



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2009/24

Septiembre 2009

**INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO
ACTUAL DE CRISIS**

Juan Ignacio Signes de Mesa

E-mail autor: ignacio.signes@curia.europa.eu

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

**INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO
ACTUAL DE CRISIS***

Juan Ignacio Signes de Mesa**

*Letrado del Tribunal de Justicia
de las Comunidades Europeas*

Collège d'Europe '03 – Harvard Law School '05

Resumen:

La crisis financiera actual supone un desafío para el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que las medidas que los Estados están adoptando frente a ella entran en tensión con las normas de defensa de la competencia del Tratado CE y, en particular, con las disposiciones relativas al régimen de ayudas públicas. La Comisión ha hecho firme su posición de que el régimen comunitario de ayudas de Estado no hace parte del problema de la crisis, sino, por el contrario, contribuye a su solución. Por ello, ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados en el que señala tanto la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas en este contexto extraordinario –en particular, el artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE–, como los principios que han de regir la concesión de ayudas públicas a favor de las instituciones financieras con el fin de minimizar en lo posible los efectos negativos sobre la competencia. El presente trabajo tiene por objeto exponer de manera conjunta el marco de orientación y evaluación publicado por la Comisión en sus respectivas comunicaciones y analizar cómo está siendo aplicado a las medidas notificadas por los Estados hasta el momento. La tesis que subyace

* El presente documento de trabajo sirve de base provisional para el artículo « Instituciones financieras y Derecho de la competencia en el contexto actual de crisis » que será publicado en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil, en un próximo número.

** La responsabilidad sobre el contenido del documento es exclusivamente del autor.

es que, ante la falta de una base competencial que hubiera de permitir a las instituciones comunitarias intervenir directamente a favor de las instituciones financieras en este contexto de crisis, el régimen de ayudas de Estado se ha convertido en el vehículo que está permitiendo a la Comisión coordinar la acción de los Estados conforme a los estándares que ella misma ha establecido

Palabras Clave

Instituciones Financieras, Competencia, Ayudas de Estado, Crisis Financiera, Ayudas a la reestructuración, Garantías, Recapitalización, Tratamiento de activos deteriorados

Abstract

The current financial crisis is a challenge for the European legal order given that there is a clear tension between the measures adopted by the Member States to deal with the crisis and the competition law rules of the EC Treaty, in particular, those relating to State aid. The Commission has firmly stated that the public aid regime of the European Community is not part of the problem, but part of the solution to the crisis. This is why it has adopted a new framework in which it has determined the legal basis on which the compatibility with the common market of the measures adopted in favour of financial institutions must be evaluated –in particular, article 87(3)(b) of the EC Treaty– as well as the principles that should guide the concession of public aids in order to minimize any negative effects on competition. This article aims to set out the new framework published by the Commission in its various communications and to analyze how this framework is being applied to the measures adopted by the States. The underlying thesis is that, given the absence of a concrete legal basis that would allow EC institutions to intervene directly in favour of financial institutions with the context of the current crisis, the State aids regime has become the main vehicle permitting the Commission to coordinate the action of the States according to the standards that it has itself established.

Key Words

Financial Crisis, Financial institutions, Competition Law, State Aids, Restructuring aids, Guarantees, Recapitalization, Treatment of Impaired Assets

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN	5
1. EL PLAN EUROPEO DE RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE AYUDAS DE ESTADO.....	7
<i>1.1. La crisis financiera y el Plan Europeo de Recuperación Económica</i>	<i>7</i>
<i>1.2. El régimen comunitario de ayudas de Estado como mecanismo de coordinación</i>	<i>12</i>
2. GARANTÍAS, RECAPITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTIVOS	17
<i>2.1. Garantías, recapitalización y tratamiento de activos como <<ayudas de Estado>>.....</i>	<i>17</i>
<i>2.2. Ayudas de salvamento y de reestructuración para las empresas en crisis.....</i>	<i>21</i>
3. EL MARCO DE ORIENTACIÓN Y EVALUACIÓN SOBRE LAS AYUDAS ADOPTADAS A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS	24
<i>3.1. La nueva base de compatibilidad, el ámbito de aplicación y los principios generales del marco de la Comisión</i>	<i>24</i>
<i>3.2. El establecimiento de esquemas de garantía.....</i>	<i>29</i>
<i>3.3. La recapitalización de las instituciones financieras.....</i>	<i>31</i>
<i>3.4. El tratamiento de activos deteriorados</i>	<i>35</i>
<i>3.5. Liquidación controlada de las instituciones financieras.....</i>	<i>38</i>

4.	LOS NUEVOS COMPROMISOS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN POR PARTE DE LA COMISIÓN Y SUS RIESGOS.....	39
5.	BREVE REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EN EL CONTEXTO ACTUAL DE CRISIS.....	43
	CONCLUSIÓN.....	52

INTRODUCCIÓN

La crisis actual no solamente está poniendo a prueba la capacidad de respuesta de las instituciones financieras y los Estados miembros de la UE desde un punto de vista económico o presupuestario¹. Al mismo tiempo, supone un desafío para el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que las medidas que los Estados están adoptando frente a ella entran en tensión con las normas de defensa de la competencia del Tratado CE y, en particular, con las disposiciones relativas al régimen de ayudas públicas².

El artículo 87 del Tratado CE establece, en esencia, que serán declaradas incompatibles con el mercado común las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales en beneficio de una o varias empresas en la medida en que falseen o amenacen con falsear la competencia y afecten al comercio entre los Estados. El objetivo de esta disposición es asegurar el mantenimiento de condiciones equitativas de competencia en el mercado, de modo que las empresas concurren conforme a sus propios méritos con independencia de la asistencia financiera de los poderes públicos. Actualmente, la Comisión, en tanto institución responsable de la determinación y ejecución de la política de la competencia, ha establecido como objetivo principal de este área comunitaria el incitar a los Estados miembros a reducir sus niveles globales de ayudas y a reorientar las que sean estrictamente necesarias hacia objetivos horizontales de interés común.

¹ Comunicación de la Comisión de 29 de octubre de 2008, « From financial crisis to recovery : A European framework for action », COM(2008) 706 final, p. 5.

² Respecto a otras áreas de Derecho comunitario de la competencia, concretamente el control de concentraciones, véase GERARD, D., EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles, *Concurrentes*, N° 1-2009, p. 55.

Dentro de este marco, la Comisión tiene por compromiso aplicar un planteamiento estricto a las ayudas ilegales e incompatibles³.

Sin embargo, la coyuntura económica actual está obligando a los Estados a asistir de manera gradual a muchas empresas con problemas de solvencia y riesgo de quiebra, particularmente en el sector bancario. Los objetivos de esta intervención son fundamentalmente procurar liquidez al sistema financiero y restablecer la confianza entre los agentes económicos para reactivar así las prácticas habituales de préstamo y evitar que la crisis financiera se extienda, en la medida de lo posible, sobre el resto de la economía. Los instrumentos a los que se está recurriendo para acometer estos fines son el establecimiento de esquemas de garantías, la recapitalización y la adquisición de activos depreciados.

En este contexto, la Comisión ha hecho pública su posición firme de que el régimen comunitario de ayudas de Estado no hace parte del problema de la crisis financiera, sino, por el contrario, contribuye a su solución, y de que el derecho de la competencia tiene un papel importante en evitar que sus efectos se extiendan a la economía real⁴. En este sentido, ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados en el que señala tanto la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas

³ Comunicación de la Comisión de 7 de junio de 2005, « Plan de acción de ayudas estatales — Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 — 2009 », COM(2005) 107 final.

⁴ KROES, N., Discurso 08/498 de 6 de octubre de 2008 ante el Comité de Asuntos Económicos y Monetarios del Parlamento Europeo, « Dealing with the current financial crisis », disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/498>;

adoptadas a favor de las instituciones financieras⁵ –en particular, el artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE–, como los principios que han de regir la concesión de ayudas públicas en las circunstancias actuales con el fin de minimizar en lo posible los efectos negativos sobre la competencia.

El presente trabajo tiene por objeto exponer de manera conjunta el marco de orientación y evaluación publicado por la Comisión en sus respectivas comunicaciones y analizar cómo está siendo aplicado a las medidas notificadas por los Estados. La tesis que subyace es que, ante la falta de una base competencial que hubiera de permitir a la Comunidad Europea intervenir directamente a favor de las instituciones financieras en este contexto de crisis, el régimen de ayudas de Estado se ha erigido en el vehículo que está permitiendo a la Comisión coordinar la acción de los Estados conforme a los estándares que ella misma ha establecido.

Las dos primeras partes del trabajo están dedicadas pues a examinar las cuestiones que plantea, desde la perspectiva del régimen comunitario de ayudas de Estado, el denominado Plan Europeo de Recuperación Económica y su adopción por los Estados. A continuación, la tercera parte aborda el marco de orientación y evaluación relativo a las ayudas a favor de las instituciones financieras presentado por la Comisión. La cuarta analiza las características y los riesgos que se derivan del procedimiento urgente que está aplicando la Comisión para la evaluación de las medidas notificadas por los Estados. Finalmente, la última parte de este

⁵ A lo largo de este trabajo se emplean los términos *instituciones financieras* para referirse a bancos y entidades de crédito equivalentes, de acuerdo con la nomenclatura que la Comisión emplea ordinariamente en sus Comunicaciones.

estudio presenta una breve relación de los casos más destacados hasta el momento en que la Comisión ha aplicado el marco señalado.

1. EL PLAN EUROPEO DE RECUPERACIÓN ECONÓMICA Y EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE AYUDAS DE ESTADO

1.1- *La crisis financiera y el Plan Europeo de Recuperación Económica*

Si bien las causas que han dado lugar a la crisis actual todavía son objeto de debate entre los especialistas, a modo de simplificación puede convenirse que la depreciación vertiginosa que experimentaron las hipotecas *subprime* en Estados Unidos a finales de 2007 supuso un fuerte impacto en los mercados financieros internacionales que ha dado como resultado una pérdida generalizada de la confianza entre los agentes económicos⁶. Esta incertidumbre, que se mantiene aún en el presente dentro y fuera del sistema financiero, ha traído consigo la paralización del flujo de crédito interbancario y la restricción al acceso a la liquidez por parte de bancos y particulares, y ha extendido lo que inicialmente era un problema exclusivo del sector financiero a otros sectores económicos. La caída de bancos de envergadura internacional y supuesta solidez financiera –véase, a modo de ilustración, el caso del banco norteamericano *Lehman Brothers*⁷– ha agravado esta situación considerablemente por cuanto ha expuesto el carácter sistémico de la crisis⁸, el cual hace temer que la insolvencia de una o varias

⁶ Cfr. Informe del *High Level Group on Financial Supervision in the EU*, liderado por Jacques de Larosière, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf.

⁷ *Solicitud de protección* de 15 de septiembre de 2008 conforme al Capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code.

⁸ SCHWARCZ, S. L., Systemic Risk, *Georgetown Law Journal*, Vol. 97, No. 1, 2008, p. 198.

instituciones financieras, principalmente aquéllas consideradas esencialmente sólidas, pueda dar lugar a un efecto dominó con repercusiones drásticas en toda la economía.

En estas circunstancias, los diversos Consejos europeos celebrados desde el mes de octubre de 2008 han querido destacar que la superación de la crisis, la recuperación de la economía de un modo sostenible y la minimización de los costes de la desaceleración pasan por la estabilización del sector bancario y del sistema financiero en su conjunto⁹. En el caso de la Unión Europea, esta necesidad es aún más notable si cabe debido al elevado grado de integración de los mercados financieros y a la interdependencia existente entre estos últimos y los mercados reales. Por su parte, el Consejo de Asuntos de Economía y Finanzas (*ECOFIN*) y los jefes de Gobierno de los Estados pertenecientes a la zona Euro han señalado los principios comunes que han de seguirse para responder a la crisis y han esbozado las medidas que con carácter general se muestran necesarias para devolver la confianza al sistema financiero y restablecer condiciones de financiación adecuadas y eficaces¹⁰. Estas medidas pasan por la contribución a la liquidez, la reactivación del crédito interbancario, el sostenimiento de la oferta de crédito a empresarios y particulares y el fomento de la inversión¹¹.

⁹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre, 14368/08 CONCL 4, p. 4; conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 11 y 12 de diciembre de 2008, 17271/1/08 REV1, p. 6; las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo de 2009, 7880/1/09 REV1, p. 1.

¹⁰ Conclusiones de la Sesión n° 2894 del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, Luxemburgo, 7 de octubre de 2008, p. 6; Declaración de 12 de octubre de 2008 sobre un Plan de acción europeo concertado de los países de la zona euro, p. 3.

¹¹ Otros compromisos se encuentran destinados a mejorar el sistema de gobierno corporativo. Por el momento, el Consejo de Economía y Finanzas de 7 de octubre de 2007, precitado, adoptó el compromiso de que los Estados miembros podrían realizar cambios en la gestión de las

Resulta oportuno señalar que, salvo las labores de coordinación que lleva a cabo el *ECOFIN* dentro del marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹² y otros acuerdos de intercambio de información entre el Banco Central Europeo, los bancos centrales de los Estados y las autoridades comunitarias y nacionales¹³, la Comunidad Europea no dispone de una base competencial que le permita intervenir de manera directa en apoyo de las instituciones financieras en una situación como la actual¹⁴. Por ello, desde un principio se ha concebido que las acciones de respuesta frente a la crisis han de ser adoptadas y ejecutadas a nivel nacional, si bien los Estados se han comprometido a su vez a llevarlas a cabo dentro de un marco coordinado, con arreglo a las directrices previstas por la Comisión y en estricto cumplimiento de las normas de competencia¹⁵. Este compromiso ha resultado ser imprescindible pues permite acometer objetivos paralelos para todos los Estados con la mayor coherencia y eficacia y evita que su

sociedades que recibieran la ayuda pública, así como el compromiso de retener los beneficios e intervenir en la remuneración de los administradores de tales sociedades.

¹² Véase la resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento, DO C 236 de 2.8.1997 y el reglamento (CE) nº 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, DO L 209 de 2.8.1997.

