia de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, Rec. 2001, p. I-8365, apartado 48).

<sup>37</sup> La Comunicación no señala que las medidas generales pueden generar distorsiones en la competencia, aunque estas deban resolverse por disposiciones distintas de las relativas a ayudas, normalmente mediante la coordinación de políticas comunitarias o la armonización de legislaciones (Conclusiones del Abogado General Darmon al asunto en que recayó la Sentencia de 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptun*, C-72 y 73/91, Rec. 1993, p. I-887).

parte del banco central, y la iniciativa en la medida debe proceder de este último banco<sup>38</sup>.

Por último, la Comisión se compromete a investigar con rapidez los asuntos sobre ayudas, «*en caso necesario en el plazo de 24 horas y durante un fin de semana*». Parece leerse detrás de tal afirmación una cierta escasez de medios materiales y personales de la Comisión Europea.

#### b) Comunicación sobre recapitalización

La Comunicación sobre recapitalización de instituciones financieras se publicó el 15 de enero de 2009<sup>39</sup>. La Comisión cree que la recapitalización proporciona estabilidad financiera y confianza, y limita el riesgo de insolvencia de los bancos. Además, este instrumento, en principio, fomenta los préstamos a la economía real. La recapitalización puede ser también la respuesta adecuada a la insolvencia de algunas instituciones financieras debido a su estrategia de inversión o de negocio particular.

El falseamiento de la competencia a través de medidas de recapitalización puede tener lugar en tres niveles diferentes: a) si se realiza con discriminación por razón de la nacionalidad de los bancos beneficiarios; b) si no se distinguen adecuadamente los perfiles de riesgo de los bancos, pues puede favorecerse el riesgo moral<sup>40</sup>; c) si la remuneración de la recapitalización sitúa en una posición competitiva significativamente inferior a los bancos que no recurran a ella pero busquen capital adicional en el mercado<sup>41</sup>.

La mejor garantía para limitar los falseamientos de la competencia consiste en tomar como referencia los precios de mercado. Cuando las inyecciones de capital público tengan lugar con una participación significativa (30% o más) de inversores privados en las mismas condiciones que el Estado, la Comisión aceptará la remuneración fijada en el acuerdo. Y ello en aplicación del «criterio del inversor privado» ya mencionado. En atención a tal criterio, la inversión del Estado en acciones cotizadas de una empresa no debe valorarse sólo por comparación estricta con el valor de cotización,

<sup>38</sup> Asunto *Northern Rock* (DO C 43 de 16 de febrero de 2008, p. 1; y Carta al Reino Unido de 5 de diciembre de 2007 [http://www.ec.europa.eu/community\\_law/state\\_aids/](http://www.ec.europa.eu/community_law/state_aids/)).

<sup>39</sup> Comunicación de la Comisión sobre 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 (DO C 10, de 15 de enero de 2009, p. 2).

<sup>40</sup> También con el objetivo de eliminar el riesgo moral, los bancos recapitalizados mediante ayuda pública deben abstenerse de mencionar tal hecho en su publicidad.

<sup>41</sup> La Comunicación contiene una metodología para la fijación de la remuneración mediante una horquilla de precios tomada de las recomendaciones del Eurosistema de 20 de noviembre de 2008. La remuneración debe ser lo suficientemente elevada como para incentivar que el capital público sea reembolsado cuando lo permita el mercado. Caso de que el banco no se considere sólido, las condiciones de la recapitalización y su remuneración son otras, más estrictas.

sino teniendo en cuenta otros factores<sup>42</sup>. Esa idea parece plasmarse en la Comunicación, la cual admite para los bancos esencialmente sólidos remuneraciones inferiores a las que puedan considerarse de mercado. Sin duda, la situación de crisis lo aconseja.

En atención a los criterios generales plasmados en la Comunicación bancaria, la entidad recapitalizada debe someterse a un plan de reestructuración que garantice su viabilidad futura.

c) Comunicación sobre activos deteriorados

El tercer documento de la Comisión dirigido específicamente al sector bancario es la Comunicación sobre activos deteriorados<sup>43</sup>. Se dictó debido al debate suscitado en Europa tras el rescate de activos «tóxicos» llevado a cabo por la Administración estadounidense.

La decisión de adquirir activos deteriorados y el modo de hacerlo corresponde a cada Estado. La dificultad de llevar a la práctica esta medida se debe a la propia dificultad de identificar y valorar dichos activos. En cualquier caso, esta Comunicación se emitió para orientar a aquellos Estados que desearan aplicar esta medida como complemento a otras ya adoptadas.

El modo habitual de adquirir activos tóxicos consiste en segregarlos del balance del banco e imputarlos a una entidad independiente que goce de garantía pública. Se trata de la figura del banco defectuoso, o «banco malo» en terminología de la prensa publicada, sobre todo, a principios de 2009<sup>44</sup>. Tal fue la opción de Alemania, por ejemplo. Otra alternativa, menos aconsejable, es compensar a los bancos las pérdidas producidas por los activos deteriorados pero sin segregar dichos activos de su balance. La Comunicación también señala la posible creación de un «banco sano», a través del cual el Estado compra activos que no han perdido valor. España ha aprobado un Fondo de adquisición de activos sanos, al que más adelante nos referimos.

El objeto inmediato del rescate de activos financieros deteriorados es garantizar la estabilidad financiera y sostener el préstamo bancario a la economía real. La eficacia al respecto de las medidas adoptadas hasta el momento es dudosa (por ejemplo, dice la Comisión, porque las entidades han preferido emplear los fondos procedentes de la recapitalización para constituir provisiones contra futuros deterioros del valor de los activos)<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Sentencia de 24 de octubre de 1996, Alemania, *Hanseatische Industrie-Beteiligungen y Bremer Vulkan/Comisión* (C-329/93 y C-62 y 63/95, Rec. 1996, p. I-5151, apartados 33 y ss.).

<sup>43</sup> Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario (DO C 72, de 26 de marzo de 2009, p. 1).

<sup>44</sup> Por todos, puede verse la edición de 9 de febrero de 2009 de EL ECONOMISTA: «Solbes asegura que España no creará un “banco malo” para activos tóxicos».

<sup>45</sup> Sin embargo, la Comunicación sobre activos deteriorados, a la que enseguida nos vamos a referir, señala que «los planes de rescate anunciados por los Estados miembros en octubre de 2008... han evitado el riesgo de desplome financiero», pero «la evolución de la concesión de

A más largo plazo se pretende crear un sistema bancario más sólido, que no precise intervenciones recurrentes a cargo de las finanzas públicas. Para ello, la medida debe ser conforme con la normativa en materia de ayudas de Estado e ir acompañada de un plan de reestructuración.

Los requisitos de autorización de la ayuda consistente en la adquisición de activos tóxicos no distan mucho de los criterios generales expuestos en la Comunicación bancaria:

\* La ayuda podrá ampararse en el artículo 107.3.b del Tratado.

\* El banco que solicite ayuda debe determinar de antemano el valor del deterioro y presentar un plan de reestructuración o de viabilidad futura. Ello determinará el montante de ayuda.

\* Los bancos deben soportar las pérdidas asociadas a los activos deteriorados en la mayor medida posible. Identificada la pérdida, cuando el resultado sea la quiebra técnica en ausencia de ayuda, el banco debe ser puesto en administración o liquidación.

\* La medida será temporal, limitada a un plazo de seis meses.

\* Siempre que sea posible, el valor de traspaso debe ser el de mercado. El Anexo IV de la Comunicación contiene criterios de valoración de los activos.

