

EL CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN ESPAÑA: UN CONTEXTO A CAMBIAR

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo
Ex Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia

M. MATILDE SÁNCHEZ GUTIÉRREZ

Profesora Titular E.U. de Derecho Administrativo

1. INTRODUCCIÓN.—2. SITUACIÓN ACTUAL: 2.1. *El sistema de control comunitario de las ayudas de Estado*. 2.2. *La regulación de las ayudas públicas en España*: A) La redacción inicial del artículo 19 LDC. B) Análisis del actual artículo 19 LDC. C) La Ley General de Subvenciones.—3. ¿ES POSIBLE DISPONER DE UN EFECTIVO SISTEMA DE CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS A NIVEL NACIONAL?: 3.1. *Obstáculos que se oponen a la implantación de un sistema nacional de control de las ayudas públicas*. 3.2. *Aspectos que deben ser modificados. Propuesta de reforma*.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar la regulación actual de las ayudas públicas en España, y en concreto el mecanismo de control de dichas ayudas previsto por el legislador, desde una perspectiva general, esto es, básicamente desde la propia legislación encargada de la defensa de la competencia. Por ello, los problemas que se abordan son los propios de una óptica que, a modo de «gran visual» que ojea desde el Estado lo que sucede en este campo, se plantea lograr algunos objetivos globales, sin entrar en estos momentos en las regulaciones específicas que, pese a su importancia, se dedican más bien a regular aspectos muy concretos y especializados de la gestión de tales ayudas, y no tanto a plantearse su *sein* específico (que *zeit* parece que siempre les resulta oportuno, cualquiera que sea su ámbito). La última, por ejemplo, puede encontrarse en la Comunicación de la Comisión «Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (2004/C 244/02)». Y así, desde luego, pueden encontrarse, dispersas por el «Diario de las Comunidades», múltiples supuestos concretos para casos dados.

Pero, como indicábamos, la preocupación con la que se enfrenta este trabajo es más bien de tipo global, con el fin de abordar un aspecto del Derecho de la competencia que ha estado hasta ahora prácticamente huérfano de colonización jurídica dentro de las fronteras de nuestro propio país. Apenas unas líneas gasta la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en atender a este elemento tan capital para que el mercado actúe con eficiencia y equidad. Y si pequeña es su dimensión textual, su aplicación es punto menos que raquítica, hasta el punto de que en el portal del Tribunal en In-

ternet ni siquiera figuran los casos controlados con un apartado propio, tanto que sería arduo seguir y comentar la doctrina del TDC sobre este aspecto.

Tenemos que partir en nuestro análisis poniendo de manifiesto la importancia que tiene el control de las ayudas públicas desde la perspectiva del Derecho de la competencia y recordando cuál es la justificación o el fundamento de dicho control. En primer lugar, deben examinarse desde el punto de vista de las empresas competidoras de la ayudada, que ven, paradójicamente, cómo los impuestos que pagan sirven para beneficiar a su competidora por ser más ineficiente. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que toda ayuda pública supone beneficiar a un colectivo o grupo muy concreto (los accionistas y los trabajadores de esa empresa) a costa de todos los demás, pues el montante de la ayuda o bien se lleva a la inflación o bien se detrae de otros bienes públicos de toda la colectividad. En tercer lugar, las ayudas públicas distorsionan los mercados al tergiversar el mecanismo de formación de los precios y por ello perjudican al propio mercado; así, el favorecido por la ayuda es ineficiente desde esta perspectiva ya que no ha logrado por sus propios medios permanecer en él (1). Y, por último, razones de equidad y de transparencia imponen que se conozca con toda evidencia quiénes son los beneficiados y en qué condiciones y cuantías. Un registro accesible, que dé cuenta de las anotaciones que se hagan sobre sus folios de los ayudados y sus ayudas, facilitaría enormemente la transparencia, base de todo servicio al administrado y al ciudadano, además de constituir un importante elemento de control y fiscalización sobre la Administración benefactora. Controlar, pues, esta «nueva beneficencia» no sería inoportuno, y si bien existen justificados supuestos en los que parece aceptable en términos de Derecho y de Economía que se presten determinadas ayudas, no podemos dejar de exigir que se motiven de manera incontestable, lejos de todo capricho o arbitrariedad.

Somos conscientes que, como en la vieja aporía de los eleáticos Parménides y Zenón, Aquiles (el Derecho) nunca alcanzará a la tortuga (la Política) con los métodos clásicos. Pero hoy, descubierta la teoría de los Límites, demuestran los matemáticos la falsedad de la paradoja y que «El de los pies ligeros» sí alcanza al *χελωνη* (quelonio). Metafóricamente hablando, hoy debemos también, en el ámbito jurídico, poner los límites y así conseguir la victoria de la ley sobre la arbitrariedad. De ello trata este artículo, en el que se defiende que es llegada la hora de que la Administración vigile ese otorgamiento de ayudas y que la decisión resulte fácilmente conocida y eventualmente contestable. Y, para ello, que actúe la «Autoridad Mejor Situada», que también equivale a exigir que no actúe la «Autoridad Peor Situada», esto es, en lenguaje de OLSON, STIGLER, la más capturable o secuestrable (2).

(1) Todas estas ideas se han expuesto en el libro de J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons-Idelco, Madrid, 1998, pág. 621.

(2) En relación a la captura de los reguladores por los regulados (*captur clientims*), abarca un número importante de situaciones en las que el regulador actúa a favor de intereses de los regulados. Se entiende por captura del órgano regulador la «*predisposición para*

Esta intervención del Estado —entendido como *oberbegriff* o supraconcepto que, por tanto, incluye a la totalidad de las Administraciones Públicas, incluyendo autonómicas y locales— favoreciendo a determinadas empresas plantea importantes problemas en el ámbito comunitario de cara a la instauración y consecución del mercado interior; ya que puede permitir a los Estados falsear las condiciones de competencia y de los intercambios comerciales en dicho mercado protegiendo sus economías nacionales. Por ello, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) ha previsto un mecanismo de control de las ayudas (3). También el legislador español se ha ocupado de esta cuestión, aunque, como ya hemos indicado y explicaremos, la regulación de las ayudas públicas en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (4) (en adelante, LDC), es muy limitada y poco efectiva en la práctica. En ese sentido, podríamos afirmar que si hubiera que realizar un estudio que analizara cuál ha sido el artículo menos aplicado de la LDC, con toda probabilidad el artículo 19, que es el relativo a las ayudas públicas, subiría al *podium*, por muchas y muy variadas razones a las que nos referiremos más adelante.

Expondremos, a continuación, cuál es la situación actual. Aunque centramos nuestra atención en este trabajo en la LDC, es imprescindible la re-

tomar decisiones y acciones consistentes con las preferencias de la industria regulada» (RODRÍGUEZ CHIRILLO, pág. 486). Así, se dice que la captura se produce si el interés del regulado controla la regulación y la agencia reguladora; o si las partes reguladas logran coordinar las actividades del organismo regulador con las propias, de modo que se satisfaga su interés privado; o si la parte regulada logra de algún modo neutralizar o asegurar el no desempeño (o deficiente desempeño) del cuerpo regulador; o si, dentro de un proceso sutil de interacción con los reguladores, la parte regulada logra (tal vez ni siquiera deliberadamente) cooptar a los reguladores para que vean las cosas desde su propia perspectiva y así les da la regulación que ellos desean; o si de manera independiente de los deseos formales o conscientes, ya sea de los reguladores o de las partes reguladas, la estructura básica del sistema de recompensas no conduce a reguladores venales ni incompetentes, inevitablemente a una comunión de intereses con la parte regulada.

La complejidad propia que resulta de la actividad regulada y el control de los regulados de la información necesaria que habrá de disponer para la adecuada regulación evidencian la potencialidad que existe en que los reguladores se vean capturados por aquéllos. Ciertamente, la tendencia a la percepción común de los problemas de la industria y las soluciones apropiadas entre agentes regulados y agentes reguladores revelan el peligro que existe en la captura.