¹³ Memorandum of Understanding on Cooperation between the Financial Supervisory Authorities, Central Banks and Finance Ministries of the European Union on Cross-Border Financial Stability, de 1 de junio de 2008, ECFIN/CEFCPE (2008)REP/53106 REV, p. 6 y siguientes.

¹⁴ A este respecto se distingue de la manera en que se está haciendo frente a la crisis en Estados Unidos. Aunque siguiendo en esencia los mismos principios, en este caso la acción de respuesta ante la crisis está siendo llevada a cabo desde el nivel federal. Véase, a título de ilustración, la *Emergency Economic Stabilization Act* y la *American Recovery and Reinvestment Act*; así como WILLIAMS JR., G. M., *Rescuing companies/Fixing systems*, 7th experts' forum on new developments in European State aid Law 2009 (EStAL Institute), Bruselas, 14 y 15 de mayo. Cfr. BEBCHUK, L. A., *A Plan for Addressing the Financial Crisis* (September 24, 2008) *The Economists' Voice*, Vol. 5, No. 5, Article 6, 2008; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 620, September 2008.

¹⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 19 y 20 de marzo de 2009, precitadas, p. 2.

intervención –potencialmente asimétrica– conduzca a la fragmentación del mercado único comunitario.

Por su parte, la Comisión Europea, lejos de aceptar un papel testimonial en el contexto de crisis, ha tomado importantes iniciativas tanto en materia económica como en materia de control de la competencia. Por las razones que se exponen a lo largo de este trabajo, ambas áreas revisten un grado de complementariedad muy destacable.

Por lo que respecta al primer ámbito, la Comisión ha presentado a los Estados miembros el denominado *Plan Europeo de Recuperación Económica*¹⁶, que propone un programa macroeconómico anticíclico coordinado acorde con los compromisos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Está basado sustancialmente en dos propuestas : la primera invita a los Estados miembros a proceder a una inyección de capital en la economía por valor de 200.000 millones de euros (esto es, el 1,5% del PIB de la UE), con el objetivo de favorecer la demanda y estimular la confianza de inversores y consumidores¹⁷; la segunda enumera una serie de acciones prioritarias dirigidas hacia objetivos horizontales comunitarios que los Estados han de poner en marcha con el propósito de aumentar la competitividad de la economía europea en el largo plazo.

¹⁶ Comunicación de la Comisión de 26 de noviembre de 2008, « Un plan europeo de recuperación económica », COM(2008), 800 final, p. 6 y siguientes. Este programa ha sido posteriormente desarrollado en la Comunicación de la Comisión de 4 de marzo de 2009, « Driving European recovery », COM(2009) 114 final.

¹⁷ De manera más precisa, de la dotación de 200.000 millones de euros, 170.000 millones de euros habrían de proceder de los presupuestos nacionales, mientras que los 30.000 millones restantes se imputarían a distintos presupuestos europeos y al Banco Europeo de Inversiones.

El Plan Europeo de Recuperación Económica ha sido correspondido por la mayoría de los Estados miembros de la UE, que han adoptado paquetes de estímulo a la economía en la línea de las propuestas de la Comisión. Hasta el momento, los Estados han intervenido en la economía, principalmente en el sector financiero, con acciones por valor de más de 3 billones de euros¹⁸, las cuales se han articulado fundamentalmente a través del establecimiento de esquemas de garantías para cubrir los pasivos de las instituciones financieras, la recapitalización de sus bases y el tratamiento de los activos deteriorados¹⁹ de sus balances. A estas medidas se añaden, además, las ayudas concedidas a la liquidación controlada y otras formas de ayudas a la liquidez llevadas a cabo por los bancos centrales²⁰.

Aun cuando todos estos instrumentos tienen la misma vocación de respuesta ante la crisis, cada uno de ellos cumple funciones específicas. Así, la garantía está

¹⁸ Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, « Cuadro de indicadores – Actualización de Primavera 2009 », COM(2009) 164, p. 15, y el Informe de la Comisión de 7 de agosto de 2009, « DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis », apart. 7 disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/review_of_schemes_en.pdf, donde se indica que el valor garantizado por los Estados alcanza los 2,9 billones de euros y la medidas de recapitalización, 313 mil millones de euros. Según la Comisión, sin embargo, el volumen real de ayudas en el sentido del artículo 87 del Tratado CE es inferior a dicha cifra, porque el elemento de ayuda de las garantías públicas no constituye sino una pequeña fracción de los importes garantizados. Solamente se produce un gasto presupuestario real cuando se activa la garantía. Véase la nota de prensa de la Comisión IP/09/554 de 8 de abril de 2009. Véase también *The Economist*, Three trillion dollars later, 16 de mayo de 2009, p. 13.

¹⁹ Los términos *activos deteriorados* comprenden tanto los activos calificados ordinariamente como « tóxicos », es decir, aquéllos que han perdido prácticamente toda liquidez, como aquellos otros que, desde una perspectiva más amplia, los Estados consideran necesario compensar para equilibrar los balances de los bancos.

²⁰ Véase *infra* el apartado « Marco de orientación y evaluación sobre las ayudas adoptadas a favor de las instituciones financieras ».

dirigida esencialmente a cubrir los pasivos de las instituciones financieras y restaurar la confianza entre bancos, inversores y particulares, para cumplir de este modo con la reactivación del crédito interbancario, el crédito ordinario al por menor y, sobre todo, evitar la retirada de los depósitos de los bancos por parte de los particulares. Por su parte, la recapitalización tiene por función principal introducir liquidez en el sistema con el consiguiente efecto positivo en el flujo del crédito. Por último, el rescate de activos deteriorados equilibra los balances de los bancos, estimula la confianza y redonda positivamente también en las dinámicas de crédito. Todas estas medidas pueden ser objeto de esquemas de aplicación general, a los que pueden concurrir a título abierto las instituciones financieras que así lo deseen, o bien ser medidas individuales « ad hoc » destinadas a ayudar a una empresa en particular. El siguiente cuadro muestra la relación de medidas adoptadas por cada uno de los países de la UE durante el primer semestre de 2009 con una indicación de su valoración monetaria y el porcentaje que supone respecto al total del PIB nacional de cada uno de ellos²¹.

²¹ El cuadro se encuentra publicado en el Informe de la Comisión de 7 de agosto de 2009, « **DG Competition's review of guarantee and recapitalisation schemes in the financial sector in the current crisis** », precitado. Según este informe, solamente 9 Estados miembros no han tomado ninguna medida a fecha de 31 de julio.

Cuadro 1.1 – Intervenciones de los Estados miembros a favor de las instituciones y medidas individuales « ad hoc » hasta el 17 de julio de 2009

EU public interventions in the banking sector (in % of GDP)											
Capital injections		Guarantees on bank liabilities		Relief of impaired asset		Liquidity and bank funding support		Total for all approved measures	Total effective for all measures	Deposit guarantee scheme (in € unless otherwise indicated)	
Total approved measures	Effective capital injections	Total approved measures	Guarantees granted	Total approved measures	Effective asset relief	Total approved measures	Effective liquidity interventions				
Austria	5,0	1,7	25,7	5,1	0,4	0,4	1,5	1,5	32,8	8,7	100%
Belgium	5,3	8,1	76,8	16,3	10,1	4,2	NA	NR	92,0	26,7	100 000
Bulgaria	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	50 000
Cyprus	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	100 000
Cz Republic	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	50 000
Denmark	6,1	0,3	253,0	0,0	0,0	0,0	0,3	0,3	259,4	0,5	100%
Estonia	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	50 000
Finland	0,0	0,0	27,7	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	27,7	0,0	50 000
France	1,2	0,8	16,6	4,5	0,2	0,2	0,0	0,0	18,1	5,6	70 000
Germany	4,4	1,6	18,8	7,1	1,4	0,4	0,0	0,0	24,4	9,1	100%
Greece	2,0	1,5	6,1	1,2	0,0	0,0	3,3	1,8	11,4	4,8	100 000
Hungary	1,1	0,1	5,9	0,0	0,0	0,0	0,0	2,8	7,1	2,7	100%
Ireland	6,6	4,2	225,2	225,2	0,0	0,0	0,0	0,0	231,8	229,4	100%
Italy	1,3	0,0	NA	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,3	0,0	circa 103 000
Latvia	1,4	1,4	25,7	2,8	0,0	0,0	10,9	4,7	37,9	8,9	50 000
Lithuania	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	100 000
Luxembourg	8,9	7,9	12,4	NR	0,0	0,0	0,9	0,9	20,2	8,8	10000
Malta	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	100 000
The Netherlands	6,4	6,4	34,3	7,7	3,9	3,9	7,5	7,5	52,0	25,4	100 000
Poland	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	50 000
Portugal	2,4	0,0	10,0	3,3	0,0	0,0	0,0	0,0	12,5	3,3	100 000
Romania	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	50 000
Slovakia	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	100%
Slovenia	0,0	0,4	32,8	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	32,8	0,4	100%
Spain	0,0	0,0	9,3	3,2	0,0	0,0	2,8	1,8	12,1	5,0	100 000
Sweden	1,6	0,2	48,5	8,8	0,0	0,0	0,1	0,0	50,2	8,9	50 000
United-Kingdom	3,5	2,6	21,7	9,5	0,0	0,0	16,4	14,7	41,6	26,8	50 000 (**)
Total EU	2,6	1,5	24,8	8,1	0,8	0,4	2,9	2,6	31,2	12,6	
Total EA	2,7	1,4	20,7	8,7	1,1	0,6	1,0	0,8	25,4	11,5	

NA - Not Available indicates that the information is not available in the public domain

NR - Not Reported indicates that the amount was not reported by the Member State in its reply to the EFC questionnaire

(*) Member States shall ensure that the coverage for the aggregate deposits of each depositor shall be at least EUR 50 000 in the event of deposits being unavailable. The same coverage level should apply to all depositors regardless of whether a Member State's currency is the euro or not. Member States outside the euro area should have the possibility to round off the amounts resulting from the conversion without compromising the equivalent protection of depositors.

(**) The minimum level is £50 000 and in no event less than €50 000.

1.2- El régimen comunitario de ayudas de Estado como mecanismo de coordinación

La aceptación de las propuestas del Plan Europeo de Recuperación Económica por parte de los Estados ha sido aplaudido por las instituciones europeas, si bien se ha mantenido una cautela parcial por cuanto, a juicio de la Comisión, la recuperación de la economía en la UE reside igualmente en el respeto de las normas y principios comunitarios que derivan del Tratado y, en especial los relativos a la defensa de la competencia. Así lo ha manifestado la Comisaria de la Competencia en sus numerosas intervenciones públicas desde el inicio de la crisis¹, quien ha enfatizado que el hecho de que los Estados se sumen a las propuestas de la Comisión no elimina el peligro de que, al ponerlas en práctica, éstas vulneren principios comunitarios fundamentales.

Es por ello que resulta igualmente significativa la dedicada campaña de vigilancia y control de la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas en este contexto por los Estados miembros que está siendo llevada a cabo por la Comisión de conformidad con el artículo 87 del Tratado CE. Algunos de los Estados miembros se han mostrado críticos a este respecto; no obstante, la Comisión ha insistido en que su implicación en este ámbito se justifica por múltiples razones².

¹ Véase la carta abierta de KROES N., « Competition policy and the financial/banking crisis: taking action », disponible en http://ec.europa.eu/comisión_barroso/kroes/financial_crisis_en.html, así como la nota de prensa IP/08/1453 de 2 de octubre de 2008: « State aid: Commission approves German rescue aid package for Hypo Real Estate Holding AG » y su discurso de 6 de octubre de 2008, « Dealing with the current financial crisis », precitado.

² GERARD, D., Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem, Global Competition Review, Diciembre de 2008, p. 5

En primer lugar, por la obligación que le corresponde de velar por que no se produzcan distorsiones innecesarias en la competencia entre los bancos que, de acuerdo con su perfil de riesgo, reciben más o menos ayudas, y por su interés en reducir el riesgo potencial de fragmentación del mercado único. En segundo término, por la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a los operadores económicos, haciendo expresa la garantía de que los principios del Tratado imperan incluso en el contexto de crisis, si bien aplicados con un mayor margen de flexibilidad y sin convertirse en un obstáculo para la implementación de las iniciativas de los Estados. Además, puede entenderse que la Comisión ha querido dejar patente que ha de cumplirse con la obligación de notificación de toda medida de ayuda que se propongan otorgar los Estados, de conformidad con el artículo 88.3 del Tratado CE, y con la obligación de no ejecutar dicha medida hasta que la Comisión se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado común³. Por último, la Comisión ha puesto de manifiesto que es necesario evitar una espiral de ayudas que conduzca a los Estados a una competición subvencionadora y que comprometa el equilibrio presupuestario al cual se aspira incluso en este periodo de crisis⁴. Esta última circunstancia adquiere mayor relevancia si cabe cuando se tiene en cuenta la diferente capacidad de respuesta económica de que disponen los distintos países de la Unión Europea para ayudar a sus empresas nacionales. De la misma manera, este planteamiento se fundamenta en la oposición constante que la Comisión europea mantiene hacia las medidas de

³ Véase el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 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 83 de 27.3.1999, p. 1.

⁴ Cfr. Nota de prensa IP/09/273 de 18 de febrero de 2009

los Estados que fomentan el nacionalismo económico y ponen en peligro los logros conseguidos hasta el momento por la integración europea⁵.