\* Dado que esta medida es de carácter estructural, resultan aplicables en buena medida los principios de las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, lo que exige notificar a la Comisión el alcance de la reestructuración que se deba acometer tras la ayuda. Precisamente sobre las operaciones de reestructuración, cuando resulten obligatorias, versa la Comunicación que pasamos a analizar.

#### d) Comunicación sobre evaluación de medidas de reestructuración

Conforme a las anteriores Comunicaciones cuando un banco haya sido recapitalizado por el Estado o cuando haya recibido cualquier tipo de ayuda estatal debido a las pérdidas (excepto la participación en un régimen de garantía) que en conjunto supere el 2% de los activos del banco ponderados en función del riesgo, deberá presentarse un plan de reestructuración<sup>46</sup>. Aunque si se trata de una ayuda limitada a una entidad esencialmente sólida bastará con presentar a la Comisión un estudio de viabilidad.

Para los casos en que se presente un plan de reestructuración de una entidad, la Comisión aplicará la Comunicación sobre operaciones de reestructuración de entidades financieras<sup>47</sup>. Ese texto se fundamenta, como muchos referidos a la crisis, en el citado artículo 107.3.b del TFUE.

*préstamos a la economía real desde el anuncio de los planes ha sido desfavorable, y las últimas estadísticas indican una brusca desaceleración del crecimiento del crédito».*

<sup>46</sup> Véase en particular el apartado 42 de la Comunicación sobre recapitalización, y el apartado 55 de la Comunicación sobre activos deteriorados.

<sup>47</sup> Diario Oficial C 195, de 19 de agosto de 2009, p. 9.

La Comunicación se aplicará en lugar de las Directrices de salvamento y reestructuración para la evaluación de las ayudas de reestructuración a bancos en las actuales circunstancias de crisis sistémica. Así, cuando el banco esté obligado a presentar un plan de reestructuración con arreglo a las orientaciones de la Comisión, ésta analizará si el mismo permitirá restablecer la viabilidad del banco a largo plazo. Caso de que la Comisión tenga dudas al respecto iniciará un procedimiento de investigación formal. La Comunicación se aplicará a las medidas notificadas hasta el 31 de diciembre de 2010.

Este texto expone cómo examinará la Comisión las ayudas de reestructuración de bancos en crisis. En resumen:

\* El plan de reestructuración debe incluir un diagnóstico a fondo de los problemas del banco, y exponer de qué manera las medidas propuestas solucionarán los problemas subyacentes del banco. La Comunicación detalla la información que el plan debe contener (estructura organizativa, financiación, gobernanza, etc.). El plan debe realizar la llamada «prueba de tensión», o combinación de situaciones de estrés en un supuesto de recesión mundial prolongada.

\* El calendario de recuperación debe ser flexible y realista. Pero la reestructuración deberá ejecutarse lo antes posible y no deberá durar más de cinco años, siendo lo habitual que dure de dos a tres años.

\* Debe darse una adecuada distribución de cargas entre los Estados y los bancos beneficiarios. Es decir, la ayuda debe limitarse al mínimo necesario y el beneficiario debe contribuir a la reestructuración con sus propios recursos lo más posible (por ejemplo, mediante la venta de activos).

\* Deben diseñarse medidas para limitar el falseamiento de la competencia por parte del banco salvado. En particular, debe evitarse que la ayuda prolongue el falseamiento de la competencia debido a la asunción excesiva de riesgos y a modelos empresariales insostenibles. Debe protegerse la competitividad del sistema financiero comunitario a largo plazo, sin pensar sólo en la estabilidad a corto plazo. Para ello, el precio de la ayuda debe ser adecuado, podrá exigirse la cesión o la limitación de actividades empresariales, y se debe evitar que la ayuda financie comportamientos contrarios a la competencia (por ejemplo, la adquisición de un competidor).

### 3. *Inversión inteligente: El Marco Temporal*

Antes dijimos que uno de los objetivos del Plan de acción en materia de ayudas era la reducción de la ayuda estatal. Pero en enero de 2009 la Comisión era consciente de que tal objetivo era irreal. Por eso, el día 22 de ese mes publicó un Marco temporal de ayuda para facilitar el acceso a la financiación. De entrada aclaramos la cuestión de la temporalidad: el Marco sólo se aplicará desde el 17 de diciembre de 2008 (tiene, por tanto, efecto

retroactivo) hasta el 31 de diciembre de 2010. El Marco fue objeto de una modificación, que tuvo efecto a partir del 25 de febrero de 2009<sup>48</sup>.

La justificación a dicho Marco sería que en el orden secuencial previsto por la Comisión para superar la crisis (primero inyección de liquidez a las entidades bancarias y luego inversión inteligente), tocaba el turno a la inversión. Pero la misma sólo es posible si las empresas disponen de financiación. En resumen, sin renunciar al Plan de acción (reducir y reorientar la ayuda estatal), temporalmente se hacía necesario flexibilizar el otorgamiento de ayuda.

El Marco temporal repasa diversas categorías de ayuda disponibles para los Estados (a la formación, de salvamento y reestructuración, etc.) y dedica un apartado a la ayuda amparada en el artículo 107.3.b del Tratado (para remediar «una grave perturbación en la economía de un Estado miembro»). Con base en tal artículo, hasta ahora poco empleado, la Comisión establece criterios de valoración de las ayudas que tengan por potenciales destinatarias a empresas que no estuvieran en crisis a 1 de julio de 2008. Los Estados deben demostrar que las medidas que notifiquen al amparo de la Comunicación son necesarias y apropiadas para poner remedio a una grave perturbación de su economía<sup>49</sup>. Caso de no quedar acreditada esa circunstancia en la notificación, la ayuda no se autorizará<sup>50</sup>. Resumimos las líneas esenciales:

\* Límite compatible de la ayuda: el Reglamento sobre ayudas *de minimis* permite conceder ayuda de hasta 200.000 euros durante tres ejercicios fiscales. Dejando a un lado otros detalles, se considerarán compatibles los regímenes de ayuda de hasta 500.000 euros (incluyendo posibles ayudas de *de minimis* que la empresa pueda haber recibido)<sup>51</sup>.

\* Ayuda en forma de garantía: Se admiten reducciones de hasta el 25% de

<sup>48</sup> 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 se publicó en el DO C 16, de 22 de enero de 2009, p. 1). El 25 de febrero de 2009 tuvo lugar la modificación, con efecto a partir del 25 de febrero siguiente, como se ha dicho (disponible en <http://www.ec.europa.eu>). En el DO C 83, de 7 de abril de 2009, p. 1, se publicó una versión consolidada del Marco temporal, la cual empleamos en este apartado.

<sup>49</sup> Y esto es importante, pues se trata de un añadido de la modificación de febrero de 2009.

<sup>50</sup> Las medidas concedidas al amparo de esta Comunicación deben notificarse. No debe llevar a engaño la defectuosa traducción de la versión española del Marco temporal, que señala que tales ayudas «habrán de ser comunicadas a la Comisión» (p. 13). La comunicación implica una mera toma de conocimiento, a diferencia de la notificación, que inicia el procedimiento de examen de la ayuda. El Marco temporal no actúa a modo de Reglamento de exención que permita omitir la notificación de una ayuda.

<sup>51</sup> La definición de empresa en crisis se contiene, para las grandes empresas, en las Directrices de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, y, para las PYME, en el Reglamento de exención por categorías, ambas normas ya citadas. Esta modificación de un Reglamento a través de un instrumento propio de *soft law* (el Marco Temporal) suscita dudas de legalidad, por aplicación del principio de jerarquía normativa.

la prima anual a pagar por las PYME por una garantía estatal, la cual no podrá superar el 90% del préstamo durante la vigencia de éste<sup>52</sup>.