Por otra parte, la pericia especializada de los reguladores puede proporcionar situaciones propicias de captura dado que muchos de los trabajos futuros de aquellos peritos conducen inevitablemente a estar relacionados con la industria que confía en tal pericia. *Efectos de la descentralización de la política de defensa de la competencia*, L. JIMÉNEZ GONZÁLEZ y J. CAMPOS MÉNDEZ. G. STIGLER (1971), *The theory of economic regulation*, «Bell Journal of Economics», 2, 3-21. G. STIGLER y Claire FRIEDLAND (1962), *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*. Tomada la nota general de un papel de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. E. RODRÍGUEZ CHIRILLO, *Aspectos jurídicos de privatización de la empresa pública en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2001. Mancur OLSON, *Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups Harvard Economic Studies*, 1992.

(3) Vid. las observaciones que realizan en ese sentido M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, vol. 4 del Comentario J. MÉGRET, tomo I, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 423. Con carácter general, el estudio del trabajo de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho Administrativo Europeo*, 2.^a ed., en especial las págs. 183 a 205.

(4) «BOE» de 18 de julio de 1989.

ferencia al Derecho comunitario, entre otras razones porque el artículo 19 LDC comienza indicando, en su apartado 1: «lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea...».

2. SITUACIÓN ACTUAL

2.1. *El sistema de control comunitario de las ayudas de Estado*

Hemos subrayado la importancia que tiene el control de las ayudas de Estado para evitar el falseamiento de la competencia en el mercado interior. Sin embargo, como han puesto de manifiesto WAELBROECK y FRIGNANI, los autores del TCE no han establecido una prohibición absoluta de las mismas, sino que han previsto un procedimiento de control que permita determinar en qué supuestos sus efectos pueden falsear las condiciones de competencia en el mercado común y afectar a los intercambios comerciales de los Estados miembros. Estos autores creen que una actitud radical que las prohibiera del todo no hubiera sido realista. Consideran que «las ayudas constituyen... un instrumento esencial de la política económica nacional, y no era evidente que los Estados renunciaran pura y simplemente a su utilización. Además, esa actitud hubiera desconocido la utilidad incuestionable que presentan las ayudas en numerosos supuestos. Así, no se puede negar el importante papel que desempeñan en toda política que se orienta a reducir las disparidades de desarrollo entre regiones. Las ayudas constituyen también un eficaz instrumento para el desarrollo de industrias de tecnología avanzada. A menudo se revelan indispensables para facilitar las adaptaciones imprescindibles para la puesta en marcha del mercado común o para la evolución de la técnica... Por último, las ayudas estatales pueden constituir el único medio para resistir una competencia internacional que se beneficia, igualmente, de medidas del mismo orden» (5).

Son los artículos 87 a 89 (antiguos arts. 92 a 94) del TCE los que se refieren a las ayudas otorgadas por los Estados. El artículo 87 parte de la declaración de la incompatibilidad con el mercado común, «en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros», de «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones» (6). Este artículo enumera, en su apartado segundo, una serie de ayudas que «serán» compatibles con el mercado común y, en el apartado tercero, otras que «podrán serlo» (7). La

(5) M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, op. cit., pág. 424.

(6) Recordemos que el artículo 3.1.g) TCE dispone que la acción de la Comunidad implicará «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior».

(7) Artículo 87.2: «Serán compatibles con el mercado común: a) las ayudas de carácter

apreciación de si una ayuda presenta riesgos para el mercado común es competencia exclusiva de las autoridades comunitarias, en concreto de la Comisión (8). Según lo previsto en el artículo 88 TCE, ésta «examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados» y realizará un control preventivo de las ayudas nuevas y la modificación de ayudas existentes; deberá ser informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas y, si considera que no son compatibles con el mercado común con arreglo al artículo 87 TCE, iniciará el procedimiento previsto en el artículo 88.2 TCE. En los casos en que la Comisión compruebe que la ayuda no es compatible con el mercado común, dicho procedimiento terminará con una decisión en la que concederá un plazo al Estado interesado para que suprima o modifique la ayuda. Si la mencionada decisión no se cumple, la Comisión o cualquier Estado interesado podrá recurrir al Tribunal de Justicia. Los Estados miembros no podrán ejecutar las medidas proyectadas antes de que en el mencionado procedimiento no haya recaído resolución expresa. A lo anterior hemos de añadir que el artículo 88.2 reconoce la facultad al Consejo de autorizar ciertas ayudas con carácter excepcional (9). El artículo 89 TCE prevé la posibilidad de que el Consejo adopte los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 87 y 88; el año 1999 se aprobó el Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del artículo 93 del TCE (actual art. 88) (10).

Hemos expuesto las líneas generales de la regulación comunitaria de

social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; *b*) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; *c*) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división» (luego modificado).

Artículo 87.3: «Podrán considerarse compatibles con el mercado común: *a*) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo; *b*) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; *c*) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común; *d*) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común; *e*) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión».

(8) M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, op. cit., pág. 425.

(9) Dice el tercer párrafo de ese artículo que: «A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 87 o en los reglamentos previstos en el artículo 89, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado se considera compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión...».

(10) «DOCE» L 83, de 27 de marzo de 1999.

las ayudas de Estado, pues un análisis minucioso de la misma excedería los límites de este trabajo (11). Sin embargo, hemos de realizar algunas observaciones sobre determinados aspectos de la misma que deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo posterior del mismo, especialmente en el análisis del sistema de control de las ayudas públicas en España y la realización de propuestas de cara al futuro.

Por un lado, en relación con el concepto de ayuda de Estado, podemos indicar que el TCE no lo define, pero ha ido precisándose el alcance del mismo por la jurisprudencia comunitaria (12), la práctica de la Comisión y la doctrina. SAMANIEGO ha realizado el esfuerzo de resumir la noción de ayuda que se maneja con una aceptación más o menos amplia; sigue, para ello, la obra de J. P. KEPPELNE *A guide des aides d'État en droit communautaire*, que separa los elementos de la noción y los expone en cuatro secciones, que son las siguientes: «la ventaja a determinadas empresas o producciones», «el origen estatal de la ayuda», «la afectación de los intercambios» y «el falseamiento de la competencia» (13). Es importante tener en cuenta que, como indican WAELBROECK y FRIGNANI, es más amplio el concepto de ayuda que el de subvención pues el de ayuda comprende no sólo prestaciones positivas, sino también las intervenciones que, de distinta forma, pueden aligerar las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una em-

(11) Sobre las ayudas públicas y el Derecho comunitario en general, vid., entre otros, los trabajos de J. W. RODRÍGUEZ CUIEL, *Ayudas de Estado a las empresas públicas*, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1990. Del mismo autor, los artículos *Compatibilidad con el mercado común de las ayudas de Estado a empresas públicas* (art. 92.3 del Tratado de la CEE), en el núm. 122 de esta REVISTA (1990); *El control comunitario de las ayudas públicas*, «Noticias CEE», núm. 75 (1991); *Actual concepto de Ayuda de Estado* (art. 92.1 del Tratado CE), «Gaceta Jurídica», Boletín núm. 138 (1998); *Al fin, se aprueba un reglamento de procedimiento sobre ayudas de Estado* (aplicación del art. 93 del Tratado CE), «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 201 (1999), y *Discrepancia de algunas críticas al reglamento comunitario de procedimiento sobre ayudas de Estado*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 212 (2001). G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1992; R. ALLENDESALAZAR CORCHO, *Las ayudas de Estado en la CEE*, «Gaceta Jurídica», Serie D-3, núm. 18 (1986).