Siendo lo anterior así, la Comisión se ha convertido por propia iniciativa en una suerte de pivote coordinador y garante del compromiso de actuar conjunta y eficazmente, haciendo que todas las medidas de los Estados se filtren por una serie de estándares y principios que ella misma ha establecido y sobre la base de los cuales ella ha de llevar a cabo la evaluación última de su compatibilidad con el mercado común. Es remarcable, por otro lado, que los Estados no hayan recurrido al artículo 88, apartado 2, del Tratado CE, que establece la posibilidad de que el Consejo, a petición de un Estado miembro y mediando circunstancias extraordinarias, puede decidir que una ayuda concedida o que vaya a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado común. Si bien es cierto que el acuerdo requiere unanimidad de todos los Estados miembros en el seno del Consejo de ministros, una decisión positiva en este sentido habría resuelto a favor de la no implicación de la Comisión en la ejecución de las medidas de ayuda frente a la crisis y habría permitido optar por criterios quizá aún más flexibles. De modo que, a pesar de las críticas aparentes sobre el papel desempeñado por la Comisión hasta el momento, existe una cierta aprobación tácita de su actuación. Las conclusiones de los Consejos europeos a los que ya hemos hecho mención, han destacado precisamente que ha de apoyarse a la Comisión en la aplicación de las normas relativas a la política de competencia y, en particular, las relativas a las

⁵ Respecto a las medidas proteccionistas adoptadas en los últimos años, en particular en el contexto de las fusiones comunitarias, véase TAPIA, A., « Fusiones y OPAs tranfronterizas », Aranzadi, 2007, p. 32

ayudas públicas, sin dejar de aplicar al mismo tiempo los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas⁶.

Es igualmente importante destacar que, en el ejercicio de las funciones de coordinación, utilizando a estos efectos el régimen comunitario de ayudas de Estado, tal y como se ha expuesto, la Comisión ha querido mostrar a los Estados un compromiso recíproco de reacción rápida. Por ello, ha tomado dos iniciativas muy relevantes. Por un lado, ha publicado un marco de orientación para que los Estados sepan cómo diseñar sus medidas de ayuda, tanto las dirigidas al sector financiero como a la economía real, de modo que su compatibilidad con el mercado común pueda ser evaluada rápidamente por la Comisión. Por otro lado, la Comisión ha manifestado su disposición absoluta para tratar con la mayor celeridad posible todas las ayudas notificadas en virtud del artículo 88.3 del Tratado CE⁷.

Por lo que se refiere a las ayudas en favor de las instituciones financieras, el marco nuevo de la Comisión consiste, por orden cronológico, de las siguientes comunicaciones⁸:

- Comunicación de 13 de octubre de 2008 sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las

⁶ Conclusiones del Consejo europeo de 15 y 16 de octubre de 2008, precitadas, p. 5.

⁷ Véase *infra* el apartado « Los nuevos compromisos del procedimiento de evaluación y sus riesgos ».

⁸ Estas tres comunicaciones se complementan con la Comunicación de 17 de diciembre de 2009 relativo al marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera, DO C 10 de 15.01.2009, p. 2-10, que tiene por objeto las ayudas dirigidas, no al sector financiero, sino a los sectores pertenecientes a la economía real.

instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial (en adelante, la « Comunicación Bancaria » o « Comunicación de 13 de octubre de 2008 »)⁹.

- Comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre la recapitalización de las instituciones financieras en la crisis actual (en adelante, la « Comunicación Recapitalización » o « Comunicación de 5 de diciembre de 2008 »)¹⁰.
- Comunicación de 25 de febrero de 2009 sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario (en adelante, la « Comunicación Tratamiento de activos deteriorados » o « Comunicación de 25 de febrero de 2009 »)¹¹.

En términos generales, cada una de las Comunicaciones anteriores aborda uno de los instrumentos de acción de los Estados a los que hemos hecho referencia anteriormente. Así, la Comunicación de 13 de octubre de 2008 se centra fundamentalmente en los esquemas de garantía; la Comunicación de 5 de diciembre de 2008, en los esquemas de recapitalización; y la Comunicación de 25 de febrero de 2009, en el tratamiento de activos deteriorados. En la primera Comunicación, además, la Comisión estableció y desarrolló los principios generales del marco de orientación y evaluación en su conjunto, los cuales han sido más tarde recogidos y especificados en las dos comunicaciones siguientes.

⁹ DO C 270 de 25.10.2008, p. 8-14.

¹⁰ DO C 10 de 15.01.2009, p. 2-10

¹¹ DO C 72 de 26.03.2009, p. 1-22

Más adelante en este trabajo, se exponen cuáles son los estándares y principios que se derivan de este nuevo marco de la Comisión y cómo se aplican en particular a las garantías, la recapitalización y el tratamiento de activos. Adelantemos ahora, no obstante, que estos instrumentos –sobre todo, los dos primeros– han formado parte del elenco de mecanismos de que los Estados han hecho uso tradicionalmente para intervenir a favor de las empresas y han sido, por tanto, objeto de control por parte de la Comisión bajo el régimen comunitario general de ayudas públicas desde la creación de las Comunidades europeas. En el siguiente apartado se hace una breve referencia a este régimen general y, en particular, a cómo han sido evaluados dichos instrumentos en el pasado para así tener una mejor referencia respecto de los cambios introducidos, al menos temporalmente, por el nuevo marco específico de la Comisión.

2. GARANTÍAS, RECAPITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO DE ACTIVOS DETERIORADOS A LA LUZ DEL RÉGIMEN COMUNITARIO DE AYUDAS DE ESTADO

2.1– Garantías, recapitalización y tratamiento de activos deteriorados como « ayudas de Estado »

Por todos es sabido que para hablar de « ayuda de Estado » en el sentido del artículo 87 del Tratado CE, la medida en cuestión ha de satisfacer los siguientes tres requisitos¹²: procurar una ventaja económica, ser de origen público y tener

¹² La noción de « ayuda » del artículo 87 del Tratado CE ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase HANCHER, OTTERVANGER y SLOT, « EC State Aids », Sweet & Maxwell, 2006 ; CONOR, Q., « European State Aid Law », Hart Publishing, 2ª ed., 2009. Véase también la Comunicación de la Comisión de 25 de

carácter selectivo. A éstos es necesario añadir otros dos factores determinantes de la incompatibilidad de la medida con el mercado común, como son, la afectación al comercio entre los Estados y el falseamiento de la competencia.

Por lo que se refiere al primer requisito, la existencia de una ayuda exige que una empresa haya sido favorecida mediante una ventaja económica o beneficio material¹³. Ésta puede derivar bien de la obtención directa de fondos, bien de la exoneración del pago de determinadas cargas que la empresa estuviera obligada a cumplir como regla general (por ejemplo, la exoneración del pago de las cotizaciones sociales debidas). La *rationale* de este planteamiento es abarcar no solamente las subvenciones en sentido estricto, sino todas las medidas que pudieran aliviar las cargas económicas a las que se encuentran sometidas habitualmente las empresas.

En segundo término, el artículo 87 del Tratado CE exige que la ventaja económica provenga de los poderes públicos, ya sean estatales o regionales¹⁴. Este requisito subjetivo de la noción de ayuda ha sido objeto de una interpretación ciertamente confusa por parte del Tribunal de Justicia. En términos generales, siempre ha permanecido la cuestión de saber si el carácter público de la ayuda exige que los poderes públicos hayan llevado a cabo una transferencia efectiva de fondos a favor de una empresa –o, en sentido negativo, hayan procedido a la eliminación de una carga pecuniaria en su beneficio–, o si bien es suficiente que las autoridades

febrero de 2009, relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales, DO C 85 de 9.4.2009, p. 1–22.

¹³ STJCE de 18 de febrero de 1960, *Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad*, asunto 30/59, p. 19

¹⁴ STJCE de 4 de mayo de 1988, *Bodson c. Pompes Fúnebres*, asunto 30/87, p. 14

públicas hayan adoptado una medida cualquiera que coloque a dicha empresa en una posición más aventajada con respecto a sus competidores sin necesidad de efectuar la transferencia de fondos referida¹⁵. Sin entrar en una discusión mayor, parece que el Tribunal de Justicia, en su sentencia *PreussenElektra*¹⁶, se aproxima más a la primera de las interpretaciones señaladas¹⁷.

Por último, el carácter selectivo de una ayuda estatal significa que la ayuda debe ser acordada a favor de una o varias empresas concretas, y no ser una medida general de política económica aplicable a todas las empresas en todos los sectores de un Estado miembro¹⁸. El carácter selectivo de la medida no depende del número de empresas beneficiarias, ni de la diversidad de los sectores económicos afectados. En cuanto al factor determinante de la incompatibilidad con el Tratado, la intervención pública debe tener como consecuencia la afectación al comercio entre los Estados miembros y provocar una distorsión en la competencia. El

¹⁵ La evolución en la jurisprudencia relativa a esta cuestión viene determinada por STJCE de 24 de enero de 1978, *Netherlands c. Van Tiggele*, asunto 82/77, p. 24 ; STJCE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit*, asunto 61/79, p. 31 ; STJCE de 30 de enero de 1985, *Comisión c. Francia*, asunto 290/83, p. 14 ; STJCE de 17 de marzo de 1993, *Slovan Neptum c. Bodo Ziesemer*, asuntos acumulados 72/91 y 73/91, p. 21 ; STJCE de 30 de noviembre de 1993, *Kirsammer-Hack c. Sidal*, asunto 189/91, p. 16 ; STJCE de 7 de mayo de 1998, *Viscido c. Poste Italiane*, asuntos acumulados, 52, 53 y 54/97, p. 14-15.

¹⁶ STJCE de 13 de marzo de 2001, *Preussen Elektra*, asunto 379/98. Cfr. STJCE de 13 de mayo de 2002, *Francia c. Comisión (Stardust Marine)*, asunto 482/99 ; STJCE de 15 de julio de 2004, *Pearle*, asunto 345/02 ; y STJCE de 17 de junio de 1999, *Piaggio*, asunto 295/97.

¹⁷ ORTEGA BUENO, R. Y ORTEGA FERNÁNDEZ, R., La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Preussen Elektra*: la necesidad de una interpretación en función de los efectos en materia de ayudas públicas, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nov./Dec. 2002, p. 88.

¹⁸ STJCE de 17 de junio de 1999, *Comisión c. Bélgica (Maribel)*, asunto 75/1997 y STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, asunto 143/99.

falseamiento de la competencia se produce automáticamente cuando la ayuda favorece a determinadas empresas en detrimento de otras. Por su parte, la afectación a los intercambios comerciales se produce siempre, salvo en los casos *de minimis* –o de menor importancia¹⁹– o cuando las ayudas están destinadas a pequeñas empresas que ejercen actividades locales. Los tribunales comunitarios son verdaderamente estrictos en la interpretación de estos criterios: la mínima distorsión en este sentido hace aplicable el artículo 87 del Tratado CE²⁰.

A los efectos de este trabajo, es suficiente señalar que tanto el origen público como el carácter selectivo de las medidas que los Estados están adoptando para ayudar a las instituciones financieras en el contexto actual quedan suficientemente expuestos, dado que es evidente que tales medidas son otorgadas por los Estados y únicamente determinadas empresas son sus beneficiarias. Por ello, sólo el elemento de la ventaja material puede resultar de un mayor interés en este sentido.

No debe olvidarse que el Estado puede participar en el mercado como un agente económico más²¹ interviniendo en las empresas mediante la adquisición de participaciones en su capital o concediendo garantías, sin que estas medidas deban caer necesariamente dentro del concepto de ayuda de Estado del artículo 87 del Tratado CE. Para distinguir entre la existencia de una ayuda en el sentido del

¹⁹ Cfr. Reglamento (CE) n° 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 28.12.2006 p. 5-10.

²⁰ STPI de 15 de junio de 2000, Alzetta e.a. c. Comisión, asuntos acumulados 298/97, 312/97, 313/97, 315/97, 600/97 a 607/97, 1/98, 3/98 a 6/98 y 23/98, p. 81.

²¹ Véase el artículo 295 del Tratado CE que dispone que « el [propio] Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros ».

Tratado y la legítima obtención de fondos o garantías por parte de una empresa, aun cuando éstos provengan del Estado, la Comisión ha aplicado tradicionalmente el denominado *test del inversor privado*²². Sobre esta base, existe una ayuda conforme al artículo 87 del Tratado CE toda vez que una empresa obtiene fondos o es beneficiaria de una garantía concedida por los poderes públicos que no podría haber sido conseguida en condiciones normales de mercado²³, es decir, ningún agente económico habría adoptado una decisión similar en las mismas circunstancias en relación con dicha empresa²⁴.

Siguiendo lo anterior, se ha considerado generalmente que tanto las garantías como las recapitalizaciones son ventajas económicas solamente en la medida en que reduzcan las cargas a las que ordinariamente está sometido el presupuesto de una empresa²⁵.

Respecto a las garantías, la Comisión ha dispuesto en su Comunicación de 20 de junio de 2008 que el elemento del beneficio económico o de la ventaja material proviene del hecho de que el Estado es quien asume el riesgo vinculado a la garantía. Si la asunción de dicho riesgo no es compensada con una prima adecuada, conforme a las condiciones de mercado, estaremos ante una ayuda de

²² Entre otras, STJCE de 10 de julio de 1986, *Bélgica c. Comisión*, asunto 234/84 ; STJCE de 14 de febrero de 1990, *Francia c. Comisión*, asunto 301/87, p. 38 ; STJCE de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, asunto 142/87, p. 23-24.

²³ Cfr. COCCIA, *Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di Giustizia: Auti di Statu o aiuti di status?*, Revista di Diritto Internazionale, 1992, p. 993. Véase también STJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, asunto 305/89, p. 20.

²⁴ STPI de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia c. Comisión*, asunto 296/97.

²⁵ STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, asunto 387/92, p. 13; STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, asunto 143/99, p. 38 ; STJCE de 22 de noviembre de 2001, *Ferring*, asunto 53/00, p. 15.

estado en el sentido del artículo 87 del Tratado CE. En estas circunstancias, puede existir una ayuda estatal aunque suceda que el Estado no haya efectuado ningún pago amparado por la garantía. La ayuda se otorga al conceder la garantía, no en el momento de ejecutarla o de hacer efectivo un pago en virtud de la misma²⁶.

Similarmente, existe una práctica reiterada de la Comisión, respaldada por la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, que considera que una inyección de capital o recapitalización constituye una ayuda si no es llevada a cabo conforme al denominado criterio del inversor privado ya expuesto²⁷. Esto es, si la inyección no responde a un interés comercial y si no se compensa con la adquisición de participaciones en el capital social de la empresa (equivalentes al capital inyectado por el Estado) o con una remuneración adecuada²⁸.