\* Ayuda en forma de bonificación de tipos de interés: Para fomentar la concesión de créditos, se autoriza la ayuda estatal consistente en la diferencia entre el tipo de interés de referencia y un cierto tipo de interés cuyo método de cálculo expresa la Comunicación<sup>53</sup>.

\* Ayuda para productos verdes: Se autorizarán préstamos de inversión para el lanzamiento de nuevos productos que mejoren de forma significativa la protección del medio ambiente<sup>54</sup>. La bonificación del préstamo se aplicará como máximo durante dos años desde su concesión.

Adicionalmente, la Comunicación contiene una adaptación temporal del marco existente sobre ayudas al capital riesgo, pues es consciente de la aversión al riesgo que genera la crisis<sup>55</sup>. Entre otras medidas favorecedoras de la entrada en el capital de las PYME, se incrementan de 1,5 a 2,5 millones de euros anuales los tramos máximos de financiación que permiten considerar que existe una deficiencia de mercado para autorizar una ayuda de capital riesgo a una PYME.

Como ya dije en la Comunicación bancaria, la Comisión se compromete a garantizar la rápida autorización de las ayudas en respuesta a la crisis. Alude al respecto al paquete de simplificación en materia de procedimientos que, en ese momento, estaba en proceso de elaboración. Nos referimos enseguida a ese bloque de documentos.

Finalmente, se establecen ciertas obligaciones de control e información. A más tardar el 31 de julio de 2009 los Estados deben suministrar a la Comisión una lista de medidas adoptadas al amparo de esta Comunicación. Y deberán presentar un informe sobre dichas medidas el 31 de octubre de 2009.

Al amparo del Marco temporal España recibió autorización para un régimen de ayudas a empresas dada la escasez de crédito. Dicha medida se adoptó mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Se notificó como un marco nacional transitorio de concesión de ayudas de importe limitado a empresas como consecuencia de

<sup>52</sup> Vid. la Comunicación sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de garantía (DO C 155, de 20 de junio de 2008).

<sup>53</sup> El tipo de interés de referencia se determina en la Comunicación relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DO C 14, de 19 de enero de 2008, p. 6). Tal tipo de interés, en los términos de dicha Comunicación, no contiene ayuda estatal.

<sup>54</sup> Recordemos que España recibió autorización para una ayuda temporal en el marco del «Plan de competitividad para el sector del automóvil», ya citado, enfocado a la protección del medio ambiente mediante la sustitución de vehículos antiguos por otros menos contaminantes (Ayuda N140/2009).

<sup>55</sup> Directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo para pequeñas y medianas empresas (DO C 194, de 18 de agosto de 2006, p. 2).

la crisis económica y financiera. Recibió autorización de la Comisión mediante carta de 8 de junio de 2009<sup>56</sup>. El volumen calculado de ayuda del régimen es de unos 1.400 millones de euros, y va destinado tanto a PYME como a grandes empresas. La Comisión consideró la medida ajustada al Marco temporal y la autorizó de conformidad con el artículo 107.3.b del Tratado de Funcionamiento. Al amparo de la autorización de dicho régimen se aprobó, por ejemplo, el llamado «Plan Vive Autobuses 2009/2010»<sup>57</sup>.

#### 4. Mejoras procedimentales: El paquete de simplificación

El paquete de simplificación en materia de ayudas arranca en realidad del Plan de acción ya referido. Es decir, no viene motivado directamente por la crisis. Pero su aparición no puede ser más oportuna. Tal vez su adopción se haya acelerado dada la situación crítica de la economía comunitaria. Está constituido por tres documentos: una Comunicación sobre la aplicación de la normativa de ayudas de Estado por parte de las jurisdicciones nacionales, una Comunicación sobre un procedimiento simplificado de autorización de ayudas de Estado y un Código de buenas prácticas<sup>58</sup>.

##### a) Aplicación de la normativa sobre ayudas por los órganos jurisdiccionales nacionales

Los jueces nacionales tienen ciertas facultades en materia de ayudas<sup>59</sup>. El documento que nos ocupa tiene por finalidad proporcionar una visión práctica y detallada sobre cuáles sean tales facultades<sup>60</sup>.

Las facultades de los jueces nacionales en materia de ayudas proceden de su competencia para aplicar disposiciones comunitarias con efecto directo<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Ayuda de Estado nº N 307/2009 «Régimen temporal de ayuda para conceder cantidades limitadas de ayuda compatible».

<sup>57</sup> Resolución de 8 de julio de 2009, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009, por el que se establece la normativa reguladora de los préstamos previstos en el plan elaborado por el Ministerio de Fomento para la renovación del parque de autobuses y autocares, denominado Plan Vive Autobuses 2009-2010.

<sup>58</sup> Un análisis sobre el paquete de simplificación puede consultarse en CLERC, E., *et. al.*, «The simplification package in State aid: Notice on simplified procedure and best practices code», *Competition Policy Newspaper*, 2009-2.

<sup>59</sup> Para mayor detalle del aquí ofrecido puede consultarse a VILLALVILLA MUÑOZ, J. M<sup>º</sup>, y HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *El control de las ayudas de Estado en el derecho europeo*, Colex, Madrid, 1999; SILVA DE LAPUERTA, R., *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, La Ley, Madrid, 1993; o ESTOA PÉREZ, A., *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, 2006.

<sup>60</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 85, de 9 de abril de 2009, p. 1).

<sup>61</sup> El efecto directo permite a los nacionales comunitarios invocar ante sus propios tribunales las normas comunitarias cuya aplicación por dichos tribunales pueda hacerse de forma clara y precisa porque no necesiten normas o actos complementarios ni establezcan condiciones. Se proclamó por primera vez en la Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend and Loos* (26/62, Rec. 1963, p. 3), y se aplicó en materia de ayudas, por ejemplo,

El artículo 108.3 *in fine* del Tratado, recordemos, prohíbe la ejecución de nuevas ayudas hasta su autorización por la Comisión. Dicho artículo tiene efecto directo. En consecuencia, el juez nacional dispone de competencias en materia de ayudas ilegales, que son las que incumplen dicho artículo. Así, el juez nacional podrá adoptar todas las medidas de que disponga con arreglo a su propio derecho en caso de ayudas ilegales, incluida la recuperación<sup>62</sup>.

También podrá aplicar los Reglamentos de exención, ya mencionados, pues los Reglamentos comunitarios tienen efecto directo. Si el juez nacional llega a la conclusión de que una ayuda sometida a su consideración no cumple las condiciones de los Reglamentos, podrá declarar su ilegalidad, y adoptar las medidas pertinentes. Lo que no podrá el juez nacional es pronunciarse sobre la compatibilidad de una medida con el mercado común, pues tal decisión corresponde exclusivamente a la Comisión Europea.

Podrá también velar el juez nacional por el cumplimiento de decisiones de la Comisión, que también tienen efecto directo. A tal fin podrá ejecutar las decisiones negativas a instancia de un particular (por ejemplo, ordenando la recuperación de una ayuda ilegal). O podrá controlar la ejecución de las decisiones positivas, comprobando si las ayudas otorgadas respetan los términos de la decisión de autorización.