(12) También la doctrina se ha ocupado del análisis de la jurisprudencia comunitaria. Sobre esta cuestión pueden verse, entre otros, los trabajos de A. VALLE GÁLVEZ, «Las ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, y V. CARREÑO GUALDE, *Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, «Revista de Derecho Comunitario Europeo», núm. 8 (2000). También han realizado un interesante análisis de dicha jurisprudencia F. CASTILLO DE LA TORRE y J. P. KEPPELNE en sus artículos *Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 1999*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 205 (2000); *Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2000*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 211 (2001); *Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2001*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 217 (2002), y *Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2002*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 223 (2003).

(13) G. SAMANIEGO, *La noción de ayuda de Estado*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 212 (2001). La obra que cita de J. P. KEPPELNE es la titulada *A guide des aides d'État en droit communautaire. Reglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, editada por Bruylant, Bruxelles, 1999.

presa y que, aunque no sean subvenciones en sentido estricto, tienen el mismo carácter y efectos (14).

Por otro lado, es importante subrayar que el sistema de control comunitario tiene por objeto las ayudas que puedan falsear las condiciones de competencia *en el mercado común* y afectar a los intercambios comerciales de los Estados miembros. Se exige, pues, que éstas tengan una «trascendencia» comunitaria.

Por último, hemos de destacar que las autoridades comunitarias disponen de un efectivo sistema de control de las ayudas de Estado, en el sentido de que pueden tomar medidas para actuar «contra» ayudas anticompetitivas, ya que en los casos en que la Comisión compruebe que una determinada ayuda no es compatible con el mercado común puede exigir al Estado interesado que la suprima o modifique y, si éste no cumple con su decisión, recurrir al Tribunal de Justicia.

No podemos terminar este apartado sin referirnos al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante, Constitución Europea), que ha sido firmado el pasado día 29 de octubre en Roma, aunque se trata de un texto que todavía no ha entrado en vigor pues debe ser ratificada por todos los Estados miembros. La ratificación se realizará en cada uno de ellos de acuerdo con sus normas constitucionales y es probable que este proceso no acabe hasta finales del 2006 o, incluso, hasta el 2007.

La *Constitución Europea* ha incluido entre los objetivos de la Unión el de ofrecer «a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada» (15). Según lo previsto en su artículo I-13.1.b), la Unión dispondrá de competencia exclusiva (16) para «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior». La Parte III de la Constitución Europea es la relativa a las «Políticas y el funcionamiento de la Unión» y se divide en siete títulos. El Título III regula las «Políticas y acciones internas»; el primero de sus capítulos se refiere al «Mercado interior», y es la sección quinta del mismo la que contiene las «Normas sobre competencia». Ésta, a su vez, se divide en dos subsecciones: en la primera se incluyen las «Normas aplicables a las empresas», artículos III-161 a III-166, y en la segunda las normas sobre las «Ayudas otorgadas por los Estados miembros», artículos III-167 a III-169. Estos últimos artículos se corresponden con los actuales artículos 87 a 89 del TCE, en cuya redacción se han incluido mínimas modificaciones (17).

(14) M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, op. cit., pág. 442.

(15) Artículo I-3.2 de la Constitución Europea.

(16) Según el artículo I-12.1 de la Constitución Europea: «Cuando la Constitución atribuya a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión».

(17) Los transcribimos en esta nota, poniendo en cursiva las partes cuya redacción ha variado:

2.2. La regulación de las ayudas públicas en España

Como hemos señalado al inicio, la regulación actual de las ayudas públicas en España es muy limitada y, concretamente, el mecanismo de control de dichas ayudas previsto por el legislador presenta importantes carencias. Estas limitaciones y carencias eran especialmente graves en el

Artículo III-167:

«1. Salvo que la *Constitución* disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado *interior*, en la medida en que afecten a los intercambios entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado *interior*:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas para favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas ocasionadas por esta división. *Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión europea por la que se derogue la presente letra.*

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, *así como el de las regiones contempladas en el artículo III-424, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;*

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la *Unión* en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que se *determinen mediante reglamentos o decisiones europeos adoptados por el Consejo a propuesta de la Comisión*».

Artículo III-168:

«1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado *interior*.

momento en que se promulga la LDC y trataron de remediarse con la reforma de 1999. Sin embargo, aunque la modificación del artículo 19 LDC intentó mejorar la regulación de las ayudas, especialmente de su control, no ha sido suficiente ni eficaz, y prueba de ello es que, como también hemos indicado, este artículo ha seguido siendo uno de los menos aplicados de la LDC.

Expondremos, a continuación, cuál era la regulación de las ayudas públicas en la LDC antes de la reforma y, tras ello, analizaremos el artículo 19 LDC tal y como ha quedado redactado después de la misma.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprueba que una ayuda otorgada por un Estado *miembro* o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado *interior* en virtud del artículo III-167, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, *adoptará una decisión europea* para que el Estado miembro interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado miembro de que se trate no cumple esta decisión *europea* en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado miembro interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante lo dispuesto en los artículos III-360 y III-361.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá adoptar por unanimidad *una decisión europea según la cual*, y no obstante lo dispuesto en el artículo III-167 o en los reglamentos *europeos* previstos en el artículo III-169, la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado *interior*, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión ha iniciado el procedimiento establecido en el primer párrafo del presente apartado, la petición del Estado *miembro* interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se *ha* pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. *Los Estados miembros informarán* a la Comisión de *sus* proyectos de conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para que *ésta* pueda presentar sus observaciones. Si *considera* que un proyecto no es compatible con el mercado *interior* con arreglo al artículo III-167, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento establecido en el apartado 2 del presente artículo. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

4. *La Comisión podrá adoptar reglamentos europeos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al artículo III-169, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado 3 del presente artículo».*

Artículo III-169:

«El Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, los *reglamentos europeos* para la aplicación de los artículos III-167 y III-168 y, en particular, para determinar las condiciones de aplicación del apartado 3 del artículo III-168 y las categorías de ayudas que quedan *exentas del procedimiento establecido en dicho apartado*. *Se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo».*

A) *La redacción inicial del artículo 19 LDC.*

El artículo 19 LDC en su redacción inicial disponía lo siguiente:

«1. El Tribunal de Defensa de la Competencia, a solicitud del Ministro de Economía y Hacienda, podrá examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia.

A la vista del dictamen del Tribunal, el Ministro podrá proponer a los poderes públicos la supresión o la modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.

2. A los efectos previstos en el número anterior el Tribunal podrá dirigir comunicaciones o requerimientos a las empresas, así como recabar de las Administraciones Públicas para que le informen sobre las aportaciones de recursos públicos o las ventajas financieras concedidas u obtenidas».

En relación con este artículo hemos de realizar las observaciones siguientes:

En primer lugar, destacar que hace depender de la previa solicitud del Ministro de Economía y Hacienda la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) pueda examinar una ayuda y emitir un Dictamen.

En segundo lugar, que, aunque no se indique expresamente, el Dictamen del TDC no es vinculante pues, «a la vista» del mismo, el Ministro «podrá» proponer a los poderes públicos las medidas que considere oportunas para restablecer la competencia.

En tercer lugar, y en relación con esas medidas, indica este artículo que el Ministro podrá proponer la supresión o modificación de la ayuda y, además, las que estime necesarias para restablecer la competencia.

En cuarto lugar, llama la atención el hecho de que esas medidas se «proponen» a los poderes públicos sin que se precise qué mecanismo puede aplicarse en caso de que éstos no cumplan la propuesta, lo que lleva a negar su obligatoriedad.

En quinto lugar, apenas precisa el concepto de ayuda pública, refiriéndose sólo a «ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos».