Por su parte, el tratamiento de activos deteriorados es una medida relativamente novedosa, aunque no por ello puede excluirse que pueda dar lugar a una ayuda a

²⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, DO C 155, p. 2. Véanse también la decisión 2003/706/CE de la Comisión, de 23 de abril de 2003, relativa a los regímenes de ayuda aplicados por Alemania — Regímenes de garantía del Estado federado de Brandeburgo de 1991 y 1994 — Ayuda estatal C 45/98 (ex NN 45/97) (DO L 263 de 14.10.2003, p. 1); decisión de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, relativa al régimen de garantía para la financiación de buques —Alemania (N 512/03) (DO C 62 de 11.3.2004, p. 3); y decisión 2006/599/CE de la Comisión, de 6 de abril de 2005, relativa al régimen de ayudas estatales que Italia tiene previsto ejecutar en favor del crédito naval DO L 244 de 7.9.2006, p. 17

²⁷ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los artículo 92 y 93 del Tratado CEE a las empresas públicas que operan en el sector de la fabricación, DO C 240, p. 36. Véanse también, en sustancia, STJCE de 14 de noviembre de 1984, *NV Intermills c. Comisión*, asunto 323/84, p. 13 ; STJCE de 10 de julio de 1986, *Bélgica c. Comisión*, asunto 234/84, ; STJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, asunto 303/88 ; STJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia c. Comisión*, asunto 305/89, ; STJCE de 14 de septiembre de 1994, *España c. Comisión*, asuntos acumulados 278, 279 y 280/92 ; y STJCE de 3 de julio de 2003, *Bélgica c. Comisión*, asunto 457/00,.

²⁸ Véase BARTOSCH, A., EC State aid law reviewing equity injections and loan grants by the public sector: a comparative analysis, 21 ECLR 377, 2000.

efectos del Tratado. Al igual que los anteriores instrumentos, el rescate de activos puede considerarse una ayuda estatal si reduce las cargas del banco beneficiario, dado que, en principio, un banco tiene que soportar la pérdida de valor de los activos deteriorados, cuyo montante corresponde a la diferencia entre el valor de mercado –virtualmente cero en el momento presente– y el valor atribuido en su balance. El rescate de dichos activos por parte del Estado permitiría a la institución financiera no registrar la pérdida correspondiente al activo deteriorado ni constituir una reserva por el deterioro del valor de sus activos, de modo que el capital reglamentario que debiera estar afectado a dicha pérdida puede ser destinado a otros usos. La ayuda de Estado correspondería a la diferencia entre el valor real del rescate y el valor de mercado. Cuanto mayor sea la necesidad del banco, mayor será el valor real de rescate, que puede llegar incluso a compensar el valor del balance en su totalidad²⁹.

2.2- La declaración de compatibilidad con el mercado común : las ayudas de salvamento y de reestructuración a las empresas en crisis

No obstante lo dicho en el apartado anterior, el hecho de que las garantías, las recapitalizaciones y el rescate de activos deteriorados entren, en las circunstancias específicas del caso, en el ámbito del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE, no significa que no puedan ser declarados compatibles con el mercado común. Precisamente, ésa es la finalidad del artículo 87, apartado 3, del Tratado CE, que establece una serie de supuestos en los que una ayuda determinada puede ser

²⁹ En el contexto actual, sin embargo, la idea de la Comisión es que el valor de rescate sea el mínimo indispensable y que el banco responda con la diferencia entre el valor de balance y el valor de rescate. Véase *infra* el apartado « Marco de orientación y evaluación sobre las ayudas a favor de las instituciones financieras ».

validada. En particular, la asistencia a las empresas en crisis, incluidas aquí las instituciones financieras, se ha evaluado ordinariamente sobre la base del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado CE, que establece, en esencia, que podrán ser declaradas compatibles con el mercado común las ayudas que estén 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 Comisión ha desarrollado el contenido de esta disposición en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis³⁰ (en adelante, « Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración »). Conforme a éstas, son empresas en crisis –o en dificultades– aquéllas que se muestran incapaces, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a inyectarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo³¹.

³⁰ DO C 244 de 1.10.2004, p. 2. Estas directrices expiran, según el propio documento, el 9 de octubre de 2009. No obstante, la Comisión ha decidido prorrogar la validez de las actuales Directrices hasta el 9 de octubre de 2012 debido a la situación económica difícil e inestable presente y a la gran experiencia ganada y los buenos resultados que han procurado. Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis DO C 156 de 09.07.2009, p. 3, y HANKIN, R., *New developments on industrial restructuring*, 7th Experts' forum on new developments in European State Aid Law 2009 (EStAL Institute), Bruselas, 14 y 15 de mayo, p. 31.

³¹ En particular, se consideran empresas en crisis las sociedades de responsabilidad limitada, cuando más de la mitad de su capital haya desaparecido y más de un cuarto del capital se haya perdido durante los doce últimos meses; las sociedades de responsabilidad ilimitada, cuando más de la mitad de sus fondos hayan desaparecido y más de una cuarta parte se haya perdido durante los doce últimos meses; y todas las sociedades que cumplan las condiciones de insolvencia previstas en el Derecho nacional. Por su parte, las empresas de nueva creación no son elegibles para entrar en esta categoría, ni tampoco las filiales de grandes grupos. Véanse las

Para las empresas en crisis están previstos dos tipos de ayudas : las ayudas de salvamento y las ayudas a la reestructuración. Ambos tipos de ayuda deben ser notificadas a la Comisión, la cual lleva a cabo una evaluación individual de cada caso. Igualmente, aunque las ayudas de salvamento y de reestructuración responden a mecanismos distintos, son a menudo dos etapas de una única operación³².

En sustancia, las ayudas de salvamento se conciben como una medida de urgencia, temporal y transitoria, que cuenta por lo general con la aprobación de la Comisión, y que se corresponde con los recursos mínimos necesarios para mantener a flote una empresa mientras un proyecto de reestructuración o liquidación está siendo discutido³³. Ordinariamente, se articulan a través de préstamos o garantías sobre préstamos y no pueden tener una duración superior a los seis meses, salvo en casos extraordinarios. El montante de la ayuda debe ajustarse a lo estrictamente necesario y si un plan de reestructuración o liquidación no es adoptado en ese periodo, la ayuda debe ser devuelta.

Por su parte, las ayudas a la reestructuración están basadas en un plan coherente respaldado por la Comisión que ha de permitir a la empresa en cuestión retornar a la viabilidad en el largo plazo y que supone igualmente un compromiso para el Estado en particular³⁴. La ayuda se limita al mínimo indispensable para acometer

Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, apart. 9-12. Cfr. STJCE de 21 de marzo de 1991, Italia c. Comisión, C-303/88.

³² Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, apart. 14.

³³ Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, apart. 15 y siguientes.

³⁴ Véase

esta función, lo cual significa que la ayuda no debe procurar excesiva liquidez a la empresa ni tampoco financiar inversiones que no sean esenciales para su viabilidad futura. Generalmente, esto incluye un plan de reorganización, racionalización y orientación de las actividades de la sociedad.

En el caso de las ayudas a la reestructuración de empresas, para evitar distorsiones en la competencia y que las empresas competidoras que no se nutren de la ayuda se vean afectadas, debe establecerse a su vez que el perjuicio en el mercado podrá ser compensado por los beneficios en ayudar a la empresa en cuestión en el largo plazo. Al mismo tiempo, debe haber una contribución real por parte del beneficiario³⁵ y contrapartidas suficientes para los competidores. He aquí donde se encuentra el coste de este tipo de ayudas y el desincentivo para los denominados « *free riders* ». La contribución generalmente se corresponde con una remuneración parcial por la ayuda recibida, una reducción de su capacidad o presencia de mercado en proporción a la ayuda recibida, salvo que se afectara a la en exceso a la estructura del mercado, y/o una desinversión de sus activos. En principio, la venta de los activos que precisamente generaban pérdidas no suelen ser considerados medidas compensatorias. La Comisión se encarga de llevar a cabo el control de la transposición y desarrollo del plan de viabilidad y se muestra ciertamente rigurosa al respecto.

Por lo general, se ha concebido que las ayudas de salvamento y reestructuración a favor de las empresas en crisis falsean gravemente la competencia³⁶, por lo que han de ser una excepción y no una norma. Por ello, la concesión de este tipo de

³⁵ Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 38 y siguientes.

³⁶ Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 4

ayudas responde al principio de *oportunidad o ayuda única*. Ello significa que una empresa no puede solicitar una ayuda adicional de salvamento o reestructuración en un periodo de 10 años, partiendo de que una ayuda de salvamento a la cual sigue una ayuda de reestructuración constituye una sola operación. Sólo una ayuda de salvamento que no hubiese sido acompañada seguidamente por una ayuda a la reestructuración puede solicitar una ayuda de este tipo después de más de 5 años siempre que las causas que llevan a esta solicitud no hubieran podido ser previstas. Se pretende cumplir así con uno de los objetivos de este área particular del régimen comunitario de ayudas de Estado que es el de evitar la sobrecapacidad artificial de empresas ineficaces en el mercado.

Finalmente, cabe destacar que las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración publicadas por la Comisión en 2004 supusieron un endurecimiento de las condiciones para declarar la compatibilidad de la ayuda respecto de las anteriores de 1999. Este aspecto resulta relevante por lo que posteriormente expongamos respecto al marco de orientación y evaluación de ayudas a favor de las instituciones financieras, en la medida en que, según algunos autores, este último ha supuesto un retroceso en la política comunitaria de competencia en el ámbito de las ayudas a favor de empresas en dificultad³⁷. A modo de ilustración, frente a los seis meses en que la ayuda de salvamento ha de ser reembolsada al Estado, las anteriores directrices ofrecían un periodo de doce meses, que en el marco actual de crisis se ha prolongado incluso a los dos años, con posibilidad de prorrogación³⁸.

³⁷ D'SA, R. M., Instant State Aid Law in a Financial Crisis – A U-Turn?, EStAL, Volume 8, Number 2, 2009.

³⁸ NICOLAIDES, P., Rescue and Restructuring Aid: A brief Assessment of the Principal provisions of the guidelines, EStAL Volume 4, Number 1, 2004, p. 27–34.

3. EL MARCO DE ORIENTACIÓN Y EVALUACIÓN SOBRE LAS AYUDAS ADOPTADAS A FAVOR DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

3.1- La nueva base de compatibilidad de las medidas de ayuda y el ámbito de aplicación y los principios generales del marco de la Comisión

En un estadio inicial, la Comisión aplicó las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración a los primeros casos de insolvencia de los bancos. Fueron las decisiones relativas a los bancos *Northern Rock*, *WestLB*, *Sacasen LB*, *Roskilde Bank A/S*, *Bradford&Bingley* y *Hypo Real Estate Holding AG*³⁹. Sin embargo, pronto fue consciente de que un gran número de planes de ayudas, necesarios para superar la crisis, no podían ser declarados compatibles con el mercado común conforme a las condiciones y el estándar temporal recogidos en tales directrices. La Comisión ha tenido, por ello, que recurrir a otra base de compatibilidad más flexible, en concreto, el artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE, que dispone que « podrán ser declaradas con el mercado común las ayudas dirigidas a poner remedio a una grave perturbación económica en la economía de un Estado miembro ». Para dar contenido a esta disposición, la Comisión ha publicado el marco de orientación y evaluación sobre las ayudas adoptadas en favor de las instituciones financieras, compuesto por la Comunicación Bancaria, la Comunicación Recapitalización y la Comunicación Tratamiento de Activos Deteriorados, a las que ya hemos hecho alusión.

³⁹ Véase *infra* el apartado « La práctica de la Comisión en el contexto actual de crisis ».

Ha de notarse que es la primera vez que la Comisión emplea el artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE de una manera sistemática para declarar la compatibilidad con el mercado común de medidas públicas de ayuda. En el pasado, solamente fue utilizada en una ocasión para permitir las ayudas de los Estados miembros dirigidas a proteger el empleo en el contexto de la crisis de mediados de los años 70 y en otro caso puntual de perturbación de la economía griega en 1986⁴⁰. Más aún, recientemente, la Comisión rechazó incluso la utilización de esta base de compatibilidad en la decisión *Northern Rock* de diciembre de 2007⁴¹.

Según la Comisión, el nuevo marco publicado se inspira en los principios de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración, que son, en definitiva, los criterios que ha tenido siempre como referencia para evaluar las ayudas a las empresas en dificultad, y son aquéllos de los que disponía cuando comenzaron a sucederse los primeros casos de ayudas a favor de instituciones financieras. Sin embargo, la utilización de la nueva base de compatibilidad supone una aplicación de dichos principios de una manera más flexible. En primer lugar, porque, cabe suponer que no requiere medidas estructurales compensatorias tan rigurosas como las exigidas en el marco de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración. En segundo término, porque admite un ámbito temporal de aplicación de las medidas mucho más amplio⁴² que el de las Directrices. En

⁴⁰ EDITORIAL BOARD, *Weathering through the credit crisis: Is the Community equipped to deal with it?*, 46 *Common Market Law Review*, 2009, p. 3–12. Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 1987, DO L 76/18, de 22.03.1988. Cfr. Decisión de la Comisión de 23 de julio de 1968, DO C L 178, p. 15, relativa a las ayudas a la exportación francesas destinadas a remediar sus desequilibrios en la balanza de pagos derivados de los sucesos de mayo de 1968.

⁴¹ Véase *infra* el apartado « La práctica de la Comisión en el contexto actual de crisis ».

⁴² Comunicación Bancaria, precitada, p. 10.

síntesis, el nuevo marco permite adoptar medidas de ayuda que no habrían sido aceptadas bajo las normas anteriores a la crisis.

El nuevo enfoque de la Comisión dirigido a los casos de instituciones financieras en crisis ha sido criticado por un gran sector de la doctrina, en la medida en que consideran que la utilización del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE supone un retroceso en la política de competencia relativa a la reestructuración de empresas en dificultad. No obstante, la Comisión ha justificado su posición en el carácter sistémico de la crisis, la cual afecta incluso a los bancos esencialmente sólidos y, según sus previsiones, puede trasladarse potencialmente a otros sectores de la economía⁴³. La Comisión insiste, de esta manera, en que el uso de esta nueva base de compatibilidad implica que la ayuda a las instituciones financieras no está dirigida a ellas a título individual, sino que es un medio para restaurar la estabilidad de los propios Estados miembros en todas sus áreas económicas.