Del mismo modo, el procedimiento ante el juez nacional puede referirse a la aplicación de un régimen de ayudas existente, que no requiere autorización previa de la Comisión, como ya sabemos. El juez nacional puede comprobar si una ayuda individual a una empresa se ajusta a las condiciones del régimen existente. De no ser así podrá declarar la ilegalidad de la ayuda individual, por no estar amparada en el régimen de ayudas existentes. Esta facultad es similar a la prevista en relación con los Reglamentos de exención.

Adicionalmente, el Derecho comunitario dispone mecanismos de colaboración de la Comisión y la Justicia comunitaria con los órganos jurisdiccionales nacionales. A veces, el juez nacional tendrá que interpretar y aplicar el artículo 107.1 del TFUE, sobre el concepto de ayuda, a efectos de aplicar el artículo 108.3 del mismo Tratado. Otras veces podrá dudar de la validez o la interpretación de disposiciones o actos comunitarios que deba aplicar. En definitiva, en diversas ocasiones el juez nacional debe interpretar y aplicar el derecho comunitario y, para ello, podrá (y deberá en ciertos casos) plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia y podrá recabar de la Comisión información jurídica o económica en asuntos sobre ayudas<sup>63</sup>.

en la Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa/ENEL* (6/64, Rec. 1964-1966, p. 99).

<sup>62</sup> Al respecto de tales competencias puede consultarse a ORTÍZ VAAMONDE, S., «Competencias del juez nacional en materia de ayudas de Estado», *Noticias de la Unión Europea*, nº 196, mayo 2001, CISS, Madrid, página 118.

<sup>63</sup> A fin de proporcionar orientación sobre tal extremo la Comisión ya había publicado una Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y

Pese a que el proceso ante el juez nacional presenta ventajas frente al procedimiento administrativo ante la Comisión, se trata de un recurso escasamente utilizado<sup>64</sup>. En parte, se supone, para paliar ese déficit, la Comisión publicó el texto que nos ocupa. Esa Comunicación no contiene cuestiones especialmente novedosas. Se trata más bien de un documento de síntesis con un tono didáctico, pero resulta esclarecedor y completo. Cabe pensar que tales virtudes incentiven el recurso al juez nacional. De ese modo, la Comunicación puede contribuir a aligerar la carga de trabajo de la Administración comunitaria, especialmente ocupada en estos momentos de crisis.

#### b) Procedimiento simplificado

De entrada aclaramos que el procedimiento simplificado no afecta a las medidas notificadas a la Comisión en el contexto de la actual crisis financiera. La Comunicación que nos ocupa excluye expresamente tal posibilidad<sup>65</sup>.

Sin embargo, esta Comunicación puede beneficiar el funcionamiento de la burocracia administrativa dedicada a las ayudas. Contribuirá a aligerar la carga de trabajo de la Comisión, permitiendo a ésta centrarse en las medidas más importantes, entre las que figuran las relativas a la crisis. Tal propósito de la Comisión de utilizar procedimientos simplificados que le permitan centrar sus esfuerzos en las ayudas más relevantes es una vieja idea<sup>66</sup>.

La Comunicación se refiere a las categorías de ayudas notificadas que generalmente se aprueban sin plantearse dudas sobre su compatibilidad con el mercado común. El objeto de la Comunicación es aclarar en qué condiciones suele la Comisión adoptar una decisión abreviada por la que se declaran compatibles con el mercado común determinadas ayudas estatales siguiendo el procedimiento simplificado.

Si una ayuda está contemplada en la Comunicación, la Comisión intentará adoptar una decisión abreviada sobre la misma. Dicha decisión de que la medida no constituye ayuda, o que no se formulan objeciones a la misma, se intentará adoptar en el plazo de veinte días laborables. Para los casos de

la Comisión en materia de ayudas de Estado (DO 312, de 23 de noviembre de 1995, p. 8 y ss.).

<sup>64</sup> Sobre tales ventajas puede leerse a ALONSO GARCÍA, R., *El Juez español y el Derecho Comunitario*, CGPJ, Madrid, 2003, en particular, página 27 y ss.

<sup>65</sup> Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas ayudas estatales (DO C 136, de 16 de junio de 2009, p. 3).

<sup>66</sup> En su obra, ya obsoleta, *Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas. Vol. IIB. Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales*, Bruselas-Luxemburgo, 1997, la Comisión contemplaba procedimientos acelerados de autorización de ayudas (página 35, y en particular, nota 86). Y tiempo después proyectó adoptar sendas Comunicaciones, en línea con el propósito de simplificación procedimental, sobre ayudas de Estado de poca cuantía y ayudas con efectos limitados sobre el comercio *intra* comunitario. Dichas comunicaciones no llegaron a adoptarse, pero el propósito de adoptar plazos más breves en determinados casos se ha materializado en la Comunicación aquí comentada.

ayudas que no encajen en los supuestos previstos en la Comunicación, será aplicable el Reglamento de procedimiento en materia de ayudas.

Las categorías de ayudas que pueden beneficiarse de un procedimiento abreviado son las que están en las secciones de evaluación normal de marcos o directrices existentes, las que coincidan con decisiones precedentes, y la prórroga o extensión de regímenes existentes.

La Comunicación contiene ciertas salvaguardias que excluyen la aplicación del procedimiento abreviado. Una de ellas es que dicho procedimiento abreviado no puede aplicarse a la ayuda ilegal, ni a las ayudas de ciertos sectores (pesca, etc.).

En materia de procedimiento, la Comisión considera beneficiosos los contactos previos a la notificación con el Estado miembro notificante, como también señala en el Código que comentamos a continuación. Los pormenores de tales contactos se detallan en la Comunicación. Tras dichos contactos previos, la Comisión publica un resumen de la notificación, para permitir las alegaciones de terceros en el plazo de diez días. El procedimiento finaliza, en su caso, mediante una decisión abreviada, que será objeto de publicación oficial.

#### c) Código de Buenas Prácticas

La última Comunicación en materia de procedimiento es un Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales<sup>67</sup>. El Código se basa en la experiencia adquirida en la aplicación del ya mencionado Reglamento de procedimiento en materia de ayudas.

El objetivo principal de este Código es proporcionar una orientación sobre la tramitación habitual de los procedimientos de ayudas estatales, a fin de mejorar la coordinación entre la Comisión y los Estados, esencialmente.

El Código, como la anterior Comunicación, insiste en la importancia de los contactos previos a la notificación entre la Comisión y el Estado notificante (o pre-notificación). Entre otros extremos, tal pre-notificación permite facilitar orientación al Estado sobre el alcance de la información que debe presentar en el formulario de notificación. El Código detalla el modo en que deberían desarrollarse estos contactos previos (celebración de reuniones, plazos, etc.).

Cabe que la Comisión y el Estado pacten una planificación de los plazos de examen de una ayuda cuando ésta sea compleja o novedosa. Ello aumentará la previsibilidad y la transparencia del procedimiento de control.

Durante el examen preliminar, la Comisión intentará agrupar sus peticiones

<sup>67</sup> Código de Buenas Prácticas para los procedimientos de control de las ayudas estatales (DO C 136, de 16 de junio de 2009, p. 13).

de información, a fin de no alargar excesivamente el procedimiento<sup>68</sup>. Así pues, el Código contiene buenas prácticas aplicables no sólo a los Estados, sino también a la Comisión. Tal circunstancia tiene que ver con la notificación completa de la ayuda, la cual permite iniciar el procedimiento. La notificación no está completa hasta que así lo considere la Comisión, lo cual puede alargar excesivamente el examen en caso de sucesivos requerimientos de información. Como contrapartida, según el Reglamento de procedimiento, el Estado puede comunicar a la Comisión, motivadamente, que la información facilitada es suficiente o que carece de otra adicional<sup>69</sup>.