En sexto lugar, no menciona cuál debe ser el mercado en el que resulte afectada la competencia para que las ayudas puedan ser «controladas» por las autoridades nacionales. Podría haberse incluido, como en el caso de las conductas prohibidas del artículo 1 LDC, del abuso de posición dominante del artículo 6 LDC o de las concentraciones económicas del artículo 14 LDC, una referencia al mercado nacional o al mercado español. En re-

lación con esto hemos de añadir que se echa de menos también una referencia al Derecho comunitario y a la articulación de los dos sistemas de control.

Tras todo lo anterior, podemos concluir este apartado señalando que la crítica más importante que puede hacerse a este artículo es que hace depender del Ministro de Economía y Hacienda todo el «sistema de control» de las ayudas públicas, pues la emisión del Dictamen del TDC depende de su solicitud y porque se deja a su elección la decisión de tomar medidas y de determinar el contenido de las mismas. Esto debe ser fuertemente criticado porque las ayudas públicas son otorgadas precisamente por la propia Administración, empezando por la del Estado, y es difícil, casi imposible, que «el ahorcado se ponga al cuello la sogá».

B) *Análisis del actual artículo 19 LDC.*

Como hemos señalado el año 1999 se reforma el artículo 19 LDC (18). Tras ello, queda redactado de la siguiente manera:

«1. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea, de la letra c) del artículo 4 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Reglamento (CE) número 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por ayuda pública las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia de oficio, o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, analizará los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros. Dicho informe será público. El Consejo de Ministros, a la vista del contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, decidirá, según los casos, propo-

(18) Esta reforma se lleva a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («BOE» de 29 de diciembre de 1999).

ner a los poderes públicos la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Todo ello sin perjuicio de las competencias que en esta materia corresponden a la Comisión Europea».

Sobre la nueva redacción del artículo 19 LDC que hemos transcrito podemos realizar los siguientes comentarios:

En primer lugar, destacar que uno de los cambios que introduce consiste en reforzar el poder de actuación del TDC. Ese refuerzo es mínimo puesto que dicho poder sigue siendo muy limitado. Así, supone un refuerzo el que pueda analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas y emitir un informe de oficio, pues no queda sólo en manos del Ministro de Economía y Hacienda (que también puede solicitarlo) la decisión de analizar las ayudas. Sin embargo, como hemos indicado, el poder del TDC es muy limitado ya que debe elevar el informe al Consejo de Ministros (no al Ministro), que será quien «decidirá», «según los casos», en los términos que luego veremos. El informe, como el Dictamen al que se refería el artículo 19 en su redacción inicial, no es vinculante para el Consejo de Ministros.

En segundo lugar, hemos de indicar que la modificación que, a nuestro juicio, más llama la atención es la que se refiere al «objeto» del control previsto por la LDC. El artículo 19, en su redacción original, señalaba que el TDC podría examinar «las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos». En la redacción actual, dispone que el TDC analice «los criterios de concesión de las ayudas públicas». Con este cambio parece, como ha destacado BENEYTO, que el legislador ha optado «por una vinculación de la limitación de las ayudas públicas a una regulación de *estructuras*, del mantenimiento de las condiciones de un mercado competitivo, y no a una protección de los competidores... perjudicados por la acción de los poderes públicos»; cree que ello responde a las diferencias esenciales de los sistemas comunitario y nacional de ayudas públicas. El sistema comunitario parte de la prohibición general de las ayudas de Estado y tiene por objetivo principal la protección de los competidores, mientras que el nuevo artículo 19 de la LDC no cuestiona la concesión de las ayudas, sino sólo los «criterios» de concesión de las mismas, su posible discrecionalidad o selectividad arbitraria, en la medida en que dichas ayudas puedan tener efectos estructurales sobre el mercado (19).

En tercer lugar, hemos de fijarnos en las decisiones que el Consejo de Ministros puede tomar tras la emisión del informe por el TDC. Dice el artículo 19 en su nueva redacción que «decidirá, según los casos, proponer a los poderes públicos la supresión o la modificación de los citados criterios, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o

(19) J. M. BENEYTO, *Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 203 (1999), pág. 33. Téngase en cuenta que realiza sus comentarios sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la LDC, pero son aplicables al texto definitivo estas observaciones.

al restablecimiento de la competencia». De lo anterior se desprende, como ya hemos indicado, que el informe no es vinculante pues el Consejo de Ministros «decidirá, según los casos». Este artículo debería haber precisado en qué supuestos ha de tomar medidas; por ejemplo, en aquellos en los que la ayuda se califique como anticompetitiva. Por otra parte, igual que ocurría antes de la reforma del artículo 19, esas medidas se «proponen» a los poderes públicos sin que se precise qué mecanismo puede aplicarse en caso de que éstos no cumplan la propuesta, y esto nos lleva, de nuevo, a negar su obligatoriedad. Finalmente, en relación con el contenido de esas medidas, es importante destacar que se refieren a los «criterios» y no a las «ayudas». El artículo 19 en su redacción inicial señalaba que podía proponerse la supresión o modificación de la ayuda. Tras la reforma, el Consejo de Ministros podrá proponer la supresión o modificación de los criterios de concesión de las ayudas y las necesarias para el mantenimiento o restablecimiento de la competencia. Creemos que en este punto debería haberse mantenido la redacción inicial del artículo o, al menos, no haber eliminado la referencia expresa a la posibilidad de suprimir las ayudas. De todas formas, creemos que en «las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia» podría llegar a incluirse la supresión y devolución de la ayuda, aunque se trata quizás de una interpretación algo forzada de esta previsión.

En cuarto lugar, hemos de señalar que el «nuevo» artículo 19 sí ha previsto qué debe entenderse por ayuda pública. Según lo dispuesto en su apartado segundo, tendrán esa consideración «las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la competencia».

Por último, y en quinto lugar, hemos de destacar que la nueva redacción del artículo 19 ha incluido la obligada referencia al Derecho comunitario. Comienza indicando en su apartado primero que «lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea, de la letra c) del artículo 4 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Reglamento (CE) número 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo», y termina señalando al final del apartado tercero, tras referirse al «control» por las autoridades estatales de las ayudas, «todo ello sin perjuicio de las competencias que en esta materia corresponden a la Comisión Europea». Sin embargo, sigue sin precisar este precepto cómo se articulan los dos sistemas de control. Surge, por ello, la duda de determinar si son excluyentes o no. En este sentido, podemos afirmar que es claro que el control comunitario se realizará sobre las ayudas que sean incompatibles con el mercado común; recordemos que el

TCE incluye entre los requisitos para determinar dicha incompatibilidad que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y que falseen o amenacen falsear la competencia en dicho mercado. El artículo 19 LDC no se refiere a cuál ha de ser el mercado en el que resulte afectada la competencia para que pueda ser controlada por las autoridades nacionales, sí indica que ese control se realizará «sin perjuicio de las competencias que... corresponden a la Comisión». Esto puede interpretarse, y creemos que ésta sería la interpretación más correcta, en el sentido de que el mencionado control quedará limitado a las ayudas que puedan afectar al mercado nacional. Pero también cabría pensar que como en aplicación del control estatal sólo pueden modificarse o suprimirse «los criterios de concesión de las ayudas», y en aplicación del comunitario se suprimen o modifican «las ayudas», ambos sistemas de control serían compatibles pues su objeto es distinto.

C) *La Ley General de Subvenciones.*

Nos hemos referido hasta ahora, puesto que ése es el objeto de nuestro análisis, al fundamento y las modalidades del control de las ayudas públicas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Sin embargo, no debe olvidarse que estas ayudas, y en concreto algunas modalidades específicas de las mismas como las subvenciones, han sido reguladas de forma general. Recordemos, en este sentido, que son un importante instrumento de intervención de los poderes públicos en la actividad económica de los particulares, una típica medida de fomento que trata de encauzar esa actividad económica privada en el sentido querido por la Administración.