La Comisión ha querido ser precavida, no obstante, y por ello ha establecido dos limitaciones a la aplicación de la nueva base de compatibilidad. En primer lugar, ha advertido que el uso del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE, tal y como se articula en las comunicaciones dirigidas a las instituciones financieras, no puede ser trasladado a título de principio a otros sectores económicos. Solamente la existencia de un riesgo sistémico comparable que pudiera afectar a toda la economía de un Estado justificaría su aplicación⁴⁴. En segundo término, la

⁴³ Comunicación Bancaria, precitada, p. 1-4 y 9.

⁴⁴ Comunicación Bancaria, precitada, p. 11. Cabe pensar en el sector automovilístico a la luz de la Comunicación de la Comisión de 25 de febrero de 2009 - « Responding to the crisis in the European automotive industry », COM(2009) 104 final.

Comisión destaca que la interpretación de la expresión « perturbación seria de la economía de un Estado miembro » ha de ser restrictiva, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria⁴⁵.

La Comisión indica también que solamente se podrá recurrir a la base del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE, durante el tiempo en que la situación de crisis justifique su aplicación, lo que conlleva la necesidad de revisar regularmente los regímenes generales de ayuda y ponerles fin tan pronto como la situación económica del Estado vuelva a ser sostenible⁴⁶. A este respecto, el principio de ayuda única de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración no parece que se aplique en esta ocasión, partiendo de que tampoco puede determinarse con exactitud si una institución financiera importante para la economía de un Estado miembro necesitará más de una intervención en el futuro. De momento, las comunicaciones disponen que las medidas que se adopten en el contexto presente podrán tener una duración de hasta dos años, aunque la Comisión se ha reservado al mismo tiempo la posibilidad de poder revisar cada seis meses los esquemas de ayudas adoptados por los Estados, teniendo así la oportunidad de verificar si tales medidas siguen siendo necesarias para reajustar la economía del Estado o si puede prescindirse de ellas⁴⁷.

Por su parte, algún autor ha destacado que la relación entre el nuevo marco adoptado sobre la base del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE y el « tradicional » relativo al artículo 87, apartado 3, letra c), no resulta clara a la luz

⁴⁵ Véase, a modo de ilustración, STPI asuntos acumulados 132/96 y 143/96, *Resitaat Sachsen and Volkswagen AG c. Comisión*, p. 167.

⁴⁶ Comunicación Bancaria, precitada, p. 12–13.

⁴⁷ Véase el Informe de la Comisión de 7 de agosto de 2009, precitado.

de las comunicaciones de la Comisión⁴⁸. Todo ello parece derivarse de la distinción que también recoge la Comisión entre, por un lado, instituciones financieras esencialmente sólidas, pero afectadas económicamente en el contexto actual por la falta de liquidez (*fundamentally sound*) ; y, por otro, las instituciones financieras con problemas endógenos anteriores derivados de la ineficacia, la mala gestión de activos y obligaciones o de sus estrategias excesivamente arriesgadas⁴⁹. Con el objetivo de que éstas últimas no puedan beneficiarse del nuevo marco, la Comisión ha dispuesto que podrán solicitar ayudas a sus respectivos Estados, pero, en este caso, dichas ayudas han de ser evaluadas a la luz de las Directrices sobre ayudas al salvamento y a la reestructuración y han de preverse para ello contraprestaciones más severas⁵⁰.

El problema a este respecto se presenta principalmente a la hora de distinguir entre uno y otro tipo de institución. En realidad, parte del problema de la crisis ha derivado del hecho de que muchos bancos no fueron completamente conscientes en los últimos años de su exposición al mercado hipotecario *subprime* de los Estados Unidos debido a su naturaleza enmascarada⁵¹. Por ello, resulta complejo saber qué institución financiera fue diligente y cuál no fue excesivamente arriesgada en su estrategia. Otro inconveniente similar es el de la distinción entre instituciones de relevancia sistémica y no sistémica que también está presente en el marco⁵². En este sentido, la Comisión parece dar a entender que la ayuda

⁴⁸ D'SA, R. M., precitado, p. 141.

⁴⁹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 2.

⁵⁰ Comunicación Bancaria, precitada, p. 14

⁵¹ LUJA, R., State Aid and the Financial Crisis: Overview of the Crisis framework, EStAL, Volume 8, núm. 2, 2009.

⁵² Comunicación Recapitalización, precitada, p. 21 y siguientes.

basada en el artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE ha de procurarse a las instituciones financieras relevantes sistémicamente. Sin embargo, se repiten aquí los mismos problemas de identificación que señalábamos antes⁵³. Por el momento parece que, en principio, la Comisión no ha sido muy rigurosa en esta distinción y ha aplicado esta base de compatibilidad a bancos como el *Roskilde Bank*, que es el octavo banco de Dinamarca, si bien, en esta ocasión, se trataba de una ayuda a la liquidación que, en definitiva, significaba la salida del banco del mercado⁵⁴. Por otro lado, es preciso señalar que parece que la Comisión ha ideado un sistema por el cual, si bien los Estados pueden acudir al marco que prefieran para validar sus ayudas, la utilización del más flexible, esto es, el del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE, podría suponer un mayor coste para la empresa en el futuro conforme a los índices remuneración de la ayuda que están previstos en las comunicaciones.

Por lo que respecta a los principios que subyacen al marco nuevo desarrollado por la Comisión, éstos pueden resumirse esencialmente en el respeto a la proporcionalidad y a la no discriminación. Sobre esta base, las medidas públicas que pretendan ser declaradas compatibles con el mercado común habrán de estar diseñadas de tal manera que permitan lograr el objetivo de solucionar la perturbación grave en la economía del Estado. Del mismo modo, tales medidas deben ceñir su acción a lo que se indispensable para cumplir con este objetivo y minimizar las repercusiones negativas en los competidores⁵⁵.

⁵³ LUJA, R., precitado, p. 147. Véase, a este respecto, la declaración del gobierno belga con ocasión de la insolvencia de Dexia en la Decisión NN 49/2008, de 19 de noviembre de 2008, p. 48, y la nota de prensa IP/08/1745 de 20 de noviembre de 2008.

⁵⁴ Decisión NN39/2008, de 5 de noviembre de 2008, p. 56.

⁵⁵ Comunicación Bancaria, precitada, p. 15.

3.2- El establecimiento de esquemas de garantía

La Comunicación Bancaria, además de exponer las consideraciones a las que acabamos de hacer referencia, ha descrito cómo ha de procederse en el diseño particular de las garantías que los Estados consideren adoptar en favor de las instituciones financieras. Éstas pueden hacer parte de un esquema general o tratarse de medidas individuales para una institución en particular. En todo caso, la Comisión ha señalado que la determinación de las instituciones financieras beneficiarias ha de responder a criterios de elegibilidad objetivos y no discriminatorios. Ello implica que todas las instituciones financieras constituidas en el Estado miembro han de contar con la posibilidad de ser cubiertas por el régimen de garantías que se establezca. Aquí han de incluirse las filiales de grupos extranjeros constituidas en ese mismo Estado miembro⁵⁶.

Por lo que se refiere a los tipos de pasivos que pueden cubrir las garantías, la Comisión señala que son principalmente los depósitos de los particulares los que se considera de verdadera importancia para la superación de la crisis pues trasladan a los particulares que no sufrirán la pérdida de sus ingresos y evitarán su retiro de los bancos. Asimismo, pueden ser garantizados los depósitos interbancarios en la medida en que pueden ayudar a reactivar este sector en concreto. Cualquier otro tipo de deuda que no se corresponda con los depósitos de los particulares y los créditos interbancarios ha de ser analizado por separado por la Comisión para ver en qué medida su garantía conduce en efecto a hacer frente a los riesgos de la crisis financiera. Las garantías no deben, en principio,

⁵⁶ Comunicación Bancaria, precitada, p. 18.

incluir tampoco deudas subordinadas o las deudas de accionistas o inversores de capital riesgo⁵⁷.

Por otro lado, en línea con lo que señalábamos anteriormente, la Comisión ha destacado que la duración y el alcance de los regímenes de garantía han de limitarse al mínimo necesario. Si bien no es posible, en las circunstancias actuales, prever su duración exacta, la Comisión emplaza a los Estados a revisar la necesidad de los esquemas de garantías y a ajustarlos en la medida de lo posible cada seis meses, aun cuando puede establecerse para ellos una duración de inicio de dos años⁵⁸. La revisión se plantea como una oportunidad para asegurar la consistencia y efectividad de los esquemas en un momento posterior a su primera notificación. Se trata de un plazo arbitrario, pero materializa el deseo de la Comisión de establecer una referencia temporal concreta. Estos dos años podrán ser prorrogados siempre y cuando la revisión de las medidas sea efectiva y se demuestre que la situación de crisis justifica su aplicación. Según la Comisión, ha de ponerse fin a las medidas en el momento en la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita⁵⁹.

Además, el pasivo cubierto por la garantía debe estar limitado a lo estrictamente necesario y debe existir, al mismo tiempo, una contribución del beneficiario al coste de dicha garantía, proporcional a su duración y a su nivel de riesgo. La idea es que los accionistas de las empresas no se beneficien injustamente a expensas del contribuyente. Satisface *a priori* este requisito el establecimiento de una

⁵⁷ Comunicación Bancaria, p. 19-23.

⁵⁸ Comunicación Bancaria, precitada, p. 24.

⁵⁹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 12-13.

remuneración adecuada a cargo de la institución financiera conforme a lo que pueda considerarse, dentro de lo posible, un precio de mercado, y conforme también a los diversos niveles de riesgo y a los distintos perfiles de los beneficiarios. En caso de vencimiento de la garantía, el beneficiario debe aportar una parte considerable de la deuda, dejando al Estado el pago del restante exclusivamente. En el caso de que los beneficiarios no puedan hacerse cargo de la remuneración convenida, ha de recurrirse a cláusulas de recuperación y de intereses de modo que el pago se haga en un futuro⁶⁰. Más aún, a efectos de que los bancos beneficiarios de la garantía concedida por el Estado no resulten más atractivos para los inversores que los bancos que no se han beneficiado de ella y evitar así distorsiones innecesarias en la competencia, la Comisión establece igualmente que han de adoptarse medidas de limitación de la actividad comercial de los beneficiarios (*behavioural constraints*) de modo que éstos no puedan hacer uso de la garantía para desarrollar actividades que excedan lo necesario para salir de la crisis (por ejemplo, estrategias de crecimiento y campañas de publicidad). El Estado debe estar igualmente capacitado para que la violación de estas limitaciones conlleve la retirada de la garantía⁶¹.

Por último, cabe destacar que la Comisión ha establecido que es obligatoria la presentación de un plan de reestructuración o de liquidación para las instituciones que muestren deficiencias estructurales que van más allá de las propias derivadas de la crisis. En este caso, este plan de reestructuración o liquidación habrá de notificarse y ser examinado por separado por la Comisión, conforme a las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración.

⁶⁰ Comunicación Bancaria, precitada, p. 25–26.

⁶¹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 27.

3.3- *La recapitalización de las instituciones financieras*

Si bien en la Comunicación Bancaria se hacía referencia a la recapitalización de los bancos como instrumento de respuesta frente a la crisis⁶², los apartados dedicados a ella eran relativamente escasos comparados con los dedicados a los esquemas de garantía. Cabe suponer que ello encuentra su explicación en que, en un principio, la Comisión concibió esta vía como una opción secundaria respecto de la concesión de garantías, dado que la recapitalización es una medida reversible en menor grado y, por tanto, potencialmente más perjudicial para la competencia.

Sin embargo, a medida que la crisis ha ido agravándose en los últimos meses de 2008, los Estados han tomado conciencia de la necesidad de recurrir a la recapitalización de las instituciones financieras, intentando no dejar por ello de alentar la obtención de capitales privados por otros medios⁶³. De hecho, la recapitalización se configura como un instrumento muy eficaz para hacer llegar liquidez, no solamente a los bancos, sino a la economía real, y para favorecer la confianza en el mercado, puesto que permite reforzar *directamente* la base de capital de la institución financiera beneficiaria y elevar así su ratio de solvencia. Hasta el momento, muchas instituciones financieras han debido acudir a la recapitalización a título preventivo debido a la mayor percepción del riesgo presente en estos momentos y al mayor coste de la financiación. Por esta razón, los Estados miembros solicitaron a la Comisión una nuevas y más detalladas

⁶² Comunicación Bancaria, precitada, p. 34 y siguientes.

⁶³ Cfr. Conclusiones del Consejo del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieras de 7 de octubre de 2008, precitadas.

orientaciones relativas al instrumento de la recapitalización⁶⁴. La Comisión respondió a esta petición mediante la Comunicación de 5 de diciembre de 2008⁶⁵.

A la luz de la Comunicación Recapitalización, los riesgos que plantea este instrumento sobre la competencia se proyectan sobre tres planos. En primer lugar, sobre el plano de los Estados, que han de mantener un planteamiento coherente y coordinado en aras del preservar la igualdad de condiciones en todo el territorio comunitario. En segundo lugar, sobre el plano de bancos que acuden a la financiación pública, de los que ha de tenerse en cuenta su situación de mercado, su perfil de riesgo y su nivel de solvencia⁶⁶. Según la Comisión, siguiendo a este respecto las recomendaciones del Banco Central Europeo, aquellos bancos con un perfil de riesgo más arriesgado y menos eficaces deberían ser diferenciados de los bancos sólidos y más eficaces y, en consecuencia, pagar más por la ayuda obtenida⁶⁷. Por último, se muestra necesario no ofrecer subvenciones demasiado cuantiosas para no discriminar –y desincentivar– a los bancos que todavía acuden al mercado privado de financiación⁶⁸.

⁶⁴ Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, Asuntos Económicos y Financieros, de 2 de diciembre de 2008.