El Código contiene también ciertas previsiones sobre el procedimiento de investigación formal y sobre las denuncias, las cuales dan lugar, en muchos casos, a procedimientos en materia de ayudas ilegales.

## **B) Medidas de España ante la crisis financiera**

En este apartado nos vamos a referir a las ayudas al sector bancario más significativas del Gobierno español. Se trata por tanto de medidas destinadas a solventar la crisis financiera. Quedan fuera de este análisis otras iniciativas que tengan por destinatarias a empresas de sectores distintos del bancario<sup>70</sup>. Las ayudas en cuestión consisten en un régimen de avales para la financiación de entidades bancarias y sendos fondos, uno de adquisición de activos financieros y otro de reestructuración ordenada bancaria. Se adoptaron, como ya se ha adelantado, dentro del eje de ayudas al sector financiero del Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (el llamado Plan E).

### *1. Régimen de avales para entidades de crédito*

El 14 de octubre de 2008 el Gobierno español notificó a la Comisión Europea la medida consistente en la creación de un régimen de avales públicos para las operaciones de financiación de entidades bancarias que operen en España. El régimen se aprobó por Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, desarrollado por la Orden EHA/3364/2008, de 21 de noviembre<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> La Sentencia de 15 de febrero de 2001, Austria/Comisión (C-99/98, Rec. 2001, p. I-1101, apartado 65) se refiere al abuso de la Comisión en el requerimiento de información adicional.

<sup>69</sup> Y tal requerimiento tiene el efecto de iniciar el plazo aunque la motivación del Estado no sea especialmente consistente, como considera GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*, Civitas, Madrid, 2002, p. 46.

<sup>70</sup> Por ejemplo, las ya mencionadas ayudas al amparo del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos sobre el marco nacional transitorio de concesión de ayudas de importe limitado a empresas como consecuencia de la crisis económica y financiera.

<sup>71</sup> El Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro fue modificado por Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. La Orden de desarrollo fue modificada por Orden EHA/3748/2008, de 23 de diciembre. En desarrollo, a su vez, de la Orden EHA/3748/2008 se dictó la Resolución de 24 de noviembre de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el modelo de solicitud de aval.

La finalidad de la medida es paliar las dificultades de financiación de las entidades de crédito que operan en España. El régimen consiste, en esencia, en la concesión de avales a la emisión de pagarés, bonos y obligaciones admitidas a negociación en los mercados secundarios oficiales españoles.

El régimen se notificó a la Comisión el mismo día de su publicación oficial y un día antes de su entrada en vigor<sup>72</sup>. Por tanto, no se había notificado «con la suficiente antelación» para que la Comisión realizase sus observaciones, lo que determinó su ilegalidad. Dado que la ilegalidad es una cuestión de forma, y no de fondo, ello no impidió la autorización de la ayuda en diciembre de 2008<sup>73</sup>. La ilegalidad parecía justificada por la urgencia de la situación, y la Comisión no le dio mayor importancia. El régimen de ayudas se prorrogó en dos ocasiones, la última, por espacio de seis meses, el 1 de diciembre de 2009<sup>74</sup>.

La Comisión autorizó la medida tras analizarla a partir de los principios de la Comunicación bancaria. Recordemos que dichos principios se basan en los criterios generales consistentes en que la ayuda sea apropiada en cuanto a su objetivo, necesaria en tiempo y cuantía, así como proporcionada, a fin de limitar la distorsión de la competencia. La medida notificada por España se ajustó, en esencia, a los principios de la citada Comunicación bancaria:

\* España acreditó mediante un informe del Banco de España que la medida debía ampararse en el artículo 107.3.b del Tratado, debido a la dificultad grave en la economía del Estado<sup>75</sup>.

\* La ayuda se otorgó sin discriminación por razón de la nacionalidad, pues se extiende a las filiales de entidades extranjeras con domicilio social en España «que desarrollen una actividad significativa en España»<sup>76</sup>. España acomodó los requisitos de la garantía estatal al principio de no discriminación en algún otro aspecto<sup>77</sup>.

\* El plazo de otorgamiento de avales finalizaría el 31 de diciembre de 2009 (aunque fue prorrogado, por dos ocasiones, como se ha dicho). El plazo

<sup>72</sup> BOE de 14 de octubre de 2008.

<sup>73</sup> La ayuda, registrada con el número NN 54/B/2008, se autorizó por carta de 23 de diciembre de 2008. La autorización se publicó en el DO C 122, de 30 de mayo de 2009 («Régimen de avales para entidades de crédito en España»).

<sup>74</sup> Decisión N 588/2009.

<sup>75</sup> Carta de la Comisión de 23 de diciembre de 2008, apartado 6 [C (2008) 8960 final corr.].

<sup>76</sup> El requisito sobre la actividad significativa en España se cumple al disponer de una cuota de, al menos, el uno por mil del total del epígrafe «2.4. Préstamos y créditos. Otros sectores» correspondiente a Residentes en España del Boletín Estadístico del Banco de España.

<sup>77</sup> Otro requisito de los beneficiarios consistía, según la Orden EHA/3364/2008, en haber emitido deuda análoga «en España» durante los cinco años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2008, citado. Tal mención a España se suprimió mediante la Orden EHA/3748/2008, en atención al principio de no discriminación previsto en la Comunicación bancaria.

máximo de vencimiento de las operaciones avaladas deberá estar comprendido entre los tres meses y los tres años siguientes a su emisión. Excepcionalmente dicho plazo podrá ser de hasta cinco años, previo informe del Banco de España.

\* En 2008 se autorizaron avales por importe de 100.000 millones de euros, ampliables a 200.000 millones distribuidos entre 2008 y 2009. Dicha cantidad se consideró adecuada y proporcionada. Y en cuanto a la colaboración del sector privado, la concesión del aval devenga el pago de una comisión que refleja adecuadamente el riesgo de la operación. La comisión se calcula con base en las recomendaciones del Banco Central Europeo, y la Comisión Europea constató que era superior a la prevista para algún régimen similar autorizado.

\* Para el otorgamiento de avales se establecieron condiciones especiales de solvencia de los beneficiarios, a fin de evitar falseamientos en la competencia. Caso de ejecutarse la garantía, las autoridades españolas deberán notificar a la Comisión un plan de reestructuración para la entidad en cuestión.

El análisis de la Comisión, formalmente correcto, no profundiza en una cuestión tan esencial como el importe máximo de la medida. La Comisión no señala si tal importe máximo de fondos públicos que puedan ser destinados a garantía es adecuado, necesario o proporcionado. En cualquier caso, el importe máximo de fondos destinados a la medida y lo que tal volumen representa respecto del Producto Interior Bruto (PIB) español está en línea con la actuación del resto de Estados miembros adoptaron medidas similares<sup>78</sup>.

## 2. Fondo de adquisición de activos financieros

El fondo de adquisición de activos financieros se creó por el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, desarrollado por la Orden EHA/3118/2008, de 31 de octubre.

Como en el caso del régimen de avales públicos, la ayuda era ilegal, pues se notificó una semana antes de su entrada en vigor. Como ya dijimos, dada la grave situación de crisis, la Comisión no dio importancia a la ilegalidad ni a la tardía notificación. Así, el 4 de noviembre de 2008 la Comisión informó de que, tras una estrecha colaboración con el Gobierno español, había autorizado la creación del mencionado fondo<sup>79</sup>. Es decir, aunque España no

<sup>78</sup> El Marcador de ayudas de Estado actualizado a Primavera de 2009 señala que el importe máximo de 200.000 millones de euros destinado a la medida representa el 19,39% del PIB, español (Tabla 2, p. 17). De los dieciséis Estados miembros que habían recurrido a este modo de ayuda en marzo de 2009 (fecha de los últimos datos disponibles del Marcador), España era el séptimo en volumen de fondos destinados en porcentaje del PIB.