Hasta fechas recientes, esta regulación general del régimen jurídico de las ayudas públicas y, en particular, de las subvenciones era parcial y estaba incluida en distintas normas. Con la aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, Ley General de Subvenciones (20) (en adelante, LGS), se pretende centralizar en una única norma, de carácter parcialmente básico, el régimen jurídico de la política de subvenciones y ayudas públicas otorgadas por las Administraciones Públicas (21).

La LGS define su ámbito de aplicación en el Capítulo I del Título Preliminar.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación objetivo, hemos de fijarnos en el concepto de subvención del artículo 2.1 LGS, que dispone: «se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los si-

(20) «BOE» de 18 de noviembre de 2003.

(21) Así lo ha puesto de manifiesto L. MARTÍN REBOLLO en la nota introductoria a la LGS incluida en la última edición de las *Leyes Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 713.

guientes requisitos: *a)* que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; *b)* que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido; *c)* que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública». Determinados supuestos especiales a los que se refieren los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 2 y el artículo 4 LGS quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (22). También quedan fuera de dicho ámbito las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea, que se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y las nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas (art. 6 LGS).

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo de la LGS, hemos de fijarnos en el artículo 3 LGS, que dispone que se ajustarán a sus prescripciones las subvenciones otorgadas por las Administraciones Públicas, entendiendo por tales: la Administración General del Estado, las entidades que inte-

(22) Son los siguientes: Artículo 2.2: «No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, así como entre la Administración y los organismos y otros entes públicos dependientes de éstas, destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias, resultando de aplicación lo dispuesto de manera específica en su normativa reguladora». Artículo 2.3: «Tampoco estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local». Artículo 2.4: «No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos: *a)* Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social. *b)* Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora. *c)* También quedarán excluidas, en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos. *d)* Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio. *e)* Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por actos de terrorismo. *f)* Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial. *g)* Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social. *h)* El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito». Artículo 4: «Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley: *a)* Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario. *b)* Las subvenciones previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. *c)* Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos. *d)* Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa».

gran la Administración local y la Administración de las Comunidades Autónomas —estas últimas de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final primera (23)—. También las otorgadas por los organismos y entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas en la medida en que su otorgamiento sea consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. Por último, señala este artículo que también se aplicará la LGS a las subvenciones establecidas en materias cuya regulación plena o básica corresponda al Estado y cuya gestión sea competencia total o parcial de otras Administraciones Públicas, y a aquellas en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado o de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla, conjuntamente con otras Administraciones, en cuanto a las fases del procedimiento que corresponda gestionar a dichos órganos.

La LGS regula, como hemos señalado, el régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones Públicas. Pero el examen de su ámbito de aplicación pone de manifiesto que sólo pueden incluirse en el concepto de subvención que utiliza la LGS determinadas modalidades de ayudas públicas, quedando fuera del concepto, y por lo tanto del ámbito de aplicación de la LGS, otras figuras que sí encajarían en el concepto comunitario de ayudas de Estado o en el de ayudas públicas tal y como lo formula la LDC (por ejemplo, las no dinerarias).

La LGS contiene determinadas menciones a la posibilidad de que el otorgamiento de las subvenciones pueda afectar al mercado, aunque no incluye ninguna referencia expresa al sistema de control de las ayudas públicas del artículo 19 LDC. Así, en la Exposición de Motivos subraya la importancia de la transparencia como principio inspirador de la Ley y afirma: «en este sentido, una mayor información acerca de las subvenciones hará posible eliminar distorsiones e interferencias que puedan afectar al mercado...»; también se refiere a la necesidad de «observar las directrices emanadas de los órganos de la Unión Europea en materia de ayudas públicas estatales y sus efectos en el mercado y la competencia»; finalmente, indica que «se ha considerado necesario introducir en esta Ley de forma expresa un conjunto de principios generales que deben inspirar la actividad subvencional, incluyendo un elemento de planificación, y procurando minimizar los efectos distorsionadores del mercado que pudieran derivarse del establecimiento de subvenciones». A estos principios generales se refiere el artículo 8 LGS y nos interesa destacar aquí su apartado segundo, que señala que «cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores» (24).

(23) Esta disposición final se refiere a la habilitación competencial para dictar la Ley y a los preceptos que tienen el carácter de legislación básica.

(24) Los otros dos apartados de este artículo disponen lo siguiente:

«1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter pre-

La LGS se refiere también a los criterios de otorgamiento de las subvenciones, que deberán ser objetivos y concretarse (junto con los de ponderación de los mismos) en la norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones —art. 17.3.e) LGS—. Ésta es una exigencia (la de la concreción de los criterios de concesión de las subvenciones en las normas reguladoras de sus bases y la de que sean objetivos) que podrá ser controlada por los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa si las bases fueran impugnadas. Pero se trataría de un control distinto al previsto en el artículo 19 LDC, que se refiere al análisis de «los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de la competencia».

Tras todo lo anterior, podemos concluir este apartado señalando que la LGS supone un mecanismo «adicional» de control de las subvenciones al regular de forma minuciosa y detallada el régimen jurídico general aplicable a las mismas. Pero es importante subrayar, por una parte, que su ámbito de aplicación se limita a una clase de ayudas públicas, las subvenciones, y, por otra parte, que a pesar de que encontremos referencias genéricas a los efectos distorsionadores de las mismas en el mercado, no se prevé un sistema de control específico de este aspecto, por lo que entendemos que seguirá siendo aplicable el del artículo 19 LDC. Una clara distinción, en la STS de 9-XII-2004, Sala 3.^a (Ponente Excmo. Sr. R. Fernández Montalvo).

3. ¿ES POSIBLE DISPONER DE UN EFECTIVO SISTEMA DE CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS A NIVEL NACIONAL?

Como hemos indicado al comienzo, uno de los objetivos que pretendemos lograr con este trabajo es determinar los puntos de la actual regulación que deberían ser reformados para implantar un verdadero sistema de control de las ayudas públicas a nivel estatal y ofrecer una propuesta en ese sentido. Lo haremos en este tercer epígrafe. Pero antes de iniciar ese análisis creemos que es importante poner de manifiesto que se trata de una tarea compleja por muchas razones; trataremos de precisarlas a continuación, señalando, ya desde este momento, que esos obstáculos o dificultades van a condicionar decisivamente las medidas que puedan tomarse para mejorar la actual regulación.

vio, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supe-
ditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria».

«3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta Ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios: a) Publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación. b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante. c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

3.1. *Obstáculos que se oponen a la implantación de un sistema nacional de control de las ayudas públicas*

Hemos afirmado que el principal motivo por el que el artículo 19 LDC puede ser considerado el menos aplicado de la Ley está en que las ayudas públicas se otorgan por la propia Administración, y dejar el control en sus manos supone «pedir al ahorcado que anude su propia soga».

Además, estas ayudas son hoy un elemento muy difícil de combatir por las Administraciones nacionales de los Estados miembros porque tienen un doble soporte, ideológico y político, que constituye un pedestal del que resulta muy difícil bajarlas. Así, la idea de auxilio a empresas o sectores está profundamente arraigada dentro de nuestro contexto económico de la ideología propia del Estado social. Incluso en el ámbito comunitario hay sectores enteros, como la agricultura, que tienen como eje esencial la ayuda. Con lo que existe una profunda legitimación para que cualquiera que sea capaz de presentar sus argumentos pueda lograr ese objetivo. Porque no se trata, ni mucho menos, de que existan determinados acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que justifiquen una medida excepcional. Simplemente, se trata de sectores que han logrado apropiarse culturalmente de la necesidad de ser ayudados, presentando sus problemas como los problemas de todos, añadiendo un cierto espíritu nacional y haciéndolo en un contexto de solidaridad. Así, muchas veces los más ayudan a los menos, sin otra justificación que la de que al repartirse la ayuda entre todos, vía presupuesto, resulta apenas significativo el sacrificio impuesto a la mayoría y, a la vez, se consigue que el cúmulo del caudal recaudado vaya a determinadas arcas, que de esta manera se nutren continuamente de tal recaudación. Las ayudas públicas no son otra cosa, al final, que tributos impuestos a todos para satisfacer a unos pocos. Pero tales buscadores de rentas sí han conseguido que no se discuta su apropiación de las mismas y presentan, incluso, como contraria a la más mínima solidaridad la discusión sobre esas rentas de las que se benefician.