⁶⁵ La adopción de esta Comunicación supone un ejemplo sin precedentes de colaboración entre la Comisión y el Banco Central Europeo, el cual, mediante las Recomendaciones de su Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008, propuso una metodología par la evaluación comparativa de la fijación de precios de las medidas públicas de recapitalización destinadas a instituciones esencialmente sólidas en la zona del euro. Véase Comunicación Recapitalización, precitada, p. 16. Cfr. Conferencia de SENKOVIC, P., The ECB Response to the financial markets crisis, 7th experts' forum on new developments in European State aid Law 2009 (EStAL Institute), Bruselas, 14 y 15 de mayo.

⁶⁶ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 19

⁶⁷ Véase el Anexo 1 de la Comunicación Recapitalización, precitada.

⁶⁸ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 10.

Por otro lado, los mismos principios descritos para los esquemas de garantías se entienden aplicables a las recapitalizaciones. Así, la determinación de las instituciones financieras beneficiarias ha de responder a criterios de elegibilidad objetivos y no discriminatorios. Entre ellos puede encontrarse la necesidad de asegurar un nivel suficiente de capitalización para cumplir con los requisitos de solvencia de la legislación nacional⁶⁹. De la misma manera, la ayuda ha de ser proporcional a sus objetivos y limitarse a lo estrictamente necesario. A este respecto, la Comisión pone énfasis en que uno de los medios de contribución por parte de la institución beneficiaria es la suscripción de participaciones por el Estado, correspondiendo con el objetivo de minimizar el importe de la ayuda⁷⁰. Otra opción, en este sentido, es el pago de un interés, el cual, si bien no ha de responder a los tipos excepcionales que se observan en la actualidad, debido a la excesiva valoración del riesgo, tampoco han de corresponder a los del periodo anterior a la crisis⁷¹. En todo caso, para evitar que los bancos se ciñan a la financiación pública y que no busquen fuentes de capital alternativas, la Comisión invita a los Estados miembros a exigir una remuneración suficientemente elevada, a la que han de añadirse incentivos de salida como cláusulas de ajuste al alza. Estas fórmulas tienen por objetivo que el reembolso de la ayuda se produzca tan pronto como haya terminado la crisis y que se sustituya la financiación pública por la financiación privada lo antes posible⁷².

La necesidad de establecer salvaguardias para evitar posibles distorsiones en la competencia y no perjudicar a sus competidores es igualmente imperativa para el

⁶⁹ Comunicación Bancaria, precitada, p. 37.

⁷⁰ Comunicación Bancaria, precitada, p. 39.

⁷¹ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 18.

⁷² Comunicación Recapitalización, precitada, p. 31

caso de las recapitalizaciones. Estas salvaguardias pueden comprender tanto una política de dividendos restrictiva –comprendiendo aquí la prohibición de repartir dividendos como mínimo durante el periodo de vuelta a la viabilidad–, como la limitación de la remuneración de la dirección y la distribución de bonificaciones y la obligación de restaurar un ratio de solvencia elevado⁷³. A éstas, se añade la obligación de establecer un plan de reestructuración o liquidación separado para las instituciones esencialmente sólidas que no consigan retornar a la viabilidad con la recapitalización inicial. Este plan de reestructuración o de liquidación será analizado por separado por la Comisión, teniendo en cuenta además si la institución financiera está afectada exclusivamente por el contexto de crisis actual o tiene problemas endógenos anteriores⁷⁴.

La aprobación del régimen de ayudas no exime a los Estados de presentar a la Comisión un informe semestral sobre la utilización de dichos fondos, así como de los planes individuales de ayuda⁷⁵. En este informe ha de señalarse los bancos que han sido recapitalizados, las cantidades recibidas por esos bancos y los términos en que se las han concedido, la destinación capital recibido, información sobre incentivos y otras salvaguardias, y el camino que los Estados prevén para abandonar la dependencia del capital público⁷⁶.

Por último, resulta de particular interés la mención que se hace en la Comunicación Bancaria a los bancos centrales nacionales. Ha de recordarse que, conforme al artículo 101 del Tratado CE, éstos no pueden autorizar descubiertos o

⁷³ Comunicación Recapitalización, precitada, p. 45.

⁷⁴ Comunicación Bancaria, precitada, p. 35 y siguientes.

⁷⁵ Comunicación Bancaria, p. 38.

⁷⁶ Comunicación Recapitalización, p. 40.

concesiones de cualquier otro tipo de créditos ni adquirir directamente instrumentos de deuda. A este respecto, la Comisión considera que cuando un banco central reacciona frente a una crisis bancaria con medidas generales no selectivas, éstas no entran en el ámbito del artículo 87 del Tratado CE. Incluso en situaciones en que la ayuda está concedida a una institución financiera a título individual, no existe ayuda cuando se cumplen las tres condiciones siguientes⁷⁷: en primer lugar, la institución financiera es solvente en el momento de la concesión de liquidez; en segundo lugar, la facilidad ha de ser objeto de un garantía integral a la que se aplican recortes de valoración en función de parámetros de mercado; en tercer término, el banco central cobra al beneficiario un tipo de interés de demora; finalmente, la medida se toma por iniciativa del propio banco central y no está respaldada por ninguna contragarantía del Estado.

3.4- Tratamiento de activos deteriorados

Como último estadio en el marco de orientación y evaluación de las medidas adoptadas por los Estados frente a la crisis, la Comisión ha publicado una comunicación relativa al rescate de activos deteriorados. Éstos son tanto los activos calificados normalmente como *tóxicos* –esto es, aquéllos que por lo general « han perdido toda liquidez y son objeto de profundos ajustes a la baja de su valor»⁷⁸–, como aquéllos que los Estados consideren tratar necesariamente para equilibrar los balances de los bancos y restituir la confianza en el mercado financiero. Todos ellos han de ser identificados en las denominadas *cestas* de

⁷⁷ Comunicación Bancaria, p. 52–53.

⁷⁸ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 32

activos elegibles⁷⁹. Por otro lado, las orientaciones se aplican a todos los bancos que tienen en sus cuentas activos deteriorados hasta finales de 2008, los cuales han de ser distinguidos nuevamente conforme a su perfil de riesgo y su proyección futura de viabilidad. Estos mismos principios se aplican a los bancos transfronterizos cuando dos o más Estados miembros coordinan sus medidas⁸⁰. Según la Comisión, puede llegarse incluso a requerir que la participación en el programa sea obligatoria⁸¹ para evitar comportamientos especulativos.

Hay que enfatizar que la adopción de esta tercera comunicación deriva de la iniciativa planteada por varios Estados miembros de complementar las medidas de garantía y de recapitalización con otras dirigidas a rescatar los activos depreciados que desequilibran las cuentas de los bancos⁸². En efecto, la incertidumbre sobre la evaluación y colocación de los activos deteriorados hace que incluso a día de hoy no se hayan obtenido resultados positivos en la economía y que los efectos positivos de las medidas adoptadas hasta el momento se estén diluyendo. Si bien los bancos han reducido ya el valor de estos activos con el fin de equilibrar sus balances, ello en sí solo no puede resolver el problema en su conjunto, porque se mantiene la incertidumbre sobre su viabilidad y nos conduce consiguientemente a

⁷⁹ Véase las orientaciones que ofrece a este respecto la Comisión en el Anexo III de la Comunicación de Tratamiento de activos deteriorados, precitada.

⁸⁰ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 17.

⁸¹ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 27.

⁸² La Comunicación va más allá en su objeto que señalar de qué manera han de tratarse dichos activos para que no se distorsionen las condiciones de competencia en el mercado. Al mismo tiempo precisa en qué medida el rescate de activos puede ayudar a garantizar la estabilidad financiera y sostener el préstamo bancario, y plantea consideraciones que han de tenerse en cuenta sobre la viabilidad del sector bancario y la sostenibilidad presupuestaria en el largo plazo. Según indica el coste de rescate de activos puede ser muy alto, de modo que puede llegar a comprometerse considerablemente la estabilidad de las finanzas públicas. V. Comunicación de 25 de febrero de 2009, precitada, p. 5-12.

un mayor deterioro del crédito⁸³. La intervención de los Estados a este respecto puede resultar indispensable para la recuperación de la confianza en los balances de los bancos y favorecer el flujo del crédito tanto interbancario como ordinario.

Por otro lado, si bien corresponde a los Estados decidir cómo proceder al rescate de los activos deteriorados, la Comisión apuesta por modelos híbridos de tratamientos de estos activos que combinen su compra, la garantía sobre ellos, el canje o la gestión por una entidad independiente⁸⁴. La Comisión añade que, si quizá la utilización de garantías y recapitalizaciones han sido abiertas con mayor flexibilidad a todos los bancos solicitantes de ayuda, debe hacerse un esfuerzo por limitar el tratamiento de activos deteriorados a los bancos de verdadera importancia sistémica por la carga presupuestaria que podría suponer potencialmente⁸⁵. Al igual que en los casos anteriores, el establecimiento de metodologías de elegibilidad y evaluación comunes se exige por la necesidad de actuar coordinadamente a fin de evitar distorsiones en la competencia.

Por lo que respecta a la evaluación de las medidas de rescate de activos a la luz de las disposiciones en materia de ayudas de Estado, los mismos principios enunciados en los apartados anteriores se aplican también en esta ocasión. En primer lugar, tales medidas han de ser necesarias y proporcionales, y deben minimizar en lo posible los falseamientos en la competencia. A este respecto, a fin de evitar que unos bancos se beneficien indebidamente frente a otros, los criterios de participación en un régimen de rescate de activos, la categorización de éstos y

⁸³ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 6.

⁸⁴ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 11.

⁸⁵ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 12.

su valoración han de ser objetivos y estar claramente definidos⁸⁶. Las limitaciones a la actividad comercial de las instituciones beneficiarias han de estar igualmente presente para evitar abusos y distorsiones en la competencia⁸⁷.

Otros principios que han de guiar la adopción de este tipo de medidas son los siguientes⁸⁸ :

- Obligación de transparencia y revelación plena de los activos deteriorados que vayan a ser objeto de las medidas de rescate con el propósito de poder apreciar la verdadera necesidad de la medida y valorar al mismo tiempo las perspectivas futuras de recuperación de la viabilidad del banco. Ello implica una labor de identificación y evaluación previa de tales activos.
- Necesidad de valorar los activos deteriorados en términos reales, no sobre la base del valor de mercado –en la actualidad, virtualmente cero–. Tal valoración ha de ser realizada por expertos independientes y certificada por la autoridad supervisora correspondiente⁸⁹. La diferencia entre el valor de mercado y el valor de rescate constituye el montante de la ayuda del Estado. La valoración particular ha de ser validada por la Comisión, que aplicará a estos efectos parámetros uniformes.

⁸⁶ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 16

⁸⁷ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados, precitada, p. 31

⁸⁸ Además de estos principios, la Comunicación presenta una serie de metodologías tanto para saber cómo han de identificarse los activos elegibles, como han valorarse y cómo ha de determinarse la remuneración del Estado.

⁸⁹ Esta valoración ha de realizarse conforme a los principios establecidos en la sección 5.5 de la Comunicación de Tratamiento de activos deteriorados, precitada.

- Adecuada distribución de los costes relaciones con los activos deteriorados entre los accionistas, los acreedores y los accionistas. El coste que ha de soportar el banco corresponde con la diferencia del valor contable del activo y el valor de traspaso al Estado. Recordemos que el valor de traspaso menos el valor de mercado es el montante de la ayuda.
- Adecuada remuneración al Estado, que evite la generación de incentivos para acudir al tratamiento de activos en el futuro.
- La gestión de los activos deteriorados debe llevarse a cabo de forma separada a los activos ordinarios, de modo que se eviten conflictos de intereses y se intente maximizar su valor a lo largo del periodo de gestión.
- Obligación de notificar a la Comisión la metodología de valoración para los bancos la cual ha de ser evaluada por la Comisión.
- La ventana de participación en el programa no puede superar el plazo de 6 meses con el objetivo de no incentivar la especulación. Pasado este plazo, la participación en el programa ha de ser posible solamente en situaciones extraordinarias.
- Obligación de reestructuración que alivie las distorsiones en la competencia, cuyo plan ha de ser presentado pasados tres meses desde la acceso al programa de rescate de activos. Para esta reestructuración, ha de tenerse en cuenta todas las ayudas que la institución financiera hubiera podido obtener mediante garantías y recapitalizaciones. El perfil de riesgo y la viabilidad de

cada uno de estos bancos debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer la remuneración del Estado y la eventual necesidad de llevar a cabo una reestructuración.

- Cuanto más amplios sean los criterios elegibilidad de los activos y mayor sea el porcentaje que representen estos activos, más completos habrán de ser los remedios y la reestructuración para evitar el falseamiento.

3.5- Liquidación controlada de las instituciones financieras

La ayuda a la liquidación controlada de algunas instituciones financieras pueden adquirir también importancia especial en el contexto actual de crisis, a título individual o como complemento de una garantía o recapitalización, en la medida en que puede que una institución financiera no sea capaz de desprenderse de sus deficiencias estructurales. En esta ocasión, ha de prestarse atención a que accionistas y acreedores que se hayan beneficiado de ayudas previas no se beneficien nuevamente con las ayudas relativas a la liquidación. Además, para garantizar que no se concede ayuda a los compradores de la institución financiera o de los activos de la misma, es importante que se respeten las condiciones de venta abierta y no discriminatoria, realizada a precio de mercado y atendiendo al principio de maximización del precio de venta⁹⁰.

⁹⁰ Comunicación Tratamiento de activos deteriorados. Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos, DO C 209 de 10.7.1997, p. 3-5.

4. LOS NUEVOS COMPROMISOS DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN POR PARTE DE LA COMISIÓN Y SUS RIESGOS

La crisis financiera y económica no solamente ha supuesto el replanteamiento de las reglas sustantivas del régimen comunitario de ayudas de Estado. También ha afectado de manera significativa al desarrollo del procedimiento de evaluación de las medidas notificadas. Ello ha sido consecuencia del gran número de notificaciones que ha recibido la Comisión en los últimos siete meses y de la urgencia de tratamiento que han requerido las medidas notificadas debido a su alta trascendencia económica y política. En estas circunstancias, la Comisión ha intensificado sus labores de control y ha acomodado el procedimiento convencional de evaluación a una serie de principios que van encaminados a agilizar y flexibilizar la toma de decisiones. Para esta tarea, se ha creado además un equipo especializado dentro de la Dirección General de Competencia⁹¹, el cual, según indica la Comisión, puede resolver en un plazo de 24 horas mediando incluso fines de semana⁹².