<sup>79</sup> Comunicado de prensa IP/08/1630. La ayuda, registrada con el número NN 54a/2008, se autorizó por Carta de 4 de noviembre de 2009. La autorización se publicó en el DO C 123, de 3 de junio de 2009. En fecha posterior España notificó a la Comisión una modificación del fondo que fue objeto de autorización por Carta de 8 de abril de 2009.

realizó un contacto previo con la Comisión, como recomienda el Código de buenas prácticas, sí mantuvo una buena colaboración con la Comisión durante el examen de la ayuda.

La medida, como el régimen de avales, se debe a las dificultades de los bancos sólidos para acceder a financiación, lo que afecta a su vez a la concesión de créditos por dichas entidades a empresas y ciudadanos. El Fondo celebra subastas inversas en la que adquiere activos, de forma temporal, mediante un pacto de recompra<sup>80</sup>. El fondo cuenta con una dotación, con cargo a los presupuestos generales del Estado, de 30.000 millones de euros, ampliables a 50.000 millones. La administración, gestión y dirección del Fondo, que carece de personalidad jurídica propia, corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda (a través de un Consejo Rector y una Comisión ejecutiva). No hay duda, pues, sobre el origen estatal de los fondos.

Tampoco hay duda sobre la presencia del resto de elementos que constituyen una ayuda de Estado (ventaja, selectividad y afección a la competencia). En particular, la Comisión analizó la ventaja implícita en la ayuda estatal. La Comisión negó que el Fondo se ajustase al criterio del inversor privado, como alegó España al sostener que el precio de los activos adquiridos se formaba en el mercado. La Comisión consideró que era la reducida liquidez del mercado lo que había impulsado a España a adoptar esa medida, la cual un inversor privado no habría llevado a cabo. Es decir, existe ventaja por el mero hecho de que el Estado haya debido organizar un sistema de subastas públicas para dotar de liquidez al sector. De otro lado, dice la Comisión, el sistema beneficia no sólo a los bancos adjudicatarios sino al sistema bancario en su conjunto, pues todos los bancos podrán anotar en sus libros una valoración de los bonos susceptibles de incluirse en las subastas superior a la que tendrían en el mercado<sup>81</sup>.

La Comisión consideró la medida una ayuda compatible. Aunque es reacia a permitir a los Estados miembros comprar directamente activos financieros bancarios, lo autorizó en este caso dadas las particularidades del sistema. La principal de dichas particularidades consiste en que el Fondo sólo puede adquirir bonos de máxima calidad (calificados como AAA). La subasta inversa garantiza la mayor remuneración posible para el Fondo, lo cual beneficia al erario público. Además, la medida incluye un pacto de recompra, es decir, los bancos se comprometen a adquirir en una fecha posterior los activos a un precio preestablecido. Y la medida está rodeada de cautelas. De un lado, el Fondo está sometido a un doble control: de la intervención general del Estado y parlamentario. Además, España se comprometió a informar periódicamente a la Comisión.

El Fondo se prorrogó hasta 31 de diciembre de 2009 mediante Decisión de 7 de agosto de 2009 (N337/2009).

<sup>80</sup> Puede obtenerse información sobre el desarrollo de las subastas, entre otras consideraciones, en la siguiente dirección habilitada en la página Web del Ministerio de Economía y Hacienda: <http://www.fondoaaf.es/>.

<sup>81</sup> Apartados 37 a 41 de la Carta de la Comisión de 4 de noviembre de 2008.

Lo anterior determinó que la Comisión autorizase el Fondo. Lo consideró un medio apropiado para restaurar la confianza del sector bancario español y de las empresas y particulares en su conjunto. Sin embargo, como en el caso del FAAF, la Decisión no contiene un análisis detallado sobre el importe económico de la medida, y sobre si tal importe es proporcionado. Parece que razones de urgencia y celeridad prevalecieron sobre otras.

### 3. *Fondo de reestructuración ordenada bancaria*

Vamos a distinguir dos apartados en este examen. En primer lugar describimos el FROB. A continuación analizamos el mismo desde el punto de vista de las ayudas de Estado, con mención de la Decisión de autorización dictada por la Comisión<sup>82</sup>.

#### a) Descripción del FROB

El FROB se creó por Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio<sup>83</sup>. Respecto de su actuación son relevantes los Criterios de actuación del Fondo acordados por su Comisión Rectora<sup>84</sup>. Dichos Criterios fueron decisivos para obtener la autorización de la Comisión Europea, pues contienen numerosas salvaguardias sobre la aplicación de las ayudas y establecen obligaciones de información a la Comisión<sup>85</sup>. Este apartado analiza el Fondo desde el punto de vista de las ayudas de Estado, dejando al margen cuestiones tales como la eventual invasión de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Cajas de Ahorro<sup>86</sup>.

La medida se aprobó casi dos años después del inicio de la crisis internacional. Se consideró necesaria pese a que el sector bancario español había resistido la crisis con cierta entereza<sup>87</sup>. Y bancos importantes del sistema

<sup>82</sup> La autorización recayó por Decisión de 28 de enero de 2010 (Ayuda estatal N 28/2010).

<sup>83</sup> El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito fue convalidado en sesión de 8 de julio de 2009 (Resolución de 8 de julio de 2009, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito).

<sup>84</sup> Pueden consultarse en la página Web institucional del FROB: <http://www.frob.es>

<sup>85</sup> Entre tales cautelas cabe mencionar la adecuada remuneración de las acciones, el establecimiento de normas sobre el pago de dividendos, la regulación de la remuneración de los gestores, etc.

<sup>86</sup> El diario EL PAÍS de 28 de junio de 2009 informa sobre eventuales recursos, bajo el titular «ERC pide a la Generalitat que recurra el fondo bancario por invadir competencias».

<sup>87</sup> La única entidad intervenida hasta la fecha es la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha, mediante Resolución de 28 de marzo de 2009, del Banco de España, por la que se hace público el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la misma fecha, en relación a la entidad Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha. La intervención se acordó en aplicación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Puede verse también el Real Decreto-ley 4/2009, de 29 de marzo, por el que se autoriza la concesión de garantías derivadas de la financiación que pueda otorgar el Banco de España a favor de Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.

español llegaron a criticar la concesión de ayudas, por el daño que ello causa a la competencia<sup>88</sup>.

El Real Decreto-ley 9/2009 regula, además del régimen jurídico del FROB, a) los procesos de reestructuración de entidades de crédito; y b) el refuerzo de los recursos propios de las mismas.

a) Los procesos de reestructuración se activan en defecto de una solución privada que refuerce la solvencia de la entidad amenazada. Pueden resumirse así:

\* Cuando la entidad presente una situación de debilidad económico-financiera que pueda poner en riesgo su viabilidad y aconseje una reestructuración, debe informar al Banco de España y presentarle un plan de viabilidad con una de estas posibilidades: reforzar el patrimonio y la solvencia de la entidad, su fusión o absorción, o el traspaso total o parcial del negocio o unidades del mismo. El Banco de España debe aprobar el plan de viabilidad, con las modificaciones que, en su caso, considere necesarias. El Fondo de Garantía de Depósitos que corresponda podrá apoyar el plan, en su caso, con financiación del FROB, en condiciones de mercado<sup>89</sup>.