El tercer elemento que coopera decisivamente a que no se dé marcha atrás en el caos de las ayudas públicas y que dificulta enormemente su control es que quienes las otorgan son precisamente quienes no son dueños, pero sí administradores, de esos caudales públicos. Es decir, la clase política. Y el enorme poder acumulado en el reparto de favores es un elemento definitivo a la hora de lograr que el papel de las ayudas públicas continúe definitivamente instalado dentro del sistema político. Ningún político en su sano juicio renunciará a este papel de repartidor de dádivas, puesto que juega ahí directamente la clientela de su propio mercado.

A estos factores hay que unir que todo el mundo las practica de una u otra manera. El proteccionismo, por muy diferentes vías, logra siempre imponerse y el libre cambio es un pío deseo. Basta con observar, a nivel mundial, las resoluciones de la OMC precisamente en relación con los Estados Unidos (supuesto líder de la libre competencia) para caer rápida-

mente en la cuenta de que la existencia de barreras que suponen las ayudas a los propios mercados constituye el pan de cada día en todas las organizaciones fundamentales.

Por consiguiente, un examen somero de la realidad, y sin caer en ningún tipo de cinismo jurídico, podría llevarnos a afirmar que las ayudas públicas existen y existirán y que el juego de ganadores-perdedores es el único que cabe analizar.

Trataremos, sin embargo, de no caer en el pesimismo y de intentar ofrecer en las líneas que siguen una propuesta dirigida a implantar un sistema de control estatal de ayudas lo más eficaz posible.

3.2. Aspectos que deben ser modificados. Propuesta de reforma

Para lograr un efectivo sistema de control de las ayudas a nivel nacional debe tenerse en cuenta, como hace el actual artículo 19 LDC, el sistema de control comunitario. Ése será el punto de partida y de referencia para el control estatal. En este sentido, podemos fijarnos en la regulación del control de concentraciones pues en algunos aspectos podría establecerse un régimen similar; sin embargo, es importante tener en cuenta la diferencia fundamental que existe entre las ayudas públicas y las concentraciones. Así, hemos de recordar que, como indica PASCUAL Y VICENTE, el control de concentraciones «puede definirse como la facultad otorgada por el legislador a los poderes públicos para examinar los proyectos de concentraciones de empresas e impedir las o condicionarlas, se incardina en la política de defensa de la competencia como su manifestación preventiva», y añade que con este control «se trata de prevenir la creación de estructuras empresariales dañinas para la competencia» (25). En estos casos la Administración controla los proyectos de las empresas. Sin embargo, en el supuesto de las ayudas públicas, como venimos poniendo de manifiesto, es la propia Administración la que las otorga y la que debe controlarlas. Éste será un hecho que condicionará las opciones que puedan tomarse en el futuro.

Como hemos indicado, debe partirse del sistema de control comunitario. Sería, por ello, conveniente que la legislación nacional siguiera la estructura de la comunitaria. Esto es lo que ocurre en el caso de las conductas contrarias a la libre competencia de los artículos 1 y 6 LDC (26). Así, la LDC, que ya ha incluido un concepto de ayuda pública, debería establecer de forma clara y como punto de partida la prohibición de las ayudas públicas anticompetitivas, sin perjuicio de que puedan establecerse excepciones a dicha prohibición y, a continuación, incluir una referencia al ámbito de

(25) J. PASCUAL Y VICENTE, *Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 231 (2004), pág. 58.

(26) Es claro que la redacción de estos artículos se ha inspirado en la de los del TCE, aunque existan ciertas diferencias entre ellos. El artículo 1 LDC, en la del artículo 85 TCE (actual art. 81); el artículo 6 LDC, en la del artículo 86 TCE (actual art. 82).

aplicación del control estatal, que sería el geográfico: que la ayuda falsee o amenace falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, ya que, como venimos señalando, el control de las ayudas «de dimensión comunitaria» (las ayudas que falseen o amenacen falsear la competencia en el mercado común) corresponde en exclusiva a la Comisión.

En cuanto al control estatal, hemos de subrayar que la competencia de control de las ayudas públicas es exclusiva del Estado incluso en los casos en que afectaran a «parte del territorio nacional». Debe recordarse, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre (27), que resuelve dos recursos de inconstitucionalidad acumulados promovidos por el Gobierno vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la LDC y que declara la inconstitucionalidad de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» de los artículos 4, 7, 9, 10, 11 y 25.a) y c) LDC, por desconocer las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus Estatutos. Esta Sentencia del Tribunal Constitucional reconoce a las Comunidades Autónomas competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, al entender que ésta puede quedar incluida «al menos, en parte» en la de comercio interior. Pero se refiere también el Tribunal Constitucional a la «necesaria unidad del mercado nacional» y la exigencia de que «exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» y, por ello, añade que «no sólo la norma-ción, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes... La competencia ejecutiva, que en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción del comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario». El Tribunal Constitucional «difiere» la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales hasta el momento en que el Estado establezca los criterios de conexión pertinentes. Estos criterios se establecen, con un cierto retraso, con la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa

(27) Sobre esta Sentencia pueden verse los comentarios de S. MARTÍNEZ LAGE, *La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999* (editorial), «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 205 (2000); J. TORNOS MAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989», *Anuario de la Competencia 1999*, Madrid, 2000, y B. BELANDO GARÍN, *Defensa de la competencia y comercio interior (Comentario a la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre)*, «REDA», núm. 106 (2000).

de la competencia (28). El artículo 1 de la Ley establece los puntos de conexión y, en su apartado 5, dispone que «corresponderá en todo caso al Estado: a) la aplicación de las normas contenidas en el capítulo II y capítulo III del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia», es decir, las normas sobre las concentraciones económicas y las ayudas públicas.

En lo relativo a esta previsión de la Ley hemos de tener en cuenta que se han puesto de manifiesto dudas acerca de su conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, MARTÍNEZ LAGE (29) recuerda que el proyecto de Ley fue objeto de tres enmiendas a la totalidad en el Congreso (de Izquierda Unida, el Grupo Mixto y el Grupo Parlamentario Vasco) y de otros tantos vetos en el Senado (del Grupo Mixto, Senadores Nacionalistas Vascos y el Bloque Nacionalista Gallego) por entender los enmendantes que se incumplía la Sentencia del Tribunal Constitucional al atribuir la competencia de ejecución al Estado en materia de concentraciones y ayudas públicas. Añade que sorprende que, dada la escasa trascendencia de las competencias del TDC y el Gobierno en materia de control de ayudas públicas, algunos parlamentarios nacionalistas las reclamaran para las Comunidades Autónomas, pero añade, y esto es importante, que «en la España actual un foco generador de numerosas distorsiones a la competencia son, precisamente, las Comunidades Autónomas, mediante las subvenciones y ayudas que conceden, directamente o a través de sus organismos. Al igual que en el sistema comunitario europeo —invocado como modelo por algunos de aquellos parlamentarios— el control efectivo de la compatibilidad de estas ayudas con un régimen de competencia, sólo puede realizarse por una Administración colocada a un nivel distinto de aquella que concedió la ayuda, la cual, por definición, es incapaz de fiscalizarla».