Por regla general, el tratamiento de cualquier medida de ayuda notificada a la Comisión supone, cuanto menos, un examen preliminar que, de conformidad con el artículo 4, apartado 5, del Reglamento (CE) n° 659/1999, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 93 del Tratado CE [actual artículo 88] (en adelante, « Reglamento (CE) n° 659/1999 »)⁹³, puede extenderse hasta dos meses desde la fecha de la notificación. A éstos, han de

⁹¹ La descripción de las funciones de esta unidad especial está disponible en http://ec.europa.eu/competition/contacts/stateaid_mail.html#crisisteam

⁹² Comunicación Bancaria, precitada, p. 53.

⁹³ DO L 83 de 27.3.1999.

añadirse otros 18 meses si la Comisión decide abrir el procedimiento de investigación formal en virtud del artículo 7, apartado 6, del Reglamento (CE) nº 659/1999⁹⁴. Por lo que respecta a las empresas en dificultades, las Directrices sobre ayudas de salvamento y reconstrucción reducen estos plazos a un mes cuando se trate de la evaluación de una ayuda de salvamento que no exceda de los diez millones de euros⁹⁵.

En el contexto de crisis, en cambio, los periodos anteriores se han reducido muy significativamente. A modo de ilustración, puede destacarse los primeros casos analizados por la Comisión en otoño de 2008. En el caso *Fortis*⁹⁶, la Comisión decidió en un solo día sobre la compatibilidad con el mercado común de la medida notificada por el gobierno belga, al igual que en el caso *Bradford & Bingley*⁹⁷. Por su parte, el caso *Nord LB*⁹⁸ fue decidido durante un fin de semana y el caso *Hypo Real Estate*⁹⁹ fue aprobado en dos días laborables. Si bien la media de tratamiento de los casos de ayuda a instituciones financieras se ha situado en el mes de duración, todavía se trata de periodos muy reducidos si los comparamos con la media habitual de tratamiento de asuntos cotidianos¹⁰⁰. Por otro lado, resulta destacable que, de todos los casos que hasta el momento se han planteado,

⁹⁴ Véase también el artículo 88, apartado 2, del Tratado CE.

⁹⁵ Directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y reestructuración, precitadas, p. 30.

⁹⁶ Decisión de 19 de noviembre de 2008, NN 574/2008, Fortis I.

⁹⁷ Decisión de 1 de octubre de 2008, NN41/2008, Bradford&Bingley

⁹⁸ Decisión de 22 de diciembre de 2008, N 655/2008, NordLB

⁹⁹ Decisión de 2 de octubre de 2008, NN 44/2008, HRE

¹⁰⁰ Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, precitado, p. 6.

solamente seis han llevado a la Comisión a abrir un procedimiento de investigación formal¹⁰¹.

La reducción de los plazos de evaluación se debe en mucho a la adopción de lo que se ha denominado el *fast track procedure*¹⁰² configurado por una serie de principios que favorecen la flexibilización del tratamiento de las medidas notificadas. En primer lugar, a esta flexibilización ha contribuido la estrecha cooperación entre la Comisión y los Estados miembros que ha permitido a ambas administraciones ir diseñando conjuntamente la medida de ayuda de modo que pueda ser incluso reconducida hacia un reglamento de exención¹⁰³. En segundo lugar, la simplificación del procedimiento de consulta en la Dirección General de Competencia y de los requisitos lingüísticos también han permitido a la Comisión deshacerse de formalidades duraderas que restan eficacia a su acción. Entre otros aspectos, la Comisión y los Estados miembros llegaron al acuerdo de que la notificación se haría en una de las lenguas de trabajo de la Comisión. Por último, ha sido muy destacable la decisión de autorizar a los comisarios de competencia, mercado interior y asuntos económicos para decidir, junto con el presidente de la Comisión, sobre las medidas de emergencia sin tener que acudir al Colegio de Comisarios tal y como se hace habitualmente.

En parte, la rapidez con que la Comisión está adoptando las decisiones de compatibilidad de las medidas de ayuda a las instituciones financieras –las cuales, tienen una complejidad técnica innegable–, está basada en la obligación de

¹⁰¹ Véase *infra* el apartado « La práctica de la Comisión ».

¹⁰² SOLTÉSZ, U., « Fast track » state aid investigations in times of financial crisis, *Belgian Competition Journal*, 2008, p. 1.

¹⁰³ Comunicación Bancaria, precitada, p. 53.

revisión futura a la que están sometidas todas ellas de conformidad con las tres comunicaciones publicadas por la Comisión. Como hemos tenido ocasión de observar, uno de los aspectos en que más insiste la Comisión en su marco de evaluación es en el del establecimiento de periodos de revisión cada cierto tiempo. Por esta razón, si bien ahora la Comisión está adoptando medidas con carácter urgente, la revisión de todas ellas, que habrá de llevarse a cabo una vez pasados seis meses desde su adopción, le dará la ocasión de reexaminarlas con más detenimiento y comprobar si se ajustan a sus propósitos.

Ha de destacarse que, antes de la crisis, la Comisión había estado trabajando en el recientemente publicado *Paquete de Simplificación* de las decisiones en materia de ayudas de Estado, el cual, se compone del Código de buenas prácticas y de la Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado¹⁰⁴. Los dos textos pretenden agilizar la tramitación de los distintos tipos de procedimiento de ayudas estatales y mejorar la práctica de dichos procedimiento en favor de la eficacia, la transparencia y la previsibilidad. Entre otras medidas, enfatiza la necesidad de cooperación entre las autoridades nacionales y la Comisión, para evitar cargas excesivas a lo largo del procedimiento administrativo. Así, en cierta medida, estas reformas están siendo testadas y llevadas incluso al extremo en el contexto de la crisis actual. Se mantienen aún así dos diferencias importantes entre el procedimiento simplificado y el procedimiento de crisis¹⁰⁵. Como es

¹⁰⁴ Véase la nota de prensa de 29 de abril de 2009, IP/09/659. El texto de la Comunicación de la Comisión, que todavía no ha sido publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/notice_simplified_procedure_en.pdf. El Código de buenas prácticas está disponible en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/best_practices_code_en.pdf

¹⁰⁵ WERNER, P. y MAIER, M., Procedure in Crisis? Overview and Assesment of the Commission's State Aid Procedure during the current crisis, ESTAL, Volúmen 8, Número 2, 2009, p. 180

evidente, el primero se aplica a casos estándares sobre los que puede dictarse una decisión directa basada en la experiencia reiterada de la Comisión o la jurisprudencia constante comunitaria. En segundo lugar, el procedimiento simplificado no se aplica si un tercero eleva una objeción sobre la medida en los diez días después a la publicación de la notificación por parte la Comisión. En el caso del procedimiento de crisis, esos diez días, tal y como hemos señalado, pueden ser demasiados.

En todo caso, la comparación entre los plazos normales de evaluación de notificaciones y los plazos en que la Comisión está resolviendo durante este periodo de crisis ha suscitado muchas dudas respecto a la efectividad del análisis de la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común. Algún autor argumenta que la Comisión, en realidad, no debe proceder a un procedimiento de análisis exhaustivo en este tipo de asuntos, dado que se trata de casos cargados de consideraciones políticas y versan sobre intereses nacionales en un contexto excepcional como es el de la crisis actual¹⁰⁶. Sin embargo, otros autores ya han puesto de manifiesto que, si bien la nueva aproximación es probablemente la única manera de hacer converger a los Estados en torno al régimen de ayudas públicas, la evaluación tan rápida de las notificaciones entraña una serie de riesgos que no deben ser menospreciados y que pueden perjudicar la legitimidad de la acción de la Comisión¹⁰⁷.

En línea con este debate, lo cierto es que las evaluaciones de la Comisión están siendo efectuadas en muy poco tiempo y sin un cuerpo jurídico precedente en el

¹⁰⁶ HALL, M., Competition law and the credit crunch: do the usual State aid rules still apply?, PLC, 22 enero 2009.

¹⁰⁷ WERNER, P. y MAIER, M., precitado, p. 183

que basar sus decisiones. Por ello, pueden revelarse como inadecuadas en el futuro dado que corren el riesgo de obviar importantes efectos reales en la competencia¹⁰⁸. En particular, debido a la brevedad del periodo de evaluación, se está dejando de lado el uso de la metodología económica que es, en definitiva, el instrumento más destacado en la evaluación de la compatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado común. Respecto al contenido de las propias decisiones, según se ha señalado, « algunas decisiones son buenas, siendo su razonamiento equilibrado y directo, mientras que otras plantean un razonamiento circular y sus argumentos no son siempre coherentes »¹⁰⁹. Por otro lado, el planteamiento rápido de la Comisión no ofrece seguridad jurídica para los agentes económicos, ni para el beneficiario de la propia ayuda¹¹⁰, ni para los terceros, especialmente los competidores. Estos últimos no pueden participar en el procedimiento como es habitual, en el que generalmente son consultados.

5. BREVE REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EN EL CONTEXTO ACTUAL DE CRISIS

La Comisión ha adoptado más de 50 decisiones en materia de ayudas de Estado hasta el momento desde el inicio de la crisis financiera. Esta práctica puede proyectarse sobre un plano de evolución dividido en dos periodos¹¹¹ que muestra

¹⁰⁸ JAEGER, T., precitado, p. 4.

¹⁰⁹ JAEGER, T., precitado, p. 3; WERNER, P. y MAIER, M., precitado p. 183

¹¹⁰ GERARD, D., precitado, p. 56. Podría argumentarse incluso que los competidores se verán afectados en materia de legitimidad activa para presentar un recurso de anulación ex artículo 230 ante el Tribunal de Primera Instancia, dado que, de su no participación en el procedimiento de evaluación hace más difícil el cumplir con los requisitos del denominado test *Plauman*, Véase STJCE de 15 julio 1963, Plaumann c. Commission, asunto 25/62, p. 107.

¹¹¹ Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, precitado, p. 6 y siguientes.

una evidente especialización y sofisticación de análisis desde los primeros casos hasta los más recientes.

Durante el primero, la compatibilidad de los casos de ayuda a instituciones financieras se realizó sobre la base del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado CE y a la luz de las Directrices de la Comisión sobre ayudas de rescate y salvamento, rechazándose expresamente incluso recurrir a la excepción del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE¹¹². Fueron decisiones ajustadas a las necesidades específicas de cada una de las instituciones financieras que durante este periodo solicitaron ayudas a sus respectivos Estados. En este periodo se encuadran las decisiones de la Comisión sobre ayudas de salvamento relativas a los bancos *Northern Rock*¹¹³, *WestLB*¹¹⁴, *Sachsen LB*¹¹⁵, *Roskilde Bank*¹¹⁶, *German IKB*¹¹⁷, *Bradford & Bingley*¹¹⁸ y *Hypo Real Estate*¹¹⁹. Todas estas instituciones

¹¹² Decisión de 5 de diciembre de 2007, caso NN 70/2007 – Ayuda de rescate *Northern Rock*, C(2007) 6127 final, p. 37

¹¹³ Decisión de 5 diciembre 2007, precitada, relativa a la asistencia de liquidez concedida por el Banco de Inglaterra, y la garantía sobre los depósitos y otras facilidades de crédito concedidas por el ministerio de UK Treasury.

¹¹⁴ Decisión de 30 de abril de 2008, caso NN 25/2008 – *WestLB riskshield*, C(2008) 1628 final, relativa a garantía por un valor de 5.000 millones de euros sobre los activos deteriorados de este banco.

¹¹⁵ Decisión de 4 de junio de 2008, caso 9/2008, Ayuda a la reestructuración de Sachsen LB. C(2008)2269 final, relativa a una facilidad de crédito de 17.000 millones de euros y una garantía por valor de 2.750 millones otorgadas por el *land* de Sajonia.

¹¹⁶ Decisión de 31 de julio de 2008, caso NN36/2008 – *Roskilde Bank*, C(2008) 4138, relativa a la asistencia de liquidez concedida por el Banco de Dinamarca y una serie de garantías otorgadas por el gobierno danés.

¹¹⁷ Caso C10/2008, Ayuda a la reestructuración de IKB. Decisión de 21 de octubre de 2008

¹¹⁸ Decisión de 1 de octubre de 2008, caso NN41/2008 – Ayuda de rescate a *Bradfor&Bingley*, C(2008) 5673 final, relativa una ayuda a la liquidación controlada.

financieras han notificado igualmente un plan de reestructuración una vez expirado el plazo de seis meses concedido por la Comisión.

A medida que la confianza en los bancos fue empeorando hacia otoño de 2008, en parte debido a la insolvencia del banco norteamericano *Lehman Brothers*, los Estados miembros comenzaron a acudir al rescate de aquellos bancos en los que se sustentaba el sistema financiero nacional y la Comisión comenzó a ver las dificultades de aplicación del estándar del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado CE, fundamentalmente teniendo en cuenta que la crisis estaba afectando a bancos que no podían ser calificados como empresas en crisis en el sentido de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración¹²⁰. Así, durante un segundo periodo, en cambio, la Comisión ha abordado el análisis de las medidas de ayuda a las instituciones financieras, tanto generales como individuales, sobre la base del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE y el marco de orientación y evaluación relativo a las ayudas a las instituciones financieras. El siguiente cuadro en inglés hace una relación de los asuntos tratados hasta el 29 de junio de 2009 con indicación del Estado miembro que concede la ayuda, el tipo de medida y el beneficiario, el sentido y la fecha de la decisión de la Comisión¹²¹.

¹¹⁹ Decisión de 2 de octubre de 2008, caso NN44/2008 – Ayuda de rescate a Hypo Real Estate, relativa a garantía por valor de 35.000 millones concedidas por el gobierno federal y otras instituciones alemanas.