\* Si persistiera la situación de debilidad, unida a ciertos supuestos tasados, se iniciaría la administración de la entidad por el FROB, que sometería a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración para la fusión de la entidad o el traspaso total o parcial del negocio.

b) El reforzamiento de recursos propios de las entidades de crédito consiste en que el FROB apoye procesos de integración entre entidades que no estén en situación de debilidad en los términos recién expresados, para mejorar su eficiencia. El FROB podrá adquirir títulos emitidos por dos o más entidades de crédito residentes en España en el marco de un plan de integración que deberá aprobar el Banco de España. Los emisores deberán recomprar los títulos tan pronto como puedan en los términos comprometidos en el plan. Transcurridos cinco años desde el desembolso sin que las participaciones preferentes hayan sido recompradas, el FROB podría solicitar su conversión en acciones, en cuotas participativas o en aportaciones sociales del emisor<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Así, la edición de EL PAÍS de 20 de noviembre de 2008 señaló: «El BBVA teme que la ayuda a la banca dañe la competencia». La noticia informa de que un mes antes el Banco Santander había expresado el mismo temor.

<sup>89</sup> Dice el artículo 6.1 del Real Decreto-ley que el FROB *«guiado por el principio de utilización más eficiente de los recursos públicos, podrá otorgar financiación en condiciones de mercado, a los Fondos de Garantía de Depósitos...»*.

<sup>90</sup> Respecto de esta actuación del FROB es relevante el Acuerdo de su Comisión Rectora, el cual tiene por objeto *«establecer las condiciones bajo las cuales el FROB apoyará procesos de integración que pretendan llevar a cabo entidades de crédito fundamentalmente sólidas en el ámbito del artículo 9 del Real Decreto-ley 9/2009»* (norma primera).

## b) Consideración de la medida como ayuda de Estado

Desde el punto de vista del control de las ayudas de Estado la propia creación del FROB puede considerarse una ayuda de Estado<sup>91</sup>. Y ello en aplicación de la llamada «puesta en práctica» de una medida. En virtud de tal doctrina se considera ayuda no sólo la entrega material de fondos al beneficiario, sino también la aprobación de un dispositivo (generalmente una norma) que permite dicha entrega sin requisitos adicionales. La doctrina de la puesta en práctica equipara la medida notificada a la ayuda ejecutada (ilegal) aunque no se haya entregado dinero a los beneficiarios<sup>92</sup>. Así pues, el Estado estaba obligado a su notificación, requisito que no cumplió diligentemente, lo que determina la ilegalidad de la ayuda<sup>93</sup>. Sin perjuicio de ello, la medida se aprobó a finales de enero de 2010<sup>94</sup>.

A efectos de la aprobación de ayudas de este tipo sería conveniente que España mantuviese una comunicación fluida con la Comisión. Los perjuicios de la adopción de medidas estatales no consensuadas con la Comisión provoca generalmente retrasos que generan inseguridad jurídica para los operadores, a los que en último término se perjudica<sup>95</sup>.

El FROB cumple los requisitos del artículo 107.1 TFUE, citado:

\* Aunque tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad para el desarrollo de sus fines, cuenta con dotación pública. Se financia en su mayor parte con cargo a los presupuestos generales del Estado, y en menor medida de las aportaciones de los Fondos españoles de Garantía de Depósitos<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> Recordemos que la mera creación del FROB, que presenta ciertas analogías, se consideró ayuda de Estado, autorizada pese a su ilegalidad.

<sup>92</sup> XXIII Informe sobre política de la Competencia (2003), apartado 397. Una aplicación de esta doctrina puede verse en la decisión 98/194/CE de 1 de octubre de 1997 (DO L 73, de 12 de marzo de 1998), en la cual se consideró ilegal la prórroga de una prima fiscal alemana notificada tardíamente, pese a que las administraciones tributarias dieron orden a los Länder de no aplicarla hasta que se autorizase por la Comisión.

<sup>93</sup> El 29 de junio de 2009, coincidiendo con la aprobación de este instrumento, EUROPA PRESS informó de que «Bruselas espera que España le notifique el FROB “cuanto antes” para que goce de “seguridad jurídica”». La notificación podría haber tenido lugar en enero de 2010 (edición de 18 de enero de 2010 de EL PAÍS «El Gobierno pacta la aplicación del FROB con Bruselas siete meses después de su aprobación»).

<sup>94</sup> Decisión de 28 de enero de 2010, citada.

<sup>95</sup> A título de ejemplo, es elocuente el siguiente titular de EL ECONOMISTA de 25 de enero de 2010: «El retraso del FROB posterga también la fusión entre Caixa Sabadell, Terrassa, Girona y Manlleu».

<sup>96</sup> En concreto, según el Preámbulo de los Criterios de actuación del FROB y la descripción del Fondo que realiza la Decisión de autorización, el Fondo se notó inicialmente con 9.000 millones de euros, de los cuales 6.750 millones proceden de los Presupuestos del Estado y el resto del Fondo de Garantía de Depósitos. El fondo puede captar financiación ajena con garantía del Estado, aunque ésta no podrá superar más de 10 veces su dotación inicial.

Estos últimos organismos se nutren de contribuciones de sus entidades adheridas, lo cual no impide la calificación de los fondos como públicos<sup>97</sup>.

\* A través del FROB puede concederse ventaja a entidades en situación de debilidad que se benefician de fondos estatales para acometer un proceso de reestructuración.

\* La medida es selectiva en la medida en que beneficia a determinadas empresas en dificultades financieras.

\* La medida afecta al mercado interior comunitario y a la competencia, efectos implícitos en toda medida de ayuda estatal.

Aunque el Fondo no tiene *a priori* duración indefinida, se crea con cierto propósito de permanencia (artículo 5 del Real Decreto-ley). Pero la Comisión cree que las ayudas deben estar limitadas en el tiempo, y por ello lo autorizó hasta el 30 de junio de 2010<sup>98</sup>. Una eventual prórroga deberá notificarse a la Comisión, junto con un informe sobre su funcionamiento. Así lo establece también la norma decimocuarta de los Criterios de actuación del FROB.

La Comisión autorizó el FROB al amparo del artículo 107.3.b TFUE. El régimen se consideró, en consonancia con las orientaciones de la Comisión, adecuado, necesario y proporcionado, por las siguientes razones:

\* El régimen de ayudas es adecuado porque la crisis financiera y la caída del mercado inmobiliario en España han repercutido sobre el mercado de crédito. No sólo dicho mercado se ha ralentizado sino que, además, los índices de impago han experimentado un incremento brusco.

\* Junto a la necesidad de reparar tales deficiencias en el mercado de crédito, el régimen es necesario porque en el sector bancario español existe un exceso de capacidad, lo que exige su reorganización.

\* El FROB es un esquema de ayudas proporcionado, con una remuneración de los títulos suscritos por el Fondo conforme a la Comunicación sobre Recapitalización. Además las beneficiarias deberán abstenerse de prácticas comerciales agresivas o injustas. Junto a lo anterior, es positivo que se hayan establecido diversas obligaciones de información a la Comisión en relación con la actuación del fondo.