Creemos, y así lo ha manifestado ya uno de nosotros, que tiene todo el sentido que las ayudas sean objeto de examen y crítica por parte de las autoridades estatales por ser actuaciones que afectan al interés global del mercado, y en relación con esta cuestión es importante tener en cuenta que «una parte considerable de ayudas tienen su origen en la Administración más cercana, más próxima al sujeto receptor de la misma. Las facilidades de “secuestro o captura” del regulador, del financiador, son inversamente proporcionales a la distancia entre el que da y el que recibe. Ésta es experiencia universal, llena de lógica, ya que los intereses locales están mucho más próximos, vivos, cercanos, y tienen resultados de toda índole

(28) «BOE» de 22 de febrero de 2002.

Sobre esta Ley, vid. los comentarios de J. E. SORIANO GARCÍA, *Comentario de urgencia a la Ley 1/2002*, y de S. MARTÍNEZ LAGE, *La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial* (editorial), publicados ambos en la «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 218 (2002), y el de L. CASES, «Comentari de la Llei 1/2002, de 22 de febrer, de coordinació de les competències de l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de Defensa de la Competència», disponible en http://www.gencat.net/economia/progecon/ecocat/74_Cases.pdf.

(29) A. MARTÍNEZ LAGE, *La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial*, op. cit., págs. 3 a 5.

mucho más inmediatos. Por ello es regla de sano derecho mantener cierta distancia, la que se precise para adoptar una decisión fría, ponderada, justificada en suma. Este principio de la independencia del otorgador de la ayuda es fruto de una experiencia bien contrastada y que, por consiguiente, remite a ideas perfectamente contrastadas con la evidencia empírica de múltiples supuestos no sólo en el ámbito de la Unión Europea, sino también en otros supuestos más allá del Atlántico (en los que, vía regulación, se consiguen efectos prácticos en todo punto coincidente con el sistema de ayudas, llámeselas como se las llame)» (30). Buscar la «Autoridad Mejor Situada» supone, al menos, evitar atribuir competencias a la «Autoridad Peor Situada».

No es ésta, sin embargo, una cuestión pacífica. Ya nos hemos referido a los grupos parlamentarios que reclamaron para las Comunidades Autónomas competencias ejecutivas en el control de ayudas públicas, y en este sentido se ha pronunciado también la doctrina. Así, AMILS ARNAL ha señalado que la concesión de una ayuda pública puede circunscribirse únicamente al ámbito de una Comunidad Autónoma y no afectar al «interés general global», y considera que en esos supuestos «hubiese sido aconsejable conceder a dicha Comunidad Autónoma la potestad plena para conocer de dicho asunto y no limitar su participación, como hace el apartado cuarto del artículo 5 de la Ley 1/2002, a la elaboración de un mero informe, preceptivo pero no vinculante» (31). No obstante, se trata de una mera recomendación —«sería aconsejable»— pero sin mayor fundamento jurídico, a la par que, desde luego, no parece pensable que el poder se examine a sí mismo, que es lo que sucedería si un órgano autonómico examina la ayuda autonómica; la presión del ambiente local no sería resistible y una fuerte coacción por parte de la clase política vecina es inevitable e irresistible, especialmente en caso de empresas arraigadas y conocidas en la zona. Un mínimo sentido común, que, como indicaba VINOGRADOFF (32), es también fuente del Derecho, recuerda que el poder sólo puede juzgarse a sí mismo... desde lejos. Insistamos en que nada tiene que ver el control de las ayudas públicas que dan los Gobiernos autonómicos con la posición de los órganos autonómicos de competencia en relación con cárteles, deslealtades o abusos posicionales de dominio, en los que claramente se enjuician conductas ajenas al propio poder.

Por otra parte, para disponer de un auténtico procedimiento de control de las ayudas públicas a nivel estatal sería fundamental imponer, en la línea de lo establecido en el caso del control de concentraciones (33), la obligación de notificación de las ayudas al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC); obligación que ya existe, recordémoslo, en el

(30) J. E. SORIANO GARCÍA, *Comentario de urgencia a la Ley 1/2002*, op. cit., pág. 17.

(31) R. AMILS ARNAL, *Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia*, «Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia», núm. 224 (2003), págs. 72 y 73.

(32) *Common Sense in Law*, Oxford University Press [1913 Series: The Home University of Modern Knowledge, No. 83 Hardback, 192 pages, Copyright 1987].

(33) Artículo 14.1 LDC.

ámbito comunitario (34). El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del SDC, remitirá al TDC los expedientes sobre las ayudas que puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado para que emita un informe o dictamen (35) que remitirá al Ministro, que, a su vez, lo elevará al Consejo de Ministros, a quien corresponderá tomar la decisión que proceda (36). En relación con dicha decisión, hemos de señalar que para garantizar la efectividad del control es necesario otorgar al órgano resolutorio la posibilidad de adoptar medidas como la modificación, la supresión y, en su caso, la devolución de la ayuda en los supuestos en que se considere que es anticompetitiva.

Puede parecer que, como venimos indicando, con esta opción de atribuir la decisión final al Consejo de Ministros queda en manos de la Administración otorgadora de las ayudas el control de las mismas. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse.

En ese sentido, es importante indicar, en primer lugar, que es decisivo el hecho de que no dependa del Ministro o del Consejo de Ministros la revisión de la ayuda. Esto puede lograrse, como hemos señalado, imponiendo la obligación de notificación de las ayudas al SDC y, sin perjuicio de dicha obligación y con el objeto de evitar que ciertas ayudas no sean examinadas como consecuencia del incumplimiento de esta obligación de notificar, debería establecerse también la posibilidad de que el SDC inicie el procedimiento de examen de oficio, a solicitud del Ministro de Economía y Hacienda, a solicitud del TDC o por denuncia de un tercero (competidor o consumidor). Sería conveniente que esta última posibilidad se incluyera expresamente en la Ley. No obstante, creemos que en aplicación del artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (37) (en adelante, LPC), los competidores de las empresas que perciban ayudas públicas, e incluso en ciertos casos los consumidores, tendrán la consideración de interesados y podrán solicitar como tales el inicio del procedimiento de examen de la ayuda.

En segundo lugar, no ha de configurarse como una «opción» del Minis-

(34) El artículo 88.3 TCE dispone que «la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas...», y el artículo 2.1 del Reglamento (CE) 659/1999 establece la obligación de los Estados miembros, «salvo disposición en contrario de cualesquiera Reglamentos adoptados de conformidad con el artículo 94 del Tratado o cualquier otra disposición pertinente del Tratado» (el art. 94 es el actual art. 89 TCE), de «notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda...».

(35) Vid. en relación con el control de concentraciones el artículo 15 bis.1 LDC.

(36) Vid. en relación con el control de concentraciones el artículo 17.1 LDC.

(37) «BOE» de 27 de noviembre de 2002.

Dispone este artículo en su apartado primero que: «Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

tro el envío del expediente al TDC para que emita el dictamen. Si del análisis del SDC se desprende la posibilidad de que una determinada ayuda sea «anticompetitiva», éste propondrá la remisión del expediente al TDC y el Ministro deberá hacerlo.

En tercer lugar, debe insistirse en la trascendencia que tiene el que el dictamen del TDC sea público. Ésta es una previsión que ya se incluyó en el apartado tercero del artículo 19 LDC tras su reforma. Sin embargo, hemos de señalar que, a pesar de lo poco que se ha aplicado este artículo, el TDC ha emitido algunos informes sobre ayudas públicas que no se han publicado (38). Esto debe ser fuertemente criticado y supone una vulneración del precepto a que nos hemos referido de la LDC pero también de la LPC, que en su artículo 3.5 dispone que «en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación».

En cuarto lugar, hemos de señalar que, aunque hemos hecho referencia al SDC y al TDC, es muy probable que si se modifica la LDC se introduzca un sistema en el que haya una Autoridad española única de defensa de la competencia, a estos efectos. Si ello fuera así, creemos que sería obligada la «dualidad» a nivel interno y la separación entre las competencias instructoras y las decisorias o resolutorias, con lo que corresponderían al órgano instructor las «competencias» que nosotros hemos atribuido al SDC y al decisor las del TDC (39).