¹²⁰ Véase el Informe de la Comisión de 8 de abril de 2009, precitado, p. 8.

¹²¹ Véase « State aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial/economic crisis », MEMO/09/305, de 29 de junio de 2009, cuya actualización mensual está disponible en http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/financial_crisis_news_en.html

	Member State	Type of measure / Beneficiary	Type of Decision	Date of adoption
1	Austria	Aid scheme for the Austrian financial sector (guarantees, recapitalisation & other)	Decision not to raise objections IP/08/1933	09 December 2008
2	Austria	Recapitalisation of Hypo Tirol	Decision not to raise objections IP/09/928	17 June 2009
3	Belgium/France/Luxembourg	Guarantee on liabilities of Dexia	Decision not to raise objections IP/08/1745	19 November 2008
4	Belgium/France/Luxembourg	Guarantee in favour of Dexia on certain assets in FSA	Decision not to raise objections IP/09/399	13 March 2009
5	Belgium/Luxembourg/Netherlands	Measures in favour of Fortis	Decision not to raise objections IP/08/1746	19 November 2008
6	Belgium/Luxembourg/Netherlands	Restructuring aid to Fortis Bank and Fortis Bank Luxembourg	Decision not to raise objections IP/08/1884	03 December 2008
7	Belgium/Luxembourg	Additional aid measures in favour of Fortis Bank and Fortis Bank Luxembourg	Decision not to raise objections IP/09/743	12 May 2009
8	Belgium	Recapitalisation measure in favour of KBC	Decision not to raise objections IP/08/2033	18 December 2008
9	Belgium	Capital Injection for Ethias Group	Decision not to raise objections IP/09/254	12 February 2009
10	Denmark	Rescue aid to Roskilde Bank	Decision not to raise objections (IP/08/1222)	31 July 2008
11	Denmark	Liquidation aid Roskilde bank	Decision not to raise objections IP/08/1633	5 November 2008
12	Denmark	Guarantee scheme for banks in Denmark	Decision not to raise objections IP/08/1483	10 October 2008
13	Denmark	Recapitalisation scheme and amendment of the	Decision not to raise objectives IP/09/206	3 February 2009

		guarantee scheme		
14	Denmark	Rescue aid for Fionia Bank	Decision not to raise objections IP/09/819	20 May 2009
15	Finland	Finnish guarantee scheme	Decision not to raise objections IP/08/1705	14 November 2008
		Prolongation and modification	Decision not to raise objections IP/09/681	30 April 2009
16	Finland	Guarantee for Kaupthing Bank Finland	Decision not to raise objections IP/09/82	21 January 2009
17	France	Financial support measures to the banking industry in France (Refinancing)	Decision not to raise objections IP/08/1609	30 October 2008
		Extension of the scheme	Decision not to raise objections IP/09/750	12 May 2009
18	France	Financial support measures to the banking industry in France (Recapitalisation)	Decision not to raise objections IP/08/1900	08 December 2008
		Amendment to the Decision	IP/09/158	28 January 2009
		Amendment to the Decision	IP/09/461	23 March 2009
19	France	Capital injection for Caisse d'Epargne and Banque Populaire	Decision not to raise objections IP/09/722	8 May 2009
20	Germany	Restructuring aid to Sachsen LB	Conditional decision (after formal investigation procedure) IP/08/849	4 June 2008
21	Germany	Restructuring aid to IKB	Conditional decision (after formal investigation procedure) IP/08/1557	21 October 2008
22	Germany	Rescue aid to Hypo Real Estate Holding	Decision not to raise objections IP/08/1453	2 October 2008
23	Germany	Aid scheme for financial	Decision not to raise objections IP/08/1589	27 October 2008

		institutions in Germany (guarantees, recapitalisations & other) Prolongation	EXME09 / 22.06	22 June 2009
24	Germany	Guarantee and recapitalisation for Bayern LB	Decision not to raise objections IP/08/2034	18 December 2008
25	Germany	Guarantee for NordLB	Decision not to raise objections IP/08/2056	22 December 2008
26	Germany	Guarantee for IKB	Decision not to raise objections IP/08/2055	22 December 2008
27	Germany	Guarantee for SdB – Sicherungseinrichtung sgesellschaft deutscher Banken mbH	Decision not to raise objections IP/09/114	22 January 2009
28	Germany	Commerzbank capital injection	Decision not to raise objections IP/09/711	7 May 2009
29	Germany	Aid for the restructuring of West LB	Conditional decision (after formal investigation procedure) IP/09/741	12 May 2009
30	Germany	Recapitalisation of HSH Nordbank	Decision not to raise objections IP/09/854	29 May 2009
31	Greece	Aid scheme to the banking industry in Greece (guarantees, recapitalisation & other)	Decision not to raise objections IP/081742	19 November 2008
32	Hungary	Financial support measures to Hungarian financial industry in form of recapitalisation and guarantee scheme	Decision not to raise objections IP/09/253	12 February 2009
33	Ireland	Guarantee scheme for banks in Ireland	Decision not to raise objections IP/08/1497	13 October 2008
34	Ireland	Recapitalisation of Anglo Irish Bank	Decision not to raise objections IP/09/50	14 January 2009
35	Ireland	Change of ownership	Decision not to raise	17 February 2009

		of Anglo Irish Bank	objections IP/09/271	
36	Ireland	Recapitalisation of Bank of Ireland	Decision not to raise objections IP/09/483	26 March 2009
37	Ireland	Recapitalisation of Allied Irish Bank	Decision not to raise objections IP/09/744	12 May 2009
38	Ireland	Recapitalisation of Anglo Irish Bank	Decision not to raise objections IP/09/1045	26 June 2009
39	Italy	Guarantee scheme for Italian banks Prolongation	Decision not to raise objections IP/08/1706 IP/09/929	14 November 2008 16 June 2009
40	Italy	Recapitalisation scheme	Decision not to raise objections IP/08/2059	23 December 2008
41	Latvia	Public support measures to Parex Banka Amendment to the Decision	Decision not to raise objections IP/08/1766 IP/09/732	24 November 2008 11 May 2009
42	Latvia	Guarantee scheme for banks	Decision not to raise objections IP/08/2054	22 December 2008
43	Netherlands	Guarantee scheme for Dutch financial institutions	Decision not to raise objections IP/08/1610	30 October 2008
44	Netherlands	Measure in favour of ING	Decision not to raise objections IP/08/1699	13 November 2008
45	Netherlands	Measure in favour of Aegon	Decision not to raise objections IP/08/1822	27 November 2008
46	Netherlands	SNS Reaal/New capital injection by Dutch authorities	Decision not to raise objections IP/08/1951	10 December 2008
47	Netherlands	ING Illiquid asset facility	Decision not to raise objections IP/09/514	31 March 2009
48	Portugal	Guarantee scheme for credit institutions in Portugal	Decision not to raise objections IP/08/1601	29 October 2008

49	Portugal	State guarantee for Banco Privado Português	Decision not to raise objections IP/09/400	13 March 2009
50	Portugal	Bank recapitalisation scheme	Decision not to raise objections IP/09/818	20 May 2009
51	Slovenia	Guarantee scheme for credit institutions in Slovenia Prolongation	Decision not to raise objections IP/08/1964 EXME09 / 22.06	12 December 2008 22 June 2006
52	Slovenia	Liquidity scheme for financial sector	Decision not to raise objections IP/09/452	20 March 2009
53	Spain	Fund for the Acquisition of Financial Assets in Spain	Decision not to raise objections IP/08/1630	4 November 2008
54	Spain	Spanish guarantee scheme for credit institutions Prolongation	Decision not to raise objections IP/08/2049 EXME09 / 25.06	22 December 2008 25 June 2009
55	Sweden	Support measures for the banking industry in Sweden Amendment to the decision Amendment and prolongation	Decision not to raise objections IP/08/1600 IP/09/186 IP/09/652	29 October 2008 28 January 2009 28 April 2009
56	Sweden	Emergency rescue measures regarding Carnegie Investment Bank	Decision not to raise objections IP/08/1977	15 December 2008
57	Sweden	Recapitalisation scheme	Decision not to raise objections IP/09/241	11 February 2009

Por su parte, el siguiente cuadro muestra los casos en los que la Comisión ha mostrado dudas sobre la compatibilidad del mercado común y por ello ha abierto

un procedimiento más extenso de investigación de las medidas a fecha de 20 de junio de 2009.

	Country	Type of measure / Beneficiary	Date of decision regarding the opening of formal investigation	State of the procedure
1	Belgium/France/Luxembourg	Restructuring of Dexia	13 March 2009 (IP/09/399)	<i>Case under assessment</i>
2	Germany	Aid package for Hypo Real Estate	7 May 2009 IP/09/712	<i>Case under assessment</i>
3	Germany, Austria	Aid package for Bayern LB and its Austrian subsidiary Hypo Group Alpe Adria	12 May 2009 IP/09/742	<i>Case under assessment</i>
4	United Kingdom	Restructuring aid for Northern Rock Extension of the ongoing in-depth investigation	2 April 2008 (IP/08/489) 7 May 2009 IP/09/713	<i>Case under assessment</i>
5	Netherlands	ING Illiquid asset facility	31 March 2009 IP/09/514	<i>Case under assessment</i>
6	Netherlands	State measures in favour of Fortis Bank Nederland (FBN) and the activities of ABN Amro	8 April 2009 IP/09/565	<i>Case under assessment</i>

CONCLUSIÓN

Solamente han transcurrido diez meses desde que las instituciones comunitarias tomaran la iniciativa frente a la crisis financiera. Desde entonces, la Comisión ha coordinado la labor de los Estados miembros sobre la base del régimen

comunitario de ayudas de Estado, haciendo un esfuerzo destacado para trasladar el mensaje de que la crisis económica no puede suponer una pérdida de todo el avance que se ha conseguido en los últimos años en materia de control de competencia. Ello ha sido posible gracias a la utilización del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE, como base jurídica para declarar la compatibilidad con el mercado común de las medidas de ayudas adoptadas por los Estados. El contenido de esta disposición ha sido desarrollado en el nuevo marco de evaluación sobre ayudas a favor de las instituciones financieras que ha guiado a los Estados en sus intentos por restaurar la confianza en el sistema financiero. Ello se ha producido sin tener que llevar a cabo un análisis exhaustivo que habría conducido a discusiones de importante sensibilidad política y protección de intereses nacionales con los propios Estados dentro del contexto de esta crisis.

No obstante, ha de observarse que, por el momento, la Comisión ha declarado compatibles con el mercado común la mayor parte de las medidas notificadas por los Estados sobre la base del artículo 87, apartado 7, letra b) del Tratado CE, y solamente han sido abiertos seis procedimientos de investigación formal conforme al artículo 88.2 del Tratado CE. Ello hace pensar que, en realidad, el mensaje de la Comisión no es tan consistente en la práctica. Si bien puede entenderse que la Comisión está simplemente dando flexibilidad al procedimiento, aunque manteniendo la consistencia en la aplicación de las reglas sustantivas¹²², existe una oposición destacada respecto a la utilización del artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado CE que insiste en que la aplicación de esta base jurídica supone un retroceso en la política de competencia relativa a la reestructuración de empresas en dificultad. En este sentido, puede concluirse que los bancos están siendo

¹²² GERARD, D., precitado, p. 46

excesivamente bien tratados, cuando puede interpretarse que los mismos han sido los responsables de la situación.

Por otro lado, ha de señalarse que la mayor flexibilidad en la aplicación de las normas de ayudas públicas a favor de las instituciones está teniendo como resultado una suerte de efecto llamada hacia otros sectores tales como el automovilístico. Es preciso destacar, por lo que concierne a España, que la Comisión no tuvo tanta consideración hacia sectores igualmente sensibles socialmente en el pasado como es el caso de los astilleros. Además, tal y como se extrae del último cuadro de indicadores publicado por la Comisión, la tendencia en la buena aplicación de las ayudas, conforme con el *Plan de Acción de Ayudas de Estado*, puede que sea precisamente reinvertida con el nuevo enfoque de la Comisión. En esta misma línea, puede observarse que la Comisión da por hecho que todas las medidas adoptadas por los Estados son ayudas de Estado y pasa directamente a declarar su compatibilidad. Sin embargo, es sabido por todos que los instrumentos utilizados para paliar la crisis solamente son ayudas en la medida en que no responden al criterio de inversor privado.

En todo caso, en el momento presente, todavía es pronto para saber si la Comisión ha afinado con precisión el estándar de la compatibilidad. Ha de esperarse a la finalización del primer plazo para la revisión de los esquemas adoptados hasta ahora y analizar cómo responde la Comisión en esta ocasión. Puede especularse sobre la posibilidad de que el Tribunal de Primera Instancia recibirá un número importante de recursos de anulación sobre la base del artículo 230 del Tratado CE de las decisiones de compatibilidad de la Comisión.

En otro orden, la crisis está sirviendo para experimentar en muchos ámbitos y una ilustración a este respecto lo conforma el nuevo *Paquete de Simplificación* del procedimiento de evaluación de las medidas en materia de ayudas de Estado que la Comisión ha hecho público en el contexto de la crisis, si bien ha de reconocerse que venía trabajando en él desde hace tiempo dentro del marco del Plan de Acción de Ayudas de Estado 2005–2009. Quizá haya que estudiarse y confeccionarse un procedimiento de crisis coherente y eficaz para el futuro.

Por último, es preciso no obviar que en Estados Unidos el debate en el contexto de crisis se está centrando en cómo ha de intervenir en favor de las empresas, pero este análisis en la jurisdicción norteamericana no alcanza a los efectos en la competencia. Puede ser el contexto actual el que permita a los Estados Unidos tomar conciencia de la importancia de un régimen de ayudas de Estado. En el contexto internacional habrá que examinar cómo se asimilan todas estas ayudas recibidas por las empresas europeas y norteamericanas a nivel de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El presidente de la Comisión ha hecho público en su discurso de 29 de octubre de 2008 el compromiso de esta institución de llevar la cuestión del nacionalismo económico hasta sus últimas consecuencias.

* * *