<sup>97</sup> Así resulta, por ejemplo, de la Sentencia de 22 de marzo de 1977, *Steinike* (78/76, Rec. 1977, p. 595, apartado 22), la cual consideró fondos estatales los pertenecientes a un fondo creado y administrado por el Estado, aunque fuese financiado en parte por las empresas privadas. La Sentencia de 15 de julio de 2004, *Pearle* (C-345/02, Rec. 2004, p. I-7139, apartado 38) aclaró que, para que los fondos de la ayuda se consideren estatales, un dato relevante es que el fondo sirva para aplicar una política del Estado, situación análoga a la del FROB.

<sup>98</sup> Artículo 5: «La extinción y liquidación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria requerirá de la correspondiente norma con rango de Ley, en la que se determinarán las reglas que deban seguirse en el reparto del patrimonio remanente entre sus promotores».

En vista de ello, España podrá otorgar las ayudas que se ajusten a los términos de la Decisión autorizatoria de la Comisión, previa comunicación de las circunstancias que, en su caso, establezcan los Criterios de actuación del FROB<sup>99</sup>. Las ayudas que no se ajusten a los términos de la Decisión de autorización deberán notificarse individualmente<sup>100</sup>. Y ello porque la ayuda no amparada por una decisión de autorización se considera nueva ayuda, sujeta a deber de notificación. El incumplimiento de ese deber, como es sabido, determinará la ilegalidad<sup>101</sup>. Como vimos en el apartado correspondiente, el incumplimiento de la eventual Decisión de autorización del FROB podrá controlarse por un juez español.

#### IV. CONCLUSIONES

**Primera.** Según el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el concepto de ayuda de Estado comprende todas las intervenciones de los Estados miembros mediante fondos estatales, que concedan ventaja a ciertas empresas, de forma selectiva, afectando a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados. Pero en el asunto *Northern Rock* la Comisión excluyó la consideración de ayuda de una medida a favor de dicho banco sin un verdadero análisis de la medida tenor del artículo 107.1 citado. La Comisión se basó en que *Northern Rock* era una entidad solvente, en que el Banco Central cobró un tipo de interés penalizador al beneficiario, y en que la iniciativa en la medida procedía de dicho Banco Central. La situación de crisis que por entonces se avecinaba parece haber influido en la Decisión. Pero ni siquiera tales circunstancias parecen aconsejar un análisis tan benévolo. Ejemplos de flexibilidad como el anterior pasaron a ser habituales en materia de ayudas de Estado.

**Segunda.** Las ayudas de Estado pueden clasificarse de distintos modos. Al margen de unos pocos casos, sólo podrán concederse si la Comisión declara que son compatibles con el mercado común. La crisis ha motivado que determinadas categorías de ayudas que eran objeto de una atención residual, como las autorizadas para remediar una grave perturbación en la economía de un Estado, hayan pasado a tener un papel protagonista, al ser la base normativa de un gran número de ayudas. Y la crisis también ha motivado que la Comisión haya debido aprobar ayudas al sector bancario al amparo de categorías sobre las que tradicionalmente ha tenido un mal con-

<sup>99</sup> En particular norma segunda, 4, sobre comunicación a la Comisión de la evaluación preliminar sobre el carácter esencialmente sólido de las entidades, y norma decimotercera, sobre comunicación de las condiciones de cada operación y del plan de integración.

<sup>100</sup> Así, el artículo 1.7 del Real Decreto-ley de creación del FROB señala: «... *Las operaciones desarrolladas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria... se comunicarán, en su caso, a la Comisión Europea... a efectos de los establecido en la normativa en materia de... ayudas de Estado*».

<sup>101</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse a KEPPELNE, J. P.: *A Guide des aides d'État en Droit Communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999, página 183 y ss.

cepto, como las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis.

**Tercera.** Hasta la aparición de la crisis a mediados de 2007, la Comisión centraba sus esfuerzos en reducir y reorientar la ayuda estatal hacia objetivos beneficiosos, como anunció en un Plan de acción en materia de ayudas publicado en 2005. La crisis internacional obligó a la Comisión a cambiar su Plan inicial sobre la marcha, lo cual materializó en un documento de alcance más amplio llamado Plan de recuperación. Al amparo de las ideas que el mismo inspira, no sólo ha debido autorizar un volumen de ayuda pública sin precedentes, sino que se ha mostrado flexible y permisiva ante determinadas ayudas de los Estados. En particular, ha debido admitir el otorgamiento de ayudas al sector bancario, aunque tal tipo de ayuda sectorial no entrase de inicio en sus planes. Y ello porque el Plan de recuperación admite que es necesaria una inyección masiva de liquidez a las entidades bancarias, para luego realizar una inversión inteligente de fondos públicos, que genere riqueza a largo plazo.

**Cuarta.** En materia de ayudas de Estado la Comisión ha adoptado una serie de documentos que pueden dividirse en tres bloques: la ayuda al sector bancario, la ayuda a la economía real y la simplificación de los procedimientos:

\* El primer bloque se compone de cuatro Comunicaciones que versan, respectivamente, sobre ayudas a entidades bancarias, sobre recapitalización de dichas entidades, sobre la adquisición de activos deteriorados, y sobre procesos de reestructuración empresarial. Las Comunicaciones contienen orientaciones generales para los Estados y las empresas sobre el modo en que la Comisión ejercerá su discrecionalidad en la valoración de ayudas a bancos.

\* La ayuda a la economía real se plasma en el llamado Marco temporal. Dicho Marco está en línea con los propósitos de reorientación de la ayuda hacia objetivos beneficiosos que inspiraba el Plan de acción de 2005. Ello no obstante, no debe pasarse por alto que es una norma que flexibiliza la concesión de mayor volumen de ayuda estatal.

\* Los documentos en materia de procedimiento son tres: una Comunicación sobre la aplicación de la normativa sobre ayudas por los jueces nacionales, otra sobre procedimiento simplificado y un Código de buenas prácticas, que propone contactos previos a la notificación entre Estado y Comisión. La idea que subyace a tales textos es que la Comisión, tal vez por la escasez de medios personales y materiales ante una excesiva carga de trabajo, pretende centrarse en el examen de los asuntos más importantes, confiando para ello tanto en los órganos judiciales de los Estados como en los propios Estados notificantes.

**Quinta.** España, como el resto de países miembros, ha adoptado ciertas medidas de apoyo al sector financiero. Las más relevantes de esas medidas son:

\* Un régimen de avales para entidades de crédito.

\* Un Fondo de adquisición de activos financieros.

\* Y un Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (o FROB).

Las tres medidas están autorizadas por la Comisión Europea, aunque tuvieron en origen la consideración de ilegales, es decir, no notificadas.

Las Decisiones de autorización recaídas respecto de las dos primeras medidas realizan un limitado examen del volumen de fondos públicos comprometidos por el Estado, circunstancia criticable. La Comisión se limitó, en el mejor de los casos, a comprobar que dicho volumen estaba en línea con lo destinado a ayudas análogas por otros Estados.

El FROB pasa por ser la medida más destacada del Gobierno español ante la crisis. La misma se notificó por España con considerable retraso, situación criticable por la incertidumbre que genera a potenciales beneficiarios de las ayudas que el mismo regula. El FROB recibió autorización, en principio, hasta el 30 de junio de 2010 pues se consideró adecuado, necesario y proporcionado. Dicha autorización, sujeta a numerosas cautelas previstas esencialmente en unos Criterios de actuación del Fondo publicados por su Comisión Rectora, permite a España conceder ayudas al amparo de tal régimen de ayudas autorizado. Toda medida que no se ajuste a los términos de la autorización deberá notificarse por separado. La ilegalidad debida al otorgamiento de ayuda no amparada por la Decisión de autorización podría controlarse por los Tribunales españoles.