En quinto lugar, tenemos que indicar que en todos estos casos debe imponerse al Consejo de Ministros la obligación de tomar una decisión evitando formulaciones ambiguas como la del actual artículo 19.3 LDC, que señala que «decidirá... según los casos». Una vez iniciado el procedimiento de examen de una concreta ayuda, el Consejo de Ministros deberá resolver (recuérdese, en este sentido, la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos prevista en el artículo 42.1 LPC). En relación con esta decisión del Consejo de Ministros, debemos también precisar, y esto es fundamental en el caso del control de las ayudas públicas al que nos estamos refiriendo, que, aunque el dictamen del TDC no sea vinculante, cuando se aparte del criterio expresado por el TDC en ese dictamen deberá motivarlo suficientemente; a esta obligación se refiere la LPC, que en su artículo 54.1.c) exige motivar los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, y en este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia en lo relativo al control de concentraciones (40).

(38) En la página-portal del TDC se incluye un apartado titulado «Informes», pero no está a disposición de las personas que lo consulten ninguno relativo al control de ayudas públicas.

(39) Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

(40) Es muy clara la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 (Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona), que resuelve el recurso interpuesto por «Prosegur Compañía de Seguridad, S.A.» (en adelante, Prosegur) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de octubre de 2000, que aprobó la operación de concentración económica consistente en la adquisición por dicha empresa de la compañía «Blindados del

4. CONCLUSIONES

Del análisis que hemos realizado podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, hemos de subrayar que es muy complicado justificar en concreto y fuera de las previsiones legales dedicadas a ello (salvo en casos de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que justifiquen me-

Norte, S.A.» subordinándola a tres condiciones económicas. Prosegur impugna dos de ellas [la segunda, según la cual la empresa adquirente no podría incrementar los precios de los servicios de transporte y manipulado de fondos aplicados a los clientes de la empresa adquirida por encima de la previsión oficial del incremento anual del IPC, y la tercera, por aplicar la anterior al disponer que la duración de esa condición será de tres años]. La demandante basa la impugnación en que el Acuerdo carece de motivación, vulnera el principio de proporcionalidad y, al fijar unos precios máximos coactivamente, impone un sacrificio innecesario del derecho de propiedad y una indebida (por excesiva) restricción de la libertad empresarial. Añade la demandante que el TDC no había incluido en su informe al Gobierno la condición objeto de recurso. El Tribunal Supremo realiza unas observaciones muy interesantes en los Fundamentos de Derecho de la Sentencia y las transcribimos a continuación porque sirven para apoyar nuestra anterior afirmación; señala que «este género de acuerdos del Consejo de Ministros, cuya incidencia en la vida económica de las empresas, y de los mercados en general, resulta obvia, tiene unas características singulares que afectan tanto a su génesis (el Consejo de Ministros no interviene sino por la iniciativa de otro órgano administrativo que actúa a modo de primer filtro, previa notificación que de sus operaciones de concentración hagan los afectados) como a su procedimiento formal de adopción y a su contenido, todo ello en garantía de su legalidad y de su acierto. Precisamente a estos efectos el Tribunal de Defensa de la Competencia ha de emitir, en el curso del procedimiento, un dictamen preceptivo que eleva al Consejo de Ministros para que éste, a la vista de su contenido, resuelva lo que proceda. El acuerdo final... debe incluir necesariamente la motivación que lo sustente, tanto más cuando se aparte del dictamen a partir del cual se adopta. La regla general de que han de ser motivados los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos —art. 54.1.c) de la Ley 30/1992— reviste una especial importancia en materia de concentraciones de empresas, dada la singular función que el legislador ha atribuido, en primer lugar al Servicio de Defensa de la Competencia y, más tarde y sobre todo, al Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto organismo administrativo específicamente habilitado para calibrar los efectos nocivos de operaciones de esta naturaleza. Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por aquel órgano, quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo. En otras palabras, no es suficiente a estos efectos, como defiende el Abogado del Estado, que el acuerdo contenga una sucinta referencia general a hechos y fundamentos de derecho, sino que debe necesariamente incorporar la explicación de por qué se separa del dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia en aquello que así lo haga... el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre los proyectos de concentración que le son remitidos analiza todas las circunstancias significativas... para verificar si aquéllos pueden obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Su análisis... incorpora, pues, la motivación suficiente para justificar, en su caso, la negativa o las condiciones impuestas a la concentración. Si el Consejo de Ministros se conforma con el dictamen basta con remitirse a él; si disiente, ha de motivar por qué...». Concluye el Tribunal Supremo esta parte del recurso declarando que el Acuerdo recurrido infringe el ordenamiento jurídico por prescindir de la motivación que le era exigible. También llega a esa conclusión al analizar su contenido, pues considera que tiene razón la demandante al sostener que la condición impuesta vulnera el principio de proporcionalidad y restringe innecesariamente su libertad empresarial. Por todo ello, señala que procede «tanto por las razones formales (carencia de la motivación exigible) como por las razones de fondo expuestas, la estimación del recurso y la consiguiente declaración de nulidad de la cláusula impugnada».

didadas excepcionales) la existencia de las ayudas públicas, y cabe añadir que el control de estas ayudas plantea muchas dificultades. Esto debería llevarnos hacia una prohibición absoluta de las mismas. Sin embargo, creemos que debe *imponerse una actitud realista*. Como hemos indicado, en el Derecho comunitario no van a prohibirse de forma radical pues el sistema de control de ayudas de Estado apenas cambiará con la entrada en vigor de la Constitución Europea. Por ello, pensamos que a nivel nacional debe seguirse un esquema lo más parecido posible al comunitario, que parta de la prohibición de las ayudas públicas pero permita ciertas excepciones.

En segundo lugar, creemos que es necesario disponer de un sistema de control nacional de las ayudas públicas. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que a nivel comunitario se controlan las ayudas que afecten al mercado interior; a los intercambios entre los Estados miembros y, aunque la mayoría de las que conceda la Administración General del Estado entrarán dentro de ese control, podría darse el caso de que ciertas ayudas (las que no tengan «trascendencia comunitaria» como, por ejemplo, las otorgadas por Comunidades Autónomas que puedan afectar sólo a un mercado local) quedaran fuera de todo control si el único fuera el comunitario.

Por último, una vez afirmada la necesidad de un sistema de control nacional de las ayudas públicas, hemos de insistir en relación con el mismo en la idea de que ha de ser lo más parecido posible al del Derecho comunitario. Así, debe partir de la prohibición de las ayudas públicas que falseen o amenacen falsear la competencia; establecer la obligación de notificación de las que vayan a concederse a la Autoridad estatal de defensa de la competencia para que, en los casos en que pueda afectar a todo o parte del mercado nacional, emita un informe sobre las mismas y, junto a ello, prever la posibilidad de que este informe pueda también ser emitido por denuncia de un tercero; la decisión final corresponderá al Consejo de Ministros, al que debe reconocerse la posibilidad de adoptar medidas efectivas para eliminar la ayuda anticompetitiva. Y, naturalmente, siempre quedará el control judicial de la decisión del colegio gubernamental.

En la Sentencia 3.^a Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2004 (Ponente Excmo. Sr. Trujillo Mamely), recurso directo contra Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998 por el que se decide subordinar a la observancia de determinadas condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la fusión de las empresas Sociedad Azucarera de España, S.A. y Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A., con extinción de éstas y transmisión de todos sus derechos y obligaciones a la nueva sociedad azucarera Ebro Agrícolas, S.A., se estima parcialmente el recurso contra una concentración, y resulta especialmente interesante e ilustrador el magnífico Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado de esta Sala D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, en el que examina, una por una, todas las cláusulas y términos de la decisión del Consejo de Ministros, sometiéndolos al contraste preciso de la motivación y de su ajuste con la Ley.